

SÚMULAS, VAGUEZAS E AMBIGÜIDADES: NECESSITAMOS DE UMA “TEORIA GERAL DOS PRECEDENTES”?

LENIO LUIZ STRECK*

RESUMO: As súmulas vinculantes institucionalizadas pela EC 45/2004 vem gerando perplexidades no meio dos juristas preocupados com a aplicação do direito. As súmulas vinculantes devem ser formuladas em linguagem precisa e clara? É possível uma linguagem sem vaguezas e ambigüidades? Ou essa questão não tem importância no plano da hermenêutica filosófica? Essas questões estão tratadas no presente texto, respondendo algumas teses que pretendem uma espécie de “isomorfia” entre linguagem e realidade.

PALAVRAS-CHAVE: Súmulas Vinculantes. Isomorfia. Precedentes. Hermenêutica Filosófica.

ABSTRACT: The binding precedents institutionalized by the 45th constitutional amendment, of 2004, have been creating some perplexity among legal professionals that are concerned with legal application. Must binding precedents be created in clear and precise language? Or this matter is not that relevant to the philosophical hermeneutics field? This are the issues faced in this article, which seeks to respond to some of the thesis that intend to create a kind of isomorphism between language and reality.

KEYWORDS: Binding Precedents. Isomorphism. Precedents. Philosophical Hermeneutics.

NOTAS PRELIMINARES

O advento do “império das súmulas vinculantes” tem gerado reações das mais diversas. De um lado, os críticos sistemáticos das súmulas, sustentando que estas constituem um mal em si mesmo; de outro, os críticos das súmulas, mas que, paradoxalmente, advogam uma “exatidão” do texto sumular; há ainda aqueles que, sem serem críticos das súmulas e tampouco defensores *stricto sensu*, sustentam a necessidade de uma teoria geral (sic) dos precedentes. Estas reflexões não pretendem enfrentar defensores ou críticos das súmulas vinculantes (SVs), mas, sim, *dialogar com os setores da doutrina preocupados com o fato de que as súmulas são excessivamente vagas e abertas*, debate que se tornou mais forte com o advento da Súmula 11, conhecida como a “súmula das algemas”. Paradigmaticamente, trago para o debate minha posição sobre recente artigo da lavra do doutrinador Fredie Didier, publicado

* Procurador de Justiça-RS, Doutor e Pós-Doutor em Direito; Professor Universitário; autor de 18 livros, entre os quais Verdade e Consenso (Lúmen Júris-2ª. Ed); Hermenêutica Jurídica E(m) Crise (Livraria do Advogado, 8ª. Ed); Súmulas no Direito Brasileiro (Livraria do Advogado, 2ª. Ed) e 85 artigos em revistas nacionais e internacionais. Editor do site www.leniostreck.com.br.

no seu site (www.frediedidier.com.br – editorial nº 49), em que faz uma crítica à técnica de elaboração dos precedentes. Reproduzo o texto, conciso, mas profundo:

“O importante papel que a jurisprudência exerce na construção do direito positivo parece atualmente indiscutível. A força normativa do precedente judicial aparece em diversos institutos, como a “jurisprudência dominante”(art. 557, CPC), a “súmula impeditiva de recurso”(art. 518, § 1º, CPC) e a súmula vinculante (art. 103-A, CF/88).

A principal característica do “Direito Judicial” é a de que a sua produção se faz por indução. Chamado a resolver casos concretos, o órgão jurisdicional, para criar a *norma jurídica individualizada*, precisa “criar”, a partir do Direito Legislado, a *norma jurídica geral* que “fundamenta” a solução do caso concreto. (...) É a *ratio decidendi* o precedente judicial que, em alguns casos, *deve* ser seguido pelo órgão jurisdicional.

Porque produzida a partir do caso concreto, a *ratio decidendi* não pode ter algumas características que normalmente aparecem no Direito Legislado. Por exemplo: não há razão para que, na formulação da *ratio decidendi*, se ponham termos de sentido vago. A vagueza na proposição normativa jurisprudencial é um contra-senso: nascida a partir da necessidade de dar concretude aos termos vagos, abertos, gerais e abstratos do Direito Legislado, a *ratio decidendi* deve ser formulada com termos de aceção precisa, para que não crie dúvidas quanto à sua aplicação em casos futuros.

Um exemplo pode vir a calhar. (...) essa técnica de elaboração do precedente judicial não foi observada pelo STF, ao editar o nº 11 da sua súmula vinculante (...). Esse enunciado é tão extenso, e composto de termos de aceção tão vaga (...) que mais parece texto legislativo. As dificuldades de sua aplicação serão tantas, que certamente deverão surgir outras “súmulas” concretizando o disposto no Enunciado nº 11.

A “súmula vinculante”, cuja existência se justifica para dar segurança/previsibilidade à solução de “determinadas situações típicas”, neste caso terá pouca serventia. (...) A minha preocupação é com a má-técnica do STF na formulação do precedente, que é vinculante. (...) Se é certo que o papel da jurisprudência é cada vez mais importante, também é certo que é preciso um estudo mais rigoroso da teoria do precedente e um aprimoramento na utilização das técnicas desenvolvidas a partir desse conjunto teórico. E uma das técnicas mais importantes é, justamente, a técnica de “redação do preceito normativo jurisprudencial”, a *ratio decidendi*, a “norma jurídica geral” construída a partir de casos concretos”.

Pela importância do artigo em tela – e seu ineditismo – considere necessário apresentar um contraponto, demonstrando os aspectos que considero equivocados. Penso que, em tempos de pós-positivismo, tentativas de estabelecer “exatidões de linguagem” e “interpretações isomórficas” devem ser enfrentadas de imediato, mormente quando o dia-a-dia do Judiciário cada vez mais se torna refém de proposições jurídicas com pretensões universalizantes. Ponto a ponto, item por item – embora não na mesma ordem do texto original – apresento a seguir minhas objeções a isso que considero uma tentativa de repristinação das velhas teses neopositivistas do Círculo de Viena.

I. O mote do texto de Didier é uma veemente crítica à “técnica de elaboração do precedente”, tendo como pano de fundo a Súmula Vinculante (SV) nº 11.

Penso que o problema já começa no epíteto “técnica de redação de precedente”. Na verdade, Didier anuncia uma crítica à redação de uma súmula como sendo dirigida à “redação do precedente judicial”. Porém, súmula não é “precedente”. Um precedente é um caso anteriormente apreciado e julgado por um juiz ou Tribunal. Por ser *caso*, tem nome, sobrenome e individualidade. Efetivamente, as súmulas, sejam “comuns” ou vinculantes, não podem ser consideradas precedentes *stricto sensu*, por várias razões. Talvez a principal delas esteja no fato de o **texto** ser diferente da **norma**, questão já discutida à saciedade por autores como Friedrich Müller e Eros Grau, cuja temática central retrabalhei à luz da *ontologische Differentz* (diferença ontológica), que, ao lado do *hermeneutische Zirkel* (círculo hermenêutico), são os pilares da hermenêutica filosófica. Na verdade, não deveria haver uma confusão entre as funções de criar um texto e de concretizar uma norma.

Outro problema reside no fato de que a experiência das súmulas possibilita que o STF seja ao mesmo tempo o criador do texto e seu aplicador/concretizador no momento em que julga as reclamações em virtude da não-aplicação do texto sumular pelos Tribunais inferiores. Talvez por isso as SVs representem uma contradição *do e no* sistema: o STF é, ao mesmo tempo, o criador do texto e seu aplicador no momento em que julga as reclamações em virtude da não-aplicação das SVs. São, pois, “quase ordenanças” com valor de lei. Sendo mais claro: a SV está para o judiciário assim como a medida provisória está para o executivo. Essa afirmação pode parecer um tanto quanto provocativa – num primeiro momento –, mas merece ser enfrentada para sabermos até que ponto a súmula pode comprometer as instituições democráticas criadas pela Constituição de 1988.

A história da Medida Provisória é conhecida. Sua origem pode ser creditada a Carl Schmitt¹, especificamente na distinção feita por ele entre *lei* e *medida*. Essa distinção visava justificar o poder do presidente do *Reich* para decretar ordenanças com valor de lei (baseado no art. 48, nº 2, da Constituição de Weimar). Para isso, construiu a tese de que as disposições do legislador extraordinário (Presidente do *Reich*), *ratione necessitatis*, eram medidas substancialmente diferentes das leis editadas pelo parlamento. Ao permitir a emanação de atos com valor de lei de um poder executivo, *teríamos a coincidência simultânea da criação da lei e da execução da lei*. Por esse motivo, Schmitt chamou esse tipo normativo de *lei-medida*, para diferenciá-la da lei *stricto sensu*. Ou seja, *por razões de necessidade*, era possível que a criação e a execução da disposição normativa tivessem origem na mesma função do poder estatal (no caso, a função Executiva).

Pergunto, então: não haveria uma similaridade desta situação vislumbrada por Schmitt com a situação que vivenciamos na experiência das SV? Afinal, também aqui não há uma coincidência entre o órgão criador da disposição normativa e aquele responsável pela sua aplicação/concretização? Sendo mais claro: o STF é o órgão

¹ Cf. Schmitt, Carl. *Legalidade e Legitimidade*. Trad. de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

responsável pela criação dos textos sumulares e, ao mesmo tempo, tem a competência constitucional (§ 3º do art. 103-A) de julgar as reclamações decorrentes de atos administrativos ou jurisdicionais que estiverem em “desacordo” com a súmula por ele editada. Trata-se de um caso singular – e sem precedentes no direito – de verdadeira “interpretação autêntica”, uma vez que o próprio órgão que criou a SV irá dizer qual é sua (correta) interpretação.

Não se olvide que a justificação para a outorga desse poder ao judiciário está (e sempre esteve) baseada na *necessidade* de diminuição das demandas repetidas, algo que já foi chamado de “racionalização do judiciário”. No fundo, a construção democrática do direito no âmbito do parlamento vai sofrendo – progressivamente – um arrocho cada vez mais agudo, ora pela atividade legiferante do executivo, ora pela atividade – em última análise também legiferante – do judiciário, num achatamento institucional próprio dos tipos de democracia que Guilherme O’Donnell classifica como *Delegativas*.

Em suma, o adágio que serve de mote para as reflexões de Giorgio Agamben sobre o Estado de Exceção – que, por sua vez, também estão relacionadas às posturas schmittianas – como paradigma de governo do nosso tempo (“Necessidade não tem Lei”), permanece latente em toda a discussão travada acima. Em meu *Verdade e Consenso*², denomino essa problemática de “Estado de Natureza hermenêutico”, isto é, as SV’s nada mais são do que uma resposta a esse “Estado de Natureza”, que, por isso mesmo, exige mecanismos de exceção. Resta saber se este estado de natureza, nos termos que o descreve Agamben, não acabará nos arrastando para um Estado de Exceção permanente.

Em síntese, SV’s não são precedentes porque – e a distinção nos vem de Castanheira Neves – há uma diferença entre *caso julgado*, *precedente* e *súmulas* (no caso de Castanheira, assentos). No *caso julgado*, têm-se a resolução de uma demanda considerada em si mesmo, que não possui força para influenciar decisões futuras pelo fato de que a motivação da decisão não produz um novo paradigma, mas apenas reproduz os já existentes no sistema. Já no *precedente* – também oriundo de um julgamento concreto –, tem-se a instituição de um novo paradigma (uma *holding*) que possui uma espécie de força atrativa que irá capilarizar outras decisões. Todavia, essa “aplicação” em outros casos similares, não é feita a partir de um procedimento dedutivo, mas sim a partir de uma aproximação histórica tendo em vista a similaridade dos casos concretos que se encontram *sub judice*.

Agregue-se que a regra do precedente (ou *stare decisis*) vigentes no sistema norte-americano³ se explica pelo adágio *stare decisis et non quieta movere*, que quer dizer continuar *com as coisas decididas e não mover as “coisas quietas”*. O precedente possui uma *holding*, que irradia o efeito vinculante para todo o sistema. Isso não está na Constituição, nem na lei, e, sim, na tradição. Para a vinculação, a

² Cf. Streck, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

³ O que se nota é uma confusão feita acerca do significado e alcance dos precedentes no direito norte-americano. A doutrina, ao que parece em sua expressiva parcela, mostra nitida inspiração em René David, o que prejudica a compreensão do direito dos EUA.

matéria (o caso) deve ser similar. A aplicação não se dá automaticamente. Nesse sistema, sempre se deve examinar se o princípio que se pode extrair do precedente constitui a fundamentação da decisão ou tão-somente um *dictum*. Portanto, também nos EUA – e não poderia ser diferente –, texto e norma não são a mesma coisa. Somente os fundamentos da decisão possuem força vinculante. O *dictum* é apenas uma observação ou uma opinião. Mas o mais importante a dizer é que os precedentes são “feitos” para decidir casos passados; sua aplicação em casos futuros é incidental.

Dos traços gerais que foram colocados acima, a SV apresenta profundas *dessemelhanças* com os precedentes: 1º) O efeito vinculante está prescrito em um texto normativo (art. 102, § 2º; art. 103-A CF); 2º) A instituição do efeito vinculante tem como finalidade “barrar” novas discussões sobre a matéria (e não atender à solução de uma demanda entre as partes); 3º) A aplicação do precedente dotado de efeito vinculante se dá de forma descontextualizada, dedutivista e reveste a decisão/súmula com ares de regra geral e abstrata⁴, infligindo área de competência do legislador (art. 5º, II da CF). Este último fator demonstra a *incompatibilidade “genética”* entre a regra do precedente e o sistema romano-germânico, visto que sempre a súmula ou decisão revestida de efeito vinculante será dotada de generalidade e abstração própria da lei.

É importante anotar, com Dworkin, que houve no direito inglês e norte-americano um período entre o final do século XIX e início do século XX em que os Tribunais tentaram desenvolver *uma técnica canônica de aplicação dos precedentes* de modo que fosse possível extrair de um *case* uma regra específica, abstrata e que pudesse ser aplicada dedutivamente a casos futuros (numa experiência, esta sim, muito próxima daquela experimentada no caso das súmulas brasileiras; será isso que Didier propõe?). Porém, relata Dworkin, *essa tendência foi logo suplantada pela tradição que continuou a olhar para o precedente do modo como ele sempre foi articulado*, ou seja, a partir da decisão concreta do caso, nos termos descritos acima. Quero dizer que não cabe ao *leading case* determinar sua aplicação aos casos futuros, mas sim os casos futuros é que vão estabelecer qual a medida de relevância do caso que gerou o precedente. Como afirma Dworkin, “em algumas ocasiões um juiz reconhece abertamente que cabe aos casos posteriores determinar as conseqüências plenas do caso por ele decidido”⁵.

Tudo isso pode ser resumido no seguinte enunciado: casos julgados e precedentes são formados para resolver casos concretos e, no caso dos precedentes, eventualmente influenciam decisões futuras; as súmulas, ao contrário são enunciados gerais e abstratos – características presentes na lei – que são editados visando a solução de casos futuros. No fundo, o caso paradigma é o que menos importa para a edição de uma súmula.

⁴ Daí a pergunta: não será direito do cidadão que o seu caso seja analisado nas suas especificidades? Não se pode olvidar que a Constituição estabelece que os recursos especiais e extraordinários representam “causas” e não apenas “teses” jurídicas abstratas. Ver, para tanto, BAHIA, Alexandre. Os Recursos Extraordinários e a Co-originalidade dos Interesses Público e Privado no Interior do Processo: reformas, crises e desafios à Jurisdição desde uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. Trabalho apresentado no Congresso “Constituição e Processo”, IHJ, Belo Horizonte, 2008.

⁵ Cf. Dworkin, Ronald. Levando os Direitos a Sério. pp. SP, Martins Fontes, 2000, pp. 172-173.

II. O autor afirma também que “a principal característica do ‘Direito Judicial’ é a de que a sua produção se faz por *indução*. Chamado a resolver casos concretos, o órgão jurisdicional, para criar a *norma jurídica individualizada*, precisa ‘criar’, a partir do Direito Legislado, a *norma jurídica geral* que ‘fundamenta’ a solução do caso concreto. Essa norma jurídica geral que embasa o caso concreto é a *ratio decidendi*, fundamentação jurídica da decisão, que, se repetida em vários casos, dá ensejo à uniformização da jurisprudência, à edição de enunciado de súmula etc. É a *ratio decidendi* o precedente judicial que, em alguns casos, *deve ser seguido pelo órgão jurisdicional*”.

Parece equivocado, nesta quadra da história – e no campo jurídico –, continuar a invocar a lógica clássica como modelo fundante da decisão judicial em pleno século XXI. O direito não se produz por “indução”, nem por “dedução”, mas por aplicação (pensemos sempre na *applicatio* gadameriana, que sustenta, a partir da *Vorhabe, Vorgriff e Vorsicht*, a antecipação de sentido que supera, a partir do círculo hermenêutico, a velha relação sujeito-objeto). Não se determina algo universal a partir de algo particular, assim como não se determina algo particular a partir de algo universal. E o órgão jurisdicional não “cria normas jurídicas gerais”. A *ratio decidendi* (ou, nos EUA, a *holding*) não é isso, mas, ao contrário, é a fundamentação dada pelo juiz para a resolução do caso concreto, que só poderá ser invocada no futuro (para caso diferente) na medida em que os casos mantenham um padrão de identificação.

Por isso, embora alguns jusfilósofos como Neil McCormick digam que a *ratio decidendi* seja exclusivamente uma proposição de direito, abstraída da “questão de fato”⁶ (será que é isso que Didier deseja para as SV’s?), é inevitável que ela seja inseparável dos fatos que lhe deram origem. A “exigência hermenêutica”, segundo Gadamer, é justamente a de “compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido”.

V. Outra tese sustentada por Didier é que a *ratio decidendi*, “porque produzida a partir do caso concreto, não pode ter algumas características que normalmente aparecem no Direito Legislado”. Por exemplo: não há razão para que, na formulação da *ratio decidendi*, ponham-se termos de sentido vago. E, neste ponto, Didier é taxativo quando afirma: “a vagueza na proposição normativa jurisprudencial é um contra-senso: nascida a partir da necessidade de dar concretude aos termos vagos, abertos, gerais e abstratos do Direito Legislado, a *ratio decidendi* deve ser formulada com termos de aceção precisa, para que não crie dúvidas quanto à sua aplicação em casos futuros”.

Aqui, o equívoco de Didier se localiza no fato de considerar negativo para o direito a utilização de palavras “vagas”. Ora, as palavras não se dividem em categorias como “vagas” e “precisas”. Na redação de qualquer texto, é impossível escolher termos “precisos” que garantam a inexistência de “dúvidas” quanto à sua aplicação futura. Aliás, este é um equívoco também cometido pela doutrina que entende que os princípios “abrem a interpretação”, em face da sua “abertura semântica” (sic). Ora, de há muito venho sustentando que os princípios “fecham a interpretação”, isto é,

⁶ Cf. McCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978, p. 224.

do mesmo modo que, nas alegações de Dworkin contra o discricionarismo de Hart, os princípios, por serem normas, têm a função de evitar o discricionarismo, e não de incentivá-lo. Por isso, os princípios não são mandados de otimização, como equivocadamente diz Alexy. Até jusfilósofos de *cariz positivista* como Luigi Ferrajoli rejeitam a tese de “abertura semântica dos princípios”, *verbis*: “Por muito que sejam vagos e estejam formulados em termos valorativos, os princípios constitucionais servem em todo o caso para aumentar a certeza do direito, uma vez que limitam o vai e vem das possíveis opções interpretativas, obrigando os juízes a associar às leis unicamente os significados normativos compatíveis com aqueles”⁷.

Em outras palavras, não há clareza que dispense a interpretação. E, mesmo que Didier tivesse razão, faltaria explicar por que motivos a lei deveria ser formulada em termos que (ao contrário do precedente) *favorecessem* o surgimento de dúvidas. Só se fosse para dar discricionariedade ao intérprete, o que também denuncia uma postura positivista (no sentido do debate Dworkin-Hart⁸, evidentemente). Na verdade, o redator de qualquer texto deve procurar evitar o surgimento de dúvidas, embora se saiba, desde Schleiermacher, que “o mal-entendido se produz por si mesmo, e a compreensão é algo que temos de querer e de procurar em cada ponto”.

Efetivamente, não se deve transportar, da lei para as súmulas, o velho problema da vagueza e da ambigüidade das palavras. Isso não ajuda em nada. Aliás, isso apenas mostra como parcela significativa da doutrina permanece refratária às conquistas filosóficas que o século XX nos legou. Não deveria haver essa preocupação com a “degradação semântica” (sic). Isso é coisa do positivismo jurídico. Esclarecendo melhor: os juristas continuam a tentar encontrar *no próprio texto* uma “essência” que permita dizer qual seu “real significado”. É como se o texto contivesse uma “textitude”. Ou seja, “fica-se nos domínios do texto”.

Em tempos de produção democrática do direito, a “criação jurisprudencial do direito” deveria ser olhada de soslaio. Aliás, o debate poderia render muitos frutos caso se procurasse olhar para o problema dos limites do ato judicante na perspectiva

⁷ Cf. Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. Uma discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006, p. 67.

⁸ O positivismo pode ser traduzido pelos seguintes aspectos (suas teses centrais): a) que a existência (vigência e validade) do direito em uma dada sociedade depende das práticas dos membros dessa sociedade; são, pois, as fontes sociais do direito; b) que a validade de uma norma independe de sua “validade” moral; trata-se, pois, da separação entre direito e moral (secularização); c) que as normas jurídicas de um ordenamento não “cobrem” todas as hipóteses de aplicação; isto quer dizer que haverá “casos difíceis” que não serão solucionáveis pelas normas jurídicas existentes; daí o recurso à discricionariedade, poder “delegado” aos juízes (é neste ponto que o positivismo se liga umbilicalmente ao sujeito solipsista – *Selbstsüchtiger* – da modernidade). Tais questões, de um modo ou de outro, estão presentes em Kelsen e Hart, que constituem, assim, o “ovo da serpente do positivismo contemporâneo”, embora realistas jurídicos, como Alf Ross, tenham, sob outro viés, parcela significativa de responsabilidade nesse *affair*. Kelsen “desiste” de enfrentar o problema dos “casos difíceis” (embora deles não fale, na especificidade), deixando a cargo dos juízes tal solução, a partir de um “ato de vontade” (daí se falar do “decisionismo kelseniano”). Já Hart confia plenamente nos juízes para a resolução dos casos difíceis, desde que tal “escolha” se dê no interior da zona de penumbra da norma. Ao transferir o problema da normatividade kelseniana para a decisão judicial, Ross conforma aquilo que se pode denominar de positivismo fático (o sentido da norma se dá na decisão). Mas em todos eles sempre está presente a indissociabilidade entre “discricionariedade/arbitrariedade e o sujeito do esquema sujeito-objeto”.

de problematizar a legitimidade e a validade das decisões judiciais. Veja-se, v.g., a falta ou a deficiência de fundamentação das decisões. O Brasil é o único país que possui “embargos declaratórios”⁹, que é um “recurso” (sic) destinado *a salvar decisões mal fundamentadas*, que, na verdade, são nulas, exatamente por não obedecerem o art. 93, IX, da CF. Despiciendo maiores comentários à invenção dos “embargos de pré-questionamento” ou, ainda, dos “embargos declaratórios com efeitos infringentes” (sic). Isso é um sintoma grave.

Há que se ter claro que a grande viragem metodológica decorrente do novo constitucionalismo é que, agora, os juristas conseguiram o acesso ao *locus* decisional. Só que a cindiram da legislação. A “novidade” aparece no momento em que o “fator de legitimidade” já não esgota o problema, que se estende, inexoravelmente, para o modo “como o juiz decide”. Relembremos: as teorias semânticas da legislação (positivismo) sempre reconheceram o problema das vaguezas da lei. Por isso é que Kelsen, fatalisticamente, rendeu-se ao decisionismo, pelo qual é possível decidir até mesmo fora da “moldura”; já outro positivista, Herbert Hart, apostou na discricionariedade dos juízes para resolver esse problema da “abertura semântica”. Observemos como a dogmática jurídica conseguiu fazer *um mix* com as teses dos três maiores positivistas: de Kelsen, o decisionismo; de Hart, a discricionariedade; de Ross, o positivismo fático, um realismo que se afina até hoje com o ideário dos *Critical Legal Studies*. Resultado disso? *Um elevado grau de discricionariedade, que fatalmente descamba para a arbitrariedade*¹⁰. E quem sustenta isso é o paradigma da filosofia da consciência, em que o sujeito solispista (*Selbstsüchtiger*) produz o seu próprio objeto de conhecimento e, ao mesmo tempo, atribui-lhe sentido.

Na verdade, é possível perceber certa imbricação – consciente ou inconsciente – dos paradigmas metafísicos clássico e moderno no interior da doutrina brasileira (e estrangeira). De um lado, há o “mito do dado” (metafísica clássica), em que cada coisa tem uma essência e, por isso, tem um sentido. Pensa-se, assim, que o intérprete é capaz de extrair da coisa sua essência, transportando-a para a sua mente, formando o conceito daquela coisa; daí que, quando o intérprete pensa sobre essa coisa, esta passa a existir como um conceito de caráter universal. Isso ocorre mediante uma abstração: da essência para a universalidade. Desse modo, há um algo que é “dado à nossa mente”, como se pode perceber nas súmulas (e também na construção de conceitos *prêt-à-pôrters* que recheiam os livros de direito). As súmulas “carregariam”, assim, a substância de um conjunto de casos. Transportada (ess)a essência (substância) para a mente, forma-se o conceito, que é representado pelo enunciado sumular, que passa a ser “o dado”. Conseqüentemente, o intérprete fica assujeitado a esse dado, isto é, a esse conceito de caráter universal (pensemos nisso também na aplicação da

⁹ Embargos declaratórios, ao lado da relativização da coisa julgada, vício transrescisório (sic), são institutos predatórios que fragilizam a autonomia do direito. Aliás, cada vez que, em nome de discursos morais, políticos ou econômicos – igualmente predatórios – se justificar uma “correção do direito”, estar-se-á enfraquecendo aquilo que se quer preservar.

¹⁰ Na linha de Dworkin, em seu debate com Hart – e com os acréscimos que proponho a partir da hermenêutica filosófica –, venho sustentando, de há muito, que a discricionariedade é incompatível com a aplicação da lei no Estado Democrático de Direito (em especial no que diz respeito à jurisdição constitucional).

repercussão geral, pelo STF, e da nova Lei dos Recursos, nº 11.672, pelo STJ).

Mas, por mais paradoxal que possa parecer, somos também metafísicos modernos, porque, antes da formação do “mito do dado”, ocorre a primazia do sujeito solipsista. Sua consciência é que instaura o mundo (o conhecimento é uma representação acurada, somente tornada possível por processos mentais especiais e inteligível por intermédio de uma teoria geral da representação, como bem lembra Richard Rorty). É desse sujeito (agora assujeitador) que se “constrói” o objeto do conhecimento (pensemos em Kelsen e nas razões pelas quais, para ele, era necessário dualizar ser e dever ser e por que a Teoria Pura só poderia se consolidar como uma metalinguagem sobre uma linguagem objeto). Nesse contexto, não é difícil perceber que “filosofia da consciência” e “discricionariedade judicial” (que leva à arbitrariedade) representam as faces da mesma moeda.

O resultado disso é que aquilo que começa com (um)a subjetividade “criadora” de sentidos (afinal, quem pode controlar a “vontade do intérprete”?, perguntariam os juristas), acaba *pro* resultar em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um “mundo jurídico” no qual cada um interpreta como (melhor) lhe convém...! Enfim, o triunfo do sujeito da subjetividade assujeitadora. Para ser mais simples: de um lado, há uma objetividade textual, que torna o intérprete refém de um mundo de essências (pensemos na força das súmulas e dos verbetes jurisprudenciais, por exemplo); e, de outro, há uma subjetividade que assujeita o texto (e a coisa a ser designada), pelo que o texto jurídico é “apenas a ponta do *iceberg*” (prestemos, pois, muita atenção: quando um jurista afirma isso, está-se diante de um positivista).

VI. Buscando comprovar sua tese (crítica às vaguezas das súmulas e das palavras da lei), o autor utiliza o seguinte exemplo, por intermédio do qual procura demonstrar a necessidade da “exatidão lingüística”: “o art. 1.102a do CPC permite o ajuizamento de ação monitória a quem disponha de ‘prova escrita’ que não tenha eficácia de título executivo. ‘Prova escrita’ é termo vago. O STJ decidiu que ‘cheque prescrito’ (nº 299 da súmula do STJ) e ‘contrato de abertura de conta-corrente acompanhado de extrato bancário’ (nº 247 da súmula do STJ) são exemplos de prova escrita. Diante de casos concretos, criou ‘duas normas gerais’, a partir do Direito Legislado, que podem ser aplicadas em diversos outros casos, tanto que viraram enunciado da súmula deste Tribunal Superior. Note-se que a formulação destes enunciados sumulados não possui qualquer conceito vago, não dando margem a muitas dúvidas quanto à sua incidência”.

Malgrado o esforço de Didier, seu exemplo pode ser utilizado contra a sua própria tese. Com efeito, para ele, “prova escrita” é termo vago, e “cheque prescrito” é expressão precisa, que evita as dúvidas (sic) quanto à sua “incidência”. Porém, o cheque prescrito há trinta anos pode ser cobrado através de ação monitória? E o cheque que tenha origem em um negócio ilícito? Então, os termos ainda carecem de especificação e sempre carecerão, mesmo que, aparentemente, as palavras “abarquem” as hipóteses futuras de aplicação. O mesmo ocorre com os tipos penais. Matar alguém é um tipo fechado, pois não? Matar alguém é matar alguém... Será tão simples assim? Afinal, o que é, efetivamente, vida? Embriões são vidas? Não esqueçamos que o primeiro transplante de coração na Argentina deu margem a processo por homicídio, uma vez

que o órgão é extraído quando ainda está funcionando. A redefinição da palavra vida é que trouxe luz ao problema: a morte cerebral é o limite da vida. E assim por diante. Não podemos esquecer que a isomorfia defendida por Wittgenstein no seu *Tractatus* foi abandonada nas *Investigações Filosóficas*. Se antes a sintaxe e a semântica eram as condições de possibilidade de um enunciado ser científico (verdadeiro), agora é na pragmática que se dá o *locus* do sentido. Neste ponto, lembro-me de Luis Alberto Warat, com sua *Semiologia do Poder*. Como exemplo, mostrava que uma mesma lei (mesmo enunciado lingüístico) vigente em dois lugares diferentes apontava para sentidos diametralmente opostos: é proibido usar biquíni na praia..., que, em Copacabana, significa uma coisa, mas, no Pinho, praia de nudismo de Santa Catarina, significa diametralmente o oposto.

Há que se tomar cuidado com conceitos que, no direito, considerando o modo com que a dogmática jurídica trabalha com a filosofia, *acabam sendo “conceitos sem coisas”* (portanto, um retorno à metafísica). Ora, súmulas (vinculantes ou não), que são pautas gerais, que também são enunciados, assim como a própria legislação, somente adquirem vida no momento de sua aplicação. No terreno dos exemplos, lembro de interessante caso ocorrido no RS: em um concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público, uma questão da prova preambular exigia a resposta “V” (verdadeira) ou “F” (falsa) para o seguinte enunciado: *um indivíduo nascido no México pode ser Presidente da República do Brasil*. O gabarito apontava a letra “F” como a assertiva correta; o candidato, entretanto, entendeu que o enunciado era verdadeiro. Questionada a banca, esta manteve a assertiva “F” como a correta, sob o argumento de que *era óbvio que alguém nascido no México não poderia ser Presidente da República no Brasil*. Com base no que apreendera nas aulas de hermenêutica jurídica, o candidato interpôs Mandado de Segurança junto ao Tribunal de Justiça, alegando que a pauta geral “um indivíduo nascido...” carecia totalmente de sentido, uma vez que desacompanhado da necessária contextualização. O candidato sustentou que o **enunciado** não era verdadeiro e nem falso. Isto é, o enunciado, *per se*, carece de sentido! A verdade ou falsidade do enunciado (pauta geral) depende de uma situação concreta, no caso, *v.g.*, se o indivíduo era filho de pais brasileiros e fora registrado na Embaixada do Brasil no México, para citar apenas uma das **contingências** possíveis (veja-se, aqui, a importância de Wittgenstein, em suas *Investigações Filosóficas*, para quem – e veja-se como ele abandona a isomorfia – é o **contexto de uso**¹¹ que determina o sentido de um texto). A argumentação foi aceita pelo Tribunal e a questão (pergunta) foi anulada. Há que se entender, portanto, que enunciados (pautas gerais) *escondem o aparecer da singularidade dos casos (situação concreta)*. *Uma pauta geral, nas suas mais variadas formas, aplicada objetivamente, leva ao obscurecimento da singularidade do caso*. É nesse exato sentido a lição de Gadamer, comentando a atualidade hermenêutica da filosofia prática aristotélica: um saber geral que não saiba aplicar-se à situação concreta permanece sem sentido e até ameaça obscurecer as exigências concretas que emanam de uma determinada situação.

¹¹ E veja-se que essa é uma questão das mais simples, ou seja, para o direito, uma pragmática baseada apenas na discussão do contexto de uso dos signos fica restrita à analítica da linguagem, longe, portanto, do salto paradigmático dado pela hermenêutica filosófica.

VII. Na seqüência, contrastado, Fredie Didier lamenta que “infelizmente, essa técnica de elaboração do precedente judicial [o do exemplo anterior] não foi observada pelo STF, ao editar o nº 11 da sua súmula vinculante, *verbis*: *Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado*. Esse enunciado é tão extenso, e composto de termos de acepção tão vaga (‘fundado receio de fuga’, ‘perigo à integridade física própria ou alheia’, ‘justificada a excepcionalidade por escrito’ etc.), que mais parece texto legislativo. As dificuldades de sua aplicação serão tantas, que certamente deverão surgir outras ‘súmulas’ concretizando o disposto no enunciado nº 11”.

Penso que a crítica é contraditória. Começa dizendo que o enunciado é muito “extenso”, depois diz que os termos são de acepção muito “vaga”. Mas se o STF resolvesse, na súmula, especificar o que significa “fundado receio de fuga”, o enunciado ficaria muito mais extenso, pois não? E o autor até tem razão quando diz que a súmula “mais parece texto legislativo”, *porque assim é, mesmo, e sempre foi*. Como referi anteriormente, súmulas (vinculantes ou não) têm pretensão de generalidade e abstração, como a lei. Na especificidade, o principal alvo de Didier, nessa discussão, é a SV nº 11. Ora, muito se tem dito sobre essa súmula (problemática que pode ser aplicada às demais). Por isso, sua redação sempre pareceu mais com a de um artigo ou parágrafo de lei do que com uma decisão judicial: “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese” (nº 266 do STF); “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício” (nº 33 do STJ). Quem acha que as súmulas são “demasiadamente vagas” deixa a impressão de que as dificuldades de aplicação devem ser solucionadas com “outras súmulas” ou um “comentário sobre as súmulas”. Não deixa de ser sintomático que a doutrina, ao identificar complexidades no sistema, *proponha resolvê-las com “mais do mesmo”, ou seja, com outros modelos pré-concebidos de interpretação*. Veja-se: sempre se corre o risco de reprimir uma espécie de “neo-jurisprudência dos conceitos”, forma paleo-positivista de isolar o direito do tempo e da faticidade.

De todo modo, a filosofia nos salva. Insisto: é graças a ela que não acreditamos mais em isomorfia entre texto e realidade. Se eu fosse resumir o problema das súmulas em uma frase, diria que “**o precedente não cabe na súmula**”. Trata-se de um “enigma” hermenêutico que deve ser decifrado. É impossível transformar o problema da aplicação (*Anwendungsdiskurs*) em um problema de validade (prévia) dos discursos jurídicos (discursos de justificação – *Begründungsdiskurs*). O problema é que isso já acontece de há muito no direito de *terrae brasilis*. Aliás, é prática recorrente – afinal, não há sentença ou acórdão que assim não proceda – a mera menção de ementas de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões. Tal circunstância acarreta um enfraquecimento da força persuasiva da doutrina, deixando-se a tarefa de atribuição do sentido das leis aos Tribunais, fenômeno que é retroalimentado por uma verdadeira indústria de manuais jurídicos, que colacionam ementários para servirem de “pautas gerais”. Verbetes. Enunciados. Tentativas de conceptualizações. Por tudo isso, as súmulas

(vinculantes ou não) não deveriam causar surpresa. E nem estranheza. Elas sempre estiveram aí, “(con)formando nosso imaginário.

IX. Nessa linha de crítica à SV nº 11, meu interlocutor chega a dizer “a ‘súmula vinculante’, cuja existência se justifica para dar segurança/previsibilidade à solução de ‘determinadas situações típicas’, neste caso terá pouca serventia. Não quero entrar, neste momento, no mérito da questão do uso ou não de algemas, até porque não sou especialista no assunto. A minha preocupação é com a má-técnica do STF na formulação do precedente, que é vinculante. O STF deve lembrar que o ‘papel normativo’ da jurisprudência tem outras características. Situações como essas não poderiam ser ‘sumuladas’, exatamente porque, em razão das suas peculiaridades concretas, devem sempre ser examinadas *a posteriori*”.

Penso que, aqui, o mérito se confunde com a temática central. Embora Didier não queira entrar no mérito da matéria sumulada, algumas pinceladas devem ser dadas em relação à polêmica SV nº 11. Retomo a crítica que fiz acerca da confusão entre súmula e precedente. Com efeito, é incompreensível o que Didier quer dizer com situações que devem ser examinadas *a posteriori*. A rigor, todas as situações são examinadas pelos Tribunais *a posteriori*, mas as regras que sobre elas incidem devem ser prévias. E esse é, para o bem ou para o mal, o objetivo de qualquer SV: deixar posto de antemão aquilo que o Tribunal estabelece sobre determinado assunto, para que não tenha de analisar cada situação diferente e dizer sobre ela *a posteriori*. Afinal, assim é feita uma SV...! Todas as situações têm “peculiaridades concretas” e, se fosse por isso, nada poderia ser “sumulado”.

Aqui, é necessário um alerta: embora crítico das súmulas desde há muito, tenho sempre sustentado que as SV’s não são um problema ou um “mal em si”. Podem ser importantes para colocar o “selo jurídico” em conquistas hermenêuticas. *Também podem contribuir para a formação de uma cultura jurídica que respeite a integridade do direito (Dworkin) e a institucionalização de uma tradição (Gadamer)*. Portanto, o problema não está no fato de o sistema jurídico ter ou não mecanismos vinculatórios. Esta é a contradição secundária do problema. Registre-se: desde a Lei nº 8.038/90, as súmulas servem para obstaculizar recursos. Assim, de algum modo, já vinculavam e continuam vinculando. A diferença é que agora existe, para a SV, criada pela EC 45, o mecanismo da reclamação. Aliás, nem vou falar aqui das demais súmulas que estão no “sistema”; são milhares – *o que fazer com elas?* Se formalmente só as súmulas do STF são vinculantes, as demais são de “segundo nível”?

Numa palavra: na verdade, quem transforma a SV em um “mal em si” são as suas equivocadas compreensão e aplicação. Explico: pensa-se, cada vez mais, que, com a edição de uma súmula, o enunciado se autonomiza da faticidade que lhe deu origem. É como se, na própria *common law*, a *ratio decidendi* pudesse ser exclusivamente uma proposição de direito, abstraída da “questão de fato”. Se isso é crível, então realmente a súmula e qualquer enunciado ou verbete (e como gostamos de verbetes, não?) será um problema. E dos grandes. E como respondo a isso? Com uma “exigência hermenêutica” que se traduz na frase de Gadamer: só podemos “compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido”.

Esclarecendo melhor esse ponto: venho insistindo há muito tempo que texto e norma não são “colados”, nem cindidos. A questão de direito, que surge do julgamento anterior (ou da cadeia de julgamentos), será sempre uma questão de fato e vice-versa. Por isso – e nisso reside o equívoco de setores da doutrina – é impossível transformar uma súmula em um “texto universalizante”. Insisto: isso seria voltar à filosofia clássica-essencialista. É preciso entender que a “aplicação” de uma súmula não pode ser feita a partir de um procedimento dedutivo. Que as súmulas são textos, não há dúvida. *Só que “esse texto” não é uma proposição assertórica.* Portanto, não pode ser aplicado de forma irrestrita e por “mera subsunção” ou por “dedução”. No paradigma filosófico em que nos encontramos, é equivocado falar ainda em subsunção, indução ou dedução.

X. A tese principal defendida por Didier aparece efetivamente na parte final, quando diz: “Se é certo que o papel da jurisprudência é cada vez mais importante, também é certo que é preciso um estudo mais rigoroso da teoria do precedente e um aprimoramento na utilização das técnicas desenvolvidas a partir desse conjunto teórico. E uma das técnicas mais importantes é, justamente, a técnica de ‘redação do preceito normativo jurisprudencial’, a *ratio decidendi*, a ‘norma jurídica geral’ construída a partir de casos concretos”.

A existência (ou exigências) de técnicas acerca de como redigir precedentes judiciais, numa espécie de ciência judicativa de formação indutiva (para “funções subsuntivas-dedutivas”), oblitera, intencional ou culposamente, a hermenêutica jurídica. Vale dizer, se o direito legislado consiste na ambiência natural dos termos indeterminados, a exigir que a formulação da regra geral da *ratio decidendi* especifique aqueles vocábulos abstratamente vagos, de acordo com a situação concreta decidenda, como esperar que referida concretização ultime resultados generalizantes? Ora, repristina-se aqui a metodologia de antanho, cuja estrita ou mecânica vinculatoriedade, de idêntica eficácia ao positivismo legalista, apenas se desloca do plano legislativo para o judicial. A cisão entre interpretação e aplicação, tão bem repudiada por Gadamer, restou acatada no empreendimento dúplice – e compartimentado por etapas – de, primeiro, acionar a norma jurídica geral que serve de fundamento ou critério ao dispositivo invocado na aplicação judicial para, então, se obter a individualizada norma particular de resolução do caso.

A perspectiva de indução, ademais, faz ressurgir o pressuposto metafísico de idealização epistemológica linear entre sujeito e objeto (S-O), na medida em que, do particular ao geral, em algum momento arbitrariamente escolhido (a indevida passagem do ser ao dever-ser, conforme David Hume), a SV, calibrada de elementos totalmente detalhados, sonega a diferença ontológica (*ontologische Differenz*) vindoura, mais uma vez realçando os discursos de fundamentação (*Begründungsdiskurs*) em superioridade aos discursos de aplicação (*Anwendungsdiskurs*). Retumba uma contradição inequívoca no texto ora ilustrado: *como poderá vincular casos futuros um expediente que, de tão minuciosamente descrito, nada poderá abarcar?*

As súmulas, ou a jurisprudência, vinculam tanto mais quanto mais fundamentadas sejam as suas decisões ou razões decisórias, num receptáculo de orientação povoado não por uma lógica matemática, mas por uma justeza hermenêutica tributária da razão

prática, num *continuum* de procedência atestado mediante pautas de equanimidade. O exemplo de “clareza” citado por Didier (“prova escrita”) vinga, exatamente, porque os Tribunais anuíram a exemplos desse quilate (enfim, que possam ser enquadrados como tal), nada obstante isto não infirmar outros documentos doravante reconhecidos naquela estirpe.

Quanto ao uso das algemas, o verbete sumular preconizou prudência no manejo de dita reserva, contando com o contributo de responsabilidade futura do intérprete que tiver diante de si semelhante impasse. Como se trata de um enunciado – e isso já foi debatido em linhas anteriores –, este somente alcançará sentido em face de uma situação concreta ou de uma sucessão de casos concretos, mediante os quais devemos construir uma tradição de casos concretos que darão sentido ao vazio dos enunciados. Dito de outro modo, se a SV nº 11 deu “nome aos bois” – apontando com isso, de forma geral, *para a exigência de prudência no uso das algemas e conseqüente respeito aos direitos fundamentais* –, é necessário, agora, dar “bois aos nomes”, isto é, fornecer “casos concretos” aos enunciados, já que o enunciado só existe (possui sentido) no caso concreto, e este só possui existência naquilo que o enuncia (que lhe dá sentido). É por isso que a integridade na aplicação do direito significa reconstrução histórica da cadeia de casos interpretados/julgados (doutrina e jurisprudência).

De efetivo, a SV nº 11 veio para retirar a “discricionariedade” – para não falar em outra coisa – da subjetividade do “algemador”. É equivocado – para não dizer inútil – tentar conceituar (dar o sentido “exato” de) cada vocábulo do enunciado sumular. *Os casos que exigem (ou não) o uso de algemas definitivamente “não cabem na súmula”*. Assim como as inúmeras hipóteses de agressões injustas não “cabem” no conceito de “injusta agressão” para caracterizar a legítima defesa. Será um longo trabalho para construir uma tradição (no sentido de que fala Gadamer) *sobre como devemos e/ou podemos algemar alguém*. E essa é a riqueza do direito. Do mesmo modo que levamos vários anos para estabelecer algo que não estava no CPP: o prazo para a conclusão da instrução estando o réu preso. E assim por diante. Hoje a Constituição estabelece a exigência de *um prazo razoável* para a duração do processo. *E o que é prazo razoável?* Afinal, que diferença faz se o enunciado decorre de lei, de súmula ou de um julgamento isolado que tenha autoridade simbólica sobre o conjunto dos Tribunais da República? A formação de significados de significantes depende de uma série de circunstâncias, todas exurgentes da faticidade, enfim, da *applicatio*. Em que circunstâncias uma situação jurídico-concreta é enquadrável na lei, na súmula ou “no” julgamento “que serve de leading case”? Em qualquer hipótese, estamos lidando com um texto, ao qual deve ser atribuído um sentido, que só pode ser feita a partir do caso concreto. Isso significa afirmar, com veemência, que a escolha de um grau de generalização exurgente dessa situação não pode ser fruto de “escolhas subjetivas” do intérprete.

Insisto: “o precedente” não cabe na súmula. Como resolveríamos o caso de aplicação de uma súmula que estabelecesse, hipoteticamente, a exemplo de um julgado recente do TRF da 4ª Região (Proc. nº 2003.72.05.000103-2/TRF), segundo o qual “o colarinho faz parte do conteúdo do chope”? Qual é o tamanho do colarinho? Quantos centímetros de espuma são possíveis? E mesmo que se fizesse um adendo à

(essa hipotética) súmula, especificando que o colarinho somente poderá ser de um centímetro (ou dois, ou três...), ainda assim teríamos problemas decorrentes do tamanho do copo (altura e largura). E quanto tempo o chope deverá ficar em repouso? De que modo a dogmática jurídica resolveria tais impasses interpretativos? Mas haveria impasses? Quais? Afinal, enunciados como “o colarinho faz parte do chope” ou, a *contrario sensu*, “o chope sem colarinho não é chope”, não são claros e precisos? Não é isso que a doutrina – que acredita em isomorfia entre texto e realidade – deseja para o direito? Não querem clareza e precisão?

Ora, aqui voltamos, inexoravelmente, à questão fulcral: o “precedente” não cabe no enunciado! As palavras de uma proposição jurídica (ou qualquer outra) não são claras e nem obscuras, precisas ou ambíguas, etc.¹² Dito de outro modo – e levando em conta as “especificidades” da hipotética súmula acerca do colarinho do chope –, somente a construção de significados (atribuição de sentidos) a esses significantes é que permitirá que se evite abusos por parte dos comerciantes vendedores de chope. Não haverá (assim como não há) um significado de *colarinho em si*. Não há qualquer relação ontológica (no sentido clássico) entre a quantidade permitida de espuma e a “essência” da coisa designada. No enunciado “o colarinho faz parte do chope” não estão “contidas as essências de todos os chopes com colarinho do mundo” (sic). Hermeneuticamente, a integridade e a coerência do direito exigirão que as decisões acerca da matéria contenham uma espécie de “sentido comum” (tradição autêntica, no sentido gadameriano da palavra) acerca do significado do “colarinho”, independentemente do tamanho do copo e do tempo de repouso do copo. Na verdade, para que uma súmula possa ser editada, haverá uma sucessão de casos, que, reconstruídos, darão azo a uma “coagulação de sentido” (é isso que é uma SV, em síntese). *Não há grau zero na atribuição de sentido*. Repito: o intérprete deve estar atento à tradição (e à sua autoridade), compreender os seus pré-juízos como pré-juízos, promovendo uma reconstrução do direito, perscrutando de que modo um caso similar (não somente à ementa, evidentemente, lembrando, aqui, a questão hermenêutica representada pelo grau de objetivação abrangente¹³ que cada decisão deve ter/conter) vinha sendo decidido até então, confrontando a jurisprudência com as práticas sociais que, em

¹² Luis Alberto Warat costumava provocar os alunos, dizendo: “A lei é clara quando ninguém dela discorda...; quando o primeiro discordar, cessa a clareza”.

¹³ A questão é: há sempre um de “grau de objetivação abrangente”, isto é, uma “entificação minimamente necessária da interpretação jurídica” extensível a outros casos similares. Trata-se, assim, de uma “fuga do indiferenciado”, isto é, uma suficiência ôntica no limite da dupla estrutura da linguagem (o apofântico e o hermenêutico), linguagem na qual entificamos enunciados sob os quais queremos transmitir os elementos mínimos para se submeter a generalidade do princípio extraído da norma (norma ou julgamento). Afinal, como bem lembra Stein (Cf. Stein, Ernildo. *Nas proximidades da antropologia*. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 113 e segs.), é preciso ter presente que em todo processo compreensivo o desafio é levar os fenômenos à representação ou à sua expressão na linguagem, chegando, assim, ao que chamamos de objetivação. Isso naturalmente tem um caráter ôntico, uma vez que é a diversidade dos fenômenos e dos entes que procuramos expressar referindo-nos a esse ou àquele fenômeno ou ente. Quando chegamos ao final de tais processos de objetivação, realizamos provavelmente aquilo que é o modo máximo de agir do ser humano. Entretanto, esse resultado da objetivação pressupõe um modo de compreender a si mesmo e seu ser-no-mundo que não é explicitado na objetivação, mas que podemos descrever como uma experiência fundamental que se dá no nível da existência e que propriamente sustenta a compreensão como um todo.

cada quadra do tempo, surgem estabelecendo novos sentidos às coisas e que provocam um choque de paradigmas, o que sobremodo valoriza o papel da doutrina jurídica e a interdisciplinaridade do direito. Como bem diz Gadamer, a compreensão alcança suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as que se inicia não são arbitrarias¹⁴.

Sendo ainda mais claro: o que não poderá acontecer é que cada juiz, por suas convicções pessoais (argumentos morais, teleológicos, etc., ou até o seu gosto pessoal pelo colarinho do chope) atribua, para cada caso, o sentido que lhe convier, a partir de um uso pragmático dos sentidos, como se o caso concreto estabelecesse a possibilidade de um “grau zero de significação”.

Outro exemplo pode ajudar ainda mais na compreensão. Imaginemos uma súmula com o seguinte enunciado: “para a aferição do conteúdo do art. 23, II, do Código Penal, a legítima defesa não se mede milimetricamente”. Embora não seja uma súmula (mas, vamos fazer de conta que seja), esse enunciado foi/é utilizado como uma “proto-súmula” (afinal, consta na RT 604/327 e nos principais manuais de direito penal), servindo, nas práticas dos juristas, como um alibi para comprovar as mais diversas teses. Como toda cultura *prêt-à-porter* que se preze, o referido enunciado tem sido simplesmente citado como se fosse uma proposição assertórica, como se nele mesmo estivesse contida a substância de “todas as legítimas defesas que não podem ser medidas com um esquadro”. Se fosse um precedente no sentido norte-americano, essa *holding* somente poderia ser utilizada com força vinculativa caso fossem comprovadas as especificidades do *leading case*, e o seu abandono seria possível apenas a partir de uma *distinguishing*. Mas, não estamos na *common law*. E, por isso, não esqueçamos: lá, o precedente serve para resolver um caso passado; aqui, as súmulas (ou os demais ementários jurisprudenciais) “servem” indevidamente para resolver uma infinidade de casos futuros (novamente, *mais um elemento que aponta para a não similitude entre precedente e súmula!*).

Também no exemplo da “mensuração da legítima defesa” é *irrelevante a discussão acerca da vagueza ou clareza* do enunciado. As legítimas defesas e suas densificações “não cabem no enunciado”. A sua aplicação depende de cada caso concreto, cujo sentido exurgirá da reconstrução institucional dos casos que levaram a edição da súmula, como já especificado nos exemplos anteriores. A propósito: o “*leading case*” que sustenta o verbete “*legítima defesa não se mede milimetricamente*” é produto de um acórdão assim ementado: “Legítima Defesa – Proporcionalidade entre a agressão da vítima e a reação do acusado – Inexistência de excesso no uso da excludente – Absolvição mantida” (AP. 35.248-3 – 2ª Câmara, 23.09.1985). Embora os “casos” pouco importem para a dogmática jurídica tradicional, que se interessa apenas pelos ementários, vale a pena trazer à lume o DNA da *holding* da emenda “proto-sumular”. Vejamos o caso: o acusado, ao vislumbrar sua mulher conversando com outro homem, foi-lhes pedir explicações; segundo os autos, disse o acusado “que fora ao local apenas para conversar com sua mulher, a quem segurou pelo braço e já atravessavam a rua,

¹⁴ Cf. Gadamer, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Ergänzungen Register. Hermeneutik II*. Tübingen, Mohr, 1990. Op.cit., p. 272.

sendo que ele falava alto para a mulher que ela deveria explicar-lhe o que estava ocorrendo. Aproximou-se o ofendido e disse-lhe inicialmente ‘cala a boca, não faça escândalo’. Discutiram e o ofendido deu-lhe um safanão e um empurrão, depois de chamá-lo de idiota e ‘cornudo’. *Foi nesse momento que o réu reagiu descarregando sua arma contra a vítima, tendo um dos tiros atingido as costas da vítima*”. Desse julgamento surgiu o enunciado “legítima defesa não se mede milimetricamente...” (sic), que passou a ser aplicado há casos concretos de faca contra revólver, pedaço de pau contra espingarda, um simples puxar de um pente para justificar a legítima defesa putativa e até mesmo para justificar a “legítima defesa da honra” – sic –, para citar apenas algumas das hipóteses). Mais uma vez, veja-se o problema da diferença entre a aplicação de um “precedente jurisprudencial” e uma súmula, que deve ser produto de uma sucessão de casos.

Com efeito, este também é um tema que deve ser pautado para as discussões acerca do “direito sumular-jurisprudencial”. No caso, um verbete vem funcionando há mais de vinte anos como uma “quase-súmula”, sendo sua “*ratio decidendi*” (sic) construída à revelia das peculiaríssimas situações do fato (*na verdade, sequer houve desproporcionalidade de armas, na medida em que a vítima não portava arma de espécie alguma*). Fosse uma súmula, sua futura aplicação dependeria exatamente da aferição desse DNA factual; mas não somente do factual, porque de uma súmula deve ser extraído um “grau de abrangência”, espécie de princípio aplicável aos casos similares aos da cadeia de casos que justificaram a edição do verbete sumular. Essa situação se repete no cotidiano das práticas dos Tribunais, circunstância que venho denunciando há vários anos: verbetes transformados em enunciados assertóricos, com caráter universalizante. Exemplo marcante dessa espécie de (mau) uso de verbetes é o que certifica que “nos crimes sexuais, a palavra da vítima é de fundamental importância”. E alguém duvidaria disso? Mas o que ocorre na prática? O seu uso para condenar e para absolver. O que menos de perquire é se, de fato, aquele caso, a palavra da vítima teve especial relevância¹⁵.

¹⁵ Nesse sentido, veja-se a contribuição da hermenêutica filosófica para a desmi(s)tificação desse uso indiscriminado de verbetes proto-sumulares. No julgamento da Apelação nº 70012674883, o Tribunal de Justiça do RS, acatando parecer que emiti, afastou, por maioria de votos, a aplicação metafísica da “pauta geral” que pretendia abarcar a “essência” da palavra da vítima. No caso, determinada pessoa fora condenada em primeira instância a 6 anos de reclusão, pelo delito de roubo (mediante grave ameaça por arma de fogo). A condenação foi baseada na tese de que, nos crimes dessa espécie (roubo, estupro), a palavra da vítima é de fundamental importância. *Sustentei que há uma diferença entre o que pode ser correto e o que é verdadeiro no caso concreto*. A palavra da vítima pode ser importante. Pode até ser fundamental. Mas nunca é plenipotenciária. O que aconteceu é que a condenação *não esteve baseada na palavra da vítima, mas, sim, na tese de que a palavra da vítima nos crimes dessa espécie é de fundamental importância*. A tese pode ser correta; mas a faticidade pode mostrar o contrário. Assim, sustentei que uma condenação nestes termos é metafísica, porque baseada em universalidades conceituais, enfim, “conceitos sem coisas”. No conceito “a palavra da vítima...” não está contida “a própria coisa”. O citado verbete “jurisprudencial” escondeu a singularidade do caso. A decisão de segundo grau desvelou essa singularidade. Por isso, interpretar não é nunca uma subsunção do individual sob os conceitos do geral. *Aquilo que é não pode ser tomado como “presença constante”*. Tese similar defendi no Proc. 70.000.193.532 (TJRS), que tratava da aplicação do art. 366 do CPP (produção de prova antecipada). Demonstrei que a afirmação “prova testemunhal é sempre urgente” como queria o juiz de primeiro grau, é uma afirmação metafísica, que esconde as singularidades dos casos.

Tudo isso serve e é aplicável à SV nº 11. Os diversos casos que ensejam o uso de algemas serão discutidos nos Tribunais, com auxílio da doutrina. Esses casos formarão uma “cadeia de casos”, que possuem singularidades. Embora SV não seja precedente *stricto sensu*, é possível dizer – pela “pretensão universalizante” de seu enunciado – que de cada um deva ser extraído um princípio, caminho para o ingresso da razão prática no direito (faticidade, enfim, os casos concretos e suas infinitas peculiaridades). Não esqueçamos que, atrás de cada regra, há um princípio instituidor (para utilizar a linguagem gadameriana, *jede Aussage ist motiviert*). Consequentemente, na medida em que a SV exsurge no sistema (afinal, é essa a sua pretensão) como uma regra (geral e “abstrata”), também nela haverá aquilo que na hermenêutica chamamos de transcendência. O princípio é a transcendência do enunciado. Em outras palavras, *haverá sempre um direito declarado na súmula*. A pergunta que deve ser respondida é: qual é nível de generalização desse direito declarado na súmula?

No caso da SV nº 11 deve ser extraído o seguinte princípio: “algemas são excepcionais e mesmo o seu uso deve preservar os direitos fundamentais do acusado”. Seguindo esse “mínimo é”¹⁶ da súmula, cada futura aplicação terá que desvendar o DNA das aplicações anteriores¹⁷, chegando-se a uma “interpretação de acordo com a tradição” (entendida no sentido de “tradição autêntica” do termo, hermeneuticamente falando). E no que estará fincada essa (re)construção do significado do enunciado sumular? Na fundamentação detalhada, enfim, naquilo que venho denominando de *accountability* hermenêutica. E vejamos: passadas várias décadas, construímos uma tradição (autêntica) acerca do prazo para prisão (antes da reforma do CPP, 81 dias); isso não significa que os 81 dias são (eram) peremptórios, isto é, no 82º dia o prazo da prisão estará excedido. Claro que não. As circunstâncias de cada processo (portanto, de cada caso – e aí está a riqueza do direito) é que definirão os termos em que a integridade e a coerência exsurgirão. O ponto central reside na relevante circunstância de que, se, de um lado, é impossível estabelecer a peremptoridade dos 81 dias, de outro, é possível afirmar que o prazo da prisão *não será aquilo que o juiz entender*; não será também 130 dias ou 200 dias. O que extraímos desse enunciado é que o seu texto permite estabelecer os limites de sentidos minimamente entificados, *com grau de generalização suficiente para que impeçamos prazos arbitrários*. É desse modo que se constrói o direito. Sem exatidões, mas com respostas adequadas, fulcradas na reconstrução da cadeia de julgamentos anteriores e na opinião da doutrina acerca daquela espécie de casos.

Numa palavra: não teremos jamais um “método” seguro para a aplicação da SV nº 11 (e, portanto, das algemas) e nem de qualquer outra SV (ou lei ou de jurisprudência). Mas teremos, sim, um maior respeito aos direitos fundamentais. E quanto mais faticidade, mais estaremos “apertando” o sentido do que seja “*uma aplicação das algemas de forma excepcional*” e “*a preservação dos direitos fundamentais*”, a partir da principiologia constitucional (lembremos sempre: os princípios não abrem a

¹⁶ Desenvolvo a noção de “mínimo é” no meu *Verdade e Consenso*, *op. cit.*

¹⁷ Não desconheço que a SV nº 11 poderia soçobrar em face da não-obediência dos requisitos constitucionais para a sua edição. De todo modo, a discussão aqui travada serve também para a reflexão acerca de uma espécie de “direito sumular” que começa surgir no Brasil.

interpretação; ao contrário, fecham-na, pela introdução do mundo prático no direito). Dizendo de outra maneira, se antes da SV 11 as algemas eram aplicadas ao alvedrio da polícia, agora já podemos construir as condições e possibilidades para uma limitação do agir discricionário da polícia.

Uma explicação final para este ponto: eis a importância da lei, das palavras, dos enunciados. Se uma lei diz que é proibido transitar com automóveis aos domingos, o máximo que poderemos fazer – se essa lei não for inconstitucional – é discutir as exceções acerca de ambulâncias, etc. Mas uma coisa é indiscutível: não poderemos dizer que é permitido transitar com automóveis aos domingos... É o mínimo “é” que nos permite a comunicação e nosso modo-de-ser no mundo. Levemos, pois, o texto a sério. Texto não é abstração. Ele não existe/subsiste isolado da norma. E norma é fato. Por isso, texto é evento.

Na verdade, temos que encontrar o fio condutor da tradição que se liga ao enunciado e, caso nenhuma tradição se ligue ao dito no enunciado, já estaremos diante de uma inconstitucionalidade. Teremos que buscar os “casos” e o “contexto” em que esse enunciado foi produzido (pensemos na Súmula 5, que, aplicada tábula rasa, revoga dispositivo da CF)¹⁸. Não é possível, portanto, continuarmos analisando os textos das súmulas como se ali fosse “o lugar da verdade” e como se o sentido “imaneente” desse texto nos desse as respostas para a sua futura aplicação.

Voltando às críticas de Didier à SV nº 11: na medida em que neste caso a interpretação soçobra como decisão, ou seja, inculindo no destinatário a responsabilidade de julgar ou de argumentar com arrimo na súmula, esta de nada vale, segundo o pensamento de Didier, *exatamente em vista de sua tese subsuntiva a respeito do direito judicial*. A SV consiste para ele, pois, na desnecessidade de fundamentar, *já sendo sua aplicação mecânica as próprias e bastantes razões de incidência*. Em suma, o direito preconizado pelo culto processualista baiano ou arrefece hermeneuticamente em vista da subalterna subjugação aos textos legislados claros/exatos/precisos ou diante da precisão formulada pelos Tribunais quando da regência das normas jurídicas indeterminadas.

A tese de que necessitamos de uma teoria para elaboração de precedentes preconizada por Didier dá azo a que se entenda que, para ele, as SVs seriam vocacionadas a se portarem como brevíários de “casos fáceis”,¹⁹ encarregadas do firme propósito de afetar, diante da total incidência de seus *componentes precisos e infensos a dúvidas, os casos futuros de correlata matéria*. Por sua vez, se elaboradas com termos vagos, seriam elas imprestáveis pela condenável repercussão valorativa por parte da posterior acomodação interpretativa, eis que a dependência *a posteriori* do crivo seletivo das peculiaridades do caso concreto suscetível de *distinguishment* malbarata a pretensão de segurança jurídica e previsibilidade no sistema judiciário.

O grande problema desta metodologia judiciária consiste em apregoar no precedente repercussão hermenêutica intransitiva que lhe é indelevelmente avessa,

¹⁸ Cf. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; NUNES, Dierle José Coelho. Súmula Vinculante 5 do STF é inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico*, 22 de maio de 2008.

¹⁹ Conforme deixo assentado em vários textos, a cisão *easy-hard cases* é metafísica.

porquanto a sua carga de eficácia vinculante *não será jamais atestada pela simplicidade e precisão de seus termos* e, conquanto assim seja na rasa gramática de sua dimensão textual, invariavelmente dependerá do cotejo interpretativo vindouro – por razões ou fundamentos devidamente explicitados pela argumentação (racionalidade expositiva) – entre o critério adotado no “precedente” institucional e a insurgência do caso concreto de onde se proclama tratamento diferenciado ou diverso.

À guisa de conclusão

Como venho insistindo em diversos trabalhos (*Hermenêutica jurídica em crise*, Ed. Livraria do Advogado, 8. ed., e *Verdade e Consenso*, Ed. Lumen Juris, 2. ed), é preciso compreender que o direito, na medida em que não está imune às transformações ocorridas no campo filosófico, é um fenômeno inserido em uma intersubjetividade racional (chamada por Herbert Schnädelbach de “razão hermenêutica”) e que deve ser sempre primeiramente produzida e garantida em processos de compreensão. Por isso, “compreender sentido” não é apenas uma conseqüência, mas o fundamento da própria razão. Visto assim, o problema hermenêutico não é apenas universal, mas, ao mesmo tempo, fundamental, isto é, sua solução já reside no âmbito da constituição de entendimento e razão e, desse modo, no campo avançado do problema do conhecimento, que Kant acreditava poder abordar com os meios dos conceitos do entendimento e da razão garantidos. Se, como tal, não existe razão sem compreensão de sentido, então o problema do sentido se situa sistematicamente antes do problema do conhecimento, pois devem ser pressupostos já como resolvidos, em todas as produções de conhecimento, os problemas da compreensão hermenêutica (Schnädelbach). Já no campo do conhecimento do direito, a questão é saber, efetivamente, de que modo um processo lógico-argumentativo pode “acontecer” sem a pré-compreensão. A pergunta é inevitável: afinal, é possível interpretar e, só depois, compreender? Por que isolar o conhecimento jurídico do fenômeno da compreensão?

A crise que atravessa a hermenêutica jurídica – e que tem reflexos incomensuráveis no ensino jurídico – possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX. Veja-se, aqui, que as várias tentativas de estabelecer regras ou cânones para o processo interpretativo a partir do predomínio da objetividade ou da subjetividade, ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto, não resistiram às teses da viragem lingüístico-ontológica (Heidegger-Gadamer). Esse giro lingüístico-ontológico, compreendido a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico e pela diferença ontológica, supera o esquema sujeito-objeto. Para tanto, é absolutamente relevante compreender que a viragem hermenêutico-ontológica, provocada por *Sein und Zeit* (1927), de Martin Heidegger, e a publicação, anos depois, de *Wahrheit und Methode* (1960), por Hans-Georg Gadamer, foram fundamentais para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica. Assim, a partir dessa *ontologische Wendung*, inicia-se o processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivista (aristotélico-tomista) e subjetivista (filosofia da consciência), os quais, de um modo ou de outro, até hoje têm sustentado as teses exegético-dedutivistas-substantivas dominantes naquilo que vem sendo denominado de hermenêutica jurídica.

Essas sofisticadas questões estão ainda longe de serem recepcionadas pela comunidade jurídica. Recentemente saídos de um regime autoritário e mesmo estando sob a égide uma Constituição democrática e transformadora, continuamos: (a) com um Código Penal produto de uma sociedade que há pouco ingressara no liberalismo, voltado a uma (nova) clientela fruto da mudança da economia ocorrida a partir da revolução liberal de 1930; (b) um Código Comercial promulgado durante o Império, embora agora tenha sido “alterado”, em parte, pelo Código Civil; (c) com um Código de Processo Civil que, a par de estar calcado no protagonismo do juiz, que julga solipsisticamente, estabelece mecanismos que protegem explicitamente os direitos reais em detrimento dos direitos pessoais; (d) por último, com um Código Civil de 1916, proveniente de uma sociedade pré-liberal e urbana, que somente foi alterado no ano de 2003, cujas modificações, entretanto, sofrem sérias restrições dos setores civilísticos mais críticos, principalmente por que o novo código aposta demasiadamente na discricionariedade judicial (para tanto, veja-se as cláusulas gerais). “Acostumados” (*habitus*) com o protagonismo judicial que vem desde Oscar Von Büllow e assentados no sujeito solipsista,²⁰ construímos um sistema jurídico que, pela falta de fundamentação das decisões, transformou-se em um “estado de natureza hermenêutico”, cuja consequência foi o entulhamento dos Tribunais superiores. A resposta (darwiniana) do sistema: mecanismos inibidores/obstaculizadores de recursos e vinculatórios vertical e horizontalmente, tendo no topo a súmula vinculante. Tais mecanismos não deveriam causar maiores surpresas na comunidade jurídica, até porque, de um modo ou de outro, estes já existiam desde a 1990, com Lei nº 8.038, sem considerar o poder de violência simbólica que as súmulas sempre tiveram, desde a sua criação no ano de 1964.

A questão que se coloca, agora, é: o que resta para a interpretação? Em que termos devem se dar as decisões de primeiro e segundo grau, em face das súmulas vinculantes²¹ e todos os mecanismos a ela circunscritos? O que não podemos sonegar ao público é que, lamentavelmente, a doutrina que sustenta o saber jurídico sempre se contentou com um conjunto de comentários resumidos de ementários de jurisprudência, desacompanhados dos respectivos contextos. Para ser mais claro: com o passar do tempo, a doutrina foi perdendo força. Cada vez doutrina menos. Em outras palavras, a doutrina não doutrina mais, sendo, sim, “doutrinada/domesticada” pelos Tribunais (lembremos, aqui, do famoso voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, no EREsp nº 319.997-SC: “Não me importa o que pensam os

²⁰ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 98 et. seq.

²¹ É despiendo lembrar (e registrar) o óbvio: antes de qualquer discussão acerca do significado e abrangência de uma SV, é necessário verificar os requisitos de sua formulação/edição. Além do quorum de dois terços, cabe ao STF justificar o entendimento jurisdicional sobre determinado tema a partir da jurisprudência consolidada do Tribunal, algo que não se mede numericamente, dez, vinte, trinta decisões a favor ou contra um entendimento “X” ou “Y”. É dessa reconstrução institucional que o STF deve fazer – condição de possibilidade para a edição de uma súmula – que exurgirão as possibilidades para a aferição do DNA de cada enunciado. Portanto, *se os requisitos previstos na EC 45 não estiverem presentes, antes de qualquer outro exame a SV será inconstitucional*. E não esqueçamos: se a SV é um ato normativo, sobre ela cabe o controle de constitucionalidade. Ou a SV estaria blindada à jurisdição constitucional?

doutrinadores [...] Ninguém nos dá lições”. E o ensino acaba calcado em metodologias *ad-hoc* e sem consistência teórica, fenômeno que se dá com a construção de categorias “aptas para a produção de dedutivos”, como se a realidade pudesse ser aprisionada pelo “paraíso dos conceitos do pragmatismo positivista dominante”. E as súmulas? As súmulas (vinculantes) são apenas o corolário de uma cultura *prêt-à-porter*. Insisto: não deveríamos nos surpreender com isso tudo, ainda mais se reconhecermos que foi para isso que, afinal de contas, nós sempre contribuímos!!!!

É nesse contexto que tento iniciar esse diálogo acerca das SV em *terrae brasilis*. Partindo da “premissa” de que não são **mal em si** e enquadrando-as no paradigma hermenêutico, para além das posturas analíticas, axiologistas, pragmatistas etc. Considerando como superado o esquema sujeito-objeto, tenho como ultrapassadas quaisquer possibilidades de subsunções e deduções. Isso terá conseqüências incomensuráveis na discussão da problemática das súmulas (vinculantes ou não). Trata-se da seguinte questão: uma súmula (vinculante ou não) é um texto. A partir disso é que a tradição hermenêutica entra em campo para esse enfrentamento. Dito de outro modo, se o esquema sujeito-objeto (tanto da metafísica clássica quanto da metafísica moderna) está superado, então é preciso ultrapassar as perspectivas epistemológicas acerca do direito, re-introduzindo o mundo prático (aqui entram os princípios, que são a transcendência das regras). Logo, sem subsunções ou deduções e sem o empírico e o universal, o enfrentamento dos sentidos dos enunciados não pode mais seguir as *pautas conceptualistas*. Isso porque não há textos sem normas; não há normas sem textos; não há ser sem ente; não há ente sem ser.

A súmula vinculante ingressa no sistema jurídico com uma força nunca dantes vista no nosso sistema jurídico. Com suporte no mecanismo da Reclamação, o órgão emissor se transforma no próprio órgão para fiscalizar o enunciado (texto) jurídico emitido. A tese central da súmula – e parece que para isso foi idealizada – é a de transformar uma sucessão de casos difíceis em futuros casos fáceis. Em termos filosóficos, é possível explicá-la do seguinte modo: nela estaria “condensada a substância” (essência) de cada “coisa” jurídica, como se as súmulas fossem “juízos assertórios” e uma “proposição pudesse mostrar o seu sentido”²². Ocorre que a articulação do mundo (das coisas em geral) e da linguagem não se dá isomorficamente. As palavras não são e não podem ser “um modelo exato da realidade”. A adequação que exsurge de qualquer processo hermenêutico não depende dessa pretensa isomorfia entre proposição e o fato representado.

Assim, é preciso ter claro que a “substância” que estaria contida no verbete sumular *destemporaliza o sentido, pelo seqüestro da temporalidade*²³. Mas é claro

²² Esta é uma tese que retoma pressupostos da ontologia clássica, presente, *v.g.*, em Wittgenstein, Ludwig von. *Tractatus Lógico-Filosófico*. Lisboa, 1995, p. 56, ponto 4.022. De certo modo, a súmula significa um retorno a essa fase da filosofia.

²³ Neste aspecto, o pensamento dogmático do direito retoma, de certo modo, o caminho da ontologia clássica, fazendo a subsunção de um significado a um significante, onde o significante é o elemento universal, e o significado é o elemento singular (*sic*). Lexicograficamente, pretendem os juristas estabelecer sentidos (universalizantes) que esperaríamos ser “acoplados” aos entes (dispersos no “mundo” como “entes”). Para tanto, basta que se observe o conteúdo dos manuais jurídicos, através dos quais pretendem os juristas

que isso é assim em face do paradigma filosófico no qual a súmula se enquadra. Vista sob uma perspectiva hermenêutica, a súmula não representa essa “tragédia” anunciada por alguns setores do direito brasileiro. E nem isso significa que cada súmula tenha que ser elaborada em linguagem rigorosa, como se estivéssemos no entremeio do Círculo de Viena. Se compreendidas a partir de uma perspectiva exegética-normativista, as SVs se substituem à própria lei, com uma “vantagem”: ao contrário da lei, a SV tem a pretensão de “acarcar todas as futuras hipóteses de aplicação”, como se fosse uma “lei perfeita”, isomórfica.

Como já referi à saciedade, as palavras não conseguem reproduzir tudo aquilo que foi compreendido e, se nós quisermos “evitar mal entendidos”, teremos que estar “vigilantes” quanto a esse fato incontornável. Essa vigilância pode, de fato, exigir que tenhamos cuidado com aquilo que enunciamos; que tenhamos cuidado com a elaboração do texto, mas se nos perguntarmos qual o caminho que deveremos tomar para que façamos o melhor texto possível, *essa resposta não estará em técnicas redacionais*, como quer, por exemplo, Fredie Didier, por uma razão óbvia: *sempre haverá um não dito na técnica!* Com os gregos, teremos que recordar que a técnica redacional é uma arte, longe das pretensões da técnica moderna. Teremos que recordar com o Heidegger tardio e com Gadamer, que são os poetas – e não os burocratas – aqueles que melhor lidam com a “dobra” da linguagem. Desse modo, se adotamos em terra *brasilis* um modelo inspirado no *stare decisis* do *common law*, temos que ter consciência de que haverá sempre um “não dito” no “enunciado” do precedente e de que não há técnica – principalmente moderna – que garanta a transmissão da totalidade do compreendido.

Como já disse em outras oportunidades, os textos são eventos. Não são abstrações (lembremos-nos do “agulhão semântico” de que fala Dworkin). Isto porque os textos são o dito de uma compreensão que se deu, necessariamente, como aplicação²⁴. Na verdade, temos que encontrar o fio condutor da tradição que se liga ao enunciado. Teremos que buscar – sempre, em face dos “princípios” da integridade e da coerência, que na hermenêutica denominamos de tradição – os “casos” e o “contexto” a partir dos quais esse enunciado foi produzido. Não é possível, portanto, continuarmos analisando os textos das súmulas como se ali fosse “o lugar da verdade” e como se o sentido “imaneente” desse texto nos desse as respostas para a sua futura aplicação. É o que tenho trabalhado com a noção de “resposta adequada à Constituição” ou “resposta correta”.

Cada enunciado sumular/jurisprudencial tem um “DNA”. Esse “DNA” é a integridade e a coerência de que fala Dworkin, aliada à noção de (autoridade da)

construir um corpo doutrinário repleto de conceitos com sentidos definitivos, espécie de repertório (universalizante) de *prêt-à-porter*. Mediante conceitos estandardizados, lexicográficos, o pensamento dogmático pretende colocar à disposição da comunidade jurídica definições *a priori*, “aptas” a servirem de “acoplagem” da premissa menor à premissa maior. É como se existisse um fato “cru”, que receberia uma “roupagem” jurídico-conceitual (previamente elaborada, com pretensão de universalização).

²⁴ Por todos os textos, ver especialmente o meu *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos?* Uma resposta a partir do “Ontological Turn”. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*, São Leopoldo, jan./dez 2003.

tradição gadameriana, tudo isso compreendido a partir do círculo hermenêutico, pelo qual se supera qualquer resquício do esquema S-O. O “DNA” contém também, necessariamente, os genes da doutrina, sob pena de sacramentarmos a tese de que “o direito é aquilo que o judiciário diz que é” (lembramos, aqui, do Min. Humberto Barros Monteiro, então presidente do STJ, que *dizia não se importar com o que dizia a doutrina... – sic*).²⁵ O juiz Holmes já morreu. E mais: não há grau zero de significação. Embora nosso sistema não seja de precedentes, apesar da nítida “circulação de modelos”²⁶ a que alude Taruffo, *o direito não é um conjunto de casos dispersos, em que, pragmaticamente, o jurista possa dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*. E a doutrina deve voltar a doutrinar e não se quedar submissa e caudatária da “jurisprudência” (na verdade, por vezes, de citações “pela metade” e de casos isolados). *Por tudo isso, a súmula não é um “mal em si”*. Insisto: é um “mal” como é qualquer enunciado ou lei “injusta” e/ou inconstitucional.

A propósito, a doutrina deve iniciar a discussão acerca do que fazer com as SVs inconstitucionais (formal ou materialmente). *No fundo, não há maiores diferenças entre uma lei e uma súmula*; a diferença é que, por incrível que possa parecer, às SVs os juristas respeitam. E a lei? Bem, a lei acaba tendo menos força que as SVs. Por exemplo: antes da SV nº 10, os Tribunais eram useiros e vezeiros em não suscitar incidentes de inconstitucionalidade. Isto é, não obedeciam ao art. 97 da CF e ao art. 480 e segs do CPC. Com a edição da SV nº 10, passaram a obedecer. *Aliás, até demais, uma vez que agora nem mais fazem interpretação conforme e nulidade parcial sem redução de texto*. E olha que a SV nº 10, examinada em seu “DNA”, nem trata desses dois mecanismos hermenêuticos. Sintomas da crise, pois não?

Ainda, por fim, há um outro enigma a ser decifrado. E qual seria? É que as súmulas representam um paradoxo. E por quê? Porque elas não diminuem e, sim, aumentam a competência dos juízes. Eles e os Tribunais é que ainda não se deram conta. O mais lamentável é que talvez nem venham a perceber isso. Tudo dependerá de que paradigma estarão “olhando” as súmulas...! Uma preocupação final: alguém já reparou que o mesmo movimento que se deu com as codificações introduzindo os “conceitos jurídicos indeterminados” já se mostra presente nas súmulas vinculantes do STF? Especialmente a do uso abusivo de algemas... Só que agora, seguindo a via de deslocamento da tensão de poderes, o judiciário assume o papel de protagonista. E corremos o risco de o discurso do judiciário substituir a legislação democraticamente elaborada.

²⁵ AgReg em ERESP nº 279.889-AL, STJ.

²⁶ Com um complexo intercâmbio de modelos e experiências entre sistemas de *civil law* e *common law* (cf. TARUFFO, Michele. *Dimensioni transculturali della giurizia civile. Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 89).