

Jurisprudência vinculante: o novo modelo do civil law no Brasil¹

Vinculation to jurisprudence: the new model of civil law in Brazil

Victor Freitas Lopes Nunes²

Murilo Ramalho Procópio³

Resumo

Este trabalho tem o objetivo de investigar como o avanço da teoria jurídica, notadamente no que toca ao reconhecimento da interpretação jurídica, contribui para a reconstrução do conceito da tradição do Civil Law. Questiona-se se o Brasil está, realmente, afastando-se da tradição do romano-germânica a qual sempre esteve ligado. Acredita-se que as fórmulas de vinculação às decisões proferidas pelo Judiciário estão, na verdade, em consonância com a tradição jurídica à qual o Brasil sempre se filiou. A investigação proposta será baseada em uma orientação pragmática para a teoria do Direito, que reconhece não só a interpretação jurídica como elemento fundamental na verificação da validade das normas jurídicas, mas também o papel decisivo que o contexto assume no processo interpretativo. Um estudo pragmático da interpretação jurídica compreende o caráter dinâmico do processo de determinação do significado de textos normativos, o que inclui tanto a dimensão do sentido quanto a de referência. O foco deste exame será o conteúdo latente dos conceitos sob análise, para tanto, recorre-se a análise de conteúdo, visto que se propõe um estudo de textos científicos para se construir um sistema analítico de conceitos a ser aplicado sobre a relação entre a evolução na teoria do Direito e as alterações nas definições das tradições jurídicas. A expansão da teoria do Direito ante o reconhecimento da importância que a interpretação jurídica desempenha na aferição da validade das normas é decisiva para permitir uma reconfiguração nos delineamentos da tradição romano-germânica. Observou-se que não é possível identificar, da perspectiva da pragmática, uma mitigação na tradição do Civil Law.

¹ Este trabalho tem o suporte financeiro da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e do Centro Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

² Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

³ Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

Palavras-chave

Pragmática; Jurisprudência; Tradição romano-germânica; Common Law.

Abstract

This paper investigates how the changes in Legal Theory influence the Civil Law tradition, particularly those related to Legal interpretation. We ask if Brazil is turning away from his original position, which is the Civil Law. Actually, we believe that the new forms of vinculation to judicial decisions are in accordance to the brazilian tradition. The theoretical bases of this paper are dedicated to the presentation of a pragmatically oriented theory of legal interpretation. In fact, the methodological approach proposes the reconstruction of a system of analytical concepts based on the recognition of legal interpretation as a decisive part in the process of validation legal norms. In this context, it is not possible to identify a relativisation of the Civil Law tradition in Brazil.

Key-words

Pragmatics; Jurisprudence; Civil Law; Common Law.

1 Introdução

As reformas no ordenamento jurídico nacional instigaram uma discussão sobre a tradição jurídica na qual se enquadra o Brasil. A tradição nacional sempre foi atrelada ao direito romano-germânico, ou Civil Law, contudo, a crescente importância dada à jurisprudência, especialmente àquela sumulada pelos tribunais, fez o mundo jurídico se questionar sobre o abandono da tradição jurídica brasileira, ou, pelo menos, sua relativização.

Preliminarmente, deve-se notar que a usual distinção entre Civil Law e Common Law, na qual o primeiro se refere a sistemas jurídicos fundados sobre a lei escrita e os segundos sobre os precedentes judiciais, é baseada em tipos ideais. São, portanto, arquétipos conceituais que dificilmente se adequariam a tradição de um país se analisada particularmente.

Neste sentido, o próprio enquadramento em determinada tradição carece ser precedido da especificação de um conceito que compreenda uma definição flexível dos

parâmetros que a compõem. Este trabalho tem o objetivo de investigar como o avanço da teoria jurídica, notadamente no que toca ao reconhecimento da interpretação jurídica, contribui para a reconstrução do conceito da tradição do Civil Law. Questiona-se se o Brasil está, realmente, afastando-se da tradição do romano-germânica a qual sempre esteve ligado.

Acredita-se que as fórmulas de vinculação às decisões proferidas pelo Judiciário estão, na verdade, em consonância com a tradição jurídica à qual o Brasil sempre se filiou. Segundo uma orientação pragmática, o reconhecimento do papel do intérprete na definição da validade das normas reconstrói não só a teoria, mas a dinâmica institucional e com esta os parâmetros que permitem a definição das tradições jurídicas.

A investigação proposta será baseada em uma orientação pragmática para a teoria do Direito, que reconhece não só a interpretação jurídica como elemento fundamental na verificação da validade das normas jurídicas, mas também o papel decisivo que o contexto assume no processo interpretativo. Um estudo pragmático da interpretação jurídica compreende o caráter dinâmico do processo de determinação do significado de textos normativos, o que inclui tanto a dimensão do sentido quanto a de referência.

O foco deste exame será o conteúdo latente dos conceitos sob análise, uma vez que se busca extrair do arcabouço teórico o significado não aparente dos conceitos analisados. Para tanto, recorre-se a análise de conteúdo, visto que se propõe um estudo de textos científicos para se construir um sistema analítico de conceitos a ser aplicado sobre a relação entre a evolução na teoria do Direito e as alterações nas definições das tradições jurídicas. Trata-se, pois, de um trabalho teórico com caráter descritivo, voltado ao estudo bibliográfico, de base metodológica concebida a partir da análise de conteúdo.

Primeiramente, discorrer-se-á sobre uma orientação pragmática para a teoria do Direito. Em seguida, serão expostas considerações sobre a relação entre os precedentes, a jurisprudência e a tradição jurídica romano-germânica. Posteriormente, será discutido se o paradigma da vinculação às decisões do Judiciário é indicativo de uma aproximação das tradições jurídicas. Por fim, serão apresentadas as conclusões alcançadas.

2 Uma orientação pragmática para a teoria do Direito

Na evolução histórica da teoria jurídica, a teoria da interpretação assumiu papel decisivo. Discussões sobre a validade de uma norma jurídica não prescindem mais do aspecto interpretativo. Mesmo textos normativos aparentemente claros, podem deixar de sê-lo, especialmente com alterações substanciais no contexto em que a norma é interpretada.

A doutrina tradicional, notadamente a de inspiração kelseniana, entendia que “a interpretação não participa do processo pelo qual normas jurídicas surgem” (VILLA, 2010, p. 90 – tradução nossa)⁴. Contudo, atualmente, especialmente depois das contribuições de diversos autores como Dworkin e MacCormick, “a interpretação se tornou fundamental para a descrição do Direito. O estudo da interpretação jurídica, em outras palavras, entra em jogo, precisamente, quando a questão da existência do Direito e sua validade têm de ser enfrentadas” (VILLA, 2010, p. 90 – tradução nossa)⁵.

Villa (2010) aponta três razões principais para a ocorrência deste fenômeno. A primeira delas, de ordem jurídico-filosófica, está ligada à disseminação da concepção que vê o Direito como uma prática social⁶. Tal entendimento é extremamente crítico da concepção objetivista dominante até a década de 1960. Em segundo lugar, está uma razão de caráter institucional, ligada à presença de uma nova forma de organização do Estado que questiona a forma tradicional de aferição de validade de normas jurídicas. Cada vez mais, elementos relacionados ao conteúdo das normas participam da caracterização da validade, o que torna a interpretação indispensável no processo de aferição da validade material. Por fim, a terceira razão, de ordem teórica, funda-se na distinção entre proposições jurídicas e normas jurídicas.

A ideia central aqui é a de que os juízes são chamados a cooperar com o legislador na elaboração de mensagens normativas para enviar aos cidadãos e, precisamente, porque tais mensagens não estão completas, sem a intervenção interpretativa da jurisprudência (VILLA, 2010, p. 92 – tradução nossa)⁷.

Primeiramente, é preciso compreender que a pragmática é uma disciplina que considera os fatores extralinguísticos na determinação de sentido de um determinado enunciado, incluindo aqueles fatores aos quais não se pode fazer referência através de um estudo meramente gramatical ou semântico⁸. Neste cenário, noções como emissor,

⁴ No original: “interpretation does not participate in the process through which legal norms come into being” (VILLA, 2010, p. 90).

⁵ No original: “interpretation becomes fundamental for the description of law itself. The study of interpretation, in other words, comes into play precisely when the issue of the existence of law and its validity has to be faced” (VILLA, 2010, p. 90).

⁶ Nas palavras de Villa (2010, p. 90 - 91): “for the approach that looks at law as a *social practice* legal rules exist, in a strict sense, only insofar as they are part of a *normative social practice*, that is to say insofar as they are interpreted, used, applied, mentioned, considered as the basis for criticisms and justifications, and so forth, by the members of a community of *rule followers*, many of whom adopt the internal point of view (a “critical-reflexive” attitude towards rules that are accepted as such)”.

⁷ No original: “The central idea here is that the judges are called on to *cooperate* with the legislator in preparing normative messages to send out to citizens, and precisely because such messages are not complete without the interpretative intervention of jurisprudence” (VILLA, 2010, p. 92).

⁸ Segundo Tércio Sampaio (2008, p. 265): “Essa mudança de foco, passando do que foi dito na sentença para o que o agente quis dizer na comunicação é o ponto de partida para a análise pragmática de Grice sobre o que seria uma lógica da conversação. Para Grice o acesso ao que se *quis dizer* a partir do que se *disse* consiste em um processo de inferência, não dedutiva, que é chamada de *implicatura*”.

destinatário, intenção comunicativa, situação espaço-temporal e conhecimento de mundo são fundamentais (ESCANDELL VIDAL, 1996, p. 13 – 14).

Sob uma diretriz pragmática, a interpretação jurídica é uma a atividade de determinação de significado a um texto normativo, derivando dele uma ou mais normas juridicamente corretas (VILLA, 2010, p. 97). A atividade interpretativa não é opcional, mas uma necessidade na busca do sentido de dispositivos normativos⁹. Fundada em uma filosofia analítica da linguagem, a orientação pragmática da teoria do Direito concebe a linguagem como uma prática social de tipo comunicativo, que não pode prescindir do contexto.

A perspectiva dinâmica que se propõe com a adoção da pragmática permite a superação da razão dualista que inspira o essencialismo das tradicionais escolas do formalismo interpretativo, o radicalismo contextual das correntes antiformalistas e mesmo posturas ecléticas como a de Hart¹⁰. A proposta da perspectiva dinâmica admite a formação progressiva de sentido, que se cristaliza no momento em que a norma é concretamente aplicada, a qual faz uso de um conjunto de habilidades e competências ligadas à produção, compreensão e interpretação de significados (VILLA, 2010, p. 112).

Para tanto, quatro condições devem ser observadas: (i.) é necessário que a teoria da interpretação expressamente adote uma teoria do significado como ponto de referência; (ii.) esta deve ser apropriada às peculiaridades da linguagem jurídica; (iii.) considerando que uma teoria do significado é descritiva e a linguagem jurídica é prescritiva, eventuais problemas semânticos não devem ter natureza diversa em razão do tipo de ato de fala específico do campo jurídico¹¹; (iv.) a construção de uma teoria do significado adequada à interpretação jurídica está ligada à forma de conceber "significado".

Por fim, quanto à formação progressiva do significado, pode-se dividi-la esquematicamente em diversas fases relativas tanto à dimensão do sentido quanto à de referência. A primeira dimensão está ligada ao uso de competências linguísticas; enquanto a segunda liga-se à capacidade estabelecer relações entre a linguagem e a realidade.

⁹ Villa (2010, p. 97) afirma que: "I maintain that *every disposition requires interpretation*, from the clearest to the obscurest" e que "an interpretation can be considered as "clear" only after it has been made".

¹⁰ "The basic point is that, within the theory of interpretation, all three conceptions maintain a dichotomic opposition between "discovery" and "creation", on the basis of which there are no "alternatives": either interpretation "discovers something" or, on the contrary, "it creates something", but it can never do both things at once. From this opposition it derives, from a semantic point of view, a view of meaning that can be considered *static*" (VILLA, 2010, p. 105).

¹¹ "A *prescriptive meaning* strictly speaking does not exist. The same content of meaning can be *modulated pragmatically* as an assertion or as a directive, according to the type of speech act performed" (VILLA, 2010, p. 110)

3 Precedentes e jurisprudência

Antes de adentrar ao caso brasileiro, deve-se fazer uma distinção preliminar. Tradicionalmente, conforme já dito, a tradição do Common Law tem como parâmetro distintivo a vinculação aos precedentes judiciais, enquanto a tradição romano-germânica, Civil Law, mantém-se vinculada à lei escrita. Esta definição foi criticada e assumida como insuficiente já na introdução, contudo, é de se ressaltar que ela incorpora uma distinção importante.

David e Jauffret-Spinosi (2010, p. 67 – tradução nossa) afirmam que:

Em qualquer país da família romano-germânica, a norma jurídica se apresenta, caracteriza-se e analisa-se da mesma maneira. Nesta família, onde a doutrina encontra-se colocada em um lugar privilegiado, a norma jurídica não aparece apenas como uma norma chamada a solucionar um caso concreto. Devido à sistematização realizada pela doutrina, ela [a norma jurídica] foi levada a um plano superior, como uma regra de conduta dotada de certa generalidade, situada acima da aplicação quotidiana que os tribunais ou operadores podem fazer dela¹².

Desta forma, a tradição romano-germânica é conformada pela ligação à norma jurídica geral posta por uma determinada lei positiva elaborada por uma autoridade no exercício de competências legislativas. Não se trata de entender a lei como a única fonte do direito, mas, na verdade, como fonte primeira. Por outro lado, os mesmos autores ressaltam que, no que toca à tradição do Common Law:

O direito, tanto para um jurista norte-americano quanto para um jurista inglês, é concebido, essencialmente, como um direito jurisprudencial, as normas jurídicas formuladas pelo legislador, por mais numerosas que possam ser, são percebidas como um estorvo pelo jurista, que não vê nelas a forma normal da norma; as normas se encontram verdadeiramente assimiladas ao sistema de direito americano, na medida em que tenham sido interpretadas e aplicadas por cortes na medida em que seja possível referir-se a elas, através de resoluções judiciais que as tenham aplicado (DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 291 – tradução nossa)¹³.

A crítica inscrita no começo do trabalho referia-se a uma interpretação restritiva dos conceitos acima expostos, entendendo ser equivocado afirmar que a tradição do Common

¹² No original: “En cualquier país de la familia romano-germánica, la regla de derecho se presenta, caracteriza y analiza de la misma manera. En esta familia, en donde la doctrina se encuentra colocada en un lugar privilegiado, la regla del derecho no aparece sólo como la regla llamada a solucionar un caso concreto. Debido a la sistematización realizada por la doctrina, se le ha visto elevada aun plano superior, como una regla de conducta, dotada de cierta generalidad, situada por encima de la aplicación cotidiana que los tribunales o practicantes puedan hacer de ella” (DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 67).

¹³ No original: “El derecho, para un jurista norteamericano como para un jurista inglés, se concibe esencialmente como un derecho jurisprudencial; las reglas de derecho formuladas por el legislador, por más numerosas que pudieran ser, se perciben con cierta molestia por el jurista; que no ve en ellas la manera normal de la regla; estas reglas se encuentran verdaderamente asimiladas al sistema de derecho americano en la medida en que hayan sido interpretadas y aplicadas por las cortes y en la medida en la que sea posible referirse a ellas, a través de las resoluciones judiciales que las hayan aplicado” (DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 291).

Law está vinculada ao precedente somente¹⁴. Mais criticável é o enquadramento na tradição romano-germânica. Funken (2013, p. 4) afirma que: “há consideráveis divergências substanciais quanto aos métodos de interpretação da lei ou do estilo judicial entre, por exemplo, as famílias romana e germânica. Portanto, deve-se ter em mente que não há, na realidade, nenhum sistema coerente de Civil Law”¹⁵.

Neste sentido, trabalhar com estas tradições impõe algum grau de flexibilização dos conceitos. Portanto, a tradição do Civil Law deve ser entendida como aquela em que a lei escrita é a principal fonte do direito, o que admite a utilização de outras fontes, dentre elas a jurisprudência. Esta definição coloca uma importante questão. O precedente que caracteriza a Common Law é sinônimo de jurisprudência? Ou, em outros termos, qual a diferença entre precedente e jurisprudência?

Existe uma primeira diferença de caráter quantitativo. O precedente é, normalmente, uma decisão relativa a um caso particular, enquanto a jurisprudência faz referência a um conjunto mais amplo de casos concretos. (TARUFFO, 2007, p. 87). Contudo, a principal diferença é de ordem qualitativa. O precedente é uma regra – passível de universalização – que pode ser aplicada como critério de decisão ao caso seguinte, em razão da identidade entre ambos ou, como acontece regularmente, em razão da analogia entre os fatos do primeiro e do segundo caso. Por sua vez, a jurisprudência é expressa em máximas elaboradas pelos tribunais cuja característica mais importante refere-se ao fato de que se trata de enunciados normativos que se concentram em poucas frases e que tem por objeto as regras jurídicas (TARUFFO, 2007, p. 88).

Através desta diferenciação ficam claros os traços distintivos dos dois conceitos. O precedente refere-se à sentença com um todo, cabendo ao juiz do caso seguinte a decidir se existe ou não o precedente, aplicando a regra de direito extraída do caso anterior. O precedente tem como principal característica distintiva em relação à jurisprudência o fato de que a segunda não faz, ou faz apenas sinteticamente, referencia aos fatos, de modo que a aplicação da regra não se faz pelos mesmos métodos no precedente – notadamente a analogia;

¹⁴ Nas paginas seguintes será exposta uma diferenciação importante, qual seja a diferença entre jurisprudência e precedente. Como se observa no excerto transcrito, o Common Law usa-se da jurisprudência, assim entendido o conjunto de decisões proferidas por uma autoridade no exercício de competências judicantes. No entanto, o uso da jurisprudência não equivale ao uso do todo conjunto de decisões disponíveis, mas sim a uma decisão ou a um conjunto de decisões particulares sobre as quais o jurista emprega métodos específicos com vistas a promover a aproximação ou diferenciação entre os casos analisados.

¹⁵ No original: “there are considerable substantial divergences as to methods of interpreting the law or judicial style between, for example, the Romanic and the Germanic family. Therefore, one must bear in mind that there is, in reality, no coherent system of Civil Law” (FUNKEN, 2013:4).

mas através da clássica subsunção. Existe, por fim, uma distinção que se deve considerar. Aquela que diferencia o precedente do exemplo. A função deste último.

Não se trata de demonstrar o critério de decisão que deveria ser cumprido no caso seguinte, mas de demonstrar que a norma em questão foi aplicada de certa forma em certo caso. Neste caso, por exemplo, o exemplo informa, mas não sugere e, muito menos impõe uma decisão conforme. Há, ainda, os exemplos negativos, isto é, de casos que são mencionados com a finalidade de dizer que os mesmos não devem ser tomados em consideração (TARUFFO, 2007, p. 96 – tradução nossa)¹⁶.

Neste sentido, o exemplo diferencia-se do precedente em razão da sua função e de sua estrutura, uma vez que pode desempenhar uma função persuasiva, mas não é capaz de justificar, condicionando de forma vinculante, uma decisão.

Do ponto de vista de uma orientação pragmática da teoria do Direito, a diferença fundamental é que no precedente a referência dinâmica se não é inerente ao próprio conceito está mais identificada com ele, uma vez que o processo de exame dos fatos e das circunstâncias que permeiam a decisão¹⁷ são recursos da análise do contexto, especialmente no que toca à identificação da situação espaço-temporal. Por outro lado, a jurisprudência ao reconduzir um conjunto de decisões a um enunciado sumulado, apenas reabre e realoca a discussão sobre a interpretação, posto que uma súmula sofre com dificuldades interpretativas semelhantes a de um texto legal ou qualquer outro documento normativo.

3.1 A força do precedente

Um aspecto importante no estudo dos precedentes é a delimitação da sua força persuasiva, a força do precedente.

Para este propósito, observa-se que a tradicional e ainda atual distinção entre precedente vinculante, que seria típico dos ordenamentos de Common Law, e precedente persuasivo ou de fato, que seria típico de ordenamentos do Civil Law, é insustentável. Pelo contrário, parece apropriado falar de força do precedente para indicar o grau ou intensidade com a qual ele consegue influenciar as decisões futuras (TARUFFO, 2007, p. 91 – tradução nossa)¹⁸.

¹⁶ No original: “no es indicar el criterio de decisión que debería ser cumplido en el caso sucesivo, sino la de demostrar que la norma en cuestión ha sido aplicada de cierta forma en un cierto caso. En este caso, el ejemplo informa mas no sugiere, y tanto menos impone una decisión conforme. Lo demuestra la existencia de ejemplos negativos, es decir, de casos que vienen mencionados con la finalidad de decir que los mismos no deben ser tenidos en cuenta” (TARUFFO, 2007, p. 96).

¹⁷ A doutrina de tradição do Common Law identifica sofisticadas técnicas argumentativas como o *distinguishing* e o *overruling*, o que parece indicar um recurso mais estruturado à interpretação jurídica, advindo de um reconhecimento originário ao papel decisivo que a própria interpretação desempenha no Direito.

¹⁸ No original: “Para este propósito se observa que la tradicional y corriente distinción entre precedente vinculante, que sería típico de los ordenamientos de *common law*, y precedente persuasivo, o de hecho, que sería típico de los ordenamientos del *civil law*, es insostenible. Más bien, parece apropiado hablar de fuerza del precedente para indicar el grado o la intensidad con que aquel logra influir sobre las decisiones sucesivas (TARUFFO, 2007, p. 91).

Nos ordenamentos de Civil Law o grau de força atribuído ao precedente é menor que na tradição do Common Law, o que não exclui o fato de que alguns casos paradigmáticos se imponham a juízes sucessivos, seja em razão da autoridade que os julgou, seja em razão do seu caráter persuasivo.

Contudo, deve-se notar que estes casos são exceções. “A regra é, muito mais, um o emprego casual, confuso, desordenado e, conseqüentemente, irracional de grupos de sentenças escolhidas sem nenhum critério, mais ou menos numerosas conforme a paciência de quem transcreve a norma” (TARUFFO, 2007, p. 93 – tradução nossa)¹⁹. De tal modo, que o uso de casos anteriormente decididos cumpre uma função argumentativa, assim como os exemplos, no sentido de reforçar os argumentos sustentados, corroborando-os com decisões no sentido do pedido, e que não preza pelo emprego das técnicas e análise de precedentes.

A referencia a casos anteriores não é desconhecida, conforme assinalado anteriormente, pelos sistemas jurídicos de países ligados à tradição romano-germânica, no entanto, o uso de tais recursos é subsidiário em relação à fonte primeira – a lei. No caso brasileiro, há ainda outras especificidades, especialmente no que toca à introdução no sistema jurídico brasileiro das súmulas vinculantes.

4 Súmulas e vinculação: a força da jurisprudência

A tradição brasileira parece não ter incorporado a dinâmica do precedente, apesar da utilização de casos paradigmáticos como instrumento de persuasão. Conforme já afirmado, a mera utilização de casos anteriormente decididos cumpre papel argumentativo, mas não justifica o emprego da regra do caso antecedente. A lei escrita ainda é a principal fonte do direito, no entanto, está claro que a jurisprudência tem assumido papel de destaque.

4.1 As súmulas no ordenamento jurídico brasileiro

As súmulas, assim entendidas as máximas elaboradas pelos tribunais com base em decisões anteriormente proferidas sobre determinada matéria, vem ganhando destaque na prática jurídica cotidiana. A doutrina nacional identifica, basicamente, três tipos de súmulas (MORAES, 2013, p. 5), classificadas de acordo com a eficácia que suas determinações assumem. Um primeiro tipo, cuja função é meramente persuasiva, atua como guia na

¹⁹ No original: “la regla es más bien el empleo casual, confuso, desordenado, y en consecuencia irracional, de grupos de sentencias escogidas sin ningún criterio, más o menos numerosas según la paciencia de quien transcribe la norma” (TARUFFO, 2007, p. 93).

interpretação de normas jurídicas, sem, contudo, constituir uma justificativa para a aplicação de determinado entendimento. Tem, portanto, caráter acessório, auxiliando a interpretação do texto legal.

Um segundo tipo, compreende as súmulas com eficácia obstativa, as quais permitem às autoridades competentes sustar o prosseguimento de recursos que contrariem a jurisprudência sumulada pelos tribunais superiores. O reconhecimento deste tipo de eficácia está inscrita, por exemplo, nos artigos 518, § 1º e 557, caput do Código de Processo Civil²⁰.

O terceiro tipo, incorporado pela Emenda Constitucional 45 de 2005, é a súmula vinculante, inscrita no art. 103-A da Constituição Federal²¹. Este tipo específico de súmula tem o condão de invalidar atos normativos que contrariem as disposições destas súmulas.

Estes dois últimos tipos, especialmente o tipo vinculante, em razão do caráter impositivo que concedem à aplicação das súmulas, apenas parecem superar a definição anteriormente exposta, a qual defendia que na tradição romano-germânica a lei era a principal fonte do direito.

As súmulas são enunciados emitidos pelo Judiciário para auxiliar na resolução dos casos sob *judice*, as quais se diferenciam do precedente, especialmente em razão dos métodos de interpretação utilizados para extrair do texto que veicula seja a súmula, seja o precedente um sentido²². Tratando-se de enunciados de conteúdo normativo – semelhantes mesmo à norma legalmente posta – carecem dos mecanismos interpretativos à disposição dos juristas do Common Law, que quando diante de um caso concreto não recorrem a enunciados

²⁰ Os referidos dispositivos determinam: “art. 518, § 1º. O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal” e o *caput* do “art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (BRASIL, 2013b).

²¹ O referido artigo determina: “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.

§ 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.

§ 2º. Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 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” (BRASIL, 2013a).

²² Costa (2012, p. 268) ressalta que “pelo fato de nosso sistema ser baseado em jurisprudência e não em casos paradigmáticos (ou precedentes da teoria do *stare decisis*) e da conseqüente falta de distinção nítida entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*; pela ausência de técnicas de cancelamento e de revisão à disposição dos juízes de primeira e segunda instâncias, tais como o *overruling* e o *distinguishing*” não há identidade entre o sistema utilizado no Brasil e a doutrina norte-americana do *stare decisis*

sumulados, mas a casos anteriormente decididos, preferencialmente reafirmados, na busca das similitudes ou diferenças entre os elementos que os compõe.

4.2 Uma aproximação das tradições?

Entendida a diferenciação entre precedentes e jurisprudência e identificada a expansão do uso da jurisprudência sumulada no Brasil, não parece prosperar a tese de uma aproximação entre os sistemas, uma vez que aquilo se observa é a crescente importância das súmulas não do precedente. Neste sentido, tanto as súmulas vinculantes quanto as sumulas obstativas são instrumentos jurídicos reconhecidos pela ordem jurídica, concedendo ao julgador a competência de estabilizar determinado entendimento, dando maior celeridade ao processo judicial.

Se o Civil Law é caracterizado como a tradição identificada pelo recurso à lei escrita como principal fonte do direito, então a utilização jurisprudência, mesmo a vinculante, como fundamento para as decisões, exatamente porque pode ser reconduzida à normativa legal e, mesmo, à constitucional, não configura uma relativização ou uma mitigação da tradição jurídica brasileira. Neste caso, ocorre, na verdade, uma mediação, em que se aplica a jurisprudência porque a lei o permite, de modo que, imediatamente, o fundamento jurídico é, certamente, a súmula, no entanto, mediadamente, pode-se identificar um fundamento legal que admite a aplicação da jurisprudência sumulada.

Existe uma alternativa que pode, ainda, ser considerada como um sinal da aproximação das tradições, notadamente, no caso brasileiro, o aumento da interferência do Judiciário, que passa, nesse novo sistema, a assumir funções anteriormente ligadas ao Legislativo. Nestes termos, a aproximação não se dá segundo a dinâmica da incorporação da tradição do precedente, mas através do aumento da participação do Judiciário²³ no processo de determinação das normas jurídicas. Dito de outro modo, a suposta alteração na escala de relevância das fontes do Direito se opera em razão da crescente importância o Judiciário, como autoridade competente para promulgar normas jurídicas, no processo de formulação de normas juridicamente válidas, em detrimento da outrora privilegiada prevalência das competências legislativas no que toca à formulação do Direito válido. Este fenômeno tem basicamente duas nuances. De um lado, os julgamentos de grande repercussão prolatados, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal (STF); de outro, a maior liberdade interpretativa assumida pelos magistrados no momento de analisar um caso concreto. Neste

²³ Funken (2013) identifica fenômeno análogo nos países da tradição do Common Law. Nestes locais, no entanto, o que parece aumentar é o número de leis escritas.

sentido, conforme descrito por Villa (2010), esta realidade apresenta uma nova concepção da teoria do Direito, na qual a interpretação jurídica é parte fundamental na determinação da existência e da validade do Direito.

Quanto à primeira nuance, ela está ligada a uma razão de caráter institucional, que Taruffo (2007) identifica com a nomofilaxia²⁴. No Brasil, seja em razão da possibilidade de controle de constitucionalidade incidental, seja, principalmente, em razão das competências atribuídas ao STF, no que toca ao controle abstrato de constitucionalidade, é cada vez mais comum o Judiciário participar no processo de identificação do direito objetivo. Contudo, deve-se compreender que esta circunstância está ligada à própria conformação institucional e, portanto, ao conjunto de competências constitucionalmente estabelecidas ao Judiciário.

Somam-se às súmulas vinculantes, o controle concentrado e o efeito vinculante das ações direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade; as reclamações; a repercussão geral e o largo escopo da arguição de descumprimento de preceito fundamental; a diminuição da importância do recurso extraordinário e os outros vários mecanismos processuais infraconstitucionais de caráter uniformizador como a súmula impeditiva de recurso, o indeferimento liminar de petição inicial, o julgamento de recursos especiais repetitivos (COSTA, 2012, p. 267-268).

São, como demonstrado no excerto acima, diversos os instrumentos à disposição do Judiciário, notadamente do STF, voltados à concretização da sua função constitucional de interprete – último no caso do Supremo – das controvérsias envolvendo o ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, mesmo nos casos em que um único caso é julgado servindo de paradigma aos demais, o que se observa é que o que instrui os julgamentos sucessivos conforme esta primeira decisão não é o seu inteiro teor, mas sim apenas a sua *ratio decidendi*.

Seja em razão da divisão de competências, ou mesmo em razão do necessário avanço do processo interpretativo sobre a afirmação de um conteúdo válido para as normas juridicamente postas²⁵, o que se observa não é a expansão de competências, uma vez que estas estavam delimitadas na própria Constituição Federal de 1988, mas sim o exercício necessariamente ativo da função jurisdicional.

O problema parece ser referir-se ao exercício da competência, que pode reconstruir os limites constitucionalmente estabelecidos para o ofício judicante, em um fenômeno

²⁴ Nomofilática é a função que têm certos tribunais – no caso brasileiro, mesmo o juiz singular através de um controle de constitucionalidade incidental – de, ao julgar o direito objetivo, atentarem mais para esta finalidade do que para a questão concreta (TARUFFO, 2007, p. 98).

²⁵ Ante o necessário respeito às limitações impostas pelos direitos e garantias fundamentais, o processo de formulação de normas jurídicas válidas não é mais visto como uma aferição formal de validade. O conteúdo das normas passa a ser determinante para a promulgação de normas juridicamente válidas.

vagamente identificado como “ativismo judicial”²⁶. Quanto a este aspecto, que está ligado à teoria constitucional, deve-se observar que o ordenamento brasileiro adotou uma distribuição de competências que permite que cada um dos três poderes exercer, eventualmente, competências vinculadas à função principal dos demais. Neste sentido, se se quiser comparar, com alguma razão, as súmulas, principalmente as de caráter vinculante e obstativo, à lei, deve-se ter em mente que ante o permissivo legal e constitucional estas atividades estão reconhecidas pelo ordenamento jurídico. Desta forma, afirmar que o STF é uma corte do precedente ignora que o efeito *erga omnes* característico de algumas decisões prolatadas pelo Supremo tem resguardo na normativa constitucional, que assim o determina²⁷.

Quanto ao segundo aspecto, deve-se notar que o aumento da liberdade interpretativa por parte dos magistrados está ligado a uma razão teórica, que Villa (2010) identifica com a diferenciação entre proposições jurídicas e normas jurídicas.

Se esta hipótese teórica básica é compartilhada, então o reconhecimento da importância fundamental da interpretação jurídica é mesclado com a atribuição de um papel produtivo e criativo inalienável à atividade interpretativa diretamente realizada pela jurisprudência (e, indiretamente, pela doutrina). A ideia central aqui é a de que os juízes são chamados a cooperar com o legislador na elaboração de mensagens normativas, as quais são enviadas aos cidadãos e, precisamente, porque tais mensagens não estão completas, sem a intervenção interpretativa da jurisprudência (VILLA, 2010, p. 91-92 – tradução nossa)²⁸.

Em ambas os casos, o que está em disputa não é precisamente a participação do juiz do processo de determinação do direito válido, uma vez que esta condição é inerente à própria atividade interpretativa, que assume papel central segundo a teoria, e mesmo em razão das próprias competências atribuídas aos órgãos jurisdicionais pela Constituição Federal de 1988.

Portanto, não parece haver razões para identificar uma aproximação entre as tradições, uma vez que o aumento da participação do Judiciário no processo de determinação das normas jurídicas tem suas causas inscritas na própria lei escrita. De um lado, pelas

²⁶ A maior participação do Judiciário no julgamento de questões de repercussão nacional pode ser identificada como “ativismo judicial”. Contudo, esta nomenclatura não é pacífica, uma vez que vários significados têm sido dados pelos juristas a esta expressão. No contexto deste trabalho, ativismo judicial deve ser entendido como o exercício de atividades judiciais que, dada sua repercussão, reconstruem os limites das competências juridicamente estabelecidas.

²⁷ O artigo 102, § 2º prescreve: “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (BRASIL, 2013a).

²⁸ No original: “If this basic theoretical assumption is shared, then recognition of the fundamental importance of interpretation is blended with the attribution of an inalienable productive and creative role to interpretative activity directly carried out by jurisprudence (and indirectly by doctrine). The central idea here is that the judges are called on to *cooperate* with the legislator in preparing normative messages to send out to citizens, and precisely because such messages are not complete without the interpretative intervention of jurisprudence” (VILLA, 2010, p. 91 – 92).

competências legal e constitucionalmente estabelecidas e, de outro, pela necessidade inafastável de interpretar as proposições jurídicas para determinar o significado das normas que elas postulam.

A discussão, na verdade, tem sede quando se trata de buscar uma teoria da interpretação jurídica que estabeleça condições para que a atividade interpretativa seja feita de modo a garantir segurança jurídica e fidelidade aos dispositivos aos quais se refere. É nesta perspectiva que se afirma que uma orientação pragmática à teoria do Direito, que incorpora aspectos dinâmicos à interpretação, contribui para a construção do Direito.

5 Conclusão

Empreendeu-se um esforço argumentativo com o intuito de, mediante a investigação dos avanços da teoria da interpretação jurídica, especialmente sob uma orientação pragmática, compor uma proposta argumentativa acerca da nova configuração das tradições jurídicas do Civil Law e do Common Law. Através de um trabalho teórico-discursivo fundado na construção de um sistema analítico de conceitos por meio de uma pesquisa qualitativa, estudou-se o atual modelo de Civil Law no Brasil, especialmente influenciado pelo efeito vinculante dado à jurisprudência sumulada.

Acreditava-se que no Brasil as fórmulas de vinculação às decisões proferidas pelo Judiciário estavam, na verdade, em consonância com a tradição jurídica à qual o Brasil sempre se filiou. Neste sentido, o entendimento que identifica uma aproximação entre os sistemas e conseqüente relativização da tradição romano-germânica no Brasil parecia não promover um estudo apropriado do fenômeno em questão.

Observou-se que apesar da crescente influencia que a jurisprudência sumulada vem adquirindo no Brasil, principalmente com a possibilidade de vincular decisões em sentido alinhado ao entendimento de determinado tribunal, não é possível identificar, da perspectiva da pragmática uma mitigação na tradição do Civil Law. A expansão da teoria do Direito ante o reconhecimento da importância que a interpretação jurídica desempenha na aferição da validade das normas, especialmente em razão do necessário respeito aos direitos e garantias fundamentais, é decisiva para permitir uma reconfiguração nos delineamentos da tradição romano-germânica.

Considerando que precedente e jurisprudência não se confundem, e que a função vinculante das súmulas está prescrita no texto da própria Constituição Federal de 1988, a tradição romano-germânica, eminentemente ligada à lei escrita, está mantida, uma vez que as

decisões fundadas na jurisprudência sumulada podem ser reconduzidas à lei, na medida em que a própria lei considera válida esta fundamentação.

Se se acredita que a atuação dos tribunais extrapola os limites legal e constitucionalmente estabelecidos, a questão desloca-se do plano da teoria do Direito para o da teoria constitucional ou mesmo para o plano da responsabilização das autoridades públicas, que venham a ignorar os parâmetros para o exercício das suas competências. Mesmo a nomofilaxia do STF é, do ponto de vista da teoria, uma condição justificada pelos contornos constitucionais inerentes ao exercício do controle de constitucionalidade.

Dentro da perspectiva comparatista importa notar que a mudança de uma determinada tradição – no caso em relação às tradições jurídicas – não é um processo que possa ser aferido no curto prazo. A consolidação de uma determinada maneira de entender e aplicar normas jurídicas é um processo histórico que demanda – demandou historicamente – gerações para se estabilizar. No caso brasileiro, a necessária remissão ao texto legal, observada mesmo no que toca aos permissivos legais e constitucionais que regulamentam a formulação e aplicação da jurisprudência sumulada, não é algo que possa ser visto como secundário. É, na verdade, sintoma de um lado do avanço da teoria da Direito sobre o campo da interpretação jurídica, outrora muitas vezes deliberadamente esquecida, e; por outro das particularidades da organização político-institucional desenhada pela Constituição Federal de 1988.

Referências bibliográficas

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 6 ago. 2013a.

BRASIL. Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em 20 dez 2013b.

COSTA, T. M. B. da. *Súmula Vinculante: elemento acirrador da tensão entre o controle de constitucionalidade brasileiro e a democracia*. 2012. 287f. Dissertação (Mestrado em Direito). Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

DASCAL, M. *Interpretation and Understanding*. Amsterdam/Philadelphia: John Benjamins Publishing Company, 1999.

DAVI, R.; JAUFFRET-SPINOSI, C. *Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos*. 11. ed. Tradução de Jorge Sanches Cordero. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México; Centro Mexicano de Derecho Uniforme; Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010.

ESCANDELL VIDAL, M.V. *Introducción a la pragmática*, Barcelona: Ariel Lingüística, 1996.

FERRAZ Jr, T.S. In claris cessat interpretativo. in. *Revista Forense*, Vol. 400, pp. 255-269, 2008.

FUNKEN, K. “*The best of both worlds*”: the trend toward convergence of the Civil Law and the Common Law System. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=476461>>. Acesso em 15 dez 2013.

MORAES, G. P. Súmula vinculante no Direito brasileiro. in. *Revista Diálogo Jurídico*. nº. 17, 2008. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/s%C3%BAmula_vinc_guilherme_pe%C3%B1a.pdf>. Acesso em: 12 dez 2013.

MORETO, M. C. L. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. 2012. 308f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Processual Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SCHAUER, F. *Precedent*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384>. Acesso em 10 dez 2013.

SGARBI, A. *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, M. Precedente y jurisprudência. in. *Precedente: Anuario Jurídico*, pp. 85-99, 2007.

Van DIJK, T.A. *Discourse and context: a sociocognitive approach*. New York: Cambridge University Press, 2008.

_____. *Society and discourse: how social contexts influence text and talk.*
New York: Cambridge University Press, 2009.

VILLA, V. A Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation. In. *Revijaza evropsko ustavnost (Revus)*, Vol. 12, pp. 89-120, 2010.