

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A dissertação: SÚMULAS VINCULANTES: UMA VIOLÊNCIA
SIMBÓLICA CONTRA O JUIZ SINGULAR**

Elaborada por GISLAINE SIMUNDI DOBRACHINSKY

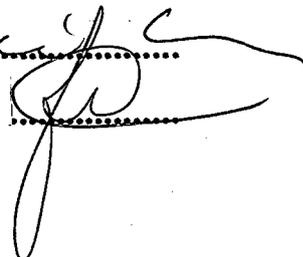
**foi aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, sendo
julgada adequada para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO**

Florianópolis,

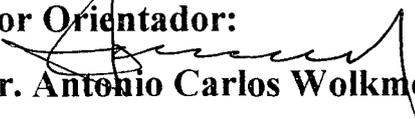
BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer – Presidente

Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski 

Prof. Msc Jeanine Nicolazzi Philippi 

Professor Orientador:


Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Ubaldo César Balthazar



**SÚMULAS VINCULANTES: UMA VIOLÊNCIA SIMBÓLICA
CONTRA O JUIZ SINGULAR**

Gislaine Simundi Dobrachinsky

**DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA
CATARINA COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO DE
MESTRE EM CIÊNCIAS HUMANAS – ESPECIALIDADE DIREITO**

Orientador: Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer

FLORIANÓPOLIS

1999

AGRADECIMENTOS

À Maritza, cujo apoio e colaboração foram fundamentais ao desenvolvimento deste trabalho.

À Rita, colega e companheira de todos os momentos.

À Universidade de Cruz Alta, pelo auxílio concedido.

Ao Dr. Antônio Carlos Wolkmer, por sua gentileza e compreensão.

Ao Dr. Lênio Luiz Streck, pelos sábios conselhos.

DEDICATÓRIAS

Aos meus filhos, Desirée e Dimitri, com quem dividi minhas incertezas.

Aos meus pais, Pedro e Dileta, pelo incentivo constante.

SUMÁRIO

DEDICATÓRIAS	iii
AGRADECIMENTOS	iv
RESUMO	vi
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 – VIOLÊNCIA SIMBÓLICA: UMA CONEXÃO NECESSÁRIA ENTRE FORÇA E COESÃO SOCIAL	3
1.1 A função simbólica na constituição do real	3
1.2 Semiologia da força do Direito	11
1.3 Coesão social: o mito sustentado pelo Direito	23
1.4 Violência simbólica: a legitimação do exercício do poder	35
CAPÍTULO 2 – JURISPRUDÊNCIA E SÚMULAS NO DIREITO BRASILEIRO.	46
2.1 Jurisprudência: conceito e origem	46
2.2 Jurisprudência: sua uniformização em nosso Direito	55
2.3 Súmulas: histórico e fundamento	66
2.4 Súmulas: tipologia no Direito brasileiro	78
CAPÍTULO 3 – SÚMULAS VINCULANTES SEU PODER DE VIOLÊNCIA SIMBÓLICA SOBRE O JUIZ SINGULAR	84
3.1 Poder judiciário brasileiro: mito e realidade	84
3.2 A proposta dos reformistas: Súmulas vinculantes – a instauração do discurso monológico	96
3.3 Súmulas vinculantes: a normatividade	103
3.4 Súmulas de efeito vinculante: o exercício da violência simbólica contra os juizes de primeira instância	108
CONSIDERAÇÕES FINAIS	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	122

RESUMO

Este trabalho constitui-se em um estudo acerca da violência simbólica que se pretende exercer contra os juízes singulares através da súmula de efeito vinculante (amplo).

De há muito, existe uma parcela dos operadores jurídicos que acredita que as súmulas vinculantes teriam o poder de fazer fluir o andamento dos recursos em nossos tribunais superiores, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Crêem, também, que elas ensejarão a pretendida unificação de Jurisprudência, uma vez que não serão conhecidos recursos discordantes sobre matéria já sumulada. Incidirá, o efeito em pauta, não apenas nas ações de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo em face dos agentes da coisa pública ou, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, mas, também, em relação ao julgamento definitivo do mérito, se o Supremo Tribunal Federal assim declarar, através dos votos de dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, isto é, de oito Ministros, uma vez que são em número de onze.

Além disso, extrapolando a proposta de unificação, por si só coercitiva, procura-se mecanismos capazes de punir as vozes destoantes, criando-se a figura do crime de responsabilidade, para punir juízes que deixarem de aplicar enunciado de Súmula, em julgamento de qualquer instância. Desta forma, as matérias sumuladas transformar-se-ão em discursos monológicos, ou seja, discursos em que ao ouvinte cabe meramente a função passiva, já que somente o comunicador tem direito à fala. Os juízes, então, na condição de ouvintes passivos, deixarão de sofrer o efeito do discurso persuasivo dos Tribunais Superiores, como hoje acontece, para sofrerem o efeito impositivo, que lhes retira suas salutaras prerrogativas.

Nessa relação mando/obediência acrítica aos ditames dos tribunais encontra-se a componente violência simbólica, capaz de controlar os operadores jurídicos em geral, especialmente os juízes singulares, sem que para isso tenha que se expor, de obrigar abertamente, pois que, sob os auspícios de uma legalidade comprometida, poderá fazê-lo de forma dissimulada.

Estabelece-se, pois, a partir de uma força material concreta (a possibilidade de punição aos divergentes) uma força simbólica, representada pelo poder de impor significações valorizadas socialmente pelo grupo dominante e de desvalorizar todas as demais significações e, com isso, trazendo desestímulo e inoperância àqueles operadores jurídicos divergentes.

Assim, avocando o direito de serem os únicos intérpretes da legislação pátria, os Tribunais Superiores estarão oferecendo sentenças prontas aos juízes, matérias estigmatizadas pela impossibilidade total de apreciação das circunstâncias em que os fatos de certa causa ocorreram. Não há persuasão racional, em que o juiz decide confortado pelos elementos constantes dos autos, após avaliá-los de forma crítica e em conformidade com critérios legais determinados a priori.

Todas estas constatações demonstram que as Súmulas Vinculantes de efeito amplo estabelecerão o princípio do autoritarismo jurídico, até o presente momento inexistente em nosso ordenamento, uma vez que, atualmente, não há distinção hierárquica entre juízes e tribunais, no sentido de atribuir competência de mando a esses sobre aqueles.

Tem-se como ponto de partida os novos efeitos previstos para a Súmula vinculante ora existente, os quais constituem violência simbólica em relação à atividade dos operadores jurídicos nacionais como um todo, e, especialmente, contra o juiz singular, aquele de primeira instância, cuja sentença é prolatada próxima aos fatos e, por isso, fortalecida pelo conhecimento da realidade.

Para melhor entendimento do proposto, fez-se mister analisar a significação da jurisprudência para o nosso sistema jurídico, de origem romano-germânica, o surgimento das súmulas emitidas pelos tribunais, seus fundamentos, sua tipologia e, por fim, a proposta dos reformistas cujas conseqüências são as mais severas para todos os atores jurídicos, pois que estarão cerceados pelo controle dissimulado que os órgãos judicantes superiores passarão a exercer.

Assim, o trabalho divide-se, basicamente, em três momentos (capítulos): o estudo da violência simbólica como instrumento para a manutenção do mito da coesão social e da legitimação do exercício do poder, a revisão da origem e conceito de jurisprudência, sua unificação e o papel das súmulas e, por fim, a súmula de efeito vinculante amplo como violência simbólica contra o juiz singular.

ABSTRACT

This work is constituted in a study concerning the symbolic violence that it intends to exercise against the singular judges through the synopsis of effect of the entail (wide).

Of there is a lot, it exists a portion of the juridical operators that believes that the entail synopsis would have the power to do to flow the course of the resources in our superior tribunals, the Supreme Federal Tribunal and the Superior Tribunal of Justice. They believe, also, that they will give opportunity to intended her unification of Jurisprudence, once they won't already be well-known tuneless resources on matter in synopsis. It will happen, the effect at issue, not just in the actions that it is opposed to the Federal Constitution and in the actions that declare that the law or normative act is the agents' of the public thing constitutional face or, relatively to the other organs of the Judiciary Power and the Executive Power, but, also, in relation to the definitive judgement of the merit, if the Supreme Federal Tribunal like this declaring, through the votes of two thirds of the Ministers of the Supreme Federal Tribunal or of the Superior Tribunal of Justice, that is, of eight Ministers, once they are in number of eleven.

Besides, extrapolating the unification proposal, by itself coercive, it is sought mechanisms capable to punish the voices that disagree, being created the illustration of the crime of responsibility, to punish judges that stop applying statement in the small summary, in judgement of any instance. This way, the matters in synopses will only become speeches facts for who does it, that is to say, speeches in that to the listener fits the passive function merely, since only the speaker is entitled to the speech. The judges, then, in the condition of passive listeners, they will stop suffering the effect of the persuasive speech of the Superior Tribunals, I eat today it happens, for they suffer the effect of who imposes, that removes them its salutary prerogatives.

In that command relationship and obedience without approaches to the opinions of the tribunals meets to component symbolic violence, capable to control the juridical operators in general, especially the singular judges, without for that he has to expose, of forcing openly, because that, under the auspices of a committed legality, he can make it in a dissembling way.

He settles down, because, starting from a concrete material force (the punishment possibility to the that disagree) a symbolic force, represented by the power of imposing significances valued socially by the dominant group and of devaluating all the other significances and, with that, removing the incentive and leaving without action to those juridical operators that disagree.

Thus, calling for itself the right of they be the only interpreters of the legislation homeland, the Superior Tribunals will be offering ready sentences to the judges, matters stigmatized by the total impossibility of appreciation of the circumstances in that the facts of certain juridical case happened. There is not rational persuasion, in that the judge decides comforted by the constant elements of the solemnities, after evaluating them in a critical way and in conformity with legal approaches determined firstly.

All these verifications demonstrate that the Synopses of wide Entail will establish the beginning of the excessive use of the juridical power, until the present nonexistent moment in our group of precepts, once, now, there is not hierarchical distinction between judges and tribunals, in the sense of attributing command competence to those on those.

It is had as starting point the new effects foreseen for now for the Synopsis of Entail existent, which constitute symbolic violence in relation to the activity of the national juridical operators as a whole, and, especially, against the singular judge, that of first instance, whose sentence is uttered close to the facts and, that, strengthened by the knowledge of the reality.

For better understanding of the proposed, he/she made himself occupation to analyze the significance of the jurisprudence for our juridical system, of Roman-Germanic origin, the appearance of the synopses emitted by the tribunals, its foundations, its typology and, finally, the proposal of the reformers whose consequences are the most severe for all the juridical actors, because that will be reduced by the dissembling control that the superior judgement organs will start to exercise.

Thus, the work divides, basically, in three moments (chapters): the study of the symbolic violence as instrument for the maintenance of the myth of the social cohesion and of turning legitimate the exercise of the power, the revision of the origin and jurisprudence concept, its unification and the paper of the synopses and, finally, to effect of the synopsis of wide entail as symbolic violence against the singular judge.

INTRODUÇÃO

O mundo jurídico brasileiro estabeleceu um grande debate em torno da proposta de criação de Súmulas com efeito vinculante (amplo), demonstrando a pluralidade de posições relativas ao tema. São apontadas a necessidade e a pertinência de se encontrar uma solução legal para os milhares de processos em tramitação nos tribunais superiores, muitos deles versando sobre a mesma matéria. Há uma certeza generalizada de que o sistema jurídico brasileiro não consegue corresponder à demanda social.

Movidos pela convicção de que “algo deveria ser feito” e aproveitando a propalada reforma do Judiciário que não aconteceu até este momento, legisladores mais afoitos propuseram a criação da Súmula de efeito vinculante que impossibilitaria aos demais órgãos do judiciário a interpretação acerca da validade, eficácia ou conteúdo de determinadas normas. Também os órgãos da administração estariam tolhidos pela impossibilidade recursal de contrariar súmula.

Sabidamente, o direito modifica-se e evolui em conformidade com a evolução do grupo social que o criou e a ele se subordina. Modificam-se as necessidades sociais, modifica-se o direito. No nosso ordenamento, as Súmulas não vinculam formalmente os juízes, mas tão somente os próprios tribunais que as emitiram. Imobilizar o poder inovador dos juízes é interdita-los, considerá-los incapazes para, de maneira crítica, interpretar e decidir em regime de liberdade. É mais, ainda: é tornar o direito estático, através da hermenêutica da submissão, institucionalizado o discurso monológico, próprio dos regimes autoritários.

Procura-se, inicialmente, demonstrar porque o direito é investido de uma força simbólica tão significativa, que é capaz de criar as coisas que designa, particularmente grupos de poder que, fazendo uso de falsas argumentações, como o mito da coesão social ou o da solução do problema de acúmulo de recursos através da súmula vinculante, mantém a submissão e obediência de enormes contingentes humanos. O jogo do valor/desvalor inculcado nas camadas submetidas é obtido através da cultura que tem como canais condutores dessa simbologia especialmente a família, a igreja, a escola, o clube, o direito, etc.

A interdisciplinaridade do trabalho ocorre através das diferentes áreas de interesse abrangidas como a Sociologia, a Filosofia, a Teoria do Direito, a Teoria Política, Direito Constitucional, Direito Processual em sentido amplo.

Para efetivação deste estudo utilizou-se o método indutivo de abordagem, usando-se o método de procedimento descritivo-argumentativo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

O trabalho compõe-se de três capítulos. O primeiro estuda a Teoria da Violência Simbólica, desnudando sua aplicação ao Direito, especialmente na legitimação do exercício do poder. Aborda, a semiologia da força no Direito e os mitos que o Direito sustenta, especialmente o da coesão social. Enfoca-se, por fundamental, a luta simbólica desenvolvida pelas diferentes classes para imporem sua definição do mundo social.

No segundo capítulo, busca-se no direito romano a origem da jurisprudência, suas diferentes significações no decurso dos tempos e, por fim, como ela é e o que significa hoje. É feita neste capítulo, por pertinente, a análise das Súmulas as quais são emitidas em nosso Direito há mais de trinta anos. Questiona-se o efeito vinculante contemplado nos regimentos internos dos tribunais nacionais. Aborda-se, também, a intenção de atribuir-lhes caráter normativo, semelhante ao da lei, transmutando-se, assim, de instrumentos informadores de tendência judicante dos Tribunais Superiores em obrigatoriedade, ao arripio do disposto na Constituição Federal, que elenca as fontes de elaboração legislativa. Porém, muito embora a doutrina em geral contradiga essa possibilidade, na prática, as Súmulas têm força vinculante e efeito *erga omnes* superiores à própria lei, emanada do Poder Legislativo.

No terceiro capítulo procura-se demonstrar que a proposta dos reformistas que pretende dar à Súmula efeito vinculante amplo, de forma a impedir que órgãos administrativos e juizes não a acatem, constitui-se em violência simbólica, especialmente contra os juizes singulares os quais, pela própria natureza de sua função, devem interpretar as normas em conformidade com o fato concreto que lhes é submetido. A possível cassação da sentença proferida, ao invés de modificação como hoje ocorre, bem como a ameaça de enquadramento em crime de responsabilidade, constituir-se-ão em instrumentos autoritários que levarão à ditadura da hermenêutica.

- CAPÍTULO 1 -
**VIOLÊNCIA SIMBÓLICA: UMA CONEXÃO NECESSÁRIA
ENTRE FORÇA E COESÃO SOCIAL**

1.1 A função simbólica na constituição do real

Os esquemas de percepção e de apreciação que estão na origem da nossa construção do mundo social são produzidos por um trabalho histórico coletivo, pois a partir das próprias estruturas desse mundo, historicamente construídas, as nossas categorias de pensamento *contribuem* para produzir o mundo, dentro dos limites de sua correspondência com estruturas preexistentes¹.

Castoriadis nos ensina que: “tudo o que se nos apresenta no mundo social-histórico, está indissociavelmente entrelaçado com o simbólico”². Contudo, adverte que os atos reais, tanto os individuais como os coletivos – trabalho, consumo, guerra e similares, não são símbolos. São parte, no entanto, de uma rede simbólica, fora da qual não significam. As instituições, como o direito, a economia, a religião também não se reduzem ao simbólico, mas não existem sem ele³.

Assim, cada sociedade constitui seu simbolismo, não dentro de uma liberdade total, mas atendendo ao que já está inscrito na sua vivência histórica⁴. Pode-se, então, afirmar que todo o progresso da cultura humana se embasa no pensamento simbólico o qual origina o comportamento simbólico, gênese de todas as produções culturais. Isso faz do homem, segundo Cassirer, um animal simbólico⁵.

O símbolo é definido pelos lingüístas, como pertencente à categoria do signo, o qual, em Ferdinand de Saussure⁶ possui dois componentes: o *significante* e o *significado*. Para esse autor, a unidade de qualquer sistema lingüístico é o signo. Já, em

¹ Cf. DURAND, Gilbert. *A imaginação Simbólica*. São Paulo: Cultrix, 1988, pp. 11-12.

² CASTORIADIS, Cornelius. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. Trad. de Guy Reynaud. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p.142.

³ Idem.

⁴ Cf. CASTORIADIS, op.cit., p. 152.

⁵ Cf. CASSIRER, Ernest. *Antropologia Filosófica*. Ensaio sobre o homem. Introdução a uma história da cultura humana. Trad. Vicente Félix de Queiroz. São Paulo: Mestre Jou, 1977.

⁶ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística Geral*. Trad. de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 1969, pp. 26 e ss.

Carnap⁷, “o signo é composto por dois elementos: o *indicador*, situado no plano da expressão de natureza sempre material (som, grafia, gesto) e o *indicado*, constituído pela situação significativa (fenômeno, fato, situação do mundo).

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira⁸ define o símbolo como: “Aquilo que, por um princípio de analogia, representa ou substitui outra coisa: *a balança é o símbolo da justiça*”. E mais: “Aquilo que, por sua forma ou sua natureza, evoca, representa ou substitui, num determinado contexto, algo abstrato ou ausente: *O sol é o símbolo da vida; A água é o símbolo da purificação*”. E, também, “Objeto material que, por convenção arbitrária, representa ou designa uma realidade complexa: *a bandeira nacional*”.

As definições acima, são adotadas pelo senso comum no uso do vocábulo *símbolo*. É de registrar que “símbolo”, “simbólico”, “simbolismo” e outros derivados são utilizados nas diversas áreas da produção cultural. Os utentes, por vezes, não se apercebem das ambigüidades possíveis e fazem uso indiscriminado desses vocábulos, informa Marcelo Neves⁹. Conta, DURAND, que Umberto Eco¹⁰ menciona a discussão ocorrida por ocasião da redação do dicionário filosófico Lalande, organizado por André Lalande, registrando o fato de que o mesmo não conclui por um sentido, limitando-se ao entendimento indireto de que: “O símbolo são muitas coisas e nenhuma. Em síntese, não se sabe o que é”. Godet¹¹, partindo de idêntica constatação, diz-nos que: “O símbolo, cuja propriedade é manifestar um sentido do qual é portador, pode ser rico de numerosos sentidos”.

Neste trabalho o termo *símbolo* tem a significação originada da tradição filosófica ocidental, sem perquirir significações próprias de outras áreas. É sob essa ótica, num sentido “muito abrangente”, que será usado para indicar os mecanismos de intermediação entre sujeito e realidade.

O símbolo tem duplo sentido: um concreto, próprio, e outro alusivo, figurado. Por isso, a essência dialética do símbolo se desdobra em vários planos¹².

⁷ CARNAP apud WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua Linguagem*. 2.ed. Porto Alegre: Fabris, 1995. p.39.

⁸ FERREIRA, A.B. de H. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p.1301.

⁹ NEVES. *A Constitucionalização Simbólica*. p.11.

¹⁰ Apud NEVES, Idem.

¹¹ Apud DURAND. op. cit. p.14.

¹² Cf. DURAND, op.cit. p.16.

Assim, a área por excelência do simbolismo é o não sensível em todas as suas formas: inconsciente, metafísica, sobrenatural e supra-real. A representação simbólica é a idéia tornada sensível. “São as coisas ausentes ou impossíveis de se perceber”¹³. E Jung acresce: “É a melhor figura possível de uma coisa relativamente desconhecida que não se saberia logo designar de modo claro ou característico”¹⁴.

Em assim sendo, arte, religião, justiça, magia, deuses, espíritos, reencarnação, dentre outros, são temas que, por sua própria natureza, estão entre os privilegiados pelo simbolismo.

A imagem simbólica é a transfiguração de uma representação concreta através de um sentido que será sempre abstrato. Então, o símbolo é uma representação que faz aparecer um sentido secreto. “...o símbolo é primeiramente e em si mesmo figura e, como tal, fonte de idéias, entre outras coisas”¹⁵. É, assim, tudo o que representa um valor, uma norma, uma idéia, uma crença, um sentimento, cuja presença é associada ao objeto representado, lembrando-o.

Todo símbolo autêntico possui três dimensões concretas. Ele é ao mesmo tempo *cósmico*, isto é, retira toda a sua figuração do mundo visível que nos rodeia; *onírico*, pois se enraiza nas lembranças, nos gestos que emergem em nossos sonhos e, por fim, *poético*, ou seja, o símbolo também é linguagem e uma linguagem da maior concretude¹⁶. Como exemplo toma-se o signo simbólico *o fogo*. Ele aglutina os sentidos divergentes e antinômicos de *fogo purificador, fogo da paixão, fogo infernal, etc.*¹⁷.

Já Castoriadis diz que o simbólico é encontrado, primeiramente, na linguagem¹⁸. “Não podemos jamais sair da linguagem, mas nossa mobilidade na linguagem não tem limites e nos permite tudo questionar, inclusive a própria linguagem e nossa relação com ela”¹⁹. O simbolismo pressupõe a capacidade de ver em uma coisa algo que ela não é, de dar-lhe nova feição, de vê-la diferente do que é. “Supõe-se a capacidade de estabelecer um vínculo permanente entre dois termos, de maneira que um representa o outro”²⁰.

¹³ DURAND, A *Imaginação Simbólica*. p.14.

¹⁴ IUNG apud DURAND, op.cit., p.14.

¹⁵ GODET apud DURAND, op.cit., p.14.

¹⁶ Cf. RICOEUR apud DURAND, op.cit., p.16.

¹⁷ Cf. DURAND, op.cit., p.16.

¹⁸ CASTORIADIS. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. p.142.

¹⁹ Idem, p.153.

²⁰ Idem. p.154.

José Eduardo Faria diz que a linguagem é produto do modo de viver de uma dada sociedade, não sendo uma reunião aleatória de símbolos, mas um sistema simbólico que tem sentido num código. Para ele, o código lingüístico é uma estrutura normativa paralela à composta por normas e valores societários²¹.

Ela é, dessa forma, “um instrumento não só para a compreensão, mas, igualmente, para a modificação e transformação das pautas ideológicas que as constantes mudanças sócio-econômicas fazem aflorar. Ela não apenas permite o intercâmbio de informações e de conhecimentos humanos, como também funciona como meio de controle desses conhecimentos”²².

Assim, o pensamento se realiza na linguagem e está ligado ao discurso, o qual reconhece os símbolos como mediadores do real. São as imagens que unem os homens entre si, isto é, “a representação afetiva, porque vivida, que constitui o império das imagens”²³. Então, é através do imaginário que se instauram os dados que dizem ao sujeito o que ele é enquanto ser inserido em um universo sociolingüístico dado.

É, pois, através dos símbolos que ocorre a integração social, pois são instrumentos de conhecimento e de comunicação. Eles possibilitam o consenso acerca do sentido do mundo social, o qual é indispensável para a reprodução da ordem social.

“O poder simbólico é um poder de construção da realidade, que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica: o sentido imediato do mundo (e, em particular do mundo social). Supõe aquilo que Durkheim chama de conformismo lógico, quer dizer, uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências”²⁴.

São sistemas simbólicos a arte, a religião, a língua. Estão diretamente relacionados aos interesses das classes detentoras de poder. Nessa ótica, servem a interesses particulares os quais são apresentados como universais e comuns à totalidade do grupo. São, pois, ideológicos. Fazendo crer que os valores culturais próprios de sua classe ou grupo são os realmente válidos, através de uma falsa leitura da realidade, levam as

²¹ Cf. FARIA, José Eduardo. *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1988, p.129.

²² Idem.

²³ VITAL BRAZIL, Circe Navarro. *O Jogo e a Constituição do Sujeito na Dialética Social*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1988. p.25.

²⁴ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. p.9.

demais classes a desmobilização, permitindo o domínio da cultura das classes dominantes, o que faz com que haja uma integração real apenas nesses grupos, uma vez que entre seus membros há, realmente, uma comunicação imediata, o que os distingue das demais classes. A ordem estabelecida é legitimada por meio de distinções hierárquicas que permitem dissimular as divisões existentes.

“Esse efeito ideológico, produ-lo a cultura dominante dissimulando a função de divisão na função de comunicação: a cultura que une (intermediário de comunicação) é também a cultura que separa (instrumento de distinção) e que legitima as distinções compelindo todas as culturas (designadas subculturas) a definirem-se pela sua distância em relação à cultura dominante”²⁵.

Nesta perspectiva, pode-se afirmar que as relações de comunicação são sempre relações de poder. E, de que forma atua esse poder? Em toda parte e onde menos se espera ou se percebe, o que leva Bourdieu a dizer: “...é necessário saber descobri-lo onde ele se deixa ver menos, onde ele é mais completamente ignorado, portanto, reconhecido: o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”²⁶. Isto nos leva aos juristas e sua auto-compreensão do jurídico. “A significações imaginárias que os mesmos juristas têm da função social do direito e seu papel na organização da sociedade”²⁷. Sua forma e conteúdo dependem do poder simbólico acumulado pelos agentes, ou instituições que fazem parte das relações sociais.

Os sistemas simbólicos são, então, instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação e de conhecimento os quais cumprem a função política de instrumentos empregados para impor, assegurar e legimitar a dominação de uma classe sobre outra. Nessa legitimação encontra-se o conteúdo da violência simbólica a qual serve para reforçar as forças simbólicas próprias das classes dominantes nas relações de força já existentes. Conforme Max Weber, essas relações de força fundamentam e contribuem para a “domesticação dos dominados”²⁸.

Dentro de um contexto social, certos grupos ou classes têm o poder de exercer violência material sobre outros, constringendo-os a se moldarem aos seus

²⁵ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. pp.10-11.

²⁶ Idem. p.7.

²⁷ CASTORIANES. **A Instituição Imaginária da Sociedade**. p. 143.

²⁸ WEBER, Max *apud* BOURDIEU, **O Poder Simbólico**. p.11.

interesses. Mesmo quando não aparece a coação física, a violência material pode estar presente. Então, se exerce por meio de força material, militar ou econômica, aparente ou não. Isto ocorre porque, conforme explica Nilo Bairros de Brum:

“Uma formação social, ao atingir certo estágio de desenvolvimento econômico, caracteriza-se pelo entrelaçamento de diversos modos de produção. As classes que mantêm o domínio desses modos de produção, são as classes dominantes. Ocorre que, assim como essas classes têm interesses comuns, têm-nos também adversos. Para obter a estabilidade que permita reproduzir o *status quo* que lhes garante a condição de classes dominantes estas necessitam unir-se apesar da rivalidade. Essa união de interesses contraditórios somente é possível porque entre as classes e frações dominantes uma delas assume um papel dominante particular em relação às demais. Essa é a classe ou fração hegemônica em torno da qual se organiza o *bloco no poder*”²⁹.

Assim sendo, as diferentes classes estão envolvidas numa luta propriamente simbólica para imporem a definição do mundo social mais conforme aos seus interesses, e imporem o campo das tomadas de posição ideológica reproduzindo, em forma transfigurada, o campo das posições sociais, explica Bourdieu³⁰.

Para Niklas Luhmann:

“Na medida em que os meios simbolicamente generalizados de comunicação são diferenciados conforme códigos de preferência dicotômicos entre um *valor* e um *desvalor*, entre um *sim* e um *não*, que só tem relevância com relação a um dos meios de comunicação, eles vão distinguir-se da linguagem natural não especializada, surgindo então a linguagem especializada da ciência do Direito, da economia, da arte etc”³¹.

Trava-se, pois, uma luta constante no seio das classes incluídas no processo de dominação pela hierarquia dos princípios de hierarquização. É o capital econômico que permite às frações dominantes imporem a legitimidade de sua dominação, seja através da própria produção simbólica, seja pela intermediação dos ideólogos conservadores os quais servem aos interesses dos incluídos, pois detêm, por delegação, o poder de definição do mundo social. Assim, a fração excluída, dentro do grupo dominante (intelectuais, artistas e

²⁹ BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos Retóricos da Sentença Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.106.

³⁰ BOURDIEU, **O Poder Simbólico**. p.11-12.

³¹ LUHMANN *apud* NEVES. **A Constitucionalização Simbólica**. p.23.

similares) disputa internamente o espaço necessário para colocar o capital específico a que ela deve sua posição no topo da hierarquia dos princípios de hierarquização.

Dessa forma, as tomadas de posição ideológica dos dominantes são estratégias de reprodução usadas para reforçar *dentro* da classe e *fora* da classe a crença na legitimidade da dominação da classe hegemônica³².

O fato de as relações de força que se exprimem nos sistemas simbólicos só se manifestarem neles em forma irreconhecível de relações de sentido é que lhes permite possuir e acumular força.

“O poder simbólico como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo; poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for *reconhecido*, quer dizer, ignorado como arbitrário”³³.

Então, não são as palavras comuns ou as palavras de ordem que detêm o poder de manter a ordem estabelecida ou de a subverter. O que transmite poder a essas palavras é a crença na legitimidade delas e naquele que as pronuncia. Logo, o poder simbólico é uma forma transformada, irreconhecível, transfigurada e legitimada, diferenciada das outras formas de poder. Isso impossibilita seu reconhecimento e a aferição da violência objetiva que contém, transformando-o em violência simbólica³⁴, capaz de produzir efeitos reais pela sua simples existência, sem dispêndio aparente de energia.

Mas, como ocorre esta cooptação das individualidades no sentido de aceitação e obediência aos cânones? Através de vários aparelhos, no dizer de Louis Althusser³⁵, especialmente do sistema educacional, o qual é meio reprodutor da cultura e, ao mesmo tempo, da estrutura de classes na qual se baseia.

³² Cf. BOURDIEU, *O Poder Simbólico*. p.11.

³³ *Idem*, p.14.

³⁴ Compreenda-se a expressão *violência simbólica* como a ruptura com todas as representações espontâneas e as concepções espontaneístas da ação pedagógica como ação não-violenta, a qual é imposta para significar a unidade teórica de todas as ações caracterizadas pelo duplo arbitrário da imposição simbólica: o arbitrário da imposição propriamente dita e o arbitrário do conteúdo imposto. O poder de violência simbólica é a capacidade que têm os grupos ou classes detentores do poder de violência material, de impor aos grupos ou classes dominados, significações legítimas, conforme BOURDIEU.

³⁵ Cf. ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado*. 3.ed. Lisboa: Presença, 1970. p. 41 e ss. Embora possam haver críticas aos AIE, num país como o Brasil ainda são metodologicamente aceitáveis, pois vive-se em uma sociedade de classes.

“A função de reprodução da cultura se manifestaria no plano das representações simbólicas, ou seja, da ideologia, e a outra, no da própria realidade social. Sendo essas funções interligadas, caberia ao sistema educacional de modo geral garantir a reprodução das relações de produção, por meio da transmissão da ideologia, além da reprodução das relações sociais de trabalho e de classe”³⁶.

Essa constatação é reforçada por Bourdieu e Passeron que trabalharam especificamente com educação e chegaram a conclusão de que:

“Numa formação social em que, tanto na prática pedagógica quanto no conjunto das práticas sociais, o arbítrio cultural dominante subordina o domínio prático ao domínio simbólico das práticas, o trabalho pedagógico dominante tende a se dispensar tanto mais completamente de inculcar explicitamente os princípios que autorizam o domínio simbólico quanto o domínio ao estado prático dos princípios que autorizam o domínio simbólico das práticas, o que já foi mais completamente inculcado nos destinatários legítimos pelo trabalho pedagógico primário dos grupos ou classes dominantes”³⁷.

Então, temos uma prática educativa (familiar, escolar, religiosa e outras) imposta, na qual é inculcado o sistema de pensamento das classes dominantes, com suas normas e hábitos específicos, em detrimento do sistema de pensamento específico dos grupos ou classes dominados, fazendo com que passem a agir em conformidade com códigos de valores que não lhes são próprios. Dessa forma, o processo educacional promove, simultaneamente com a reprodução da cultura, a reprodução da estrutura social, possibilitando, assim, a repetição e recriação das significações arbitrárias do grupo ou classe dominante.

O Poder de violência simbólica se exerce, dessa maneira, por meio da força simbólica, cujo resultado é a violência simbólica, isto é, violência presente, mas não perceptível enquanto força. Luiz Antônio Cunha diz que os grupos ou classes dominantes, “por terem *poder* de violência simbólica exercem *força* simbólica sobre os grupos ou classes dominados, sendo a *violência* simbólica o resultado desse processo. São forças simbólicas as comunicações culturais como os programas dos meios de comunicação de massa, a doutrinação política, a pregação religiosa, a educação escolar, a prática desportiva etc”³⁸.

³⁶ WERNECK, Vera Rudge. **A Ideologia na Educação: um estudo sobre a interferência da ideologia no processo educativo.** Petrópolis: Vozes, 1982, p.73.

³⁷ BOURDIEU, Pierre & PASSERON, Jean Claude. **A Reprodução: elementos para uma teoria de sistema ensino.** 2.ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, p. 62.

³⁸ CUNHA, Luiz Antônio. **Notas para uma Leitura da Teoria da Violência Simbólica** Cortez e Moraes, Educação e Sociedade. Set./79. p.79.

Assim, embora o mundo seja apreendido pelo ser humano, aparentemente através de sua individualidade, há sempre um processo de comunicação que se configura nessa mediação³⁹. Existem componentes de natureza histórico cultural nessa apreensão os quais são determinados pelas classes cuja cultura é dominante e que se colocam como empecilhos à emergência da simbólica dos destituídos de força simbólica. Os primeiros, detentores da força material, mas não desejando dela fazer uso, utilizam esse poder de força simbólica, de maneira a disfarçar seus intuitos, através do discurso repleto de pseudo interesse social, de forma a cooptar os que não participam do poder dominante, mas são chamados a participar de ações que, muitas vezes, não coincidem com aquelas próprias à sua condição. O simbólico está colonizado por um tipo de discurso que não permite a possibilidade de o sujeito dar-se conta do mundo⁴⁰.

Essa alienação do sujeito é que possibilita a sobrevivência de certos valores sociais que lhe são prejudiciais, especialmente na esfera do jurídico, onde a dogmática, como instrumento capaz de gerar normatividades destoantes dos anseios do grande grupo, mantém-se através de uma simbologia construída sob a égide dos interesses minoritários e desprovida de compromisso com os valores e as necessidades sociais.

1.2 Semiologia da força do Direito

O poder, qualquer que seja ele, sempre está articulado com outras esferas dos sistemas sociais. Por isso, não é inteiramente autônomo, uma vez que se encontra na dependência de outros fatores, especialmente do tipo de sistema social e das diferenças entre parcelas ou grupos que nele são perceptíveis. Evidentemente, o poder não surge por si só. Para sua formação são necessários critérios que não dependam apenas das diferenciações sociais, mas que sejam aplicáveis universalmente. Para que tal ocorra, não pode calcar-se apenas no fundamento *violência física*. Pelo contrário, o poder sempre deseja legitimar-se sem essa necessidade, que é sua alternativa extremada e que, no imaginário de significativas parcelas da sociedade, deve ser sempre evitada. Por isso, faz uso de vários mecanismos, geralmente institucionalizados. Dentre estes, o mais importante, talvez, e com certeza, um dos revestidos de maior complexidade, é o direito, usado não apenas como detentor do monopólio estatal do uso da força física, mas, também, como

³⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 47 e ss.

⁴⁰ Cf. STRECK. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. p.57.

código simbólico dotado de recursos seletivos, capazes de estabelecer o controle social através de uma racionalidade estabelecida em conformidade com os valores próprios de quem o detém.

Essa racionalidade se expressa no discurso jurídico, justificador das ações jurídicas no social. É, então, na aplicação do Direito às situações concretas do cotidiano social que podemos constatar a distância que permeia entre o discurso jurídico e a realidade. Para desnudar essa problemática, compreendendo-lhe as contradições, faz-se necessário desmistificar o discurso jurídico enquanto discurso do poder⁴¹ e proceder a uma revisão de velhos conceitos, já superados, mas que não caíram em desuso por se adequarem perfeitamente à necessidade de justificativa ideológica das práticas altamente repressivas de controle social levadas a efeito pelo poder simbólico dominante.

Inicialmente, então, é preciso que se fale um pouco acerca do discurso enquanto ação. O discurso é uma ação lingüística que se dirige a outrem, por quem se procura ser entendido. Alguém fala, alguém ouve e algo é dito. Há comunicação apenas quando a mensagem é entendida. Quando há compreensibilidade manifesta das ações, temos a situação comunicativa. Então, a comunicação social ocorre entre dois comunicadores, que são, ao mesmo tempo, emissores e receptores. Uma situação comunicativa acontece em um conjunto de articulações complexas que a circundam, tendo pois um limite identificável.

“Este limite tem um aspecto externo – mundo circundante – que corresponde a uma complexidade maior, e um aspecto interno – estrutura do discurso – que reduz aquela complexidade. Justamente esse limite é que nos permite identificar as diferentes situações comunicativas. Nestes termos, uma análise do discurso jurídico propõe, como primeira tarefa, o estabelecimento de sua peculiar situação comunicativa”⁴².

Para identificar uma situação comunicativa discursiva como jurídica é preciso entender que ela se reveste da característica de *exigibilidade*, isto é, “uma regra

⁴¹ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p.212. Hannah Arendt diz que: “é o poder que mantém a existência da esfera pública, o espaço potencial da aparência entre homens que agem e falam (...) o poder passa a existir entre os homens quando eles agem juntos, e desaparece no instante em que eles se dispersam. (...) Um grupo de homens relativamente pequeno, mas bem organizado, pode governar, por tempo quase indeterminado, vastos e populosos impérios”.

⁴² FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p.58.

segundo a qual, dada uma situação comunicativa em que pelo menos um dos comunicadores se recusa a comunicar-se, na medida em que ele renuncie, voluntariamente ou involuntariamente, ao papel de receptor ou de emissor, ao outro comunicador é facultado reclamar o comportamento recusado⁴³. Assim, as ações lingüísticas perdem a condição tão somente de expressão subjetiva dos comunicadores passando a uma situação que lhes confere poderes, ao mesmo tempo em que os obriga.

Conforme a regra de exigibilidade, a relação entre orador e ouvinte jurídicos manifesta uma situação comunicativa instável. O discurso jurídico é a expressão da personalidade das partes, que atuam e se obrigam na medida da sua personalidade. Nesse sentido, elas gozam da liberdade de trazer à discussão temas e informações que julgam necessários.

Essa liberdade é sugerida como um privilégio das partes, mas funciona também como um fator de engajamento. Se ela pressupõe que as partes, ao discutir, têm a intenção de convencer e, pois, de dizer e buscar a “verdade”, pressupõe também que as partes possam mentir. A liberdade faz, por isso, da situação comunicativa jurídica, como foi dito, uma relação insegura e instável. Mesmo porque, ao racionalizar o conflito, pondo-lhe um término, isto não se fará conforme a expectativa individual de cada um dos participantes da situação comunicativa, uma vez que, dessa forma, os conflitos são terminados, mas não são solucionados, isto é, a lei, a norma consuetudinária, a decisão do juiz etc. apenas impede a continuação do conflito: não será terminado por meio de uma solução, mas será solucionado, pondo-se-lhe um fim. Por isso, a fundamentação jurídica da sentença deverá ser persuasiva, enquanto apresentação de *motivos de decisão*⁴⁴.

Colocadas essas questões iniciais acerca da relação comunicativa que se estabelece nas relações jurídicas, faz-se necessário agora buscar as causas dessa não satisfação dos interesses lesados, ou da parcialidade das soluções apresentadas. Essa aparente impotência que existe para solucionar os conflitos institucionalizados, ou seja, permitidos e assegurados pelo *status quo*.

No Direito, como na Jurisprudência, há um reflexo direto das relações de força existentes na sociedade no qual se percebe, claramente, os interesses dos dominantes sobrepondo-se àqueles dos dominados.

⁴³ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1969, p.609, v.1

⁴⁴ Cf. FERRAZ Jr., *Direito, Retórica e Comunicação*. pp.62 e ss.

A autoridade jurídica se exerce num espaço social relativamente independente em relação às pressões externas, porém, suas práticas e os discursos são produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específica que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, a participação dos diferentes atores jurídicos, principalmente juristas e doutrinadores⁴⁵ que delimitam a cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas⁴⁶.

Constituído o campo jurídico, não há como impedir a instauração do monopólio dos profissionais, agentes juridicamente autorizados a vender serviços jurídicos, sobre a produção e a comercialização desta categoria particular de produtos que são os serviços jurídicos. Através da competência jurídica, que é um poder específico, controla-se o acesso ao campo jurídico, dizendo-se quais conflitos merecem adentrar a essa esfera e quais as formas específicas adequadas para que isso ocorra, ou seja, para que sejam transformados em debates propriamente jurídicos. “É a competência jurídica, e apenas ela, a fornecedora dos recursos necessários à construção jurídica que, mediante seleções constantes de propriedades pertinentes, reduz a realidade a uma definição jurídica, o que, em última análise, constitui-se em ficção muito eficaz já que transmuta o mundo real para o mundo das idéias, onde tudo cabe”⁴⁷.

Aqui encontramos a expressão mais pura do exercício da violência simbólica legítima, cujo monopólio pertence ao Estado e que pode surgir combinado com o exercício da força física. Bourdieu, analisando a força do direito diz que: “O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do *direito de dizer o direito*”⁴⁸, quer dizer, o espaço no qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que se consubstancia na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira

⁴⁵ Cf. ARGÜELLO, Katie. **O Ícaro da Modernidade: Direito e Política em Max Weber**. São Paulo: Acadêmica, 1997, p.161. Trabalhando Max Weber a autora nos informa que ele: “dá ênfase à contribuição dos teóricos do Direito, especialmente os juristas universitários, para a racionalização da esfera jurídica, no sentido de dar-lhe uma lógica interna. Esse direito derivado do ensinamento teórico tende a ser racional-formal, caracterizando-se pela criação de normas abstratas, através de interpretação lógica e sistemática. Entretanto, em seus esforços no sentido de racionalizar o Direito, tais teóricos desconheciam, não raras vezes, a realidade e as necessidades materiais das instituições”. E conclui: “É o caso, então de um Direito puramente teorizado, ausente das necessidades da vida cotidiana”.

⁴⁶ Cf. BOURDIEU. **O Poder Simbólico**, p.211.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Idem. O grifo é nosso.

mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão outorgada como legítima e justa para o mundo social. Será a sedimentação dos desvios entre os que detêm o monopólio de acesso aos meios jurídicos e os leigos, detentores de uma intuição ingênua, que fortalecerá a cisão entre aqueles que podem dizer o direito e os que a ele estão sujeitos. Essa sedimentação ocorre especialmente através de um trabalho de racionalização cujo objetivo é ampliar sempre mais esses desvios. Para tal fim,

“é necessário fazer crer na equidade dos princípios, na coerência das formulações e no rigor autorizado das aplicações legais, ou seja, aparentar que o sistema de normas jurídicas criado e imposto pelos agentes e instituições funciona de maneira autônoma, totalmente independente das relações de força existentes, embora essas relações sejam por eles consagradas no exercício profissional. Assim, as divergências entre os *intérpretes autorizados* são necessariamente limitadas e a coexistência de uma pluralidade de normas jurídicas concorrentes está excluída por definição da ordem jurídica”⁴⁹.

Além disso, a competência delegada pelo poder impedirá a concorrência entre os demais intérpretes, já que suas falas não são autorizadas. Como a Igreja e a escola, a Justiça organiza segundo uma estrita hierarquia não só as instâncias judiciais e os seus poderes, portanto, as suas decisões e as interpretações em que elas se apóiam, mas também as normas e as fontes que conferem a sua autoridade a essas decisões⁵⁰.

Para esse fim, o campo jurídico, necessita aparentar coesão de *habitus* e a cooperação espontânea dos intérpretes não é suficiente para isso, razão porque essa cooperação é significativamente ampliada pela disciplina imposta por um corpo hierarquizado que coercitivamente mantém uma aparência de homogeneidade através da prática reiterada de procedimentos codificados de resolução de conflitos entre profissionais da resolução regulada de conflitos⁵¹. Para atingirem essa coesão o corpo de juristas se autoconvence de que o direito tem seu fundamento nele próprio e que esse fundamento transcende às formas históricas da razão jurídica e à crença da ordem social por eles produzida⁵².

⁴⁹ BOURDIEU. *O Poder Simbólico*. p.213.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ *Idem*. p.214.

⁵² LUHMANN, Niklas. *Poder*. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p.41. crença que: “sob condições relativamente simples do sistema, o código do poder pode simbolizar a credibilidade diretamente pela força,

Para isso, é usada a retórica da *impessoalidade e da neutralidade*, a qual está inscrita na lógica do funcionamento do campo jurídico. Dela extrai-se um efeito de *neutralização*, obtido por um conjunto de características sintáticas, como o predomínio das construções passivas e das frases impessoais, usadas para marcar que o enunciado normativo é impessoal e “para constituir o enunciador em sujeito universal, ao mesmo tempo imparcial e objectivo”⁵³. O efeito da *universalização* é obtido pelo:

“recurso sistemático ao indicativo para enunciar normas, o emprego, próprio da retórica da atestação oficial e do auto, de verbos atestativos na terceira pessoa do singular, do presente ou do passado que exprimem o aspecto realizado (*aceita, confessa, compromete-se, declarou, etc*); o uso de indefinidos (*todo o condenado*) e a referência a valores transsubjectivos que pressupõem a existência de um consenso ético (por exemplo, *como bom pai de família, homens de bem, de boa-fé, cômnicos de seus deveres e direitos, cidadãos de mérito público reconhecido, capacidade de resignação, acreditar na justiça*)⁵⁴; o recurso a fórmulas lapidares e a formas fixas, deixando pouco espaço às variações individuais”⁵⁵.

Assim, até os aparentes antagonismos surgidos entre espécies diferentes de detentores de capital jurídico, os quais possuem interesses, visões de mundo e objetivos muito distanciados no seu trabalho específico de interpretadores das normas, dos costumes e da jurisprudência, na realidade não excluem a complementariedade dessas diferentes funções e, indissociavelmente, servem como base para uma forma mais sutil de divisão do trabalho de dominação simbólica, para cujo fortalecimento as atividades comunicativas entre os aparentemente adversários, mas objetivamente cúmplices, servem-se uns dos outros⁵⁶. “É isso que explica a fraca inclinação do *habitus* jurídico para as posturas poéticas e, pelo contrário, a propensão, visível sobretudo nos juizes, para o papel de *lector*, de intérprete que se refugia na aparência de uma simples aplicação da lei e que, quando faz obra de criação jurídica, tende a dissimulá-la”⁵⁷.

apoiado eventualmente por exemplos desta. Em sistemas altamente complexos e diferenciados, falha este instrumento de representação simbólica da força indiferenciada. A credibilidade deve ser mantida de outra forma. Em seu lugar surge a esquematização jurídica e a tecnização do poder. A articulação condicional das alternativas é programada condicionalmente de novo pelo próprio direito”.

⁵³ LUHMANN. *Poder*. p.215.

⁵⁴ Estes chavões auxiliam na construção do imaginário popular.

⁵⁵ BOURDIEU. *O Poder Simbólico*. pp. 215-216.

⁵⁶ Cf. BOURDIEU, *op.cit.* p.219.

⁵⁷ BOURDIEU. *A Economia das Trocas Lingüísticas: o que falar quer dizer*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1996, p.87, afirma, ainda que: “tentar compreender lingüisticamente o poder das manifestações

O poder das palavras assim proferidas reside no fato de não serem pronunciadas a título pessoal, mas por alguém que é meramente portador delas. Por meio do seu trabalho, esse porta-voz autorizado consegue agir com palavras em relação aos outros agentes, e sobre as próprias coisas em questão, na medida em que sua fala concentra o capital simbólico acumulado pelo grupo que lhe conferiu mandato do qual ele é, por assim dizer, procurador. O poder logrado por certas *palavras consagradas* em obter trabalho sem dispêndio de trabalho “encontra seu fundamento no capital acumulado pelo grupo mediante seu trabalho, e cuja mobilização eficaz está subordinada a todo um conjunto de condições, justamente aquelas que definem os rituais de *magia social*”⁵⁸ ou seja, apenas o discurso enunciado por alguém investido do “poder” de fazê-lo poderá obter êxito.

Mas, de onde vem a competência para alguns, e somente para eles, autoridades socialmente mandatadas, expressarem veredictos, muitas vezes acompanhados de sanções que podem consistir em atos de coerção física, tais como retirar a vida, a liberdade ou a propriedade, solenemente enunciados, através de pontos de vista ao mesmo tempo cognitivos e avaliativos?

É do conjunto das relações objetivas entre o campo jurídico e o campo de poder, incluindo aqui o campo social, que se definem os meios, os fins e os efeitos específicos que são atribuídos à ação jurídica.

A prática daqueles que são encarregados de produzir o direito ou de aplicá-lo está ligada por profundas afinidades aos detentores das formas de poder simbólico e aos detentores do poder temporal, político ou econômico, embora, às vezes, aparentemente haja conflitos entre eles.

lingüísticas ou, então, buscar na linguagem o princípio da lógica e da eficácia da *linguagem institucional*, é esquecer que a autoridade de que se reveste a linguagem vem de fora, como bem o demonstra concretamente o cetro (*Spektron*) que se oferece ao orador que vai tomar a palavra na obra de Homero”, conforme registro de E. Benveniste, *Le vocabulaire des Institutions Indo-européennes*. Paris: Éditions de Minuit, 1969, p.30-37. E acrescenta: “Pode-se dizer que a linguagem, na melhor das hipóteses, *representa* tal autoridade, manifestando-a e simbolizando-a. Há uma retórica característica de todos os discursos institucionais, quer dizer, da fala oficial do porta-voz autorizado que se exprime em situação solene e que dispõe de uma autoridade cujos limites coincidem com a delegação da instituição”. Essa linguagem é caracterizada por rotinizações, estereotipagens e neutralizações que derivam da posição ocupada num campo de concorrência por esses depositários de uma concorrência delegada. “O uso da linguagem, ou melhor, tanto a maneira como a matéria do discurso, depende da posição social do locutor que, por sua vez, comanda o acesso que se lhe abre a língua da instituição, a palavra oficial, ortodoxa, legítima”).

⁵⁸ AUSTIN *apud* BOURDIEU. *A Economia das Trocas Lingüísticas*. p.89.

Para isso, contribui a proximidade dos interesses e, sobretudo, a afinidade dos *habitus*, ligada a formações familiares e escolares semelhantes, as quais favorecem a semelhança das visões de mundo e, através delas, as escolhas que o corpo deve fazer, em cada momento, entre interesses, valores e visões de mundo diferentes ou antagonistas, as quais têm poucas possibilidades de desfavorecer os dominantes⁵⁹.

E, como situar o Direito, neste quadro?

O Direito consagra a ordem estabelecida ao consagrar uma visão desta ordem que é uma visão do Estado, garantida pelo Estado. Ele atribui aos agentes uma identidade garantida, um estado civil, e sobretudo poderes (ou capacidades) socialmente reconhecidos, portanto, produtivos, mediante a distribuição dos direitos de utilizar esses poderes, e sanciona todos os processos ligados à aquisição, ao aumento, ou à transferência deles⁶⁰.

Pode-se, assim, com base nos estudos de Bourdieu, dizer que o direito “é a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria às coisas nomeadas; ele confere a estas realidades surgidas das suas operações de classificação uma permanência temporal que apenas ele, repleto de situações ficcionais pode conferir”⁶¹.

Com base em Max Weber, Katie Argüello garante que o direito se racionaliza “devido a problemas jurídicos colocados por outras atividades aos quais ele deve resposta – regulando-as, mas ao atender tais problemas externos, o direito recoloca outros novos problemas a essas atividades. É exatamente ao tornar jurídicas situações não-jurídicas (racionalizando-as) que o direito tende a se racionalizar”⁶². Influem nessa atividade a política, de maneira direta, e a economia e a religião, de maneira indireta, dentre outras. O direito é levado a racionalizar seus conceitos, instrumentos e técnicas em razão da racionalização geral de outras esferas da vida e não somente devido ao seu dinamismo interno, como se deseja fazer crer.

O trabalho jurídico, partindo dessa racionalização, e fazendo uso da força da codificação, retira das normas a contingência de uma situação particular, dando-lhe caráter de generalidade, de tal maneira que ao fixar uma decisão que servirá de modelo (um

⁵⁹ Cf. BOURDIEU, *O Poder Simbólico*, p.242.

⁶⁰ BOURDIEU, *op.cit.* p.245.

⁶¹ *Idem.* p.237.

⁶² Cf. ARGÜELLO, *O Ícaro da Modernidade*. p.178.

decreto, por exemplo) a decisões ulteriores e que autoriza e favorece ao mesmo tempo a lógica precedente, fundamento do modo de pensamento e ação propriamente jurídicos, ela liga, continuamente o presente ao passado e dá a garantia de que as transformações e as adaptações inevitáveis serão pensadas e ditas na linguagem da conformidade com o passado⁶³. Dessa forma, dá garantias de que, salvo por processo revolucionário capaz de pôr em causa os próprios fundamentos da ordem jurídica vigente, o futuro será a imagem do passado⁶⁴.

O veredito do juiz, o qual tem como objetivo resolver os conflitos ou as negociações sobre coisas ou pessoas, quando proclamado, em última instância, passa a pertencer à classe dos *atos de nomeação* ou de *instituição*, pois que representa a forma da palavra autorizada por excelência, palavra pública, com fé pública, oficial, enunciada em nome de todo o corpo social. Usando antiqüíssimas fórmulas: “Lance-se o nome do rol dos culpados”, por exemplo, ainda fala em contenda, litígio, lide etc., vocabulário adequado aos embates marciais. Para assegurar a lei e repor a normalidade, usará da sentença, instrumento máximo de uma ordem jurídica. Neste caso, então, o juiz corporifica a materialidade que objetiva e concretiza, a cada caso, o disposto na abstração das normas, repositórios da violência legítima do Estado. São atos que ninguém pode recusar ou ignorar o ponto de vista que é imposto e são repletos da eficácia simbólica que o Estado confere.

Assim, o direito é a forma perfeita e acabada do discurso atuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. Ele é feito pelo mundo social e, simultaneamente, ele faz o mundo social. Então, o efeito simbólico propriamente dito das representações geradas segundo esquemas adequados às estruturas do mundo de que são produto, é o de consagrar a ordem posta através da universalidade prática de um ato oficial, ou seja, o direito, ao ser aplicado ao caso concreto, se reproduz e se fortalece, enquanto simbolismo. A eficácia gerada pela sanção jurídica só pode operar na medida em que a força simbólica da legitimação, ou de naturalização, isto é, quando não mais se propõe a questão de sua legitimidade, recobre e aumenta a força histórica que a sua autoridade possui⁶⁵.

⁶³ Cf. BOURDIEU, *O Poder Simbólico*. op.cit. p.237.

⁶⁴ É preciso, aqui fazer referência ao fato de que com as Súmulas vinculantes o que se pretende é exatamente cristalizar as questões de interesse do poder dominante, seja ele qual for e esteja onde estiver, de tal forma que sejam inviabilizadas quaisquer tentativas no sentido de novas interpretações cujas fundamentações tendam a contabilizar novos adeptos

⁶⁵ Cf. ARGÜELLO, *O Ícaro da Modernidade*. p.172: “...interessa aos poderosos economicamente um direito formal, racional, abstrato, previsível, calculável, para a livre exploração de seu poder, mas de outra parte, também, os portadores ideológicos de tendências que pretendem romper com a sujeição autoritária ou

Dessa forma, o trabalho jurídico embasado na lógica da conservação, é um dos mantenedores da ordem simbólica através da sistematização e da racionalização a que submete as decisões jurídicas. Por meio da linguagem, confere-lhes um caráter de universalidade, quando na realidade está exprimindo um ponto de vista sobre o mundo social, que em nada se opõe aos valores pertencentes aos dominantes. É fator de grande significação no exercício da violência simbólica, uma vez que, mesmo um pequeno conjunto de regras aplicado coercitivamente por algum tempo em um corpo social, deixa-lhe marcas, criando um certo número de hábitos jurídicos ou morais. É o caso, por exemplo, dos períodos de exceção, quando normas ditas jurídicas estranhas ao ordenamento em questão são impostas e tomam o caráter de legitimidade, pois que advêm do poder político:

“Compreende-se que, numa sociedade diferenciada, o efeito de universalização é um dos mecanismos, e sem dúvida dos mais poderosos, por meio dos quais se exerce a dominação simbólica ou, se se prefere, a imposição da legitimidade de uma ordem social. As regras oficiais, que por definição são denominadas sociais, com caráter universal, informam os princípios práticos do estilo de vida simbolicamente dominante, esquecendo as diferenças. Entre os efeitos propriamente simbólicos do direito, há que dar um lugar especial ao efeito de oficialização como reconhecimento público de normalidade que torna dizível, pensável, confessável, uma conduta até então considerada tabu (é o caso, por exemplo, das medidas que dizem respeito à sexualidade). E também ao efeito de imposição simbólica que a regra explicitamente publicada e as possibilidades que ela designa, pode exercer, ao abrir o espaço dos possíveis (ou, mais simplesmente, ao dar idéias)”⁶⁶.

Dessa forma, a cultura dita legítima e os seus detentores exercem todo o seu poder, alavancados pela autoridade social que os legitima, para dar toda a eficácia prática à coerção jurídica. Tudo é feito no sentido de justificar a “jurisdicização”, inculcando socialmente um caráter de normalidade a todas as ações, mesmo aquelas espúrias.

A crença na universalidade do direito, está também na origem da ideologia que tende a apresentar o direito como um instrumento de transformação das relações sociais. Na realidade, aos operadores jurídicos em geral, magistrados, promotores,

com os instintos irracionais das massas, bem como do personalismo e particularismo jurídico, vêm vantagens decisivas nas qualidades formais do direito”.

⁶⁶ BOURDIEU, *O Poder Simbólico*. pp.246-247.

advogados, professores, notários etc., é reservado o espaço para utilizar as formas e fórmulas chamadas jurídicas, como instrumentos de trabalho. Contudo, há poucos espaços para que possa modificá-las. Quanto aos outros, cabe-lhes suportar a força da forma, isto é, da violência simbólica que exercem os que detêm a condição de dizer o direito.

Luis Alberto Warat, embasado em Foucault e Pierre Legendre, diz que o poder é o produto das forças em jogo numa dada sociedade. Mas que, uma vez produzido, precisa se estabelecer. Então, para consolidar sua situação e garantir suas condições reprodutivas usa do que se chama de *dispositivos de significação*, que organizam a sociedade e suas instituições, as quais têm a função específica de assegurar a presença do poder quando a força falta. São esses *dispositivos de significação* que detêm o poder de disciplinar os corpos fazendo com que os membros de uma sociedade vinculem seus desejos aos desejos do poder⁶⁷. Há, pois, uma internalização por parte dos excluídos dos desejos próprios do poder instituído, de forma que não mais conseguem distinguir entre seus desejos reais e os desejos que lhes são impingidos pela manipulação. É a forma requintada da violência simbólica. “É na produção manipulada da subjetividade que o poder encontra o *caldo de cultivo* mais fértil para sua reprodução destrutiva. O *idioma social* termina constituindo uma *subjetividade ordenada*, alienada dos fins do poder”⁶⁸. Diante dessa descaracterização das subjetividades, seu potencial criativo espontâneo é anulado e ele se dilui, juntamente com os demais, permitindo a continuidade do poder instituído.

Para explicar como isso ocorre, Tercio Sampaio Ferraz Jr.⁶⁹ utiliza-se de um trabalho de Isaac Epstein, o qual, simplificando Max Weber, coloca a temática da relação de poder da forma que se segue. Nela há três elementos: o agente de dominação, o paciente e as organizações estatuídas. Quando o agente emite uma norma, esta pode ser captada pelo paciente de diversos modos. A relação não é, pois, direta, mas mediada pelas organizações estatuídas que constituem um *código explícito*. Por exemplo, nas organizações burocráticas, as emissões de normas obedecem a uma disposição (impessoal) das competências. Ora, esse código explícito tem que ser decodificado para que a norma se cumpra. Os códigos tornam comuns as orientações dos agentes. Mas a generalização das

⁶⁷ Cf. WARAT. *O Direito e sua Linguagem*. 2.ed. Porto Alegre: Fabris, 1995. pp.110-111.

⁶⁸ Warat chama de “violência significativa” ou “violência imaginária” o que nesse trabalho é chamado de “violência simbólica”, sendo, pois, adotada a terminologia de Bourdieu e Passeron em “A Reprodução”.

⁶⁹ Cf. EPSTEIN, Isaac *apud* FERRAZ Jr. *Introdução ao Estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação, pp.257-258.

significações pode fazer com que as situações concretas se percam. Por isso o código tem que ser decodificado.

As prescrições de organizações burocráticas, em geral, são emitidas por definição, conforme um código dotado de rigor denotativo e conotativo. Trata-se de um “código forte” o qual procura dar um sentido unívoco à prescrição. A tendência do receptor é tentar ampliar sua possibilidade de comportamento, flexibilizando a prescrição, discutindo as condições aparentemente possibilitadoras de uma única interpretação. Por isso ele decodifica a prescrição conforme um “código fraco”. Se, ao contrário o emissor decodifica sua prescrição conforme um código fraco, o receptor exigirá uma decodificação precisa, um código forte, pois é nele que encontrará espaço para ampliar sua argumentação. Então, o legislador normativo trabalha com ambos os códigos. Assim, o intérprete poderá variar sua decodificação, usando o argumento da racionalidade, mas, em realidade, na dependência da situação existencial do receptor e atendendo à exigência de imperatividade do sistema. A interpretação pode variar conforme as circunstâncias, reforçando o poder de violência simbólica. Por exemplo: a lei proíbe, em Direito Penal, o uso da analogia. No entanto, ele será tolerado por um artifício hermenêutico que, usando a distinção pouco clara entre analogia e interpretação extensiva, dirá que, no caso concreto, ocorre a segunda hipótese, que não se enquadra na mencionada proibição. Exemplo: será crime de lenocínio manter motéis para casais? Estritamente, lenocínio se refere a casas de prostituição. Estendê-lo a motéis é analogia ou interpretação extensiva?

Podemos, então, afirmar que, dentre a totalidade das instituições sociais significativas, o Direito é percebido pelo conjunto dos membros que compõe o corpo social, não como o detentor do poder de uso da força material, que pune e estigmatiza, mas como instrumento de manutenção da harmonia e da paz social, que serve igualmente a todos, distribuindo justiça⁷⁰.

⁷⁰ (Interessante transcrever, por pertinente, o conteúdo do Editorial do Jornal Correio do Povo, do dia 23 de fevereiro de 1999, que tem o título de “Aposentadorias Precoces”. “O Brasil já tem mais 18 novos e nobres aposentados. São os deputados federais que, beneficiando-se da lei que extinguiu o Instituto de Previdência dos Congressistas (IPC), conseguiram esta semana atingir a inatividade remunerada. Seus proventos, ao contrário daqueles que serão pagos aos trabalhadores que se aposentarem no futuro, cujo teto será de R\$ 1.200,00 vão variar entre R\$ 2 mil e R\$ 6,5 mil. Alguns trabalharam, por certo exaustivamente, apenas oito anos como deputados e conseguiram, assim, um direito sonhado por dez entre dez trabalhadores do país. Se o Presidente Fernando Henrique tivesse que analisar estas aposentadorias com o mesmo rigor com que, no ano passado, analisou a daqueles que se aposentaram antes dos 50 anos de idade, certamente diria que é coisa de vagabundo. Mas a sociedade brasileira, com certeza, não será tão rigorosa assim com os nobres aposentados do Congresso Nacional. Afinal, estão eles utilizando-se da *lei*, instrumento principal de um regime

Dessa forma, as subjetividades, manipuladas pelo discurso dos “competentes” para falar, defendem uma realidade imaginária que se lhes figura como útil e necessária. É a força do Direito: construção de um universo de significações que se apresentam como impossíveis de serem modificadas pela ação organizada de outra visão social, mas que, em verdade, poderia ser reordenada e humanizada se, ao invés de se autopreservar através de fórmulas e estratégias, se propusesse a resguardar a idéia de justiça na tentativa de solução dos conflitos sociais.

1.3 Coesão social: o mito sustentado pelo Direito

Inicialmente, é preciso que se fale um pouco sobre o mito e a forma mítica de pensar, a fim de que se torne possível uma maior compreensão da questão proposta. O pensar mítico fornece uma ordenação mental do mundo, capaz de satisfazer as exigências racionais da mente humana primitiva. A realidade é apreendida através de alguns dos seus aspectos simbólicos e representativos, e isso explica os fenômenos e a mente sente-se tranqüila, satisfeita em suas dúvidas. O pensamento mítico é aquele elaborado a partir de elementos sensíveis e concretos. É representativo do meio e de sua problemática. Então, a consciência mítica é uma forma de organizar um conhecimento sobre a realidade.

Claude Lévi-Strauss⁷¹ denominou o pensamento mítico de “pensamento selvagem”, pois nesta forma de pensar não se usam esquemas nem princípios abstratos, sendo, assim, uma maneira simplista de explicar e compreender a realidade natural e social. Evidentemente, ele não se referia apenas às sociedades consideradas culturalmente atrasadas, mas a uma forma de estruturar o pensamento que pode se revelar em qualquer sociedade.

democrático. E pouco importa que a lei seja injusta, imoral e feita por encomenda para eles próprios. O que importa é que seja cumprida, e isso, com certeza, está ocorrendo. O grave deste episódio até nem é a notícia da aposentadoria, pois não é a primeira vez e, com certeza, não será a última, que o país vai ouvir falar de privilégios brasiliensis. O que certamente deve estar irritando mais o brasileiro é que muitos destes novos aposentados lutaram para aprovar uma reforma previdenciária que dificultou enormemente a aposentadoria daqueles que hoje estão em atividade. Se a regra previdenciária agora válida para o conjunto de brasileiros fosse extensiva ao Congresso Nacional, alguns destes 18 deputados, e tantos outros que os antecederam, ainda teriam de trabalhar muito pelo país para poder se aposentar. Ao patrocinar mais esse episódio, o Congresso mantém a distância que o separa da realidade do Brasil. Enquanto milhões de pessoas enfrentam todas as dificuldades imagináveis para se aposentar, um grupo seleto de pessoas se autoconcede o privilégio da aposentadoria precoce. Bom seria se todos tivessem tal privilégio, mas, já que isso não é possível, seria positivo para o ânimo geral do país que nossos legisladores fossem mais rigorosos, evitando criar leis que beneficiem apenas uma ínfima parcela da sociedade”.

⁷¹ LÉVI-STRAUSS, Claude. **Mito e Significado**. Lisboa: Edições Setenta, 1978. Coleção Perspectivas do Homem. p.10.

Mircea Eliade informa os usos atuais da palavra mito, dizendo que hoje ela é “empregada tanto no sentido de *ficção* ou *ilusão*, como no sentido de *tradição sagrada*, *revelação primordial*, *modelo exemplar* muito usados pelos etnólogos, sociólogos e historiadores de religiões”⁷².

Os autores conceituam o termo mais ou menos da seguinte maneira: “Mito é um conjunto fechado de conhecimento, capaz de ordenar e dar significação a realidades do meio, que sejam importantes e significativas para o homem”⁷³. Denota “tudo o que não pode existir realmente”⁷⁴.

Este tipo de pensamento, característico da fase pré e pós-neolítica, entre dez e vinte mil anos atrás, prevaleceu até o aparecimento da Filosofia, no século VII a.C. A Antropologia atual denomina o conjunto dos saberes adquiridos pelo pensar mítico de *Ciência do Concreto*, para significar a sistematização e elaboração da realidade feita através dos mitos.

Sua metodologia consistia em explicitar a realidade e seus fatos, tanto naturais como culturais, por meio de outros fatos e realidades sensíveis do meio. Era um modo de agir da mente. Não era um conhecimento voltado para a verdade objetiva das coisas; não procurava os princípios e as causas determinantes dos fatos nem possuía generalizações.

Desse modo, era uma forma de pensar que não permitia deduções, raciocínios abstratos, cálculos, nem qualquer possibilidade de extrair do pensamento novas conclusões. Apenas explicava um fato, sem perquirir suas causas. Suas explicações acerca da hierarquia humana, dos fatos econômicos, da ordenação social, embora refletissem uma preocupação constante com essas realidades, não distinguiam suas diferenças: forças da natureza, forças divinizadas, homens e animais atuavam num mesmo nível, como se fossem idênticos. Não havia uma posição do Eu-pensante em relação a todas as outras coisas e aos outros seres, isto é, o mundo exterior como objeto de sua reflexão⁷⁵. “Compreender a estrutura e a função dos mitos nas sociedades tradicionais não significa apenas elucidar uma etapa na história do pensamento humano, mas também compreender melhor *uma categoria dos nossos contemporâneos*”⁷⁶.

⁷² ELIADE, Mircea. *Mito e Realidade*. 4.ed. São Paulo: Perspectiva, 1994, p.8.

⁷³ TELES, Antônio Xavier. *Introdução ao Estudo da Filosofia*. 24.ed. São Paulo: Ática, 1986. p.13.

⁷⁴ ELIADE, idem.

⁷⁵ Cf. TELES, *Introdução ao Estudo da Filosofia*. 24.ed. São Paulo: Ática, 1986. pp.16 e ss.

⁷⁶ ELIADE. *Mito e Realidade*. O grifo é nosso. p.16.

Pode-se, pois, afirmar que o mito é uma realidade cultural extremamente complexa, a qual pode ser abordada e interpretada através de perspectivas múltiplas e complementares⁷⁷. Ele narra como, graças às façanhas dos Entes Sobrenaturais, uma realidade passou a existir, seja uma realidade total, o Cosmo, ou apenas um fragmento: uma ilha, uma espécie vegetal, um comportamento humano, uma instituição. “É, sempre, portanto, a narrativa de uma “criação”: ele relata de que modo algo foi produzido e começou a *ser*. O mito fala apenas do que *realmente* ocorreu, do que se manifestou plenamente. Os personagens dos mitos são os Entes Sobrenaturais”⁷⁸. Dessa forma, está ligado à sobrenaturalidade, ao sagrado. Os Entes Sobrenaturais intervêm no Mundo e, através dessa intervenção o mundo é como é. O mito é considerado uma história verdadeira, porque sagrada. Porque fala da criação dos Entes Sobrenaturais e da manifestação de seus poderes sagrados, “o mito se torna o modelo exemplar de todas as atividades humanas significativas”⁷⁹.

Os mitos narram a origem do Mundo, dos animais, das plantas, do homem e de todos os acontecimentos primordiais da trajetória do homem, assim como sua condição de ser social, obrigado a trabalhar para viver, em conformidade com regras estabelecidas. “Se o Mundo *existe*, se o homem *existe*, é porque os Entes Sobrenaturais desenvolveram uma atitude criadora no princípio”⁸⁰. A diferença entre essa forma do pensar mítico e o pensamento atual, do homem histórico, é que este sabe que só é como é porque determinados fatos ocorreram, como a descoberta da agricultura, a revolução industrial, a queda da Bastilha, as descobertas científicas, as novas concepções de liberdade, democracia e justiça social. Sabe, pois, que é um ser constituído pela história⁸¹.

Bronislav Malinovski, tentando demonstrar a natureza e a função do mito nas sociedades primitivas assim se expressou:

“O mito, quando estudado ao vivo, não é uma explicação destinada a satisfazer uma curiosidade científica, mas uma narrativa que faz reviver a realidade primeva, que satisfaz a profundas necessidades religiosas, aspirações morais, a pressões e a imperativos de ordem social, e mesmo a exigências práticas”⁸².

⁷⁷ Cf. ELIADE. *Idem*. p.11.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ *Idem*. p.12.

⁸⁰ *Idem*. p.16.

⁸¹ ELIADE, *Mito e Realidade*. p.16-17.

⁸² MALINOWSKI *apud* ELIADE, *op.cit.*, p.23.

Essa forma de pensamento deixou de explicar racionalmente a origem de todas as coisas, porém, conforme os fatos históricos foram ocorrendo, as sociedades foram se constituindo de maneira diferente e o homem conheceu nova forma de pensar. Com o fortalecimento da consciência, o pensamento abstrato, o Eu que se afasta do mundo e do outro ser e se constitui em Sujeito, visto como fonte distinta e pensante da realidade física e social, passa a ser detentor do desejo de possuir, de incorporar o mundo. Então, o homem, num tempo entre 800-500 a.C.⁸³, em locais como a Índia, China e, especialmente, para nós ocidentais, Grécia, tomou consciência de que existia um outro tipo ou modelo de pensar, isto é, um pensamento que procurava explicar as coisas de um modo mais crítico e coerente, partindo de princípios gerais, causas determinantes, leis e fatos. Era o advento do pensamento abstrato em oposição ao pensamento concreto dos mitos.

De lá para cá, o homem aperfeiçoou essa forma de pensar, compreendendo cada vez melhor o que é o mundo, o universo, a realidade e, especialmente, o social, percebendo que a realidade não é o que está a nossa frente, mas sim o que nossa razão irá encontrar e nos dizer que ela é. Busca-se, nesta forma de pensar, as causas e os princípios⁸⁴.

Foi Platão quem melhor racionalizou a teoria dos dois mundos, a qual conseguiu formalizar o pensamento desse novo homem: as coisas que vemos e percebemos neste mundo não são a realidade. Tudo o que existe neste mundo não passa de aparência, reflexo, cópia, sombra da verdadeira realidade. O lugar das coisas verdadeiras é o Mundo das Idéias (Tópos noetós, em grego).

O espaço da mera opinião (doxa), do conhecimento sensível, contingente, relativo, que vê apenas as coisas singulares e individuais, de maneira distraída e ocasional, é o mundo em que vivemos, meramente material. Nele “não exercitamos a reflexão, não temos acesso às idéias eternas, que nos transportam para a realidade eterna, onde cada ser é cópia de uma idéia eterna, ligado eternamente à sua categoria específica e, por isso mesmo, participante de uma realidade eterna”⁸⁵. Até porque, “O pensamento como *reflexão* é essencialmente *desmitologizante*”⁸⁶, ensina Paul Ricoeur.

⁸³ Cf. TELES, Antônio Xavier. **Introdução ao Estudo da Filosofia**. pp.11 e ss.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ TELLES, **Introdução ao Estudo da Filosofia**. 24.ed. São Paulo: Ática, 1986. pp.33-34.

⁸⁶ RICOEUR, Paul. **O Conflito das Interpretações**. p.295.

Feitas essas considerações, procurar-se-á colocar a situação do Direito, enquanto criação cultural detentora das condições necessárias para gerar mitos que impregnam o imaginário social, através de uma realidade forjada pelos construtores das significações jurídicas que, usando jargões consagrados pelo senso comum, dão um sentido de naturalidade ao papel coercitivo do Direito e ao seu papel repressor na organização da sociedade.

O estudo do Direito e a transmissão do saber jurídico, reforçam, com sua visão dogmática, a incorporação de conceitos e teorias que pressupõem a idéia mítica de uma sociedade harmônica e perfeita. Esses saberes individualizam os conflitos e estigmatizam os comportamentos que não se adequam ao sistema social dominante, perpetuando a não aceitação dos diferentes, dos fracos ou dos comportamentos resistentes, porque eles não se coadunam com essa visão mítica de que no tecido social todos são iguais, todos devem ter bom comportamento, todos têm acesso a bens, todos recebem iguais oportunidades.

Ocorre que o espaço social no mundo capitalista é construído de tal modo que os agentes ou os grupos são nele distribuídos em conformidade com dois princípios de diferenciação: o capital econômico e o capital cultural (onde se insere o Direito). Quanto mais próximos estiverem nessas duas dimensões, mais os agentes terão em comum e vice-versa.

Em cada classe formam-se *habitus* (ou gostos) produzidos pelos condicionamentos sociais associados à condição correspondente e, pela intermediação desses *habitus* e de suas capacidades de gerar práticas. Como as posições das quais são o produto, os *habitus* são diferentes entre si e, como consequência, operam como agentes distintivos que põem em prática princípios de diferenciação distintos ou operam de forma distinta princípios oriundos de outros grupos ou classes⁸⁷.

Luiz Antônio Cunha, falando sobre a geração de *habitus* a partir da ação pedagógica, diz que:

“Através da produção de *habitus* nos destinatários da ação pedagógica, o trabalho pedagógico permite produzir e reproduzir a integração moral e intelectual do grupo ou da classe que lhe delega a autoridade, sem recorrer à repressão externa, em particular à coação física. Isso se dá pela inculcação, no conjunto dos destinatários

⁸⁷ Cf. BOURDIEU, *O Poder Simbólico*. pp. 81 e ss.

legítimos, de um repertório comum de representações, isto é, de um sistema de esquemas de percepção, de pensamento, de apreciação e de ação parcialmente idênticos. Essa identidade (total ou parcial) do *habitus* inculcado pelo trabalho pedagógico é a base onde repousa a integração de um grupo ou de uma classe...”⁸⁸.

É, pois, através do *habitus* que as diferentes classes geram seus esquemas e princípios classificatórios, estabelecendo as diferenças fundamentais entre, por exemplo, as dicotomias bom/mau, bem/mal, bonito/feio, certo/errado, etc. Essas diferenças, associadas a posições diferentes, tornam-se simbólicas, pois vêm a constituir-se em *linguagem*, na acepção mais literal da palavra, já que “a simbólica é um meio de expressão de uma realidade extra-lingüística”⁸⁹. Os bens, as práticas, as maneiras são constitutivos de sistemas simbólicos, ou seja, são *signos distintivos*. Warat, tendo como base Cornelius Castoriadis, diz que “a instituição da sociedade como totalidade coesa, que amarra os corpos e os desejos ao poder, se produz através de um “dialeto social” formado por enunciados de lei e um complexo de representações imaginárias (imaginário social)”⁹⁰. Seria, pois, através das representações imaginárias, organizadoras das significações dos atos sociais, que atacam as emoções e os sentimentos, que ocorreria a disciplinação das formas de desejo, de tal sorte que aquelas diferentes das que o poder permite sejam aniquiladas através da lei, instrumento facilitador das operações tendentes a uniformizar as ações sociais.

“O imaginário social opera como organizador de significações dos atos sociais, impondo os limites alienados entre o permitido e o proibido, o justo e o injusto, o bem e o mal. (...) A linha de montagem do homem para o poder. A instituição imaginária da sociedade que se apresenta como barbarismo e servidão ao poder. A instituição da inconsciência política da sociedade. (...)O plano que torna invisíveis as diferenças de sentido, a mobilidade do desejo e a diversidade dos atores sociais. A instituição social do homogêneo, que violenta o diverso”⁹¹.

É preciso frisar, porém, que a homogeneidade ocorre a nível das subjetividades componentes das esferas desprivilegiadas, pois, para as outras, reserva-se outra linguagem, representativa de outros espaços sociais.

⁸⁸ CUNHA, Luiz Antônio. *Notas para uma Leitura da Teoria da Violência Simbólica*. p.92.

⁸⁹ RICOEUR. *O Conflito das Interpretações*. p.282.

⁹⁰ WARAT. *O Direito e sua Linguagem*. p.111.

⁹¹ Idem.

A partir dessas diferenças antes referidas, vão-se estabelecendo espaços sociais distintos, que são inacessíveis para os opostos, pois que restringem as relações entre os diferentes aos limites das necessidades de prestação do trabalho que porventura venham a ocorrer nos espaços dominantes. Dessa forma, a mobilidade social torna-se mínima e os diferentes estratos permanecem íntegros. Há, para esse fim, forças sociais que reduzem a variabilidade e instabilidade humanas, colocando-as em padrões uniformes, com o objetivo de conseguir-lhes a adesão ou exercer o controle coercitivo sobre elas. Conforme Thelen, referido por Katz e Kahn, existem três tipos de pressões de controle: “requisitos de ambiente ou de tarefa em relação às necessidades, exigências que surgem das expectativas e valores compartilhados e a imposição de regras”⁹². As *pressões do ambiente* são os problemas do mundo objetivo os quais, para sua solução, requerem um esforço coordenado de pessoas. “Até mesmo em organizações mais complexas os requisitos de tarefa, ou as pressões do ambiente externo, induzem à coordenação do esforço de grupo”⁹³. *Valores e expectativas compartilhados* são as metas e expectativas mútuas. As pessoas buscam formas de ação para a consecução desses objetivos comuns. A atividade cooperativa engendrada tem origem mais nos valores compartilhados do que nas exigências imperativas de uma tarefa objetiva. Por fim, a *imposição de regras*, cuja violação requer alguma forma de penalidade ou sanção negativa.

“Desenvolvem-se prescrições formais nos sistemas sociais em que as funções executadas estão remota e indiretamente relacionadas às necessidades dos membros”⁹⁴.

Dessa forma, em todos os sistemas sociais, a variabilidade do comportamento social é posta sob controle por um ou mais destes dispositivos. Os movimentos comunitários e os grupos voluntários baseiam-se muito mais na pressão do ambiente e nos valores e expectativas compartilhadas que na imposição de regras. As organizações de grande escala empregam todos os três⁹⁵.

Os padrões formais de comportamento conseguidos através da imposição de regras são denominados por Katz e Kahn de *papéis*. Esses papéis são ideologicamente embasados em normas e valores. “As bases sociopsicológicas dos sistemas compreendem

⁹² THELEN *apud* KATZ & KAHN, *Psicologia Social das Organizações*. São Paulo: Atlas, 1989. p.52.

⁹³ KATZ & KAHN, *op.cit.*, p.52.

⁹⁴ *Idem*, p.53.

⁹⁵ Cf. KATZ & KAHN. *Psicologia Social das Organizações*. p.53.

os comportamentos dos membros em desempenho de *papel*; as *normas* prescrevem e sancionam esses comportamentos e os *valores* em que as normas se acham enraizadas”⁹⁶.

Os papéis, obviamente, irão descrever as formas específicas de comportamento que deverão ser assumidos quando a pessoa assume uma certa tarefa. Têm origem nos requisitos das tarefas. Se passo num concurso para magistratura, deverei ter uma postura de juiz. O mesmo ocorre em relação a todas as profissões ou tarefas desempenhadas por pessoas. Katz e Kahn assim explicam o que são papéis, normas e valores:

“Em sua forma pura ou organizacional, os papéis são configurações padronizadas de comportamento requeridos de todas as pessoas que desempenham uma parte em determinado relacionamento funcional, sem que sejam levados em conta os desejos pessoais ou as obrigações interpessoais irrelevantes a tal relacionamento. Normas são as expectativas gerais com caráter de exigência atingindo a todos os incumbidos de um papel em um sistema ou subsistema. Valores são as justificativas e aspirações ideológicas mais generalizadas”⁹⁷.

Pode-se, a partir do exposto, afirmar que a inserção do indivíduo em um dado sistema ocorrerá na proporção direta de sua capacidade pessoal para internalizar os valores dominantes, submeter-se às regras do grupo que detém o monopólio de externar esses valores e tem poder econômico para impô-las e, por fim, adequar-se ao papel que lhe foi reservado num certo espaço social.

A tradição conservadora nega veementemente a existência de classes sociais, negando as diferenças e os princípios de diferenciação, os quais têm como consequência as formas de exclusão daquelas pessoas que não conseguem desempenhar seus papéis a contento, isto é, ocupar os espaços sociais que os detentores do capital econômico reservaram para elas, em conformidade com as necessidades e previsões do sistema. Procura, assim, transmitir a idéia de que na sociedade há homogeneidade, consenso, oportunidades iguais, quando, em verdade, há mobilidade, heterogeneidade e dissensão. O que comanda as representações no espaço social e as tomadas de posição nas lutas para conservá-lo ou transformá-lo é a estrutura de distribuição dos diferentes tipos de capital – econômico, cultural, jurídico etc.

Analisando as relações de um Estado com o indivíduo componente dessa sociedade, veremos que é no domínio da produção simbólica que ele, detentor do direito de

⁹⁶ KATZ & KAHN, *Psicologia Social das Organizações*. p. 53.

⁹⁷ Idem.

dizer o que é melhor para os particulares, faz sentir sua influência e sua força. Max Weber diz que: “o Estado é uma comunidade humana que reivindica com sucesso o monopólio do uso legítimo da violência física em um território determinado”⁹⁸. Já Bourdieu diz, diferentemente, que: “o Estado é um x (a ser determinado) que reivindica com sucesso o monopólio do uso legítimo da violência física e *simbólica* em um território determinado e sobre o conjunto da população correspondente”⁹⁹. Apresenta, então seu raciocínio da seguinte forma:

“Se o Estado pode exercer uma violência simbólica é porque ele se encarna tanto na objetividade, sob a forma de estruturas e de mecanismos específicos, quanto na *subjetividade* ou, se quisermos, nas mentes, sob a forma de estruturas mentais, de esquemas de percepção e de pensamento. Dado que ela é resultado de um processo que a institui, ao mesmo tempo, nas estruturas sociais e nas estruturas mentais adaptadas a essas estruturas, a instituição instituída faz com que se esqueça que resulta de uma longa série de atos de instituição e apresenta-se com toda a aparência do *natural*”¹⁰⁰.

E, contrariando a tradição marxista, afirma que as classes sociais não existem. O que existe, segundo ele, é um espaço social, “um espaço de diferenças, no qual as classes existem de algum modo em estado virtual, pontilhadas, não como um dado, mas como *algo que se trata de fazer*”¹⁰¹.

É importante salientar que o tratamento jurídico-institucional das liberdades públicas, das relações de poder entre o Estado, classes e grupos sociais, no discurso do poder dominante, se realizaria dentro de um contexto de evolução natural, no qual imperaria a racionalidade, homologadora de todo o respeito às necessidades individuais e distribuidora de princípios éticos generalizados, transformadores da natureza humana. Então, o Estado Moderno, ou Estado capitalista, expressão máxima dessa racionalização, através do direito positivado, propor-se-ia a garantir as liberdades, igualar as diferenças, dando autonomia plena ao indivíduo para que trabalhe e produza e, se assim o quiser, acumule bens¹⁰².

Teoricamente, basta ao indivíduo incorporar os direitos sociais: educação, trabalho, saúde, previdência social, segurança. Ao Estado caberá evitar as crises, tutelar os

⁹⁸ Weber *apud* BOURDIEU. *Razões Práticas*: sobre a teoria da ação. São Paulo: Papyrus, 1994, p.97.

⁹⁹ BOURDIEU. *op.cit.* p.97.

¹⁰⁰ BOURDIEU. *Razões Práticas*: sobre a teoria da ação. pp.19-27.

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² Cf. BOURDIEU, *op.cit.* p.97.

desprotegidos, nivelar as diferenças mantendo, assim, a coesão social. Antonio Carlos Wolkmer, registra que Paul Ricoeur arrola esta situação entre as funções da ideologia: a função de deformação, ou seja o real é deformado por uma operação que ocorre na consciência dos indivíduos, que passam a crer naquilo que os homens dizem, se imaginam ou representam e não na realidade que se lhes apresenta¹⁰³.

Para manipular dessa forma a consciência individual é usado o capital de informação, do qual o capital cultural é apenas uma dimensão, o qual permite aos portadores dos referenciais necessários (leia-se classes economicamente favorecidas) impor seus pontos de vista, através dos espaços que lhes são reservados, desfavorecendo aos demais segmentos porventura existentes.

A Cultura (pseudo) unificadora permite ao Estado projetar e levar a cabo ações altamente excludentes, através de processos seletivos e de valorização ou desvalorização no mercado específico, visando à homogeneização das formas de expressão, especialmente a lingüística e a artística. As formas de comunicação, com destaque para as burocráticas (formulários, impressos etc.) impedem as classes destituídas dessa espécie de capital de acessá-las, uma vez que não são detentoras dos códigos necessários. Ao impor e inculcar, nos limites do seu âmbito, isto é, universalmente, uma cultura que se sobressai sobre as demais, erigida em cultura legítima, representante nacional, imposta nos meios de comunicação, nas escolas e nas artes, especialmente, o Estado esconde, sob a máscara do universalismo, a desvalorização social das demais culturas. Pierre Bourdieu assim registra essa realidade:

“A unificação cultural lingüística é acompanhada pela imposição da língua e da cultura dominantes como legítimas e pela rejeição de todas as outras como indignas (patoá). O acesso de uma língua ou de uma cultura particular à universalidade tem como efeito remeter todas as outras à particularidade; além disso, dada a universalização das exigências assim instituídas e a universalização do acesso aos meios de satisfazê-las, ela favorece tanto a monopolização do universal por

¹⁰³ Cf. RICOEUR, Paul *apud* WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.105. Cf. Wolkmer, Ricoeur propõe que, no exame dos critérios do fenômeno ideológico, sejam fixadas três funções da ideologia: a de integração que “está ligada à necessidade que um grupo tem de conferir-se uma imagem de si mesmo, de representar e de encenar; a de dominação, que consiste na “vinculação aos aspectos hierárquicos da organização social” e a de deformação, pois há “uma deformação do real operada pela consciência dos sujeitos”, ou seja, “o processo de vida real deixa de constituir a base para ser substituído por aquilo que os homens dizem, se imaginam, se representam. A ideologia é esse menosprezo que nos faz tomar a imagem pelo real, o reflexo pelo original”.

alguns quanto o esbulho de todos os outros, de certa maneira mutilados em sua humanidade”¹⁰⁴.

As crises provenientes da espoliação, da marginalização, das políticas inadequadas são trabalhadas como questões jurídicas e os atores sociais mais significativos dos grupos ou classes dominados são muitas vezes privados do convívio social, como forma de cumprimento de sanções com as quais são punidos por pretenderem uma igualdade nominalmente codificada, mas jamais posta em prática.

Mesmo assim, o discurso do direito continua colocando fora de sua esfera a problemática do Poder e, apesar de o Estado trazer normatizados em seu corpo dogmático jurídico os comportamentos que são considerados delitivos, e para eles determinar penas em conformidade com os interesses estatais, nunca admite que essa tarefa esteja trabalhando relações de Poder. Ele não assume as relações nele próprias implícitas quando estabelece o que é permitido e o que é proibido. Nem, tampouco, revela o entrelaçamento que existe entre a teoria jurídica e as práticas da política, as quais perpassam por toda a sociedade. Essa constatação leva Wanda Capeller a dizer: “Mas o espaço onde aloca os comportamentos delitivos e não socialmente aceitos – o espaço da Lei – já anteriormente foi ocupado enquanto lugar do proibido na consciência dos homens, que reproduzem este discurso ideologicamente e dele são imbuídos, desde sempre, pela relação mítica com o Poder imaginário que pode ser a Ordem, a Lei, o Pai, o Monarca ou o Estado”¹⁰⁵.

Então, pode-se deduzir que uma das funções da dogmática foi exatamente esta: “inculcar a Ordem e a Lei no interior das pessoas para que o social funcionasse de maneira harmônica e organizada”¹⁰⁶. Com efeito, manter a ordem significa fundamentalmente manter uma *segurança de ordem*, que se manifestará na previsibilidade e calculabilidade da ordem política. Surge, pois, a necessidade de um conformismo, que impede e reprime qualquer forma de resistência. A ordem radica, portanto, na *rotinização* do poder como *força das coisas*. (...) “O poder determina a realidade; a realidade do poder é a realidade da ordem. O poder transpira ordem”¹⁰⁷. A ordem é o mito criado pelo poder para que ele se possa perpetuar enquanto tal.

¹⁰⁴ BOURDIEU. **Razões Práticas**: sobre a teoria da ação. p.98

¹⁰⁵ CAPELLER, Wanda. **O Discurso Jurídico e o Homem**: A Leitura do Verso pelo Reverso. In: *Desordem e Processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p.164.

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ LECHNER, N. *apud* CITTADINO, Gisele Guimarães: **A Irresistível Atração pelo Um**, no *Pensamento de Maquiavel, Hobbes, Rousseau, Hume e Burke*. *Desordem e Processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p.181.

Warat, fundamentado em Castoriadis, afirma que “para existir, uma sociedade precisa ser instituída. A sociedade se mantém coesa recorrendo a criação de significações imaginárias que a instituem como totalidade: a instituição idealizada de normas, valores e significações que permitem enfrentar o caos do real, criando a subjetividade e o mundo que garante a potência reprodutiva do poder”¹⁰⁸. Para ele, a sociedade é homogênea apenas na constituição significativa desse *realismo imaginário*. Um universo de significações que se simulam imodificáveis, com a força de uma *evidência imaginária* chamada de *realidade objetiva*. O território dos sentidos universais, totalizadores, que estilizam as diferenças, apresentando, como natural e fora da história, o que é produto do processo de auto-constituição do social. E mais: “A fantasia do natural que organiza a evidência dos fatos e a ordem da verdade. Um plano de captura, com imenso poder de censura sobre os pensamentos, sentimentos e atos que tentem abalar suas evidências. Essa é a cena significativa que institui o social no plano anestesiado do senso comum, da culpa, da trivialidade, da superstição”¹⁰⁹.

Entre as instituições imaginárias instituídas, está o Direito (positivo), com seus operadores, seus produtores das teorias jurídicas, seus legisladores, que, em conjunto, forjaram uma realidade imaginária, em terminologia castoriadiana, a qual é imposta como se todas as práticas consagradas por esses grupos fossem necessárias e naturais. “Um verdadeiro mundo de faz-de-conta, instituído como realidade natural do Direito”¹¹⁰. Dentre os faz-de-conta, aquele que tenta nos fazer crer que existe uma coesão social e, em nome dela, a sociedade não tem espaço para os diferentes, os rebeldes, os fracos, aqueles que se permitem apreender a realidade de forma diversa das permitidas.

Assim, a função política do Estado consistiria em dispersar as contradições sociais e as lutas que elas suscitam, disfarçando as tensões geradas pelas relações de produção capitalista, de forma a mantê-las sob controle.

“Não se trata, portanto, de resolver (superar) as contradições sociais ao nível profundo da formação social em que elas se produzem, mas antes de as manter em estado de relativa latência mediante ações dirigidas às *tensões, problemas, questões sociais* porque as contradições sociais se manifestam ao nível da estrutura de superfície de formação social. Para tal são acionados, através, sobretudo, do

¹⁰⁸ WARAT. *O Direito e sua Linguagem*. pp.110-111.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ Idem. p.120.

direito, diferentes mecanismos de socialização, integração, trivialização, neutralização, repressão e exclusão”¹¹¹.

Assim, os direitos individuais são postos como referência última. As vontades coletivas, com suas novas reivindicações, são submetidas pela prepotência do capital que, hoje, nos países do mundo chamado emergente, nega as condições mínimas de sobrevivência dignas a imensos contingentes populacionais. Não há, pois, como falar em coesão. Há que se falar em imposição e submissão. Submissão aos ditames daqueles que, seja por meio do capital econômico, seja por meio da *mass media*, seja por meio do capital cultural, detêm poder simbólico suficiente para fazer crer que desejam o bem de todos e, especialmente, que as soluções apresentadas às questões surgidas são irretocáveis, porque as mais pertinentes e necessárias à manutenção da decantada coesão social.

Para manterem essa posição privilegiada perante o grupo social, necessitam da aceitação generalizada de suas falas, o que ocorre também através da violência simbólica que é representada pela idéia de legitimidade.

1.4 Violência simbólica: a legitimação do exercício do poder

Embora os juristas possuam a tendência de considerar como sinônimas as palavras legalidade/legitimidade¹¹², os cientistas políticos as distinguem com absoluta clareza: legalidade significa “observância das leis” e legitimidade “tem exigências mais delicadas, visto que levanta o problema de fundo, questionando acerca da justificação e dos valores do poder legal. A legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração. É o critério que se busca menos para compreender e aplicar do que para aceitar ou negar a adequação do poder às situações da vida social que ele é chamado a disciplinar”¹¹³.

Niklas Luhmann define a legitimidade como: “Uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”¹¹⁴. Ele próprio reconhece que, com isso fica em aberto se na base desta disposição se encontra uma causa psicológica relativamente simples ou se esta disposição é o resultado dum elevado número de mecanismos sociais que identificam conjunturas muito heterogêneas de motivos.

¹¹¹ SANTOS, Boaventura de Souza *apud* FREITAS, Riva de. **A Evolução Revolucionária do Conceito de Liberdades Públicas**. Do Jusnaturalismo à Dialética Social do Direito. In: Desordem e Processo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 176.

¹¹² Cf. WOLKMER. **Ideologia, Estado e Direito**. p.80.

¹¹³ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.112.

¹¹⁴ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p.30.

Foi o século racionalista e filosófico – o século XVIII – que desenvolvendo as teses do contratualismo social aprofundou na França a justificação doutrinária do princípio da legalidade¹¹⁵. Compreende-se a legalidade, aqui, como a certeza que possuem os governados de que a lei os protege dos atos dos governantes. Procura-se, com esse princípio, resguardar os indivíduos de condutas arbitrárias e imprevisíveis dos governantes ou de seus delegados, ao mesmo tempo em que lhes é repassada confiança e certeza nas práticas dos titulares do poder. Busca-se, assim, evitar a intranquilidade, a dúvida, a desconfiança e a suspeição, colocando-se limites ao exercício do poder.

Já, do ponto de vista filosófico, a legitimidade, repousa “no plano das crenças pessoais, no terreno das convicções individuais de sabor ideológico, das valorações subjetivas, dos critérios axiológicos variáveis segundo as pessoas, tomando os contornos de uma máxima de caráter absoluto, de caráter inabalável, fundado em noção puramente metafísica que se venha a eleger por base do poder”¹¹⁶.

Examinando a doutrina francesa mais recente, Bonavides agrupa a distinção legalidade/legitimidade em três grupos mais significativos. Para o primeiro grupo, legalidade é somente a questão de forma, a obediência aos dispositivos legais. A legitimidade é uma questão de fundo, questão de substância, relativa à adequação do poder à opinião pública, ao apoio que esta empresta à legalidade. Para o segundo, legitimação é questão ideológica, a legalidade, noção jurídica. Assim numa abordagem do ponto de vista do Direito Constitucional, desde que estabelecido em conformidade com as regras do ordenamento jurídico nacional o governo será legal e, em sendo legal, será legítimo. Fora disso, a questão será meramente ideológica. Para o terceiro grupo, legalidade é a conformação do governo que se instala com as disposições de um texto constitucional anterior à sua instalação; a legitimidade significa a fiel observância aos princípios da nova ordem jurídica proclamada.

Nesta ótica, a legitimidade é um conceito material; a legalidade, um conceito formal. Essa noção permite deduzir que um governo que, para se instalar, tenha rompido com a ordem constitucional estabelecida poderá vir a ser legitimamente reconhecido desde que proceda em conformidade com as regras por ele mesmo estabelecidas¹¹⁷.

¹¹⁵ Cf. BONAVIDES. *Ciência Política*, pp.112-113.

¹¹⁶ Idem. p.115.

¹¹⁷ Idem. pp.118-119.

Do exposto, pode-se perfeitamente conceber a possibilidade da existência de um governo que, não sendo legal, se revista de legitimidade e, também, o contrário: um governo legal que não seja legítimo:

“O espinhoso tema da legalidade e legitimidade do poder político abrange uma literatura jurídica diminuta, apesar de tratar-se de matéria controvertida, que sempre reponta na consciência dos legisladores, dos políticos e dos pensadores sociais nas horas de crise do poder, quando se abre o inquérito das revoluções, das ditaduras e dos golpes de Estado, quando se questiona acerca de estremecimentos no princípio de autoridade, de quebra e afrouxamento dos laços de obediência que prendem os governados aos governantes”¹¹⁸.

Bonavides, assevera que o poder legal representa “o poder em harmonia com os princípios jurídicos, que servem de esteio à ordem estatal. Já a legitimidade incide na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos”¹¹⁹. Para Eros Grau “a legitimidade é comprovada quando ocorrer a adequação entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social, a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normatizado”¹²⁰.

O primeiro estudo da legitimidade, que acabou tornando-se marco de referência na Filosofia política contemporânea, foi efetivado por Max Weber. Os critérios e as categorias weberianas tornaram-se o ponto de partida para uma discussão sistemática do tipo de legitimidade das sociedades democráticas ocidentais. De fato, Weber, ao tratar da questão do poder, identificou como elemento essencial da dominação a noção de legitimidade. A dominação não se apoiaria tão-somente na força, na violência e na coação, mas, sobretudo, no consenso acerca da crença nos valores que embasam as imposições e as determinação advindas dos governantes. Weber montou uma tipologia de legitimidade que acabou se tornando clássica: a legitimidade racional, a tradicional e a carismática. A legitimidade tradicional é aquela que descansa nas crenças cotidianas e na santidade das tradições representada pelo comando daquelas pessoas que exercem a autoridade. A legitimidade carismática apoia-se nas qualidades pessoais, na mistificação, no heroísmo e na exemplaridade de um indivíduo (príncipe, guerreiro, santo ou chefe político), bem como

¹¹⁸ BONAVIDES. op.cit. p.121.

¹¹⁹ Idem. p.113.

¹²⁰ GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 38.

nas ordenações ou instituições por ele criadas ou reveladas. A legitimidade racional repousa na crença da validade de um estatuto legal e na competência objetiva, assentada em regras racionalmente criadas, ou seja, disposição de obediência no cumprimento de deveres conforme as prescrições impessoais e objetivos ditados por autoridade legalmente constituída¹²¹.

Muitos autores trataram dessa temática, alguns de forma eminentemente jurisdicista, como Kelsen, porém, ao nosso trabalho é suficiente a breve revisão que procuramos fazer, com o intuito de marcar a diferença entre legalidade e legitimidade, como já foi dito, matéria pouco trabalhada pelo Direito, que desconsidera essa divisão, dando à legitimidade o caráter de derivado da legalidade.

Para Ferraz Junior,

“a expressão *legitimidade* é um lugar comum (topos) da retórica jurídica e política. Embora sua inteligência verbal faça pensar no *legítimo* como o conforme com a lei (*legitimus, lex*), no uso comum de nossos dias o termo de certo modo se constrói paralelamente e, às vezes, superiormente à noção de lei, tornada pelo seu conteúdo positivista como norma legal, isto é, editada conforme procedimentos constitucionalmente fixados, pelo Poder Legislativo. Constuma-se distinguir, nesse sentido, entre legítimo e legal, legitimidade e legalidade. Esta distinção (Schmitt, 1971: 9; Bobbio, 1970: 81; Posserin d’Entrèves, 1970: 161) é veiculada por pensadores contemporâneos para acentuar, por vezes, uma incompatibilidade entre um ordenamento legal vigente e as aspirações de seu substrato empírico (social, econômico, político, cultural) ou de ordem moral (aspirações éticas superiores, direito natural). Diz-se, assim, da ilegitimidade de uma lei ou da legalidade ilegítima”¹²².

Há duas modalidades de fundamentação da legitimidade apontadas por José Joaquim G. Canotilho: a fundamentação por competência e procedimentos e a fundamentação por consenso.

“A legitimação por *competência e procedimentos* é aquela que se impõe não por critérios de valores, de verdades e de justiça, mas por ser originada de um “sistema regular e funcionalmente ordenado (...)”, bastando “o procedimento ser regular (legal) para o resultado ser justo (...). A legitimidade derivaria, hoje, da ‘sistematicidade’, tal como outrora derivava da legalidade. As conseqüências seriam, tendencialmente, as mesmas: a aceitação de decisões (...) ‘em

¹²¹ Cf. WOLKMER. *Ideologia, Estado e Direito*. pp. 84-85.

¹²² FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Legitimidade na Constituição de 1988*. In: *Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência, Eficácia e Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989, p.15.

conformidade com o sistema'. De outro modo, a legitimidade por *consenso* está associada à idéia de autonomia e de democracia, bem como se assenta “na justiça do contrato social”. Seja como for o pacto dos cidadãos “é a única possibilidade de se superar a subjetividade individual e chegar a uma consensualidade informada pelos princípios de justiça”¹²³.

Mudando o enfoque da distinção entre legalidade/legitimidade para a questão da legitimidade propriamente dita, buscar-se perquirir as motivações individuais no sentido de aceitação de uma situação como legítima. Katz e Kahn informam que o funcionamento da legitimidade para garantir cumprimento apóia-se em duas fontes motivadoras. Uma é a força externa que pode ser mobilizada para compelir à obediência e a segunda é a aceitação internalizada da autoridade legítima¹²⁴.

Isso ocorre da seguinte maneira: é inerente à condição de vida humana, estar situada num tempo histórico, ocupando um lugar geográfico, em certo grupo social, sejam quais forem este tempo, lugar e sociedade. Também faz parte de sua natureza criar e desenvolver formas de organização que possibilitem a convivência. Em assim sendo, num dado espaço e tempo, tipos e expressões culturais, sociais e políticas estarão fixadas, como consequência do estabelecimento de um padrão firmado a partir do confronto entre forças sociais portadoras de poder material e de poder simbólico.

De todo o anteriormente exposto, sabemos que esses padrões não são aleatórios, nem tampouco resultado de consensos, mas consequência de interações intestinas entre grupos e classes dentro da estrutura social os quais, através de condições criadas com a finalidade de acumular a maior porção possível de poder seja ele simbólico ou material, impõem aos demais grupos e classes, de forma dissimulada ou não, os seus valores, de maneira a garantirem a reprodução dos mesmos e de atribuir-lhes um caráter de legitimidade¹²⁵. “É, portanto, legítimo, um poder que aceita ou que até institui o seu próprio processo de legitimação”¹²⁶.

Para Katz e Kahn, o conceito de legitimidade é basicamente sociopsicológico, por se referir tanto a situações sociais, quando ocorre o cumprimento generalizado das normas, como aos processos propriamente psicológicos, internamente,

¹²³ CANOTILHO *apud* WOLKMER. **Ideologia, Estado e Direito**. p.87.

¹²⁴ Cf. KATZ & KAHN. **Psicologia Social das Organizações**. p.366.

¹²⁵ Idem. pp.368 e ss.

¹²⁶ BOURRICAUD *apud* LUHMANN, **Legitimação pelo Procedimento**. p.31.

dentro dos indivíduos que respondem pelo seu cumprimento. Isso, porque o funcionamento da legitimidade é embasado nessas duas fontes, uma externa a outra interna, motivadoras e garantidoras do cumprimento das disposições. “A aceitação das regras legais do sistema é uma condição necessária para que o indivíduo dele participe”¹²⁷. Ela é resultado em parte do processo de socialização, em que é desenvolvida uma aceitação geral das regras legais e, em parte, pelo reconhecimento de realidades sociais objetivas, ou seja, a compreensão de que só através de um esforço organizado do grupo é possível atingir metas comuns. “Dessa forma, o envolvimento em qualquer estrutura social significa que seus símbolos de autoridade e suas regras, promulgados da maneira prescrita, são aceitos como obrigatórios”¹²⁸. Trata-se de uma situação sem meio termo: ou sim ou não. “A pessoa não pode tornar-se árbitro do que aceitará ou rejeitará de seus requisitos. Ela pode procurar influenciar ou alterar as decisões do sistema, mas, uma vez tomadas, estas decisões são obrigatórias não importa quais sejam seus pontos de vista”¹²⁹.

A motivação para manter o compromisso de cumprir as normas legais postas é obtido, dizem Katz e Kahn, pelo sistema de recompensas a condutas desejadas, sendo mantida a expectativa gradual de aumento delas sempre que o desempenho corresponder à expectativa. “Em outras palavras, as ações se tornam instrumentos para a consecução de recompensas específicas”¹³⁰. As recompensas variam desde aquelas que são oferecidas a toda uma categoria, por exemplo, aposentadoria especial, previdência diferenciada, às individuais em que, com base nas “condições pessoais”, ocorrem mudanças hierárquicas ou salariais, como por exemplo, na promoção por mérito, até o elogio pronunciado por um superior, ou a aprovação do grupo em relação a comportamentos específicos.

Pode, também, que a pessoa internalize os valores do sistema¹³¹ e isto faz com que busque as metas do grupo porque estas são representativas de seus próprios valores pessoais e são apropriadas para aumentar seu autoconceito. São aquelas pessoas

¹²⁷ KATZ & KAHN, **Psicologia Social das Organizações**. p.367.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ FARIA, José Eduardo. **Eficácia Jurídica e Violência Simbólica**: O direito como instrumento de transformação social. São Paulo: Edusp, 1988. p.124.

¹³⁰ KATZ & KAHN, op.cit. p.367.

¹³¹ BROWN, Radelitfe *apud* BOURDIEU. **A Economia das Trocas Simbólicas**. São Paulo: Perspectiva, 1993, p.3 diz que: “quando tratamos de um sistema estrutural, lidamos com um sistema de *posições sociais*, ao passo que, no caso de uma organização, lidamos com um sistema de *papéis*”.

que crêem estar compromissadas com determinada causa ou missão e, por isso, não medem esforços para levá-las a bom término¹³².

Em assim sendo, a cooptação dos indivíduos tem de ocorrer de forma aparentemente adesista, pois quanto mais disfarçada a dominação, quanto mais despercebida, quanto mais natural parecer, quanto mais se fizer reforçar pela crença de que ela é importante e necessária, maior o seu poder. Então, sua força reside em não usar a força material, em não se declarar como um poder impositivo, em não assumir que age e interfere nas relações interpessoais. Ela se exerce como um arbítrio reconhecido, ao qual o senso comum atribui o “direito” de agir sobre a totalidade dos membros do corpo social e de impor-lhe seus valores.

“A violência simbólica decorre, assim, de que a repressão não pode nunca confessar-se como tal: ela tem sempre a necessidade de ser legitimada para exercer sem contra-posição. Eis por que ela usará as bandeiras da manutenção da ordem social, da consciência moral universal, do bem-estar e do progresso de todos os cidadãos. Ela se negará enquanto violência, visto que a violência é sempre a expressão da força nua e não da lei – e como fundar uma ordem a não ser sobre uma lei aceita e interiorizada? A relação de força vai então desaparecer enquanto tal, será sempre coberta por uma armadura jurídica e ideológica”¹³³.

Bourdieu diz que o monopólio estatal da violência simbólica, e também da violência física, é uma construção e que essa construção é inseparável da construção do campo de lutas pelo monopólio das vantagens vinculadas a esse monopólio. É no campo burocrático, especialmente, que se desenvolve um trabalho de universalização, através de personagens oficiais (inclua-se aqui os magistrados), cujo ponto de vista é considerado “ponto de vista legítimo”, uma vez que estão investidos do poder conferido pelo poder dominante (competência) que lhes autoriza permitir, negar, vigiar, fiscalizar, punir e, até, matar, dentre outros. Cria-se, então, um campo de valorização dessa burocracia com poderes reconhecidos, com características de universalidade, nos quais se instaura um processo de reforço da simbologia consagrada, fortalecedora das razões do agir, das virtudes apontadas como válidas, da importância da burocracia estatal instituída, da

¹³² Cf. KATZ & KAHN, *op. cit.*, pp.369 e ss.

¹³³ FARIA, José Eduardo. *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica*. p.125.

discrepância das condutas penalizadas, da necessidade da submissão aos preceitos universais. Importante perceber que, para obter a colaboração integral dos burocratas, há toda uma argumentação que permeia desde a simbologia dos cargos hierarquicamente mais altos, reservados aos agentes sociais sedimentadores que possuem maior quantidade de capital cultural, até as esferas inferiores, para as quais é solicitado “sacrifício”, “dedicação”, “zelo”, numa lógica paradoxal, geradora de uma realidade ficcional, que os apresenta como pertencentes aos segmentos detentores de algum poder, mas que, numa hipocrisia impiedosa, os exclui das benesses, embora deseje que eles a implementem e perpetuem para outros¹³⁴.

Para José Eduardo Faria, na dinâmica da sociedade de classes existe violência simbólica praticada pelos inúmeros organismos do Estado, através, por exemplo, das comissões de civismo e de rearmamento moral, dos conselhos federais de educação e cultura etc.; do mesmo modo como também há violência física e legal no âmbito da família, da fábrica e da escola, através do castigo do pai, da ação disciplinadora dos agentes de segurança interna e da possibilidade de o professor expulsar os alunos indisciplinados da sala de aula¹³⁵.

Encarada sob esta ótica, entendemos, então, que a coerção, presente em todas as formas de sanção, pode ser física ou simbólica. Física quando tem origem em um poder hierarquicamente organizado e localizado entre as instituições formais do Estado. Simbólica é a coerção que tem origem na família, na igreja, na escola, no escritório, no clube etc. Estas sanções possuem *status de legitimidade*¹³⁶, pois são aceitas como originadas de comportamentos *naturais*, isto é, comportamentos que devem ser assumidos para que o Estado mantenha coesos os seus membros. Por isso:

“enquanto a coerção física é centralizada pelo poder jurídico-político, isto é, pela repressão monopolizada pelo Estado e disciplinada sob a forma de leis e códigos, a coerção simbólica entreabre um feixe aberto de relações de força produzidas nas menores unidades do sistema

¹³⁴ Cf. BOURDIEU, *Economia das Trocas Simbólicas*. pp.122-125.

¹³⁵ Cf. FARIA, *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica*. p.127.

¹³⁶ Deixamos de trabalhar o conceito de legitimidade em Max Weber após tomar conhecimento da posição de LUHMANN. *Legitimação pelo Procedimento*. p.32. “Max Weber não só deixou em suspenso os mecanismos sociais, que podem estabilizar a arbitrariedade como positividade, como na sua sociologia do direito (*Rechtssoziologie*) para além de referências à positividade da validade jurídica, não encontramos qualquer análise elaborada do procedimento legislativo ou judicial como um mecanismo legitimador. Na sua época, nem a sociologia, nem a psicologia social apresentavam bases suficientes para isso. Essa lacuna pode ser hoje preenchida.

social e expressas sob a forma de práticas religiosas, tradições familiares, regulamentos de clubes, regimentos de escolas, sistemas de organização e métodos nas fábricas etc. Ou seja, a coerção está associada a um vasto poder informal, invisível e indistinto, móvel e múltiplo – em suma: sem localização específica”¹³⁷.

São formas de coerção complementares uma à outra e reciprocamente reprodutoras das respectivas formas de atuação. Assim, há vários controles operando simultaneamente, numa complexa estrutura de dominação, especialmente econômica, cultural e política, todos eles legitimados pelo sistema. “Em outras palavras, a reprodução de uma dada ordem se efetua por meio de uma vasta rede de sistemas sócio-culturais, configurando um universo simbólico que serve para a aceitação e para a legitimação”¹³⁸ de projetos específicos de organização social”¹³⁹.

Justamente por ser tão intrincada, dissimulada, onipresente, a violência simbólica só se completa na internalização individual do sentido de obediência. Essa internalização é reforçada pela idéia de legalidade e pela inculcação de valores apontados como “superiores”. Além disso, as pessoas são chamadas a assumirem sua “cota de responsabilidade social”. As normas jurídicas postas não são suficientes para manterem a submissão de todos os membros do grupo; então, aqueles que são “sujeitos de direito”, “bons cidadãos”, devem agir no sentido de fazer prevalecer *a vontade da lei*. Logo, as pessoas são chamadas a assumirem sua “cota de responsabilidade social”; devem respeitar e obedecer¹⁴⁰.

¹³⁷ FARIA. **Eficácia Jurídica e Violência Simbólica**. pp.126-127.

¹³⁸ LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**. pp.29-30 diz que: “...nenhum sistema político se pode apoiar apenas sobre uma força física de coação, mas antes deve alcançar um consenso maior para permitir um domínio duradouro. Como também é certo que um consenso atual, baseado na coerência “causal” dos interesses, não constitui apoio suficiente da soberania; os rebeldes têm de poder ser dominados em caso de necessidade. Ambos, coação e consenso, têm, portanto, de existir sob qualquer forma de relação de associação. Com certeza isto é exato, mas tem pouca importância quanto aos processos efetivos que produzem o fenômeno espantoso e surpreendente dum aceitação geral das decisões do governo e as garantem. Consenso e coação, ambos constituem “recursos escassos” do sistema político. A sua soma não deveria ser suficiente, nem capaz, de explicar a institucionalidade da legitimidade. Na aceitação efetiva das decisões, a apresentação do motivo real e a relação associativa exata – quer no caso da aceitação da decisão por medo ou por apoio – podem permanecer sensivelmente em suspenso: e, sociologicamente, o problema é exatamente esta indecisão, esta generalização da legitimidade que provoca uma aceitação quase desmotivada, tal como no caso das verdades. Pode definir-se a legitimidade como uma *disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância*. Porém, com isso fica em aberto se na base dessa disposição se encontra uma causa psicológica relativamente simples – como uma satisfação interior quanto a uma troca de obediência contra uma “participação” democrática – ou se essa disposição é o resultado dum elevado número de mecanismos sociais que identificam conjunturas muito heterogêneas de motivos”.

¹³⁹ FARIA, op.cit., p. 127.

¹⁴⁰ Idem, p. 128.

Internalização significa uma pessoa adotar uma atitude como sendo sua, apenas por coadunar-se com seu ponto de vista ou porque lhe resolve um problema. O indivíduo ao defrontar-se com uma sensação de incerteza ou ambigüidade, relativamente a algo porque se interessa, adota uma solução que não seria pertinente à sua situação social. “Uma outra pessoa do grupo oferece uma solução ou sugestão e, porque a idéia parece aceitável, o indivíduo adota-a”¹⁴¹. Dentre as conseqüências da internalização registra-se o fato de que a influência é mais duradoura, uma vez que o indivíduo a incorpora em seu próprio sistema de valores, sua visão do mundo e suas formas comportamentais¹⁴². No caso da obediência, o indivíduo assimila por inteiro a necessidade de seguir as regras postas, ainda que elas venham em seu prejuízo ou de sua classe ou grupo.

Em suma, não se pode pensar uma ordem política sem que haja antes uma adequação dos valores dominantes a essa ordem e sem que ela atenda aos interesses e às aspirações de pelo menos uma parcela significativa da população. Isso porque ordem alguma contemplará todos os interesses, aspirações e necessidades da totalidade de uma dada população¹⁴³. Pode, no entanto, aproximar-se de um equilíbrio que não possibilite distâncias por demais marcantes entre os menos e os mais aquinhoados. Nos países de terceiro mundo, porém, marcados pela dominação social, pelas diferenças indecentes, pela submissão e obediência coletivas, pela imposição descarada ou cinicamente mascarada, o Poder Jurídico, como extensão do Poder Político, cria as condições legais para organizar e justificar esse Poder, legitimando-o junto aos membros sociais.

A violência simbólica dessa “legitimidade” consiste no fato de que as relações de força que ocorrem no campo jurídico, no político, no familiar, no religiosos etc., surgem como formas transformadas, isto é, irreconhecíveis, transfiguradas e *legitimadas*, por isso mesmo, capazes de impedir ações tendentes a anulá-las.

“A destruição deste poder de imposição simbólica radicado no desconhecimento supõe a *tomada de consciência* do arbítrio, quer dizer, a revelação da verdade objectiva e o aniquilamento da crença: é na medida em que o discurso heterodoxo destrói as falsas evidências

¹⁴¹ SHEPHERD, Clóvis *apud* KATZ & KAHN. **Psicologia Social das Organizações**. p.23.

¹⁴² KATZ & KAHN, *idem*.

¹⁴³ Antonio Carlos Wolkmer ensina que “enquanto os cientistas políticos discutem a legitimidade como representação de uma teoria dominante do poder e sua valoração no que se refere à autoridade, dominação, soberania e obediência, os juristas tendem tradicionalmente a identificar e apresentar como sinônimas as expressões legalidade e legitimidade, ou seja, ambas expressam genericamente uma conduta ou realidade compatível com a existência e a submissão a um corpo sistematizado de leis (aula ministrada no Curso de Mestrado em Direito, URI-Campus Erechim, no dia 24.10.97, turno da tarde).

da ortodoxia, restauração fictícia da *doxa*, e lhe neutraliza o poder de desmobilização, que ele encerra um poder simbólico de mobilização e de subversão, poder de tornar actual o poder potencial das classes dominadas”¹⁴⁴.

É, pois, através da consciência da opressão que se inicia sua desmistificação. E, uma vez desmistificada poder-se-á gerar uma nova simbologia, capaz de abolir a obediência pelo temor e de deixar aflorar uma legalidade compartilhada, cujos valores sejam suficientes para construir uma sociedade menos violenta, embasada no humanitarismo solidário.

Embora, os defensores da criação da súmula de efeito vinculante tenham como argumento maior a celebridade judicial, pois que hoje os tribunais superiores se encontram abarrotados de processos considerados “idênticos”, subentende-se que os juízes inferiores não são qualificados para julgar determinadas matérias, gerando, pois, simultaneamente, a idéia de que apenas às Cortes Superiores é dado pronunciar-se sobre elas. Isso, visto sob outro ângulo, significa excluir grande camada da magistratura das discussões acerca de matérias sumuladas. Deixa de haver, então essa “legalidade compartilhada” na qual o judiciário, através das diferentes instâncias, vai “costurando” novos entendimentos e, dessa forma, atualizando o direito.

No que concerne as matérias sumuladas, a jurisprudência fica restrita às súmulas de efeito vinculante, pois que não há espaço para divergências, impedindo-se o processo de surgimento daquelas novas leis que, embora criadas pelo Poder Legislativo, têm origem em interpretações dos fatos sociais oriundas dos juízos inferiores, leitores sociais mais competentes, porque mais próximos e acessíveis aos interessados.

A proibição de julgamentos divergentes, acompanhada da ameaça de punição aos faltosos, constitui um poderoso instrumento de ameaça material, que se transmuta em violência simbólica, quando impede o juiz de expressar, no exercício hermenêutico, sua visão dos fatos sob sua apreciação e, em última análise, do mundo em que ele se insere.

Para que se faça uma análise mais aprofundada de como essa violência ocorre, é mister analisar, antes, a jurisprudência brasileira e a origem das súmulas no nosso direito.

¹⁴⁴ BOURDIEU. *O Poder Simbólico*. p.15.

- CAPÍTULO 2 -

JURISPRUDÊNCIA E SÚMULAS NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Jurisprudência: conceito e origem

O Direito não é apenas um valor cultural de dada sociedade, mas, também, “uma manifestação simbólica da convivência social” própria daquele período histórico. Assim, o fenômeno jurídico é um elemento revelador das relações estruturais de poder, segurança, controle e dominação vigentes em certa época. Isso faz com que as regras variem historicamente no tempo e no espaço, pois é através delas que se realiza a função básica do Direito: “a arbitragem do jogo de forças e reivindicações em conflito”¹⁴⁵. Encarado sob este prisma, o direito positivo se expressa técnica e formalmente através de duas formas principais: a lei e a jurisprudência¹⁴⁶.

A lei é a primeira e mais importante fonte de Direito para o Sistema da *civil law*, ao qual nos filiamos. É sempre criada pelo legislador competente e entregue à sociedade com o fito de regular as condutas de seus membros. Adquirirá concretude no momento em que, ocorrendo a ruptura do preceituado, vier a ser aplicada pelo juiz, ao caso. Nessa ocasião, cerceado pelo que a Escola Clássica denomina “fidelidade à lei”, o juiz deverá se ater ao disposto no texto legal, não criando Direito novo. Como consequência, o fenômeno jurisprudencial é considerado de menor importância, cabendo-lhe tão somente o papel de indicador de uma tendência dos tribunais no julgamento de determinadas matérias¹⁴⁷.

De origem latina, o vocábulo *jurisprudência* era empregado em Roma com o sentido de ciência do Direito, ou teoria da ordem jurídica¹⁴⁸. “Por que *jurisprudência* e não *juris scientia*?” pergunta Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹⁴⁹. E responde: “Deixando de lado a palavra jurisprudência que, mesmo em Roma, teve mais de um significado, é de se notar que a terminologia romana evitou, em geral, a expressão *ciência*”. E, após algumas colocações, acresce: “A expressão *Ciência do Direito* é relativamente recente, tendo sido

¹⁴⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. pp. 163-164.

¹⁴⁶ *Idem*.

¹⁴⁷ *Idem*.

¹⁴⁸ Cf. NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p.199.

¹⁴⁹ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1989. p.18.

uma invenção da Escola Histórica alemã, no século passado”. Ainda nesse douto ensinamento, encontramos a afirmação de que as teorizações romanas sobre o Direito ligavam-se estritamente à práxis jurídica, “que não apenas contempla e descreve, mas também age e prescreve”, não havendo rigor científico nas qualificações atribuídas ao Direito, como *ars, disciplina, scientia ou notitia*, nem preocupação em discutir terminologias¹⁵⁰.

Em nosso ordenamento jurídico, esse termo é adotado para indicar os precedentes judiciais, ou seja, a reunião de decisões judiciais, “interpretadoras do Direito vigente”¹⁵¹. Nosso Código Civil, que tem como modelo o Código Napoleônico, não esclarece qual o papel da jurisprudência como forma de expressão do direito. No preclaro ensinamento de Maria Helena Diniz, é “o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes”¹⁵². Ou, em conceito elaborado por Tercio Sampaio Ferraz Junior, “... interpretações uniformes e constantes que, se não inovam a lei, dão-lhe um sentido geral de orientação; é a chamada *jurisprudência pacífica* dos tribunais que não obriga, mas *de fato* acaba por prevalecer”¹⁵³. Então, assim compreendida a jurisprudência, infere-se que as decisões dos juízes de primeiro grau não a compõem, reservando-se o termo “jurisprudência”¹⁵⁴, para as decisões oriundas dos Tribunais.

Há duas grafias para o termo em Língua Portuguesa. Com inicial maiúscula, *Jurisprudência* significa ciência do direito; com inicial minúscula, *jurisprudência* consiste numa forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude da sucessão harmônica de decisões dos Tribunais¹⁵⁵.

Entre os romanos, na definição clássica de Ulpiano, a jurisprudência era conhecida como “*divinarum atque humanarum rerum notitia, justí atque injusti scientia*” (D. I, 1, 10, 2), isto é, o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e

¹⁵⁰ FERRAZ Jr., *Introdução ao Estudo do Direito*. p.18.

¹⁵¹ NADER. *Introdução ao Estudo do Direito*. p.199.

¹⁵² DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994. p.265.

¹⁵³ FERRAZ Jr., op.cit., p.221.

¹⁵⁴ O vocábulo *jurisprudência* que também pode designar a Ciência do Direito ou a Dogmática Jurídica, conforme ensinam Miguel Reale em suas *Lições Preliminares de Direito*, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p.167. e André Franco Montoro, *Introdução à Ciência do Direito*. 20.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.352, terá, neste trabalho, a significação atualmente mais usada que é a de *conjunto de sentenças uniformes sobre uma mesma matéria, oriundas de um ou vários tribunais*.

¹⁵⁵ Cf. POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao Direito*. São Paulo: Saraiva, 1991. p.215.

do injusto. Essa idéia foi repetida por Justiniano nas Institutas (I,1,1)¹⁵⁶. Isso, num conceito lato, já que há um segundo conceito, ligado à etimologia do vocábulo, que vem de *juris + prudentia*, o qual consistiria no conjunto das manifestações dos jurisconsultos (*prudentes*) ante questões jurídicas concretas apresentadas a eles¹⁵⁷.

Demangeat, faz a sua interpretação daquela frase latina dizendo que "Ulpiano quis mostrar que o verdadeiro jurisconsulto deve conhecer não somente a natureza divina, mas a natureza e o destino do homem, porque, para distinguir o justo do injusto, o moral do imoral, é preciso partir dos altos problemas filosóficos que nos dão conhecimento das coisas divinas e humanas"¹⁵⁸, transmitindo-nos a noção de que para julgar, não é suficiente conhecer as leis e a técnica de sua aplicação. É preciso, também, conhecer os fatos sociais e a moral predominante naquele momento histórico.

A jurisprudência nos primórdios civilizatórios não será abordada por não haver qualquer interesse para o tema deste trabalho. É com o Direito romano que se definem com maior clareza as duas questões basilares entre as quais se desdobra o problema da jurisprudência como forma de expressão do direito positivo¹⁵⁹: o da elaboração do direito para aplicação aos casos concretos e o da validade das decisões anteriores relativamente àquelas questões que tratem de matéria semelhante¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Cf. a **Enciclopédia Saraiva de Direito**, cuja coordenação esteve a cargo de Rubem Limongi França, v. 47, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 142.

¹⁵⁷ Idem.

¹⁵⁸ DEMANGEAT *apud* DE PLÁCIDO & SILVA. **Vocabulário Jurídico**. São Paulo: Forense, 1974. p. 902. v. 3.

¹⁵⁹ MOUCHET, Carlos & BECU, Ricardo Zorraquin. **Introducción al Derecho**. 7.ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1970. pp.235-236. Os autores registram que:

"Los magistrados romanos tenían la costumbre de publicar, al comienzo de su gestión anual, ciertas declaraciones o disposiciones llamadas *edicta*, que contenían las normas a las cuales iba a sujetarse su acción. Los que administraban justicia eran el *proetor urbanus* y el *proetor peregrinus*, encargados, respectivamente, de los juicios entre ciudadanos y con extranjeros. Los edictos de los pretores tuvieron una importancia sobresaliente en la formación del derecho romano, pues aunque sus reglas caducaban el mandato de su autor, muchas de ellas eran mantenidas por los pretores siguientes, formándose así un conjunto de normas que recibió el nombre de *ius honorarium*, en razón de que emanaba de quienes ejercían funciones públicas (honorarios).

Este *ius honorarium* constituyó instrumento de evidente progreso jurídico, pues no sólo tendía a aplicar el *ius civile*, sino que llegó también a mejorarlo, suplir sus deficiencias y aun corregirlo. Por eso decía PAPIANO - uno de los grandes jurisconsultos de Roma - que el derecho pretoriano es el que introdujeron los pretores ayudando, supliendo o corrigiendo el derecho civil, para utilidad pública.

Esta facultad extraordinaria de mejorar el derecho existente convertía a los pretores en verdaderos legisladores, cuyas reglas vinieron muchas veces a suavizar el rigor del derecho estricto dándole una elasticidad de que antes carecía. La aceptación de las nuevas reglas por los sucesivos pretores creó un derecho superpuesto al antiguo, que era en realidad un verdadero derecho judicial".

¹⁶⁰ Os romanistas assinalam que aquilo que hoje denominamos jurisprudência, no Direito romano correspondia a duas categorias: o direito pretoriano - em caso de omissão da lei, cabia ao pretor criar o direito não elaborado - e a doutrina dos jurisconsultos.

Em Roma, até a Lei das XII Tábuas não havia como consultar uma regra de direito, pois, este, o Direito, no dizer de Tito Lívio¹⁶¹, “se ocultava no santuário dos pontífices”. Foi a partir da elaboração dessa Lei que o direito passou a ser vulgarizado, permitindo aos cidadãos romanos a consulta imediata ao novo código. No registro de Sílvio A. R. Meira: “A secularização operou-se, portanto, pela ação da plebe, que reivindicava o conhecimento do direito”¹⁶².

Observa Londres da Nóbrega que nesse período, os juristas que davam consultas ao público eram chamados *prudentes*. Não eram juizes, apenas conheciam a ciência jurídica e opinavam sobre questões a eles submetidas. Também não eram advogados¹⁶³, pois não podiam fazer a defesa do constituinte perante o tribunal¹⁶⁴.

Também em Portugal, ao tempo das Ordenações, não se conhecia a jurisprudência como forma de expressão do direito. Borges Carneiro ensinava que “os arestos ou casos julgados não têm autoridade senão sobre o caso, porém, sendo as sentenças da Relação *muitas e conformes*, induzem estilo”, isto é, têm força de lei. Para tanto, todavia, dever-se-ia provar o seguinte: repetição e conformidade de atos; conformidade com a boa razão; não ser contrário às leis do Reino¹⁶⁵.

No Direito Brasileiro do século passado, LOUREIRO atribuía eficácia à jurisprudência apenas nos casos omissos e como coadjuvante na interpretação da *mens legis*¹⁶⁶.

De qualquer forma, no Brasil, segundo o direito português:

“a jurisprudência, em princípio não tinha senão uma autoridade doutrinária e moral, mesmo porque a Constituição do Império, art. 72, secundada pela Constituição Republicana de 1891, já determinara que *ninguém estava obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, a não ser em virtude de lei*, e o Poder Judiciário, tanto durante o Império, como depois de proclamado o regime democrático, não tinha função legislativa. Só preenchidos certos requisitos, entre eles o da constância, o da não-incongruência com as leis vigentes e o da

¹⁶¹ *Apud* Nóbrega, Vandick Londres da. **História e Sistema do Direito Privado Romano**. 3.ed., Rio de Janeiro* São Paulo: Freitas Bastos, 1962, p. 50.

¹⁶² MEIRA, S. A. R. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Max Limonad, s.d. p. 11.

¹⁶³ *Idem*, p. 51.

¹⁶⁴ Atualmente, podemos dizer que a figura do jurisconsulto se aproxima daquela do mediador, pois respondiam às consultas sobre questões a eles submetidas por quem tivesse algum interesse em determinado caso (partes, advogado ou juiz, quando inseguros em relação ao direito aplicável), dirimindo dúvidas e evitando, em muitas situações, que a querela se transformasse numa causa forense.

¹⁶⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro**: Eficácia, poder e função. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.65.

¹⁶⁶ *Idem*.

conformidade com a reta razão, é que se poderia considerar a jurisprudência como categoria integrante do direito costumeiro, constituindo-se assim forma de expressão do direito positivo”¹⁶⁷.

Ferraz Jr. ousa afirmar que, no nosso sistema, desde Justiniano, encontra-se “uma expressa proibição de decidir conforme o precedente (“*non exemplis, sed legibus judicandum est*”- *Codex*, 7, 45, 13)”. Explica que houve, na verdade, desde o princípio, uma desconfiança social em face da figura do juiz, papel ligado ao estado e que pouco se insere na sua administração, adquirindo a condição de funcionário público”¹⁶⁸.

Assim, nosso Direito não tem como tradição permitir aos juizes a criação de direito novo, cabendo a eles, no caso concreto, circunscrever-se ao dispositivo legal. Não cabe dúvida, porém, em face do disposto no art. 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, que diante da omissão da lei, o juiz poderá decidir conforme a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, elaborando normas¹⁶⁹.

Carlos Maximiliano refere o conselho de Portalis, inserto no *Discurso Preliminar* do Projeto de Código Napoleão: “Apodere-se, a jurisprudência, dos interesses que a lei não satisfaz, proteja-os e, por meio de ensaios contínuos, faça-os prevalecer”¹⁷⁰.

Desde a edição do Código Napoleônico, em 1804, no mundo ocidental filiado ao sistema romano-germânico, há uma significativa preocupação em determinar com clareza o papel da jurisprudência na criação de novas normas e, mais do que isso, como se infere na frase acima, a busca da sensibilidade para perceber as necessidades sociais, pois o papel da Justiça é atender aos reclamos da sociedade, ainda que não normatizados¹⁷¹.

Numa visão kelseniana, pode-se asseverar que a lei e a sentença se assemelham num dado momento. São ambas, normas obrigatórias: a primeira, *erga omnes*, em relação à totalidade dos indivíduos submetidos ao ordenamento; a segunda, *inter partes*, em relação às partes litigantes em determinada causa *sub judice*. A mesma norma presta-se à aplicação a fatos semelhantes, não necessariamente idênticos. Como

¹⁶⁷ *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v.47. p.148.

¹⁶⁸ *Op. cit.*, p.220.

¹⁶⁹ NEGRÃO, Teotônio. *Código Civil*. 9.ed. Revista dos Tribunais. 1994. p.19.

¹⁷⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.69.

¹⁷¹ *Idem*.

resultantes, tem-se interpretações diferenciadas para a mesma norma jurídica, confirmando aquilo que Hans Kelsen já afirmava: “Todo preceito legal encerra uma gama de possibilidades”¹⁷². Nenhuma regra jurídica, em seu enunciado gramatical, pressupõe necessariamente uma só interpretação. E enquanto o juiz se limita a interpretar a lei e lhe dá aplicabilidade com vistas a solucionar pendências que lhe são submetidas, não está havendo criação de norma.

Para Miguel Reale:

“a jurisprudência é dessas realidades que, de certa maneira, surpreendem o homem do povo. O vulgo não compreende nem pode admitir que os tribunais, num dia julguem de uma forma e, pouco depois, ou até mesmo num só dia, cheguem a conclusões diversas, em virtude de opiniões divergentes dos magistrados que os compõem. Isto, entretanto, não deve surpreender o jurista, pois, é da própria natureza da jurisprudência a possibilidade desses contrastes, que dão lugar a formas técnicas cada vez mais aperfeiçoadas de sua unificação”¹⁷³.

Para ele, o que interessa não é o signo verbal da norma, mas sim o seu “conteúdo significativo” o qual varia em função de mudanças operadas no plano dos valores e dos fatos.

A jurisprudência não se forma isoladamente, isto é, não se origina de um só julgado. É necessário que se firme por sucessivas e uniformes decisões, constituindo-se em fonte criadora do Direito e produzindo um verdadeiro *jus novum*. Entende-se, pois, que é imprescindível que haja um *habitus* na aplicação de certa norma, interpretada e aplicada de forma livre e semelhante pela maior parte dos aplicadores do Direito para que se estabeleça uma propensão denominada jurisprudencial, à qual recorrerão os operadores jurídicos em geral que estejam buscando a tendência interpretativa de certa norma, em dado momento.

Constitui, desta forma, o direito estabelecido pelas decisões do poder judiciário, porque esse complexo de decisões proferidas pelos tribunais adapta a lei às diferentes necessidades sociais, tornando-a mais ampla e atualizada, completando e melhorando as disposições da norma, numa atividade que muitos autores denominam complementar àquela desenvolvida pelo legislador.

¹⁷² KELSEN, Hans *apud* SCHWARTZ, Norberto. **Noções de Direito**. Curitiba: Juruá, 1997. p.119.

¹⁷³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. pp.171-172.

Assim entendida, a jurisprudência cria um direito novo que, no dizer de Maria Helena Diniz, resulta “da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas: é o conjunto de normas emanadas dos juízes em sua atividade jurisprudencial”¹⁷⁴. Miguel Reale afirma ser a jurisprudência “a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”¹⁷⁵, ou seja, é nos julgados que se vai redesenhando a norma, dando-lhe a configuração jurídico-política que o momento histórico enseja.

Rui Barbosa dizia que: “Ninguém ignora, hoje em dia, que a jurisprudência modifica incessantemente as leis de direito privado. Toda codificação, apenas decretada, entra sob o domínio dos arestos, no movimento evolutivo que, com o andar dos tempos, acaba por sobrepor à letra escrita o direito dos textos judiciais”¹⁷⁶. Demonstra-nos, o memorável jurista, a importância da interpretação de um texto legal reiteradamente realizada pelos Tribunais Superiores, deixando-nos, inclusive, entrever, a distância que, na maioria dos casos, permeia entre o texto legal e seu entendimento visto sob o ótica daqueles órgãos.

Em seu continuado esforço de aplicar da melhor forma o Direito posto, os juízes desenvolvem uma análise das normas, procurando as diferentes hipóteses de sua incidência, tornando mais claros o sentido e alcance das leis. É a definição do Direito elaborada pelos tribunais. Segundo o entendimento de Nader¹⁷⁷ “a jurisprudência se forma não apenas quando há lacunas na lei ou quando esta apresenta defeitos. Como critério de aplicação do Direito vigente, como interpretadora das normas jurídicas preexistentes, a jurisprudência reúne modelos extraídos da ordem jurídica, de leis suficientes ou lacunosas, claras ou ambíguas, normais ou defeituosas”¹⁷⁸.

¹⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1994. pp.265-266.

¹⁷⁵ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. p. 167.

¹⁷⁶ *Apud* DINIZ, op. cit., p. 267.

¹⁷⁷ NADER. **Introdução ao Estudo do Direito**. p.200.

¹⁷⁸ MOUCHET, op. cit., p.232-33.

“La sentencia, por lo general, se limita a aplicar la ley o la costumbre. En otros casos es preciso interpretarlas o suplir sus vacios, mediante las operaciones ... Pero siempre constituye un función eminentemente intelectual, pues consiste en aplicar una norma jurídica a un caso concreto, decidir si el caso encuadra dentro de las prescripciones de la norma y buscar la solución ajustada al derecho, definiendo su contenido, precisando el alcance de las normas, completándolas si existen lagunas y, en definitiva, mejorando el derecho vigente merced a una labor de constante afinamiento.

Quando aplica a norma jurídica geral e abstrata no julgamento da lide, ou seja, ao proferir a sentença o juiz “cria” direito para o caso concreto, o que, em Kelsen, anteriormente referido, é denominado *norma individualizada*, a qual é obrigatória apenas em relação às partes.

Faz-se necessário, por fundamental, frisar que, aos juízes cabe, antes de tudo, aplicar as normas vigentes oriundas dos poderes competentes e não “fazer” leis novas. Porém, se não for encontrada no ordenamento jurídico uma lei que possa solucionar corretamente o conflito de interesses *sub judice*, será ele obrigado a valer-se das fontes subsidiárias, indistintamente, pois que entre elas não há hierarquia, com o fito de elaborar a norma jurídica aplicável apenas àquele caso, conforme preceitua o art. 126, do CPC, combinado com o art. 4º. da LICC.

Art. 126 do CPC. "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacunas ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito"¹⁷⁹.

Art. 4º da LICC. "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Pode-se, pois, perceber que a liberalidade do nosso ordenamento refere-se apenas àqueles casos em que não há um dispositivo legal disciplinando a matéria em julgamento. Quanto aos casos em que há uma previsão legal, os tribunais poderão tão somente elaborar novas interpretações para uma norma já existente.

Nesse sentido, a jurisprudência fixa o conteúdo das leis e de outras normas jurídicas, interpreta-as e preenche-lhes as lacunas e, conforme um expressivo número de autores, é fonte de direito¹⁸⁰. Miguel Reale entende que "... sem poder de decidir, não se pode falar em fonte do direito..." e mais: "sendo o poder um elemento essencial e

En desarrollo de esa labor van surgiendo nuevas normas generales que interpretan o complementan el derecho legislado y consuetudinario. La obra de los tribunales se convierte así en una fuente formal de derecho de alcance general, pues los casos semejantes se resuelven, por lo común, em forma análoga. Y entonces esas decisiones se incorporan a la vida jurídica, son tenidas en cuenta por las personas a quienes podrían referir-se, y pasan a integrar el derecho vigente bajo el nombre de jurisprudencia".

¹⁷⁹ Não pode o juiz, sob a alegação de que a aplicação do texto de lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável. Mitigue o juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério. STF- RBDP 50/159 e Amagis 8/363 *apud* NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 110.

¹⁸⁰ Distintamente dos países da *Common Law* onde, por força do "Princípio do Precedente", ela adquire um extraordinário valor. O nosso sistema, conhecido como *Civil Law*, está substancialmente ligado às tradições romano-germânicas onde, conforme já referimos, o precedente não tem características de obrigatoriedade.

consubstancial ao conceito de fonte de direito, esta se diversifica em tantas modalidades quantas são as formas de *poder de decidir* na experiência social.” Enumera então as fontes de direito por ele reconhecidas: “a *legal*, resultante do *poder estatal de legislar* editando leis e seus corolários normativos; a *consuetudinária*, expressão do *poder social* inerente à vida coletiva e revelada através de sucessivas e constantes formas de comportamento; a *jurisprudencial*, que se vincula ao Poder Judiciário, expressando-se através de sentenças de vários graus e extensão; e, finalmente, a *fonte negocial*, ligada ao poder que tem a vontade humana de instaurar vínculos reguladores do pactuado com outrem”¹⁸¹. Portanto, entendida como fonte formal de direito, ela não apenas preenche lacunas ou defeitos legais mas, também, gera modelos jurídicos.

Semanticamente falando, Montoro registra que a palavra “jurisprudência” pode ser tomada em sentido amplo e em sentido estrito. No primeiro caso, refere-se ao conjunto de sentenças emanadas dos tribunais e abrange tanto aquela uniforme como a contraditória. Em sentido estrito, refere-se apenas ao conjunto uniforme. Enfatiza que apenas o conjunto uniforme e constante das decisões judiciais sobre casos semelhantes constituem-na. Assim compreendida, não é compartilhada com os juizes singulares, em consonância com o que já afirmamos anteriormente, a cuja interpretação nega-se um valor maior, pois que apenas aos tribunais é reservado o privilégio de dizer qual o significado das normas, logo, de apontar em que sentido esta ou aquela deve ser usada e quais as combinações possíveis entre as que compõem o ordenamento¹⁸².

Referindo-se à interpretação realizada pelos tribunais, ensina Reale:

“A jurisprudência muitas vezes inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si. Nessa oportunidade, o juiz compõe, para o caso concreto, uma norma que vem completar o sistema objetivo do Direito”¹⁸³.

A jurisprudência pode, então, ser entendida como um conjunto de estruturas normativas que implicam a existência de um poder decisório colegiado o qual, de forma reiterada, a partir de casos concretos submetidos a julgamento e da interpretação do texto

¹⁸¹ REALE. *Lições Preliminares do Direito*. p.11.

¹⁸² Cf. MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.352.

¹⁸³ Op.cit., p.168.

legal aplicável à espécie, expressa, através do acórdão ou do aresto, seu entendimento acerca daquele conteúdo normativo, constituindo-se, dessa forma, esse entendimento, após o trânsito em julgado da decisão, em norma *inter partes*, isto é, em regra que, individualizada, deverá obrigatoriamente ser acatada pelos litigantes e, conjuntamente, quando preenche lacunas da lei, em fonte a ser consultada pelos operadores jurídicos.

Doutrinariamente, distingue-se três espécies de jurisprudência: *secundum legem*, a que se limita a interpretar determinadas regras constantes da ordem jurídica; *praeter legem*, a que se desenvolve na falta de regras específicas, quando as leis são omissas; *contra legem* é aquela que se forma ao arrepio da lei, contra disposições desta. É prática teoricamente não admitida, mas que, na prática, pode ocorrer especialmente em face de leis anacrônicas ou injustas¹⁸⁴.

Para os juristas, a jurisprudência tem cinco funções específicas: interpretar a lei, definindo-lhe o significado; vivificar a lei, constituindo novos preceitos que passam a integrar o sistema jurídico; humanizar a lei, pois é através dela que se adapta a rigidez do mandamento legal, procurando-se aparar as arestas para melhor aplicar justiça ao caso concreto; suplementar a lei, em face de inevitáveis lacunas; rejuvenescer a lei, através de sua adaptação às mudanças sociais¹⁸⁵.

A questão, então é: em face do ordenamento brasileiro, é permitido aos juízes e tribunais, ante o caso concreto, elaborar o direito aplicável ou apenas aplicar o direito preexistente? De todo o estudado, podemos responder que, embora revestidas de características diferentes daquelas da produção legal arrolada em nossa constituição, os juízes e tribunais produzem novas regras, balizados por limites legais que não lhes atribuem poder discricionário.

E mais, essa elaboração só pode ocorrer em situação absolutamente excepcional, quando preenchidos requisitos do maior rigor, e de forma pacífica e reiterada, ou seja, sem pressões e coerções, mas através da convicção livremente formada de que a solução apresentada é, de fato, a melhor¹⁸⁶.

2.2 Jurisprudência: sua uniformização em nosso Direito

Há muito tempo os tribunais brasileiros têm se preocupado com a unificação de seus julgamentos, de forma a assentá-los em jurisprudência, como produto

¹⁸⁴ Cf. NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. p. 201.

¹⁸⁵ Cf. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v. 47. p. 171.

¹⁸⁶ Cf. FRANÇA, Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p.61

das interpretações por eles realizadas e para o fim de serem utilizados pelos operadores jurídicos.

Nosso sistema jurídico tem como fonte jurídica formal o processo legislativo que compreende todas as categorias normativas referidas no Título IV, Seção VIII, subseção I, art. 59 da Constituição Federal, *Do Processo Legislativo*.

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias
- IV - leis delegadas
- V - medidas provisórias
- VI - decretos legislativos
- VII - resoluções.

Esse processo tem de passar por todas as fases previstas no documento constitucional, percorrendo o caminho entre o projeto de lei e a lei vigente.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho analisando esse Título IV da Constituição Federal, afirma que o mesmo e a matéria da seção não estão de pleno acordo, já que:

“Em realidade inseriu-se aí a elaboração de emendas constitucionais que são leis materialmente, mas que formalmente destas devem ser distinguidas, por serem manifestações de um poder distinto, que é o de revisão constitucional. Arrola-se, também, no artigo supra, a elaboração de resoluções que, se por tramitação se assemelham a leis a ponto de se poder dizer que são leis, formalmente falando, não têm a matéria de lei, por não editarem regras de direito gerais e impessoais. E o que se disse das resoluções aplica-se, *mutatis mutandis*, aos decretos legislativos”¹⁸⁷.

Miguel Reale entende que, a partir da Constituição de 1967, pode-se afirmar que *fonte legal* não é apenas a lei, entendida nos moldes que chamou superados de uma dicotomia Constituição/Lei Ordinária. Nessa ótica, todos os atos normativos arrolados no artigo 59 da Carta Magna fazem parte do processo normativo. Em defesa de sua tese, ensina que Lei, no sentido técnico da palavra:

¹⁸⁷ Cf. FERREIRA Fº, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18.ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 159.

“só existe para nós quando a norma escrita é *constitutiva de direito*, ou seja, quando ela introduz algo novo no sistema jurídico em vigor, seja alterando, seja aditando novo preceito, dotado de caráter obrigatório, com o objetivo de disciplinar comportamentos individuais ou atividades públicas. No quadro em que se insere o nosso ordenamento jurídico, há uma gradação decrescente, a partir da *lei constitucional*, a qual fixa a estrutura e as competências de todo o sistema normativo. Sob esse enfoque, os regulamentos e os decretos não são leis, porque não podem ultrapassar os limites impostos pela norma legal que especificam ou a cuja execução se destinam”¹⁸⁸.

Segundo ele, na técnica legislativa contemporânea, nem sempre cabe ao Congresso Nacional a tarefa de elaborar uma norma legal, pois esta pode surgir de um ato de delegação ou de atribuição legislativa, sendo incumbido o Executivo de editar a lei delegada que, posteriormente será apreciada pelo Congresso para verificar sua correspondência ao autorizado, em conformidade com o artigo 68 da Constituição Federal. Já os decretos legislativos e as resoluções são fontes legais porque, por força constitucional, integram o sistema de normas, fazendo nascer um dispositivo de caráter cogente, como os decretos legislativos através dos quais o Congresso Nacional aprova os tratados e as resoluções do Senado Federal que autorizam operações externas de natureza financeira, conforme o previsto no art. 49, I e 52, V, da Constituição¹⁸⁹.

A rigor, enfatiza:

“a fonte legal é o processo legislativo, na totalidade das categorias normativas que o compõem. E é preciso ter bem presente que regulamentos e decretos somente podem ser considerados como tal em situação subordinada ou complementar. São, estes últimos, pois, atos normativos de vigência e eficácia subordinadas aos ditames das normas oriundas do processo legislativo”¹⁹⁰.

A jurisprudência não se encontra arrolada entre as formas constitucionais legiferantes. Maria Helena Diniz, explica que isso ocorre porque a atividade jurisprudencial é considerada, apenas, uma fonte do direito consuetudinário, pois a uniformização dá azo à positivação do costume judiciário. Segundo a autora, a jurisprudência constitui um costume judiciário que se forma pela prática dos tribunais¹⁹¹.

¹⁸⁸ REALE. *Lições Preliminares de Direito*. p.162.

¹⁸⁹ Idem. pp.162-169.

¹⁹⁰ Idem.

¹⁹¹ DINIZ. *Compêndio de Introdução a Ciência do Direito*. p. 267.

Entretanto, Oscar Tenório e Geny não concordam com a idéia de que a jurisprudência possa ser entendida como uma forma de costume e criticam duramente essa tese¹⁹².

Limongi França respondeu as críticas de Geny dizendo que a jurisprudência, para ser considerada como um autêntico costume jurídico, deverá preencher certos requisitos: não ferir texto legal vigente; ser conforme a reta razão, ou seja, uma conclusão válida, cujo preceito venha a atender aos reclamos de uma lacuna; fazer com que, à força de sua própria necessidade sociojurídica, encontre na mente dos órgãos judicantes uma aceitação comum, reiterada e pacífica. Além disso, é certo que na França como no Brasil, o juiz não tem o poder de legislar; ora, o costume é oriundo do povo, e este, salvo exceção, como nos casos de plebiscito, não possui também o *munus* legislativo. No entanto, afirma não ser possível negar a força dos costumes oriundos do povo e muito menos da jurisprudência. Conforme sua teoria, o costume judiciário não é um costume de agir, mas um *habitus practicus decidendi*, concernente à classe dos magistrados, e que, em virtude de sua procedência natural, em razão das injunções sociojurídicas que pedem uma norma de agir estável, preenchidos os requisitos já enumerados, se impõem ao intelecto dos julgadores. Para ele, a jurisprudência enquanto costume possui caracteres próprios, distintos do costume popular, porém se trata de espécie distinta do mesmo gênero: o costume jurídico que implica relações jurídicas e não morais ou sociais. É de se ponderar, quanto à última objeção, (a afirmação de Geny de que a partir do momento em que se erigisse a jurisprudência em “fonte formal”, positiva, ela continuaria sujeita a variações e contradições, não oferecendo garantias necessárias à criação jurídica), que uma jurisprudência que apresente variações e contradições não se considera tal, para os efeitos de constituir uma forma de expressão do direito positivo. Não é uma jurisprudência propriamente dita, mas uma série de julgados, de decisões, de arestos cujo valor é destituído de eficácia obrigatória. Logo, nada impede considerar a existência de um verdadeiro costume jurisprudencial¹⁹³.

Reale, vê a situação de forma diferente. Para ele, o juiz, sem lançar mão de artifícios, atualiza o *sentido possível* da lei, ajustando-a às circunstâncias e contingências do momento. Desse modo, o que antes abrigava significado X, sofre uma variação, pela consagração de um sentido Y ou Z. Entretanto essa norma valerá apenas para aquele caso

¹⁹² Apud DINIZ. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 267.

¹⁹³ Cf. DINIZ, *Compêndio de Introdução a Ciência do Direito*. p.268.

que está sendo julgado. Muito embora os demais juízes venham a decidir de igual forma, quando surgirem hipóteses correspondentes, a norma será sempre de *tipo jurisdicional*. Deixa claro nosso douto mestre que há uma distinção marcada entre o que seja norma oriunda dos poderes competentes para legislar e norma do tipo jurisdicional. Esclarece, também, que a diferença entre a obrigatoriedade do Direito criado pela jurisdição consiste em que ela se circunscreve à órbita de ação ou de competência do tribunal, não obrigando os demais juízes¹⁹⁴.

Foi a Escola Histórica, que teve em Savigny seu representante mais significativo que, no campo do direito visto como ciência, destacou o costume como forma de expressão do direito. Foi ela, também, quem primeiro incluiu a jurisprudência como uma espécie de costume, ou seja *como órgão do direito consuetudinário*. Conforme essa escola, a jurisprudência é uma forma de expressão do direito porque os especialistas, juízes ou jurisconsultos, integrantes de um segmento social conhecedor dos problemas jurídicos e das normas que ao emitirem suas opiniões, representariam a consciência popular, uma vez que eles emergiram do meio do grupo social¹⁹⁵.

Há, pois, grandes divergências entre os doutrinadores, sobre a questão de a jurisprudência ser ou não ser costume judiciário. Kourkonov, referido por Nader¹⁹⁶, situa a jurisprudência entre a lei e o costume. “Seria análoga à lei por sua formação reflexiva e semelhante ao costume por necessitar de uma pluralidade de atos” explica.

Em seguida, mostra que entre ambos há pontos de semelhança e de distinção. Nas duas situações é mister a pluralidade de prática: o costume pelo povo e a jurisprudência nas decisões judiciais sobre uma certa matéria de Direito. “Costume e jurisprudência *stricto sensu* pressupõem a uniformidade de procedimentos: é necessário que a prática social se reitere igualmente e que as semelhanças judiciais sejam invariáveis”, diz ele¹⁹⁷.

Como fatores distintivos, arrola os seguintes:

a) ser a norma costumeira construção dos componentes de uma coletividade de indivíduos integrantes de uma sociedade os quais, nas suas relações, exercitam direitos e cumprem

¹⁹⁴ Cf. REALE, *Licções Preliminares de Direito*. p. 70.

¹⁹⁵ Cf. FRANÇA, Limongi. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v.47. p. 159.

¹⁹⁶ KOURKONOV *apud* NADER. *Introdução ao Estudo do Direito*. p.201.

¹⁹⁷ *Idem*.

deveres, enquanto a jurisprudência é bem mais restrita, sendo produto de um setor do organismo social, o qual, por força do exercício de sua função de dizer o direito aplicável aos conflitos produz a sentença, que é elaboração dos tribunais;

b) a norma costumeira é criação espontânea; a jurisprudência é elaboração intelectual, fruto da reflexão e da sensibilidade para ler os fatos sociais¹⁹⁸.

Em assim sendo, costume popular e costume judiciário distinguem-se pela forma de criação. O costume popular tem origem na consciência comum de um povo, é espontâneo e natural, decorrendo das vivências conjuntas e do exercício de seus direitos e obrigações enquanto a jurisprudência é construção intelectual, fruto da interpretação dos juizes¹⁹⁹ perante uma lei e decorrente de decisões de litígios. Portanto, sob o aspecto lógico, o costume e a jurisprudência se identificam no momento da produção, pois ambos são produzidos por indução: partem do particular para o geral, porém, originam-se de matriz distinta.

Entre nós, os juristas dividem-se, referentemente à posição da jurisprudência como forma geral de expressão do direito, a ponto de podermos dividi-los em três grupos: o dos negativistas, para quem a jurisprudência como tal tem pouco ou nenhum valor, já que a lei é a única fonte de direito, servindo as categorias indicadas na LICC como suplemento às normas; dentre eles, o mais destacado é Clóvis Beviláqua. Entre os jurisprudencialistas, que dão à jurisprudência excessiva importância, encontramos nomes relevantes, como Washington de Barros Monteiro e Vicente Ráo. De idêntica posição o preclaro mestre Miguel Reale cuja obra, *Fontes e Modelos do Direito - Para um novo paradigma hermenêutico*, reforça a tese jurisprudencialista de que os julgados constituem fonte de direito, expressando-se através de sentenças de vários graus e extensão.

E, por fim, os denominados realistas, reforçados pelos eminentes juristas Serpa Lopes e Carlos Maximiliano²⁰⁰, cuja desassomburada posição assim ficou registrada:

¹⁹⁸ Cf. NADER. *Introdução ao Estudo do Direito*. pp.201-202.

¹⁹⁹ Na prática, não se pode afirmar que um caso isolado não seja precisamente jurisprudência - já que esta é constantemente definida como "um conjunto" de decisões uniformes dos Tribunais acerca do mesmo assunto - pois mesmo solitária, serve como referencial para os operadores jurídicos no momento da *interpretatio legis*. Mas, é apenas através da reiteração constante, racional e pacífica da solução de uma situação não prevista ou não resolvida expressamente pela lei que ela assume caráter de costume judiciário.

²⁰⁰ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.181-182.

“Em virtude da lei do menor esforço e também para assegurarem os advogados o êxito, e os juízos inferiores a manutenção de suas sentenças, do que muitos se vangloriam, preferem, causídicos e magistrados, às exposições sistemáticas de doutrina jurídica, os repositórios de jurisprudência. Basta a consulta rápida a um índice alfabético para ficar um caso liquidado, com as razões na aparência documentadas cientificamente. Há verdadeiro fanatismo pelos acórdãos: dentre os freqüentadores dos pretórios, são muitos os que se rebelam contra uma doutrina; ao passo que rareiam os que ousam discutir um julgado. O processo é erradíssimo. Os julgados constituem bens auxiliares de exegese, quando manuseados criteriosamente, criticados, comparados, examinados à luz dos princípios... A jurisprudência, só por si, isolada, não tem valor decisivo, absoluto. Basta lembrar que a formam tanto os arestos brilhantes, como as sentenças de colégios judiciários, onde reinam a incompetência e a preguiça”²⁰¹.

E, logo adiante, para embasar seu ponto de vista, cita Dupin: “A ciência dos arestos tornou-se a ciência daqueles que não têm outra ciência; e a jurisprudência é uma ciência facilíma de adquirir: basta um bom índice das matérias”²⁰². O autor reconhece que a jurisprudência auxilia o trabalho do intérprete, porém alerta que ela não o substitui, nem dispensa sua reflexão.

É de se considerar que as mudanças ocorridas no corpo social, irrefutavelmente, passam a refletir entendimento diferenciado daquele da elaboração da lei. Os mais variados fatores exigem novas concepções, mudanças axiológicas que reflitam a sincronia com o novo momento histórico vivenciado pela sociedade. Isto porque, sendo o Direito uma Ciência Social, não poderia permanecer estagnado, preso a interpretações incompatíveis com as mudanças sociais. Assim, os textos legais muitas vezes necessitam novas interpretações, na busca de novos sentidos, capazes de satisfazer as novas necessidades. Busca-se no texto algo até então não percebido. O intérprete procura fazer uma integração dinâmica entre fato e a norma. As normas resultantes dessa aplicação ao caso concreto não obrigam senão às partes, mas os juízes que encontrarem sentido lógico nelas, poderão segui-las, reforçando a interpretação e formando jurisprudência.

Dessa forma, como fator de estabilidade social, a jurisprudência é insistentemente referida pelos autores, que argumentam estar a estabilidade referida

²⁰¹ MAXIMILIANO. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. p.181.

²⁰² DUPIN *apud* MAXIMILIANO, *op.cit.*, pp.182-183.

diretamente conectada com a segurança jurídica. Conforme reafirmam, existe uma necessidade enraizada no seio da sociedade de conhecer a aplicação das leis, a fim de adequar suas vidas ao que podem ou não fazer, isto é, o que a lei permite ou deixa de fazê-lo.

Ocorre que os órgãos jurisdicionais, no exercício da função de dizer o direito, têm de interpretar as normas no intuito de fixar seu alcance. Assim são fixadas as *teses* jurídicas, a cuja luz hão de apreciar-se as hipóteses variadíssimas que a vida oferece à consideração dos julgadores²⁰³.

A função de julgar não pode ser reduzida a um processo lógico formal ou a esquemas ou cálculos matemáticos, nos quais o resultado é invariavelmente o mesmo, dadas as mesmas condições, ensina Miguel Reale²⁰⁴. Para ele, a sentença é entendida antes de mais nada como “um processo de estimativa do fato para situar, em função dele, os textos legais aplicáveis à hipótese em apreço”²⁰⁵. Evidentemente, nesse trabalho variam as perspectivas dos juízes. “Diante dos mesmos fatos e com base nos mesmos textos legais, pode o trabalho de coordenação normativa ser diferente. Pode um magistrado citar um texto legal em conexão com outros preceitos e chegar a conclusões diferentes das aceitas por outro juiz, inspirado em critérios diversos”²⁰⁶.

Ao justificar a necessidade de novas interpretações para velhas normas jurídicas e, também, contrapondo-se àqueles que desejam impedir os juízes de levarem a efeito novas interpretações, José Carlos Barbosa Moreira serve-se de lapidar frase do mestre Calamandrei, que assim se expressa: “Seria absurdo desejar que a jurisprudência, que por sua mutabilidade no tempo é a mais sensível e mais preciosa registradora das oscilações mesmo leves da consciência jurídica nacional, fosse cristalizada e contida em sua liberdade de movimento e expansão”²⁰⁷.

Diferentemente da compreensão apriorística, as divergências que ocorrem entre sentenças relativas a questões idênticas de fato e de direito não são indicativas da fragilidade da jurisprudência, mas sim de que o ato de julgar não é algo mecânico em que, ao julgador, caiba apenas acolher uma idéia já pronta, até porque lhe é facultada a

²⁰³ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 4. v. 5.

²⁰⁴ REALE. *Lições Preliminares do Direito*. p. 172.

²⁰⁵ Idem.

²⁰⁶ Idem.

²⁰⁷ CALAMANDREI, Piero *apud* MOREIRA, op.cit., p. 4.

liberdade de livre convencimento. Reale explica que os diferentes entendimentos jurisprudenciais não comprometem o todo: “... as divergências mais graves que ocorrem no exercício da jurisdição, encontram nela mesma processos capazes de atenuá-las, quando não de eliminá-las, sem ficar comprometida a força criadora que se deve reconhecer aos magistrados em sua tarefa de interpretar as normas, coordená-las ou preencher-lhes as lacunas”²⁰⁸.

É o entendimento mais acatado entre os operadores jurídicos, uma vez que, das diferentes interpretações é que se alimenta a dinamicidade do direito.

Então, por quê unificar a jurisprudência? O aparelho estatal é constituído de uma pluralidade de órgãos judicantes os quais, diuturnamente, têm de editar teses jurídicas acerca de questões de direito que lhes são submetidas. Pode ocorrer que, em um mesmo contexto histórico, haja diferentes entendimentos de uma mesma regra, gerando “teses jurídicas divergentes ou até opostas”, no dizer de Barbosa Moreira²⁰⁹. Haveria, dessa forma, uma pluralidade de interpretações, e de teses que as justificam, a qual, como consequência, tornaria o direito incerto e de difícil aplicação. Em nome da certeza, argumenta a expressiva maioria dos doutrinadores e aplicadores do direito, é que se faz necessária a uniformização de jurisprudência. Não se trata, segundo Moreira, de “impor aos órgãos judicantes uma camisa de força, que lhes tolha o movimento em direção a novas maneiras de entender as regras jurídicas, sempre que a anteriormente adotada já não corresponda às necessidades cambiantes do convívio social”²¹⁰. Isto é, o que se buscaria evitar é um distanciamento muito grande entre as diferentes interpretações para casos semelhantes. Porém, embora as justificativas em contrário sejam numerosas, na realidade, os operadores jurídicos em geral ficam adstritos às teses emitidas pelos diferentes órgãos eis que, ousar uma argumentação contrária pode pôr em risco o êxito da causa.

Miguel Reale, coloca a seguinte indagação: Mas esse trabalho jurisprudencial, esse Direito revelado pelos tribunais e pelos juizes altera substancialmente a lei?” Segundo seu entendimento, depende do ponto de vista. Em tese, os tribunais são chamados a aplicar a lei. Há oportunidades, entretanto, em que o trabalho jurisprudencial vai tão longe que, de certa forma, a lei adquire sentido bem diverso do originalmente desejado. Diante de interpretações muito diferenciadas, até diante da necessidade social de

²⁰⁸ REALE. *Lições Preliminares de Direito*. p.168.

²⁰⁹ MOREIRA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p.6.

²¹⁰ Idem.

garantia no Direito, como já foi dito, procuram os tribunais a unificação das questões em que surgiram as maiores distorções²¹¹.

A uniformização de jurisprudência não é um fenômeno nacional, apenas. Vários países, levados pela necessidade de manter o controle político sobre a atividade jurisprudencial, adotaram mecanismos nesse sentido. Dentre eles, Portugal, que nos serviu de modelo. Lá, há vários séculos buscava-se essa unificação. A técnica de além-mar usava os denominados *assentos que objetivavam dar a lei uma interpretação autêntica*. Através deles, não eram julgados casos concretos, mas era fixado o entendimento da lei, toda vez que quanto a ela havia divergências judiciais²¹².

Aqui, no Brasil, no período imperial, diferentes leis regularam o regime jurídico dos assentos. Após a proclamação da República, os assentos desapareceram. Permaneceu, entretanto, a idéia de uniformização da jurisprudência. “Para esse fim foram criados os institutos da revista e do prejudgado, além, é claro, do recurso extraordinário. A mesma função tem o recurso especial”, registra Streck²¹³. O recurso de revista e o prejudgado foram suprimidos pelo atual código que adotou o mecanismo de uniformização da jurisprudência.

Nela são usados dois expedientes, tecnicamente diversos: um preventivo, outro corretivo de teses declaradamente desarmônicas. O primeiro tipo, como o nome permite inferir, tem por escopo pré- fixar as teses, objetivando evitar que a diversidade se instaure, oportunizando o dissídio jurisprudencial. No segundo, uma vez configurado o dissídio, revisa-se o julgamento, adotando-se a solução que for jurisprudencialmente mais interessante.

É importante repisar que a interpretação divergente tem de referir-se à mesma regra de Direito, e que a espécies semelhantes se estejam aplicando teses juridicamente divergentes ou opostas. “O que move o instituto é a existência de divergência de interpretação de uma regra jurídica. Não é necessário que o julgamento incida sobre matéria de mérito”²¹⁴. Pode, pois, a discussão versar sobre regra de Direito material ou processual.

²¹¹ REALE. *Lições Preliminares de Direito*. p.169.

²¹² Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.93-94.

²¹³ STRECK, op.cit., p.94.

²¹⁴ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.103.

O Código de Processo Civil Brasileiro, assim normatizou a unificação de jurisprudência:

“Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido, a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo”.

Theotônio Negrão esclarece: “A faculdade é concedida a qualquer juiz, e não à turma julgadora. Se ocorrer alguma das hipóteses do art. 476, deverá obrigatoriamente ser suscitado o incidente de uniformização de jurisprudência”²¹⁵. Havendo, pois, divergência dentro da própria turma julgadora, qualquer dos juizes poderá suscitar o incidente de uniformização.

Não se distingue entre julgamento de recurso de primeiro grau e julgamento de decisão de segundo grau, como os embargos infringentes. Também entre julgamento de recurso interposto contra decisão em processo de conhecimento, de execução ou cautelar²¹⁶.

Existe hierarquia na jurisprudência dos tribunais, diz Paulo Dourado de Gusmão, podendo ser os julgados escalonados, culminando com a jurisprudência da Corte Suprema, tendo por base os julgados de primeira instância e, intermediariamente, a das demais jurisdições²¹⁷.

Esta inclusão do juiz singular com base da hierarquia jurisprudencial contraria a maioria dos juristas, inclusive Miguel Reale, que entende ser a jurisprudência privilégio dos juizes componentes dos tribunais²¹⁸. Estabelecer-se-ia, nessa ótica, um escalonamento entre os tribunais das unidades federativas e o Supremo Tribunal Federal ou

²¹⁵ NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil**. 20.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p.249.

²¹⁶ Idem. “Os tribunais têm decidido que a divergência deve se verificar entre decisões que aplicam a mesma lei” RF 258/259, dentro do mesmo tribunal (RT 501/62) e sobre tema essencial ao julgamento da causa (RT 601/77)”.

²¹⁷ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do Direito**. 11.ed.Rio de Janeiro:Forense, 1986, p. 162.

²¹⁸ Cf. REALE, **Lições Preliminares de Direito**. p.174.

O Código de Processo Civil Brasileiro, assim normatizou a unificação de jurisprudência:

“Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido, a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. do

Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo”.

Theotônio Negrão esclarece: “A faculdade é concedida a qualquer juiz, e não à turma julgadora. Se ocorrer alguma das hipóteses do art. 476, deverá obrigatoriamente ser suscitado o incidente de uniformização de jurisprudência”²¹⁵. Havendo, pois, divergência dentro da própria turma julgadora, qualquer dos juízes poderá suscitar o incidente de uniformização.

Não se distingue entre julgamento de recurso de primeiro grau e julgamento de decisão de segundo grau, como os embargos infringentes. Também entre julgamento de recurso interposto contra decisão em processo de conhecimento, de execução ou cautelar²¹⁶.

Existe hierarquia na jurisprudência dos tribunais, diz Paulo Dourado de Gusmão, podendo ser os julgados escalonados, culminando com a jurisprudência da Corte Suprema, tendo por base os julgados de primeira instância e, intermediariamente, a das demais jurisdições²¹⁷.

Esta inclusão do juiz singular com base da hierarquia jurisprudencial contraria a maioria dos juristas, inclusive Miguel Reale, que entende ser a jurisprudência privilégio dos juízes componentes dos tribunais²¹⁸. Estabelecer-se-ia, nessa ótica, um escalonamento entre os tribunais das unidades federativas e o Supremo Tribunal Federal ou

²¹⁵ NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil**. 20.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p.249.

²¹⁶ Idem. “Os tribunais têm decidido que a divergência deve se verificar entre decisões que aplicam a mesma lei” RF 258/259, dentro do mesmo tribunal (RT 501/62) e sobre tema essencial ao julgamento da causa (RT 601/77)”.

²¹⁷ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do Direito**. 11.ed.Rio de Janeiro:Forense, 1986, p. 162.

²¹⁸ Cf. REALE. **Lições Preliminares de Direito**. p.174.

o Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com a matéria a ser julgada. O julgado do juiz de primeira instância teria o valor de um precedente e não formaria jurisprudência²¹⁹.

O certo, então, é que, na tradição do nosso Direito os prejulgados não obrigam senão ao tribunal que os enunciou. Não se pode, no entanto, negar a força e a influência da unificação da jurisprudência no desenvolvimento da técnica jurídica e na manutenção da vitalidade do Direito como um todo. Mas, os juízes são, por regra geral, independentes, e essa independência quer significar que também eles, nos limites da lei, têm liberdade para formarem sua convicção pessoal e a expressarem através da sentença, mesmo que ela contrarie todos os julgados anteriores. Até porque, ao poder judiciário não é conferido o poder de legislar, mas tão somente de preencher lacunas legais e de interpretar a lei com o escopo de aplicá-la ao caso em julgamento. E, também, porque, não sendo julgamento em última instância, haverá a possibilidade de recurso para mudança de um julgado.

2.3 Súmulas: histórico e fundamento

Em nosso Direito positivo, a fixação da tese jurídica aplicável à espécie, desde que sufragada pela maioria absoluta dos membros do tribunal, sob a forma de *súmula*, constituirá precedente na uniformização da jurisprudência, conforme dispõe o CPC, que assim preceitua:

“Art. 479. O julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”.

Em seu único parágrafo o código determina:

“Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante”²²⁰.

Em 28.08.1963, o Supremo Tribunal Federal instituiu, pela primeira vez, através de emenda ao seu Regimento Interno, a *Súmula da Jurisprudência Predominante*. Visava, então, compendiar todas as teses jurídicas firmemente assentes em suas decisões²²¹.

²¹⁹ MOUCHET y BECU, op.cit., p. 233, assim se manifestam: “Por conseguinte, la jurisprudencia es el conjunto de normas jurídicas que emana de las sentencias dictadas por los tribunales”. Filiam-se, assim, à corrente que não inclui o julgado do juiz singular entre os formadores da jurisprudência.

²²⁰ NEGRÃO. *Código de Processo Civil*. p.250.

²²¹ Cf. MOREIRA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p. 26.

A primeira publicação foi organizada pela Comissão de Jurisprudência e seus verbetes aprovados em sessão plenária, ocorrida a 13 de dezembro de 1963. Passaram a vigorar a 1º de março de 1964. O próprio documento de apresentação das súmulas referia o fato de que nem todas as matérias ali reunidas haviam recebido votação unânime e, também, enfatizava a possibilidade de alteração do entendimento ali contido, havendo liberdade para que qualquer dos Ministros propusesse ao tribunal a revisão do enunciado constante da Súmula, modificando seu conteúdo. Relativamente à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, dizia: “Quando se tratar de declaração de constitucionalidade, ou de inconstitucionalidade, pelo voto da maioria absoluta do Tribunal, a reabertura do debate deverá contar, preliminarmente, com o apoio, pelo menos, de três ministros (Reg., art. 87, § 6º)”²²².

A par do já referido, restava absolutamente precisa, à vista do próprio texto de apresentação, o objetivo da súmula: “A finalidade da *súmula* não é somente proporcionar maior estabilidade à jurisprudência, mas também facilitar o trabalho dos advogados e do Tribunal, simplificando o julgamento das questões mais freqüentes. Por isso, a emenda ao Regimento, inicialmente referida, atribui à *súmula* outros relevantes efeitos processuais”, relata Lauria Tucci²²³.

Historicamente, nosso país não admite a interpretação judicial de normas jurídicas. Já a Carta do Império vedava aos juizes exercícios hermenêuticos (art. 15, inc. VIII)²²⁴. Em seu *Direito Público Brasileiro*, Pimenta Bueno afirmava ser a interpretação da lei tarefa do Legislativo. Embasava sua tese no supra citado dispositivo da Carta de 1824 e no entendimento de que, em obediência ao princípio da divisão dos poderes políticos, somente aquele Poder poderia proceder à interpretação das leis por ele feitas, pois a nenhum outro era legalmente facultado fazê-lo²²⁵. Atualmente, essa interpretação, denominada autêntica, continua sendo atividade exclusiva do Legislativo.

Em narrativa de Valadão, encontramos que, desde 1946, quando o Instituto dos Advogados Brasileiros apresentou o Projeto de Constituição, iniciou-se a discussão acerca de como criar um mecanismo que fosse o corolário do processo de unificação da

²²² TUCCI, Rogério Lauria. *Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, p. 334. v. 71.

²²³ Op. cit., p. 250.

²²⁴ Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Súmulas Vinculantes e Independência Judicial*. In: Revista dos Tribunais, maio de 1997, pp.12 e 23.

²²⁵ Idem.

jurisprudência. Ou seja, uma solução que se apresentaria de imediato, toda vez que determinadas matérias estivessem pendentes de julgamento. Referindo-se à antiga aspiração, assim se expressava: “A existência de uma resolução uniformizadora ou *súmula* da jurisprudência do STF impunha-se há muito, para assegurar *efetividade* ao preceito do art. 119, III, *d*, da Const. Federal, que lhe dá *única e exclusiva* atribuição de uniformizar a jurisprudência sobre a Constituição e as leis federais”²²⁶. Referia-se, à Constituição de 1946, a qual deveria ter regulamentado o supra citado artigo 119.

Sua iniciativa não foi acolhida pelos Constituintes. Valadão, porém, tornou a insistir quando da elaboração do Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (1963/64), especificando no art. 7º. que: “O STF, no exercício das atribuições que lhe confere o artigo 101, III, *d*, da Constituição Federal, uma vez fixada a interpretação da lei federal pelo Tribunal Pleno, em três acórdãos, por maioria absoluta (Const. Federal, art. 200), torna-la-á pública na forma e nos termos determinados no Regimento, em resolução que os tribunais e juízes deverão observar enquanto não modificada segundo o mesmo processo, ou por disposição constitucional ou legal superveniente. Parágrafo único. A modificação pelo STF se fará, havendo razões substanciais, mediante proposta de qualquer ministro, por iniciativa própria ou sugestão contida nos autos”²²⁷.

O recurso de “revista”, determinando o “prejulgado” e depois, a uniformização de jurisprudência, prevista nos arts. 476 a 479 do novo CPC, eram vistos por Haroldo como recursos “absolutamente precários” no que concernia ao direito federal, cuja unificação jurisprudencial, segundo ele, fugia, totalmente, aos tribunais dos Estados. Por essa razão, sentiu-se amplamente recompensado com a criação da Súmula, em 1963, e, depois, com a consolidação no Regimento Interno do STF, em seu art. 98, da Súmula de jurisprudência, em 1970.

Registrou os acontecimentos da seguinte forma:

“Na respectiva revisão pelos eminentes Min. Luiz Gallotti e Prof. Oscar Tenório, com a minha participação, acrescentou-se disposição permitindo que a proposta de modificação fosse apresentada ao STF pelos Tribunais Superiores da União e pelos Tribunais de Justiça. *Sem tal medida*, dissemos na respectiva Justificação, o texto constitucional é um simples saco sem fundo, e, em vez de uniformizar a jurisprudência, torna-se inútil, falha espetacularmente, servirá apenas

²²⁶ VALADÃO, Haroldo. *Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v.71. p.333.

²²⁷ Idem.

de ponto de apoio para novos e intermináveis recursos extraordinários”²²⁸.

No Regimento Interno do STF, o referido art. 98, assim dispôs: “A jurisprudência firmada pelo STF será compendiada em súmula do Supremo Tribunal mediante deliberação em plenário por maioria absoluta”²²⁹.

Anteriormente, a Lei Federal n. 5.010, de 30.05.66, já autorizava o Tribunal Federal de Recursos a emitir Súmulas. A Lei assim preceituava:

“Art. 63. O Tribunal Federal de Recursos organizará, para orientação da Justiça Federal de primeira instância, e dos interessados, Súmulas de sua jurisprudência, aprovadas pelo Plenário, fazendo-as publicar, regularmente, no Diário da Justiça da União e nos Boletins da Justiça Federal das Seções”.

O parágrafo primeiro exigia, para aprovação da Súmula, ou a unanimidade ou a maioria qualificada dos membros do Tribunal, em dois julgamentos concordantes, pelo menos. Para o demais, vigoraria o Regimento Interno do STF.

Todavia, apenas no ano de 1973, quando da edição do Código de Processo Civil, ainda em vigor, a Súmula resultante de julgamento do STF passou a constituir *precedente* na uniformização da jurisprudência. Na análise de Rogério Lauria Tucci, porém, tratou-se apenas de “nova denominação dada ao antigo instituto processual do *prejulgado*”²³⁰.

O parágrafo segundo determinava que: “Os enunciados da Súmula prevalecem e serão revistos, no que couber, segundo a forma estabelecida no Regimento do STF”.

Também no Tribunal Superior do Trabalho foram criadas Súmulas, em 18.12.79. Após a edição do atual Código de Processo Civil, os demais tribunais da União e dos Estados passaram a editar Súmulas.

Para dirimir qualquer dúvida porventura ainda subsistente sobre o efeito das súmulas, Tucci alerta para o fato de que não se pode deixar de ter presente, à luz da elaboração legislativa ulterior, consagrada nos arts. 476 a 479 do aludido CPC de 1973, o

²²⁸ VALADÃO, Haroldo. **Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v.71. p.333.

²²⁹ Para maiores informações consultar Roberto Rosas. *Direito Sumular: Comentários às Súmulas do STF*, Revista dos Tribunais, 1978.

²³⁰ TUCCI. **Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. p.335.

seu caráter, de início aventado, apenas de *precedente na uniformização da jurisprudência*, negando-se-lhe força vinculante implicativa de força normativa²³¹.

À luz de tudo quanto foi dito, não se pode confundir *precedente* com efeito vinculante. A busca de uma *uniformização da jurisprudência* não inclui a impossibilidade de livre manifestação dos diferentes tribunais componentes dos graus de jurisdição, que geraria um envelhecimento do Direito.

Em conformidade com o CPC vigente, as Súmulas não são elaboradas através de um processo autônomo. Elas são, em realidade, consequência do procedimento de uniformização da jurisprudência. Porém, Alcides de Mendonça Lima, a respeito do art. 479, esclarece: “Pela redação do dispositivo, não se trata de uma faculdade e, sim, de norma cogente a todos os tribunais: *será objeto e disporão sobre a publicação*. Não é usado o verbo *poder* no sentido de que cada tribunal tenha o arbítrio de expedir, ou não, súmula... tem de ser editada súmula, pelo *caput* do mencionado art. 479”²³².

O disposto no art. 479 do CPC não é novidade. Esse dispositivo legal, que vem a ser o suporte da emissão das Súmulas no Direito brasileiro, é *reprodução exata* do teor do artigo 483 do projeto do Código, contra o qual não prevaleceram as emendas apresentadas no Congresso Nacional²³³. Antes disso, é importante lembrar que no anteprojeto elaborado pelo Prof. Alfredo Buzaid constava:

“Art. 518. A decisão, tomada pelo voto da maioria absoluta dos membros efetivos que integram o tribunal, será obrigatória, enquanto não modificada por outro acórdão proferido nos termos do artigo antecedente.

Art. 519. O presidente do tribunal, em obediência ao que ficou decidido, baixará assento. Quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicado, o assento terá força lei em todo o território nacional”.

Comparando o anteprojeto de Buzaid com as tentativas feitas por Haroldo Valadão, durante o processo constituinte de 1946, por ocasião da elaboração do anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, Streck²³⁴ afirma buscarem ambos a “consagração dos antigos *assentos* do Direito português, com força vinculativa...”²³⁵

²³¹ TUCCI. *Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. p.335.

²³² MENDONÇA LIMA *apud* ROCHA, José de Moura. *Súmulas Jurisprudenciais*. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: 1977, v. 71. p. 336.

²³³ STRECK, *Súmulas no Direito Brasileiro*. p.112.

²³⁴ *Idem*.

²³⁵ Para José Joaquim Gomes Canotilho os assentos autenticamente interpretativos das normas legais são hoje inconstitucionais, porque são verdadeira *legislatio*, violando o princípio da tipicidade das leis. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1986. p.727.

A proposta de Buzaid não foi aceita por ocasião das votações. Comentando esse fato, Accioly Filho²³⁶, ensina que as Súmulas não se coadunam com o nosso sistema escrito de Direito. Para ele, num ordenamento preponderantemente consuetudinário, é natural que certas orientações jurisprudenciais se cristalizem em enunciados estáveis, como são os *cases* do Direito americano. Mas as leis escritas, como são as nossas, já carecem bastante de flexibilidade, de modo que procurar dificultar ainda mais a sua interpretação, mediante proposições que dificilmente possam ser afastadas, significa abrir mão do pouco que nos deixa o sistema para a modelação do Direito positivo às circunstâncias de cada caso concreto.

Entretanto, em 13 de fevereiro de 1963, foram criadas as Súmulas de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, enunciados que sintetizam as decisões assentadas por este tribunal com o fito de orientar a toda a comunidade jurídica.

Por ocasião da votação do anteprojeto do Código de Processo Civil, quando se discutia a questão da súmula e o anteprojeto do Professor Buzaid, Egas Dirceu Moniz Aragon, alertava para o fato de pairarem dúvidas quanto à legitimidade constitucional da atribuição que o anteprojeto pretende outorgar aos tribunais de editar assentos com força de lei. Segundo seu entendimento, isso seria exercer função peculiar ao Congresso Nacional e às Assembléias Legislativas²³⁷.

A Lei 8.038, de 28/05/90, institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Em seu artigo 38, atribui ao relator, de um desses Tribunais, competência para decidir o pedido ou o recurso que haja perdido o objeto, assim como para negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou, ainda, a pedido ou recurso que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal. Aqui tem-se a primeira referência à Súmula que viria a adquirir realce cada vez mais significativo²³⁸.

²³⁶ *Apud* STRECK, **Súmulas no Direito Brasileiro**. pp.112-113.

²³⁷ Cf. STRECK, *op.cit.*, p.113.

²³⁸ Sobre a Lei 8.038 de 28.05.90, Barbosa Moreira faz a seguinte crítica: "Já se manifestava outrossim o mau jeito do legislador para lidar com o assunto: é evidente que contrariedade do pedido ou recurso à Súmula (*rectius*: contradição entre a tese jurídica do pedido ou do recurso e alguma das compendiadas na Súmula) apenas se concebia a respeito de questão exclusivamente de direito: não pode haver teses contraditórias sobre fato! Devia entender-se que o texto, na sua meia-língua, queria aludir não à *questões*, e sim a *causas* em que se discutissem, predominantemente, questões de direito, nem por isso deixaria a redação de merecer cotação baixa". MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.5. p. 322.

A Lei 8.950 de 13/12/1994, deu ao artigo 563 do CPC a seguinte redação: "Todo acórdão conterá ementa". Não entra em maiores detalhes. Entretanto, de há muito, todos os acórdãos proferidos no Brasil costumam vir encimados por uma ementa, conforme já registrava o regimento interno do STJ. A Palavra aqui teria o sentido de sumário, resumo, apontamento, mas na praxe jurídica nacional tomou outra conotação, por força da forma como passou a ser redigida, nos moldes normativos, através de um enunciado geral e abstrato. "Se desvincula do caso jurídico concreto que lhe deu origem, e passa a operar sem concreta relação com esse caso, apenas como diretiva que se observa na autonomia formal de seu próprio e abstrato conteúdo"²³⁹. Significa dizer: muitas vezes essas ementas são utilizadas em situações totalmente distintas daquela que originou o acórdão e sua ementa, em flagrante desatenção ao fato de que refere-se tão somente a um caso particular, que é uma decisão ligada ao caso que decidiu. Entretanto, embora influenciem a todos os operadores jurídicos, as ementas não são coercitivas e os juizes de todas as instâncias podem ignorá-las por ocasião do ato judicatório.

Porém, "chegou sem avisar mas não causou surpresa a lei federal portadora de novidades na disciplina dos recursos, do conflito de competência e do incidente de inconstitucionalidade em matéria cível", diz Cândido Rangel Dinamarco²⁴⁰, referindo-se à Lei 9.756, de 17.12.98. Para ele, trata-se de uma lei com finalidade bem definida: reduzir a carga de trabalho de órgãos superiores da jurisdição "seja mediante a imposição de mais óbices à admissibilidade dos recursos e do acréscimo de poderes ao relator, seja limitando a instauração do incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público"²⁴¹.

As alterações ocorridas em vários dispositivos do Código de Processo Civil, através da lei supra citada, acrescentam parágrafo único aos artigos 120 e 481 e parágrafo 3º ao artigo 542. Além disso altera os artigos 511, 544, parágrafo 3º, 545 e 547. Há duas razões para justificar as alterações: uma de ordem técnica e outra de ordem histórico-cultural: a de ordem técnica está ligada à complexidade de nosso sistema processual, que prevê remédios ou instrumentos amplos e genéricos (inclusive a partir da Constituição de

²³⁹ NEVES, Castanheira. **O Instituto dos Assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. *Apud* CUNHA, Sérgio Sérulo da, **O Efeito Vinculante e os Poderes do Juiz**. São Paulo: Saraiva, 1999. p.19.

²⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. O Relator, a Jurisprudência e os Recursos. *In: Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756, de 17.12.98*. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais. p.127.

²⁴¹ Idem.

1988), como o mandado de segurança e a ação cautelar e a de ordem histórico-cultural, de origem portuguesa, é o que Greco Fº. Chama de “princípio processual da desconfiança”: “O juiz desconfia das partes e, especialmente, dos advogados; as partes e os advogados não confiam no juiz; por sua vez, os Tribunais de segundo grau não confiam nos juizes, que reciprocamente não têm confiança nos Tribunais; e a *Corte*, no caso dos Tribunais Superiores e o Supremo Tribunal Federal, não confia em ninguém”.

A disciplina dos recursos vem sendo um dos terrenos de eleição das reformas do nosso processo civil, empreendidas ao longo da última década lembra José Carlos Barbosa Moreira. Mais da metade, exatamente 42 artigos, dentre 72, foram atingidos pelas sucessivas modificações que o texto codificado sofreu, a partir da Lei 8.038, de 28.05.90²⁴².

O mesmo autor assim se manifesta preliminarmente:

“Uma coisa chama desde logo a atenção de qualquer leitor, inclusive dos leigos em direito: a numeração dos parágrafos do artigo 557. Só um (adequadamente batizado de *único*) tinha esse dispositivo; passou a ter mais dois. Engana-se, contudo, quem cuidar que os três são designados pela maneira lógica e tradicional: 1º, 2º e 3º. Nada disso: preferiu-se a extravagância de atribuir a um deles a designação de § 1º - A. Bem, com certeza àquele que vem depois do primeiro – é o que ocorre pensar a quem quer que tenha um mínimo de bom senso. Novo engano: o 1º - A precede o § 1º. Nada se pode querer, realmente, de mais esdrúxulo: na quesito *originalidade*, que tempos atrás valia pontos em concursos de fantasias carnavalescas, o texto faz jus, sem favor, à pontuação máxima”²⁴³.

Em verdade, essa “extravagância” se encontra em disposição da Lei Complementar nº 95, de 26.02.98 que no plano da técnica legislativa, dispõe que assim se proceda em relação aos artigos modificados: acrescenta-se a observação NR (nova redação) e a inserção do parágrafo deve ser com a mesma numeração do outro, porém identificado com a letra “A”²⁴⁴.

²⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos cíveis. *In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756, de 17.12.98*. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais. p.320.

²⁴³ Idem, p.321.

²⁴⁴ Cf. GRECO FILHO, Vicente. Questões sobre a Lei nº 9.756, de 17.12.99. *In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756, de 17.12.98*. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais. p.599.

Todavia, apresenta alguns defeitos sérios, como a remissão errônea a um § 3º do art. 557, contida no art. 545. Esse parágrafo não existe. Na verdade, esse § 3º é o 2º, e o 2º é o 1º, uma vez que foi acrescentado o § 1º A.

Na tradição da Justiça brasileira, sempre coube ao relator (de recurso ou de causa de competência originária de tribunal) processar o feito e prepará-lo para o julgamento; não, porém, julgá-lo. Essa tarefa cabia ao órgão colegiado. Havia apenas uma exceção, contida no *caput* do art. 557 e parágrafo único: quando o agravo de instrumento fosse “manifestamente improcedente” poderia o relator “indeferi-lo por despacho”, do qual caberia um recurso inominado para o colegiado.

No artigo 28, § 2º da Lei 8.038/90, ficou consagrada a possibilidade do julgamento de um recurso, em qualquer sentido, pelo relator: é o agravo de instrumento contra o indeferimento do extraordinário ou do especial.

O § 3º acrescenta que, na hipótese de provimento do agravo, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do recurso especial, o relator poderá convertê-lo, por assim dizer, naquele recurso determinando desde logo a respectiva inclusão em pauta, com observância, a partir daí, do procedimento peculiar ao recurso especial²⁴⁵. O § 4º manda aplicar, em princípio, regime análogo ao agravo manifestado contra o indeferimento de recursos extraordinário. Essas normas viriam a se reincorporar ao Código através da Lei 8.950, de 13.12.94²⁴⁶.

Essa lei, ao modificar a redação do art. 511 do Código, introduziu inovação relevante na sistemática do preparo. Esse requisito de admissibilidade dos recursos tinha a singularizá-lo uma característica: era o único que só se precisava satisfazer *depois* da interposição. Desapareceu essa particularidade, após a lei: o preparo passou, ao menos em princípio, a ter de ser efetuado *antes*, cumprindo ao recorrente comprová-lo no ato mesmo de interpor o recurso.

O processo evolutivo para imposição da matéria sumulada teve continuidade com a Lei 9.139, de 30.11.95, a qual, mediante alteração do artigo 557 do Código, conferiu aos tribunais em geral a atribuição de competência do relator para negar seguimento a (qualquer) recurso “manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior”.

²⁴⁵ Cf. MOREIRA, Barbosa. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos cíveis. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756, de 17.12.98*. p. 323.

²⁴⁶ Idem.

“Recurso contrário à Súmula era ainda locução de discutível propriedade: a rigor, insista-se, o que pode ocorrer é contradição entre a tese jurídica sustentada pelo recorrente e a consagrada em alguma das proposições da súmula. Tampouco soava bem o *respectivo*: melhor se diria *súmula do tribunal competente para o julgamento ou de tribunal superior*. Em todo caso, comparada com a Lei 8.038, a redação decerto melhorou: com proveito para a clareza, substituíram-se as insuficientes denominações específicas *intempestivo, incabível*, pela genérica *inadmissível*”²⁴⁷.

A Lei 9.756 fluiu no mesmo sentido da Lei 8.038. Ao modificar o § 3º do artigo 544, dando ao relator competência para julgar, sob determinadas condições, o próprio recurso especial (ou extraordinário de acordo com o § 4º) revigorado pela conversão. “Abre-se-lhe essa via quando o *acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça* (no concernente ao extraordinário, entenda-se do *Supremo Tribunal Federal*). Fora daí, subsiste, com o mesmo pressuposto de antes, a possibilidade de conversão do agravo no recurso indeferido”²⁴⁸.

Dessa forma, a Lei 9.756 dá continuidade à tendência progressiva de transferir para o relator atribuições judicantes que, tradicionalmente, são reservadas ao colegiado. Assim, o julgamento monocrático, próprio do primeiro grau de jurisdição em nosso sistema, vai-se, gradativamente introduzindo nos graus superiores, em detrimento dos colegiados. Importante salientar que a decisão do relator admite impugnação, o que conserva aberta a via para o julgamento colegiado, conforme entendimento de Barbosa Moreira²⁴⁹.

Isso porque o “juiz natural” do recurso é o órgão colegiado, não havendo como obstaculizar totalmente esse caminho. Todavia, o relator tem a função de proceder a uma triagem: o que ele disser, supõe-se, será o entendimento do colegiado. Será como que

²⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos cíveis. In: **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756, de 17.12.98**. p. 323.

²⁴⁸ Idem.

²⁴⁹ Ensina o douto professor da UERJ que: “A decisão do relator sobre o recurso é sempre impugnável para o órgão colegiado. Tal impugnação terá por veiculo novo recurso, a que o texto legal chama também *agravo* (arts. 545, *caput*, e 557, § 1º ou § ?). A Lei 9.756, todavia, não cuidou de disciplinar minuciosamente o procedimento desse agravo, ao qual se deve reconhecer efeito suspensivo. Cingiu-se ela às indicações lacônicas do § 1º (ou §1º?) do art. 557, aplicáveis à espécie do art. 545, mercê da remissão constante da parte final, *verbis*: *observado o disposto nos §§ 1º [aliás 1, conforme se lê na publicação retificadora] e 2º do art. 557*. O texto esclarece que é de cinco dias o prazo de interposição, que o órgão *ad quem* é o componente para julgar o recurso decidido pelo relator, que há lugar para o juízo de retratação (isto é, que pode o relator reformar seu próprio pronunciamento) e que caso não se retrate, deve ele apresentar o feito em mesa proferindo voto”. MOREIRA, op.cit., p.326.

a antecipação da posição deste. Ao interessado ressalva-se o direito de desencadear um mecanismo de controle, capaz de mostrar se a “antecipação” correspondeu ou não ao entendimento “antecipado”²⁵⁰.

Greco Filho, alerta para o fato de que: “A intenção de se inibir a interposição de recursos ou mesmo a exclusão de algumas espécies tem sido e, certamente, será frustrante no Brasil, porque, excluído ou inibido um recurso, imediatamente a criatividade dos advogados descobre um sucedâneo, às vezes muito mais complexo”²⁵¹. Já Dejanira Maria Radamés de Sá diz que, sendo o Brasil signatário do Pacto de San Jose da Costa Rica que prevê, expressamente, a existência do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional e, assim sendo, guardada a coerência com o texto do art. 5º, § 2º da Carta Política, deve ser esse considerado pelo sistema processual brasileiro. “Dessa forma, mesmo sem previsão expressa na Carta Magna, a característica de garantia imanente do duplo grau de jurisdição veda ao legislador infraconstitucional a possibilidade de limitação do âmbito de incidência do recurso de apelação, nenhuma restrição, portanto pode ser oposta à possibilidade de o sucumbente recorrer, uma vez, a outro órgão jurisdicional, de igual ou superior hierarquia, para obter a revisão da sentença”²⁵².

As reformas introduzidas no Código de Processo Civil e na Lei 8.030/90 pela Lei 9.756/98 não foram muitas extensas, pois atingem apenas sete dos seus artigos. Basicamente, pode-se dizer que elas:

- a) privilegiam as funções do relator dos recursos ou incidente (modificação nos artigos 120, 544, § 3º e 557 do CPC);
- b) dispensam o incidente de declaração de inconstitucionalidade nos casos em que já houver pronunciamento do Tribunal ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal a respeito da questão, assegurando, de certa forma, o efeito vinculante dessas decisões (alterações do artigo 481);
- c) possibilitam a complementação de preparo, em prazo determinado, evitando, assim, a deserção (modificação do artigo 511 do CPC);
- d) instituem a modalidade de recurso especial e recurso extraordinário retidos, com a modificação do artigo 542, ao qual foi acrescentado um novo parágrafo;

²⁵⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op.cit. p.324.

²⁵¹ GRECO Fº, op. cit., p.599.

²⁵² SÁ, Djanira Radamés de. O duplo grau de jurisdição como garantia constitucional. *In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756, de 17.12.98*. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais. p.190-191.

- e) modificam a redação do artigo 544, § 3º, ampliando os poderes do relator do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial, reformando o acórdão recorrido,
- f) modificam o artigo 545 para adaptá-lo à alteração do artigo 544;
- g) alteram o artigo 577, adaptando-o ao disposto no artigo 544 e inserindo a possibilidade de imposição de multa ao agravante, quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo.

No concernente à Lei 8.030, de 28 de maio de 1990 – Lei de recursos – as inovações cingem-se ao acréscimo de dois artigos, ou seja, artigos 41-A e 41-B, versando respectivamente sobre a forma das decisões colegiadas no Superior Tribunal de Justiça e as despesas de porte e de retorno referentes aos recursos interpostos perante esse Sodalício e Supremo Tribunal Federal²⁵³.

Conforme Muscari, ao relator foi facultado: a) decidir de plano o conflito de competência, caso haja jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada; b) se o acórdão recorrido estiver em confronto com a Súmula ou acórdão dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial, c) negar seguimento a recurso que estiver em confronto com súmula ou jurisprudência predominante do respectivo tribunal, do STF, ou de tribunal superior; d) dar provimento ao recurso se a decisão hostilizada estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do STF ou de tribunal superior²⁵⁴.

Constata-se, pois, do texto do diploma legal em exame, que as modificações inseridas no Código de Processo Civil implicam, na sua maioria, em dar continuidade a um projeto reformista previamente estabelecido e que, no decurso dos anos, tem modificado substancialmente a legislação processual pátria. A imediata entrada em vigor das modificações introduzidas no sistema recursal, promovidas pela Lei 9.756/98, poderá ocasionar sérios prejuízos aos jurisdicionados e aos profissionais do direito, porquanto, por serem profundas, suscitam dúvidas e controvérsias que mereceriam uma prévia e ampla discussão antes de sua efetiva implementação.

²⁵³ Cf. ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre as alterações ao Código de Processo Civil e à Lei 8.038/90, impostas pela Lei 9.756/98. In: **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.193.

²⁵⁴ MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula Vinculante**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p.50.

Conforme Luiz Flávio Gomes²⁵⁵, as Súmulas tem o poder concreto de bloquear o processamento de recursos, além de serem constitucionalmente duvidosas e de ignorarem que o problema quantitativo dos recursos não está nas decisões que contrariam as súmulas pois o que abarrotava os Tribunais são recursos contra as decisões que as adotaram, e tem origem exatamente no Poder Público. Deve ser aduzido, também, que o fato de as decisões que contrariam súmulas não serem acolhidas, não tomando o Tribunal conhecimento das “novas razões” que justificaram uma retomada do assunto, fará com que o Direito fique congelado, não havendo aquela evolução natural necessária ao seu desenvolvimento²⁵⁶.

2.4 Súmulas: tipologia no Direito brasileiro

O Supremo Tribunal Federal era o órgão competente para zelar pela constitucionalidade das leis nacionais, ao mesmo tempo em que promovia a unificação da jurisprudência, até o advento da Constituição de 1988, a qual criou o Superior Tribunal de Justiça, a quem ficou adstrita toda a problemática da uniformização, através do julgamento dos recursos especiais, constitucionalmente inseridos no artigo 105, III. Ao Supremo Tribunal Federal atribuiu-se o controle da constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis e o julgamento dos recursos extraordinários enumerados no artigo 102, III.

Dessa forma, ao Supremo Tribunal Federal reservaram-se as questões relativas à Constituição. Ao Superior Tribunal de Justiça cabe unificar aquelas matérias referentes à matéria infraconstitucional, excetuando-se as trabalhistas, eleitorais e militares que são de competência de outros Tribunais Superiores. Passou-se, então, a ter Súmulas emitidas por dois tribunais diferentes, acerca de matérias diferenciadas.

A nova Constituição Federal elencou, no artigo 96, as competências privativas dos tribunais. No inciso I, *a*, autoriza, sucintamente, a elaboração dos regimentos internos daquelas casas, ressalvando: “*com observância das normas de*

²⁵⁵ GOMES. *Súmulas Vinculantes e Independência Judicial*. p.34.

²⁵⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. *Apud* CUNHA, Sérgio Sérulo da. *op.cit.* p.17. diz que: “Nem a regra é jamais tão inequívoca e exatamente precisa, que não fossem possíveis dúvidas sobre sua aplicabilidade a este ou àquele caso determinado, nem existe na lei (ou no *corpus juris*), a par de cada caso que acontece, uma regra que lhe possa fazer jus. Sabemos o que faz o juiz, em tais casos: interpreta a regra, restringindo-a ou estendendo-a; encontra uma nova regra, que resulta do nexó de sentido da ordem jurídica, das idéias básicas da lei ou de uma decisão precedente, dos critérios de valor já reconhecidos na ordem jurídica ou na consciência geral”. Essa, pois, a função de novas interpretações de uma mesma regra.

processo...”. Logicamente, pois, deveriam ser observadas as normas processuais componentes do nosso ordenamento jurídico.

No artigo 102 do vigente Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal encontra-se regimentada a matéria referente às Súmulas da seguinte maneira:

“Art. 102. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal.

§ 1º. A inclusão de enunciados na “Súmula”, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em plenário, por maioria absoluta.

§ 2º. Os verbetes cancelados ou alterados guardarão a respectiva numeração com a nota correspondente, tomando novos números os que forem modificados.

§ 3º. Os adendos e emendas à ‘Súmula’, datados e numerados em séries separadas e sucessivas, serão publicados três vezes consecutivas no ‘Diário da Justiça’.

§ 4º. A citação da ‘Súmula’, pelo numero correspondente, dispensará, perante o tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido²⁵⁷.

De igual modo, o Superior Tribunal de Justiça, regulou seu Regimento:

“Art. 122. A Jurisprudência firmada pelo Tribunal será compendiada em Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º. Será objeto da Súmula o julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram a Corte Especial ou cada uma das seções, em incidente de uniformização de jurisprudência. Também poderão ser inscritos na Súmula os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes da Corte Especial ou da Seção, em um caso, ou por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos.

§ 2º. A inclusão da matéria objeto de julgamento na Súmula da jurisprudência do Tribunal será deliberada pela Corte Especial ou pela Seção, pela maioria absoluta dos seus membros.

§ 3º. Se a Seção entender que a matéria sumulada é comum às Seções, remeterá o feito à Corte Especial.

Art. 125. Os enunciados da Súmula prevalecem e serão revistos na forma estabelecida neste Regimento Interno²⁵⁸.

²⁵⁷ Internet. RISTF. 25 ago. 99.

²⁵⁸ Internet. RISTJ. 25 ago. 99.

Os efeitos processuais desses dispositivos tendem a tornar o direito estático, isto é, todos eles tendem a hermetizar o Direito, senão vejamos: “o Ministro-Relator pode arquivar ou negar seguimento a pedido de recurso extraordinário [...] quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal”(art. 22, § 1º. do RISTF). O Relator poderá negar seguimento a recurso[...] contrário à Súmula do Tribunal” (art. 34, XVIII, do RISTJ)²⁵⁹.

No nosso Direito, as Súmulas existem, pois, há mais de trinta anos. Do conjunto das Súmulas compendiadas por nossos tribunais, que representam a interpretação da maioria absoluta dos julgadores a respeito das questões decididas, podemos classificá-las em tautológicas, *intra legem*, *extra legem*, *contra legem* e inconstitucionais. Tautológicas são aquelas que, em nome da segurança jurídica, repetem evidências, sem acrescentar coisa alguma ao texto legal. Vários autores compilaram exemplos desse tipo de Súmula. *Intra legem* é aquela que, nos limites da lei, a interpreta. Sabe-se que toda jurisprudência é o produto da atividade interpretativa dos tribunais. Esse tipo de Súmula apenas estipula até onde vai, ou quais fatos se enquadram em determinada lei. Aqui, temos algumas daquelas que se destinam ao controle do sistema recursal, através da filtragem do que for considerado admissível. *Extra legem* são Súmulas que objetivam regular o modo de apreciação dos recursos especiais e extraordinários, bem como o juízo de admissibilidade destes. A maioria delas estabelece restrições quanto à admissibilidade dos recursos. E, por fim, as Súmulas *contra legem* e *inconstitucionais*, pois extrapolam os limites do ordenamento jurídico, constituindo-se em verdadeiras *criações legislativas*²⁶⁰.

Streck afirma: “...alguns doutrinadores brasileiros atribuem um caráter normativo à jurisprudência contida na Súmula, entendendo-a obrigatória para todos os juízes e tribunais do país”²⁶¹

Essa constatação, feita pelo ilustre Professor Lenio Luiz Streck, nos permite aquilatar o quão paradoxais são as Súmulas no nosso sistema, transmutando-se, de instrumento meramente informador de uma tendência do tribunal superior, em obrigatoriedade, através de um processo não reconhecido pelo nosso Ordenamento, uma vez que o poder do Regimento Interno dos Tribunais para produzir lei nova não é constitucionalmente reconhecido, face ao já citado artigo 59 da Constituição Federal que

²⁵⁹ As Leis 8.038/90 e 9.756/98 ratificaram os dispositivos contidos nos Regimentos Internos do STJ e STF.

²⁶⁰ Cf. STRECK. *Súmulas no Direito Brasileiro*. p.167.

²⁶¹ *Idem*. p.129.

atribui apenas às leis oriundas de um processo legislativo regular o caráter de obrigatoriedade o que, no caso, não se verifica.

Entretanto, faz-se necessário registrar que muitos doutrinadores acreditam ser correta essa posição coercitiva adotada pelos Tribunais nacionais e justificam-na afirmando serem suas decisões dotadas de caráter quase normativo. Também argumentam que, diante da imobilidade legal, cabe à mobilidade decisória propiciar a mobilidade jurídica, adquirindo, dessa forma valor superior ao da lei, a qual dinamizam.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal, ao decidir matéria que contrariava a disposição das Súmulas, afrontou a instância inferior que se rebelara contra a Corte Maior, ao declarar:

“Mas, se se conhece a Súmula - e o juiz brasileiro não a pode desconhecer - e se não aplica, autoriza-se a interposição do remédio processual para repor a orientação da Corte Maior; e se obriga desnecessariamente a iniciativa da parte, exigem-se ônus injustificáveis e requiere-se prestação jurisdicional que se poderia e deveria evitar. [...] Que mantenha o juiz sua convicção contrária à decisão da sua Corte, ou mesmo da Corte Suprema, admite-se, nem importa rebeldia, mas aplicando-a, enquanto se não muda. Que se recuse a aplicar a diretriz firmada pela maioria, ou como no caso, que insista em inaplicá-la - consubstanciada em Súmula e aplicada sem discrepância, pelo Supremo Tribunal Federal - não se justifica”²⁶².

Diante da variedade de opiniões pró e contra as Súmulas, algumas conclusões podem, certamente, ser alinhadas: à uma corrente jurídica que dá à Súmula o valor de lei, por ser ela constituída de linguagem abstrata e atingir a todos. Porém, a corrente contrária ressalva: ela não tem o caráter obrigatório da lei e, principalmente, não acresce a ordem jurídica com uma nova lei, apenas *fixa a interpretação de um texto legal preexistente*.

Barbosa Moreira coloca a questão nos seguintes termos:

“A jurisprudência constante da *Súmula* não se torna, porém imutável. Disposição expressa do Regimento Interno prevê a revisão dos seus enunciados, por iniciativa de qualquer Ministro (art. 103). [...] Por outro lado, as proposições constantes da *Súmula* não têm a obrigatoriedade assimilável à da lei, não vinculam os outros tribunais do país, nem os juízos do primeiro grau”²⁶³.

²⁶² In: RTJ 113/458-459.

²⁶³ MOREIRA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p.26.

Sob esse enfoque, Moreira acredita que interpretar a problemática da Súmula como se fora lei é dar-lhe um caráter que ela não tem. E mais, é torná-la inconstitucional. Completa seu raciocínio justificando: “As proposições que o tribunal assente, pelo voto da maioria de seus membros, não se convertem, com a inclusão da *Súmula*, em normas legais. Até porque não seria lícito que assim fosse”²⁶⁴.

Então, não se pode dar à Súmula um caráter que lhe é absolutamente impróprio. Súmula não é lei: é interpretação da lei. E, como tal, deve ser encarada no nosso Direito. Luiz Flávio Gomes reitera que leis genéricas, normas abstratas são tão somente aquelas mencionadas no rol do processo legislativo enumerado pela Constituição. Destaca que súmula com valor de lei constituirá flagrante desrespeito ao princípio de tipicidade das leis. “Estar-se-ia criando um novo *processo legislativo* e dele se encarregaria o Judiciário, que não possui legitimidade democrática representativa ou direta, isto é, não recebe legitimação direta do povo e, por isso mesmo, não pode ditar regras, com coercitividade, gerais e abstratas”²⁶⁵.

É de Miguel Reale a definição lapidar das diferentes posições dos operadores jurídicos:

“O juiz é autônomo na interpretação e aplicação da lei, não sendo obrigado a respeitar, em suas sentenças, o que os tribunais superiores ou inferiores hajam consagrado como sendo de direito. Nem tampouco os advogados devem exercer a sua profissão com os olhos postos exclusivamente no que os tribunais decidem. [...] Muitas vezes, entretanto, a grandeza de um advogado consiste exatamente em descobrir uma falha na jurisprudência tradicional, abrindo caminhos novos na interpretação e aplicação do Direito”²⁶⁶.

Assim, o mestre alerta para a necessidade de constante de os operadores jurídicos estudarem e reestudarem as teses postas, objetivando encontrar na lei outras interpretações diferentes daquelas já fixadas, tornando mais flexíveis os modelos adotados, de forma a não permitir que o Direito se resuma tão somente às interpretações legais já oficializadas. Reservar-se-ia para a Súmula a condição de registro do entendimento dominante em um certo momento da vida jurídica.

²⁶⁴ MOREIRA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p.26.

²⁶⁵ GOMES. *Súmulas Vinculantes e Independência Judicial*. p.32.

²⁶⁶ REALE. *Lições Preliminares em Direito*. p.174.

Todos os operadores jurídicos são concordes em que há no Brasil uma crescente perda de eficácia do ordenamento. Há um enorme descompasso entre a oferta e a procura pelos serviços judiciais. O Poder Judiciário, como consequência desse congestionamento, torna-se ineficiente. Então, no afã de tornar a justiça mais ágil e rápida, alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, apoiados por uma significativa parcela dos atores jurídicos, insistem na simplificação dos procedimentos, impossibilitando as infundáveis discussões conflitantes entre juizes e tribunais, sendo que a solução apontada seria atribuir às decisões proferidas pelos Tribunais Superiores eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Judiciário e em relação ao Poder Executivo.

Porém, dentre os vários riscos que a Súmula vinculante representa, um é sobremaneira significativo: o de ser geradora de um autoritarismo judiciário²⁶⁷, o que tornaria vulnerável a independência do juiz de primeiro grau, já que ele estaria impedido de decidir acerca de matéria sumulada pois as Cortes Superiores já o terão feito por ele. Isso, na prática, estaria suprimindo o grau inferior de jurisdição, toda vez que os tribunais superiores já tivessem interpretado um dado dispositivo legal.

²⁶⁷ Cf. RUIZ, Urbano A **Função do Juiz na Sociedade em Mudança**. Anais da XVI Conferência Nacional dos Advogados. Fortaleza-CE, 1996. p.50.

- CAPÍTULO 3 -

SÚMULAS VINCULANTES: SEU PODER DE VIOLÊNCIA SIMBÓLICA SOBRE O JUIZ SINGULAR

3.1 Poder judiciário brasileiro: mito e realidade

O tema “súmulas vinculantes” tem-se demonstrado capaz de suscitar intermináveis discussões. É importante saber-se que, dentre os que lhe são favoráveis, muitos há que têm uma preocupação real com o estrangulamento da Corte Suprema, mas há, também, aqueles que através desse instrumento, desejam criar uma Magistratura dócil e maleável, subordinada aos interesses políticos daqueles que circunstancialmente, ocupam as esferas superiores do Poder. Ocorre que, há muito, a Magistratura Nacional abandonou essa posição submissa o que, certamente, incomoda a alguns.

Os juízes deixaram de ser agentes do rei ou de poderosos aristocratas para se tornarem agentes do povo, no século dezoito, quando o período histórico do feudalismo e o absolutismo real foram superados. A idéia de regular a profissão de magistrado surgiu juntamente com a de Constituição escrita e está ligada à doutrina liberal, pois foi usada como “uma arma ideológica contra o *Ancien Régime*, contra o absolutismo, contra a confusão entre o Monarca e o Estado, contra uma organização acusada de ser irracional. Propunha substituir tudo isso por um governo moderado, incapaz de abusos, zeloso defensor das liberdades individuais”²⁶⁸. O liberalismo desejava a garantia de seus direitos e a separação bem precisa dos três poderes, de maneira que o rei não mais pudesse concentrá-los. Desejava-se, assim, que os governos tivessem seus poderes limitados por um documento escrito: a Constituição. “Foi transferida para o Estado a soberania, que antes era um atributo pessoal do rei, e se consagrou a tripartição do poder do Estado, entregando-se à magistratura uma parcela desse poder soberano”²⁶⁹, essencialmente político”²⁷⁰.

Antes disso, as diferentes formas de magistratura variaram muito, em conformidade com os tempos históricos que estivessem sendo vivenciados. Grécia e Roma,

²⁶⁸ FERREIRA Fº, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990, p.6.

²⁶⁹ Esse é um ponto importante a ser considerado e refletido: as decisões judiciais *fazem* parte do exercício de soberania do Estado o qual, embora disciplinado pelo direito, é expressão do poder político. Tem, portanto, como os demais, caráter político.

²⁷⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1990, p.88.

para falar na Antigüidade ocidental, geraram soluções e teorias diferentes, frutos de suas experiências, mas que ainda influenciam a vida contemporânea. Nesses períodos, muitos papéis foram atribuídos aos juizes, em estreita dependência com as peculiaridades políticas de cada povo. Na maior parte das vezes, representando os interesses do poder, numa situação de submissão ao mesmo.

Em Portugal, há vários séculos, o Poder Judiciário buscava a forma mais correta de interpretar a lei, uniformizando a jurisprudência. Para dirimir dúvidas acerca dos dispositivos das Ordenações criou-se o “Livro dos Assentos”, no qual eram lançados os julgados que eram então assinados e numerados pelo regedor da Casa de Suplicação. Não se julgava um caso concreto, mas determinava-se o entendimento da lei²⁷¹.

Durante o Brasil Colônia,

“na formação do Estado português transplantado para o Brasil, desenvolveu-se uma disputa entre a Coroa e os detentores de ofícios públicos. Estes reivindicavam para seus ofícios um tratamento patrimonialista, ou seja, reivindicavam a inamovibilidade fundando-se no seu direito ao cargo e às rendas do cargo. Para contrapor-se a eles, a Coroa criava continuamente novos cargos, de caráter delegado ou comissário (em comissão). Nem uns nem outros eram cargos popular e democraticamente controlados. No Judiciário, particularmente, desenvolvia-se a disputa entre juizes eleitos e os juizes-de-fora. Os primeiros eram procedentes das oligarquias locais (Câmaras, dominadas pelos homens-bons) e os segundos eram oficiais régios. Nem uns nem outros eram propriamente falando, democraticamente controlados. Com o advento do Império e da República o esforço de democratização não foi extraordinário como se poderia supor. É só com a República Nova que este esforço pode ser iniciado, mais aí, vê-se bem, a tradição patrimonialista vai imperar e o sentido de independência do Judiciário tende muito mais para a independência corporativa que a Coroa portuguesa enfrentara no Antigo Regime, do que para a independência democrática”²⁷².

Vê-se, pois, que a problemática do nosso Judiciário é uma herança advinda da Metrópole a qual, até os dias atuais, continua a clamar por mudanças capazes de torná-lo, efetivamente, um Poder ao mesmo nível dos outros dois.

²⁷¹ Cf. STRECK. **Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função**. pp.93-94.

²⁷² LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. José Eduardo Faria (org.) São Paulo: Malheiros, 1994, p.77-78.

A Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 2º, define o Judiciário como um dos Poderes da República e estabelece que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são poderes harmônicos e reciprocamente independentes. Assim, ficam claros a condição do Judiciário como um dos nossos Poderes e, importante frisar, seu caráter de *instituição política*. A Constituição também fixa as normas básicas da organização do sistema judiciário e os princípios que devem ser observados na legislação que definir suas particularidades, especialmente, no Estatuto da Magistratura.

“Em decorrência da forma federativa do Estado, a organização judiciária brasileira compreende dois sistemas: um, da Justiça Federal, e outro, dos Estados-membros ou da Justiça estadual (O Judiciário do Distrito Federal adota este modelo, embora caiba à União sua organização), não havendo juízes municipais, apesar de constar da Constituição da República que os Municípios gozam de autonomia política e administrativa. Embora os Estados-membros sejam politicamente autônomos e cada um deles tenha sua própria Constituição, incluindo sempre um capítulo sobre o Judiciário, é na Constituição Federal (arts. 92 a 126) que se estabelecem as normas fundamentais de organização de todo o Poder Judiciário, inclusive da Justiça Estadual. Desse modo, todos os Estados devem adotar o mesmo padrão de organização, o que, entretanto, não impede a democratização e a modernização, podendo-se verificar, na prática, que alguns avançaram mais e outros menos, refletindo a vontade dos dirigentes do Judiciário de cada Estado”²⁷³.

Pode-se, pois, inicialmente, apontar o paradoxo de, num Estado Federativo, não haver independência para os Estados-membros fixarem seus sistemas processuais, pois que essa competência é constitucionalmente reservada à União, que, assim, torna o sistema uniforme em todo o país.

A função dos órgãos do Poder Judiciário, na douda lição de José Afonso da Silva é “compôr conflitos de interesses em cada caso concreto”, ou melhor, incumbe-lhe “a solução dos conflitos de interesses, aplicando a lei aos casos concretos, inclusive contra o governo e a administração”²⁷⁴. Esta é a função jurisdicional ou *jurisdição*. Realiza-se através de um *processo judicial*, também denominado sistema de composição de conflitos de interesses ou sistema de composição de lides. “Os conflitos de interesses são compostos, solucionados, pelos órgãos do Poder Judiciário com fundamento em *ordens*

²⁷³ DALLARI. *O Poder dos Juízes*. pp.99-100.

²⁷⁴ SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros. 1998. pp.549 e 573.

*gerais e abstratas, que são ordens legais, constantes ora de corpos escritos que são as leis, ora de costumes, ou de simples normas gerais, que devem ser aplicadas por eles...*²⁷⁵.

A jurisdição hoje, no Brasil, é monopólio do Poder Judiciário do Estado (art. 5º., XXXV da CF).

A função jurisdicional é exercida pelos seguintes órgãos do Poder Judiciário: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais, Tribunais e Juizes do Trabalho, Tribunais e Juizes Eleitorais, Tribunais e Juizes Militares, Tribunais e Juizes dos Estados e do Distrito Federal. Esta é a *ordem judiciária* do País que tem em sua cúpula um órgão cuja função é a guarda da Constituição Federal e Tribunal da Federação, que é o Supremo Tribunal Federal e um órgão de articulação e defesa do direito objetivo federal, que é o Superior Tribunal de Justiça, com jurisdição em todo o território nacional.

No degrau inferior dessa hierarquia, encontram-se os Tribunais e juizes dos Estados e do Distrito Federal.

As formas de ingresso na magistratura no mundo inteiro, são muito variadas. César Azabache²⁷⁶ relaciona trinta e duas diferentes formas para selecionar juizes, embasado em levantamento efetuado pelo juiz e constitucionalista argentino Néstor Sangüés.

Dallari afirma que muitas delas são apenas variações em torno de um pequeno número de opções que vão desde a venda de cargos, até a seleção eleitoral, passando pelo concurso público, que é a forma adotada no Brasil²⁷⁷.

Para ele, a prática brasileira “confirma a vantagem da seleção mediante concurso público e posterior integração numa carreira”²⁷⁸.

Evidentemente, ao contrário de países em que os juizes não passam por uma aferição de conhecimento, o nosso processo, desde que excluídos privilégios e discriminações e preenchidos os requisitos requeridos pela lei, é da maior relevância. Raúl Zaffaroni, jurista argentino, assim se posicionou em relação à questão: “é o único procedimento democrático conhecido para selecionar os candidatos tecnicamente mais qualificados para qualquer função que requeira alto grau de profissionalidade. É o único

²⁷⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pp.549 e 573.

²⁷⁶ AZABACHE, Cesar *apud* DALLARI. *O Poder dos Juizes*. p.21.

²⁷⁷ Cf. DALLARI, *op.cit.*, p.21.

²⁷⁸ DALLARI, *op.cit.* p.25.

método que garante o controle público e que, mesmo não assegurando sempre o acesso dos melhores, pelo menos dá a certeza de exclusão dos piores²⁷⁹.

O cargo inicial, ao ingressar o juiz na carreira, é o de juiz substituto. As promoções de entrância em entrância dar-se-ão por antigüidade ou merecimento, alternadamente, em conformidade com as disposições constitucionais. O magistrado poderá ficar inativo em duas situações: aposentadoria e disponibilidade.

Sendo a disponibilidade uma penalidade, é interessante enfatizar que, aos maus juizes, considerados nocivos à administração pública, atribui-se o prêmio de, sem trabalhar, receberem seus proventos integrais, inclusive com as vantagens correspondentes.

O Judiciário goza de garantias constitucionais, segundo consta, garantidoras de sua independência. São garantias institucionais, isto é, que garantem autonomia orgânico-administrativa e financeira e se estendem ao Poder Judiciário como um todo e garantias funcionais ou de órgãos, que assegurariam a *independência* e a *imparcialidade* dos membros desse Poder. Em conformidade com o entendimento nacional, a independência do juiz adviria da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. As garantias de imparcialidade aparecem na Constituição (art. 95, parágrafo único) sob a forma de vedação aos juizes: não podem exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; não podem receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo e não podem dedicar-se à atividade política²⁸⁰.

Vitaliciedade diz respeito à vinculação do titular ao cargo para o qual for nomeado, por concurso, ou por acesso de advogados e membros do Ministério Público aos tribunais. Não se trata de um privilégio, mas de uma condição para o exercício da função judicante. É, pois, prerrogativa da instituição judiciária, não da pessoa do juiz. Inamovibilidade refere-se à permanência do juiz no cargo para o qual foi designado, não podendo ser removido para outro se não houver a sua concordância. Nem o tribunal, nem o governo podem, em situação normal exigir sua transferência. Contudo, poderá ser removido por interesse público em decisão pelo voto de pelo menos dois terços do tribunal a que estiver vinculado. Irredutibilidade de vencimentos, como já o diz a expressão,

²⁷⁹ ZAFFARONI, Raúl *apud* DALLARI, op.cit., p.25.

²⁸⁰ Cf. SILVA. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. pp.575-576.

significa que os vencimentos, padrão e vantagens, dos magistrados não podem ser diminuídos, nem mesmo em virtude de medida geral²⁸¹.

Então, adotado o sistema do juiz profissional, integrado numa carreira, desempenhando simultaneamente os papéis de agente político, técnico do direito e conciliador dos conflitos humanos e sociais, surge a questão da preparação desses atores jurídicos para que sua inserção na esfera social não seja nefasta à sociedade.

A já referida Constituição de 88 inovou ao exigir a criação de escolas de magistratura, as quais devem prever cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos de ingresso e promoção na carreira. Estes cursos são vinculados aos procedimentos para promoção por merecimento. Não estão arrolados aqui desembargadores e juizes de tribunais superiores, que já não dependem de promoção. Procura-se com a exigência de cursos evitar a prática rotineira, sem inovações, sem conhecimento das discussões e avanços doutrinários, sem criatividade²⁸².

Como colocamos anteriormente, no Judiciário combinam-se duas tarefas: uma de poder político e outra de prestador de serviços. Na condição de prestador de serviço, a ele recorrem os cidadãos que precisam da execução forçada de um interesse ou direito que lhes tenha sido atribuído por lei.

Durante o período da ditadura militar, o Judiciário esteve submisso, enquanto Poder, ao autoritarismo que dominou o País por vinte e um anos. Os militares, nesse período, permitiam o conhecimento daquilo que lhes interessava, escamoteando o que consideravam que o Judiciário não deveria ter conhecimento. Como consequência, em matéria política, tinha acesso apenas às questões menores, pois aquelas baseadas em atos ditatoriais, especialmente as relativas ao AI-5, eram solucionadas pelo próprio Executivo, na pessoa do Presidente militar e de seus acólitos. Resulta daí que, mesmo terminado aquele período, com a redemocratização, ainda assim o Judiciário não conseguiu tornar-se plenamente independente, havendo resquícios de desconhecimento das questões sociais, da disputa interna pela apropriação do Estado, de sua renda e de seu orçamento e, por certo, de seu verdadeiro papel na consolidação da cidadania²⁸³.

Neste sentido, é relevante ressaltar o que diz Lima Lopes: “o Judiciário partilha, com outros serviços públicos, a indigência de meios e o desinteresse político. Tal

²⁸¹ Cf. SILVA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. pp.575-576.

²⁸² Cf. DALLARI. *O Poder dos Juizes*. pp.31-35.

²⁸³ Cf. LOPES. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. pp. 71-72.

indigência, não pode ser creditada apenas aos outros poderes...”²⁸⁴. Ele argumenta que a crise do Judiciário não é apenas de meios. Ela padece de dois outros males:

“é *centralizada e concentrada*. Centralizada porque a carreira é estadual e não municipal ou distrital: assim, a progressão é sempre para o centro, as grandes cidades, as capitais. O mesmo se dá na esfera federal, embora esta esteja dividida em regiões, conforme os cinco Tribunais Regionais Federais (Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre e Recife). Centralizada porque apesar de o Judiciário ser basicamente estadual a legislação é basicamente federal”²⁸⁵.

Isso torna os processos mais longos, mais caros e distantes do cidadão, impossibilitando-lhe o gozo e exercício dos seus direitos, que, em análise mais ampla, lhes seriam garantidos constitucionalmente. Sendo a população brasileira, em sua significativa maioria, carente de recursos financeiros e mesmo intelectuais para entender e acompanhar o andamento de processos de seu interesse, sem falar nas barreiras internas que lhe são colocadas por salas de audiência, por cartórios inacessíveis, pela má vontade muitas vezes presente, tudo se torna distante e confuso. “Dificultando, assim, o acesso à Justiça”²⁸⁶, dificultados estão o gozo e o exercício de vários outros, senão de todos, os direitos. Um cidadão que se vê obrigado a aceitar as razões da força, e não a força das razões de seu contendor, é um não cidadão”²⁸⁷, preconiza José Reinaldo de Lima Lopes.

Formando com o Executivo e o Legislativo os três Poderes do Estado brasileiro, o Judiciário tem uma situação peculiar. Talvez porque falte reconhecimento de sua importância política e social, está sempre em posição inferior aos outros dois, que nunca lhe deram a importância necessária para permitir uma melhoria na organização judiciária nacional e no acesso do povo à prestação jurisdicional.

“Poucos percebem que isso tem muita importância num sistema político que pretende ser democrático. Enquanto Legislativo e

²⁸⁴ LOPES, *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. p.72.

²⁸⁵ Idem, pp. 74-75.

²⁸⁶ CAPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p.15. Para ele: “embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedade, o conceito de *efetividade* é por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa *igualdade de armas* – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo”.

²⁸⁷ LOPES, op.cit., p.74.

Executivo dialogam permanentemente, muitas vezes exigindo a satisfação de seus respectivos interesses como condição para apoiar ou realizar um objetivo de interesse público, o Judiciário tem sido mantido à margem, num honroso isolamento. Embora se tenha criado a aparência de maior respeito pelo Judiciário, que não dialoga com os demais Poderes mas também não se envolve em disputas com eles, o fato é que, aceitando passivamente tal situação, a magistratura, na prática, ficou imobilizada, voltada para si própria, incapaz de perceber que, em alguma medida, os outros procuravam adaptar-se ao dinamismo da sociedade enquanto ela estagnava”²⁸⁸.

Partindo do axioma de que o Poder Judiciário não tem deficiências, por isso mesmo não está sujeito a críticas, e embasados na grandeza de sua missão, seus integrantes pairam acima do bem e do mal, não sujeitos às problemáticas que atingem os pobres cidadãos. Mudanças não são necessárias, pois que tudo está ótimo como está. A organização, o modo de executar suas tarefas, o vestuário, a solenidade dos ritos, a linguagem rebuscada na qual escondem, muitas vezes, suas reais intenções, permanecem os mesmos de há mais de um século.

No que tange ao caráter funcional-estrutural, a magistratura brasileira organiza-se em conformidade com o art. 93 da Constituição Federal de 88. Aos juízes é oferecida a oportunidade de promoção até chegarem aos mais altos graus, isto é, aos tribunais de apelação, ou de segundo grau. A organização em carreira obedece ao princípio da hierarquia, embora, em tese, cada juiz esteja sujeito apenas à lei. Esta hierarquização, natural num sistema de carreira, propicia um processo de adestramento organizacional interno, que tende ao controle cultural dos graus mais altos sobre os inferiores, ligado não apenas ao poder de reformar as sentenças, mas, e especialmente, pelo poder de decidir quais juízes de primeiro grau serão promovidos. O art. 93, II e III da Constituição Federal prevê as promoções alternadas, por merecimento e por tempo de serviço, para impedir que carreiras sejam prejudicadas²⁸⁹. Porém, é de se perguntar: isso realmente impede as promoções dos preferidos do sistema?

Lopes afirma ser o Brasil, dentre os países que adotaram o sistema de carreira, um caso único no mundo pois aqui independência e autonomia estão mais “próximas do sistema do antigo regime de patrimonialidade dos cargos, de exclusivismo

²⁸⁸ DALLARI, *O Poder dos Juízes*. p.5.

²⁸⁹ Cf. LOPES, *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p.78.

corporativo até, do que de democracia propriamente dita”²⁹⁰. Não cabe mais ao Judiciário confundir autonomia e independência com isolamento social, capaz de levá-lo a não reconhecer os novos sujeitos políticos, que esperam respostas “novas”, mais ágeis e adequadas às problemáticas geradas e de promover e garantir os direitos dos cidadãos, tão vilipendiados na sistemática que aí está.

E Dallari denuncia:

“Há juízes que, por convicção ou interesse pessoal, são cúmplices de governos, pessoas e grupos privados violadores de direitos humanos e, a partir daí, protetores dos agentes diretos da violação. Isso tem ficado muito evidente, por exemplo, no comportamento de alguns juízes e tribunais brasileiros, em casos de violências contra índios e comunidades indígenas, havendo mesmo juízes que dificultam ao extremo a execução de decisões de tribunais superiores que dão garantia a direitos indígenas. Essa cumplicidade, em certos casos, é muito clara e indisfarçável, mas em outros guarda a aparência de neutralidade. Estes são, talvez, os juízes mais perigosos, porque simulam um desejo de justiça e envolvem suas decisões numa capa de respeitabilidade. Com isso reduzem consideravelmente a força das denúncias feitas contra governos injustos e contra sistemas negadores dos direitos humanos, pois ajudam a criar e manter a ilusão de um controle judicial”²⁹¹.

Hoje, os juízes sofrem o controle dos cartórios, a influência dos *lobbies*, as pressões corporativas. Sofrem, também, de excesso de formalismo e o “extremismo fetichista da aplicação da lei a qualquer custo”²⁹². Além disso, a cultura jurídica dominante é incapaz de lidar com as diferenças estruturais da sociedade brasileira, daí resultando seu caráter utilitarista e individualista. Utilitarista porque crê que todas as questões se resolvem através de um sistema de trocas de benefícios comensuráveis, isto é, tudo pode ser medido através do dinheiro. Individualista porque coloca o direito individual acima dos direitos comunitários. Exemplifica-se, aqui, com o direito de propriedade, merecedor das defesas civilmente previstas. Lopes²⁹³ levanta uma questão interessante: “se as demandas mudam de sentido deixando de ser pedido de proteção da propriedade para ser pedido de acesso à propriedade... como lidará a cultura jurídica tradicional com a questão”? Sabendo-se que os tribunais sempre consideraram a proteção dos direitos de propriedade como um dever

²⁹⁰ LOPES, *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 80.

²⁹¹ DALLARI, *O Poder dos Juízes*, p.37-38.

²⁹² GENRO, Tarso Fernando. *Os Juízes Contra a Lei. In: Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991. p.21.

²⁹³ LOPES. *op.cit.* p.80.

fundamental para com a *sociedade*, e sabendo-se do conservadorismo que permeia a mentalidade dos membros desse Poder, como será a análise dos interesses dos despossuídos?

Para derrubar o mito da independência do Judiciário, servimo-nos das palavras de Antonio Carlos Wolkmer:

“É inegável a constatação de que, hodiernamente, a chamada independência do Judiciário nos sistemas políticos ocidentais é marcada por um fantasioso embuste e por uma mistificadora falácia. Isso, contudo, não nos restringe na proposição de que subsiste uma aparente autonomia e até mesmo o reconhecimento de certas prerrogativas funcionais (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade) como forma de prevenção e garantia das ameaças e caprichos dos demais poderes (Legislativo e, principalmente, Executivo). Tanto na interpretação e aplicação das leis, quanto na revelação do Direito nos tribunais, os juízes jamais poderão deixar de ser profundamente afetados por sua concepção elitista de mundo. Cabe lembrar aqui alguns fatores condicionantes, como a notória influência da formação familiar, a forma típica de educação, seja conservadora, seja liberal-democrata; os valores de sua classe social; o isolamento e o preconceito em relação aos setores populares, bem como as aspirações e tendências ideológicas de sua profissão”²⁹⁴.

É um equívoco, pois, crer que os magistrados, ainda que internamente tenham a intenção de atuar com isenção e “projetando a imagem da excelsa equidistância”, consigam ser neutros, como a dogmática tanto propala. Os princípios que os orientam pairam acima das problemáticas que afetam o corpo social: demandas abusivas, desregrações múltiplas, interesses antagônicos que dão origem aos conflitos de classes. “Ora, esses mesmos fiéis guardiões e protetores das ossificadas e empoeiradas codificações, quando da execução legal ou da revelação jurídica nos tribunais, oferecerão quase sempre uma atitude preconceituosa, estereotipada, modelada ideologicamente por um comportamento marcadamente conservador”²⁹⁵.

Assim, os grandes problemas sociais são desconhecidos e a “letra fria da lei” é aplicada, especialmente contra os socialmente mais vulneráveis, pobres, analfabetos, desajustados etc. Conforme Miliband²⁹⁶, “as autoridades governamentais responsáveis pela

²⁹⁴ WOLKMER. *Ideologia, Estado e Direito*. p.177.

²⁹⁵ Idem.

²⁹⁶ MILIBAND *apud* WOLKMER, op.cit., p.178.

nomeação e promoção dos juízes já buscam recrutar e favorecer aqueles que possuam concepções reacionárias, embora, é claro, haja exceções ao perfil²⁹⁷.

Por outro lado, a mecânica e automática interpretação da lei, bem como o reconhecimento e beneplácito do Poder Judiciário em face do monopólio violência-repressão do bloco hegemônico e do exercício do poder-coerção pelo aparelho ideológico do Estado²⁹⁸ não qualificam a função judiciária como *neutra*, mas a definem como:

“...um ato político de enorme significação que oferece a tais governos e legislativos um elemento precioso de legitimação suplementar. Os tribunais em sua preocupação de proteger a *sociedade* (isto é, a sociedade de classes desiguais), têm-se manifestado reiteradamente em favor do privilégio, da propriedade e do capital²⁹⁹”.

O judiciário se encarrega de “representar” a homogeneidade social, enquanto mantém as diferenças necessárias à reprodução do poder dominante. Basta comparar as sentenças dos casos mais rumorosos de nossa sociedade nos últimos anos cometidos por integrantes das classes burguesas, selecionando-os pelo critério de ignomínia contra indivíduos, sociedade ou meio ambiente, com crimes de menor gravidade e repercussão cometidos por disprivilegiados e veremos que as penas dos primeiros são mínimas e dos segundos, máximas³⁰⁰.

²⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p.31. Diz ele que: “a independência dos juízes aparece, portanto, à maior parte dos observadores, como a finalidade primária da imunidade – ou, mais precisamente, de certo grau de imunidade – dos juízes à responsabilidade (especialmente, mas não apenas, à responsabilidade civil). Um ponto interrogativo, todavia, se impõe: se um *pouco mais* de imunidade suporta, necessariamente, um *pouco mais* de independência.

A primeiro relance de olhos, a resposta afirmativa a essa indagação poderia parecer óbvia. Se, contudo, procuramos andar para além da superfície de repente nos apercebemos que a imunidade e a independência dos juízes são elas mesmas conceitos assaz ambíguos e polivalentes, e que, não menos do que o princípio da coisa julgada, também esses são valores apenas relativos, *variáveis*, não já *absolutos*. Bastará deter-se no significado mais central e tradicional do conceito de independência, que é certamente o da independência do juiz (seja como grupo seja como indivíduo) perante o poder político, em particular do executivo. Ora, é fácil constatar que o princípio da irresponsabilidade judicial em face das partes até tempos recentes sobreviveu, em França e em numerosos países, *justamente em razão do fato* de que o ato do juiz era considerado ato do Estado (*the King can do no wrong!*), verificando-se aí acentuada relação de *dependência dos juízes* – nas nomeações, nas promoções, nas sanções disciplinares, etc. – perante o executivo”.

²⁹⁸ “É neste processo de hegemonia que se constroem as ficções que, por sua vez, se constroem sobre a ficção máxima que é o estado. Desta maneira é como as *idéias* dominantes em uma sociedade constituem a origem das ficções que logo aparecem no direito”. CORREAS, Óscar. **Crítica da Ideologia Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p.203.

²⁹⁹ CORREAS, Óscar. **Crítica da Ideologia Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p.203.

³⁰⁰ Reproduziu-se o parágrafo abaixo por considerá-lo explicativo da insensibilidade social que move hoje, não apenas o judiciário, mas a sociedade como um todo, que não consegue construir um projeto social ético o bastante para se sensibilizar com as clamorosas diferenças sociais. Edmundo Lima de Arruda Jr. analisando nossa sociedade como um todo, conclui que: “Um dos efeitos mais perversos da ordem autoritária foi a

Não há, pois, como denominar *neutra* a atividade dos juízes, pois que ela traduz os interesses e a ideologia do poder dominante. Tampouco se pode dizer que ela se rege pelos princípios de igualdade e imparcialidade. São todos eles, neutralidade, igualdade, autonomia, independência, imparcialidade, mitos criados pelo Estado moderno para justificar a ação judicante que opera sempre a favor dos privilegiados, na tarefa de fazer justiça cumulativa e sequer cogita a prática de uma justiça distributiva. Não consegue ser uma instância que aplica as normas buscando realizar o ideal da justiça. Em suma, é uma instituição complexa e pouco eficiente, que não possibilita a absorção das questões mais candentes da sociedade.

Os membros desse poder ainda acreditam que as leis modificam o mundo e não que o mundo modifica as leis e é essa visão que transmuta o juiz em um ser inacessível que, encastelado nas dependências de seu local de trabalho, perde em concretude e humanidade. O formalismo sobrepõe-se à análise do conteúdo. São as minúcias irracionais as merecedoras da rolagem do tempo e do desperdício das atenções. Sua lentidão faz parte de *sua prudência*. Os interesses prejudicados em função dela são de somenos importância. O alto custo e a burocracia dessa jurisdição ineficiente não podem ser denunciados.

O Poder Judiciário é assim e, aos usuários, cabe aceitá-lo. Sua independência enquanto poder repousa não na diligência, na celeridade, nas exigências pecuniárias compatíveis com os regimentos de custas, mas no distanciamento dos interesses sociais, na não aceitação de um controle exercido por não magistrados. Esquecem-se que, para ser legítimo, um juiz não necessita ser autoritário, basta situar-se como um igual às partes, apenas investido de função diferente. É preciso que ele veja, a si e aos demais operadores jurídicos como cidadãos, merecedores de instituições democráticas, cumpridoras de seu real papel na sociedade³⁰¹.

Roberto Aguiar informa: “Nessa sociedade conflitiva e fragmentária em que vivemos, não há mais lugar para uma neutralidade distante, já que essa atitude é respaldo para a omissão, para o recuo diante das demandas mais desafiadoras”³⁰².

destruição dos canais institucionais de produção cultural, substituídos por indústrias de alienação formadora de toda uma geração de jovens concebidos e nascidos na estufa da exceção abafadora do potencial de democracia que é o próprio implemento do exercício democrático. Tal processo beira às raias da descrença generalizada na democracia e do multiplicar do germen autoritário, inclusive de um nazi-facismo tardio”. ARRUDA Jr., Edmundo Lima de. **Direito Alternativo** – Notas Sobre as Condições de Possibilidade. In Lições de Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1991. p.94.

³⁰¹ Cf. AGUIAR, Roberto. **A Crise da Advocacia no Brasil**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1991, pp.111-112.

³⁰² AGUIAR, op.cit. p.115.

Há, também, que deixar de ser independente do povo e dependente dos dominantes, para, efetivamente, participar do processo de construção de uma sociedade democrática que nós nunca vivenciamos. É preciso derrubar os mitos: admitir a politicidade da função judicante, a impossibilidade prática de alhear-se da realidade ao ponto de atingir a imparcialidade e, especialmente, a dependência existente entre as camadas da magistratura hierarquicamente despidas de poder e as detentoras do poder de dizer aos demais juízes quais as soluções que o sistema espera que sejam apresentadas às situações de seu interesse (dele, sistema).

3.2 A proposta dos reformistas: Súmulas vinculantes – a instauração do discurso monológico

As Súmulas, segundo Tereza Arruda Alvim Wambier consistem em um resumo da jurisprudência predominante dos tribunais superiores, o qual expressa a interpretação da maioria absoluta dos julgadores a respeito das questões por eles decididas, ainda que não tenha havido unanimidade na decisão³⁰³. “Representam a orientação pacífica de um tribunal, relativamente à interpretação de leis, quer de Direito material, quer de Direito processual, e às questões não tratadas especificamente pelo texto do Direito positivo”³⁰⁴.

Nas tentativas reformistas anteriores, ocorridas por ocasião da malfadada reforma constitucional que fracassou, havia um conjunto sistematizado de emendas constitucionais que, se aprovadas, alteraria profundamente o perfil de nosso ordenamento jurídico. Lenio Streck afirma serem as Súmulas de efeito vinculante amplo uma verdadeira revolução no nosso ordenamento, “tornando-o, em determinados aspectos, mais jurisprudencial do que o lado mais ortodoxo da *cammon law*”³⁰⁵.

Assim, a adoção da súmula de efeito vinculante (amplo) no nosso Direito quebra a harmonia do conjunto normativo “em torno daquilo que a Constituição estabeleceu como prerrogativa de cidadania, pois que enorme será o comprometimento, na prática, de alguns dos mais importantes cânones constitucionais”³⁰⁶.

³⁰³ Cf. WAMBIER *apud* STRECK. *Súmulas no Direito Brasileiro*. p.167.

³⁰⁴ WAMBIER, *Idem*.

³⁰⁵ STRECK, *op.cit.* p.236.

³⁰⁶ SILVA, José Anchieta da. *A Súmula de Efeito Vinculante Amplo no Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1988, p.73.

Como qualquer texto legal, o texto constitucional é um conjunto sistêmico, compondo uma seqüência de determinações combinadas, coerentes e complementares umas às outras. Essa sistematização é imprescindível para que o texto, como um todo, não seja portador de contradições capazes de invalidá-lo.

Conforme Maria Helena Diniz:

“Sistema significa *nexo*, uma reunião de coisas ou conjunto de elementos, e *método*, um instrumento de análise. É o aparelho teórico mediante o qual se pode estudar logicamente a realidade, que não é sistemática. Assim sendo, o direito não é um sistema jurídico, mas uma realidade, que pode e deve ser concebida de modo sistemático pela ciência do direito, para facilitar seu conhecimento e manejo pelos que o aplicam”³⁰⁷.

Correas ensina que:

“*Sistema significante* é um conjunto de enunciados que constitui um setor organizado de ideologia ou *visão de mundo*. Por sua vez, este sistema pode estar conotado em outro sistema. Mas, posto que é aceito como tal, como *sistema*, seus elementos podem ser identificados como pertencentes a ele. Portanto, a presença de um único elemento do sistema significante em um discurso permite dizer que este sistema está *conotado* neste discurso. O recurso discursivo da conotação permite que o produtor do direito outorgue eficácia a um discurso ausente de um texto”³⁰⁸.

Losano, conceituando tão só o sistema jurídico, diz que: “sistema jurídico é um conjunto de normas próprias de um certo ordenamento”³⁰⁹. Celso Fernandes Campilongo analisando a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann conclui que na perspectiva dessa teoria, qualquer sistema jurídico, como um todo, é delimitado pelo ambiente que o circunda – inserido num circuito de entradas (*inputs*) e saídas (*outputs*) de sinais, estímulos e informações. Os *inputs* do sistema jurídico incluem as informações processadas e selecionadas de acordo com o sistema normativo. Os *outputs* compreendem os efeitos sociais dos sistemas normativos. A distinção entre *input* e *output* pode ser traduzida, temporalmente, como a diferença entre a orientação voltada para o passado (*input*) e a orientação voltada para o futuro (*output*). Ele explicita, assim, a opção da

³⁰⁷ DINIZ, Maria Helena. Instrumentalidade Técnica do Sistema na Delimitação Conceitual da Vigência e dos Efeitos do Preceito Constitucional. In **Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989, p.63.

³⁰⁸ CORREAS, Oscar. **Crítica da Ideologia Jurídica**, p.245.

³⁰⁹ *Apud* Streck. **Súmulas no Direito Brasileiro**. p.35.

dogmática e do sistema jurídico pela orientação centrada no passado, pelos *inputs*, isto é, pelo normativismo, especialmente, no exercício da magistratura³¹⁰.

As críticas básicas que são feitas aos Tribunais Superiores estão centradas na lentidão dos julgamentos decorrente, obviamente do exagerado número de processos, provenientes do excesso de recursos acumulados à espera de julgamento ou porque partes estão procrastinando seus pagamentos através da “mora judicialmente legalizada”, que é o uso, especialmente por parte do Poder Público, de recursos em causas idênticas para retardar ao máximo o pagamento de seus débitos judiciais³¹¹.

“O argumento primeiro, o porta-estandarte de tal proposição, tem a cara e a indumentária de um apelo público aparentemente suficiente para angariar adesões. O pretendido efeito vinculante teria a propriedade terapêutica de desobstruir as prateleiras ou estantes dos magistrados, diminuindo o volume dos processos judiciais. Para crer nisto é preciso crer em milagre onde não há santo. Sinceramente acreditamos que, a despeito da boa intenção daqueles que conduzem ou sustentam a criação dentre nós de uma súmula de efeito vinculante amplo, tal proposta não traz em sua bagagem munição suficiente para tal profilaxia”³¹².

Os defensores do efeito vinculante (amplo) colocam a tese de que com a atual proposta, não se estará inovando sobre o texto constitucional em vigor, uma vez que já se encontra inserida nele a hipótese de efeito vinculante. Seu ponto de partida encontra-se na Emenda Constitucional n.3 que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade, cujas decisões têm caráter vinculante e obrigatório para todos os órgãos da República. Antes disso, não havia no Brasil qualquer dispositivo constitucional que atribuisse essa espécie de efeito às decisões dos tribunais superiores, exceção feita aos Regimentos Internos desses tribunais e dos Tribunais de Justiça dos Estados³¹³.

Mas, que alteração seria essa? Quais as justificativas para levá-la a efeito? Diante das constantes críticas à morosidade do Poder Judiciário e à ausência de um controle externo do funcionamento de seus órgãos, esse próprio poder, bem como expressiva parcela dos operadores jurídicos e da população em geral, considerou oportuno

³¹⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Magistratura, Sistema Jurídico e Sistema Político*. In: **Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário**. José Eduardo Faria (org.) São Paulo: Ática, 1989, pp.113-114.

³¹¹ GOMES, Luiz Flávio. **Súmula Vinculante e Independência Judicial**. São Paulo: Revista Consulex, 1998.

³¹² SILVA, **As Súmulas de Efeito Vinculante Amplo no Direito Brasileiro**. p.19.

³¹³ Cf. STRECK. **Súmulas no Direito Brasileiro**. p.236.

que fosse emendado o texto da Constituição, em seu artigo 102, parágrafo segundo, de forma a alterar o alcance das decisões sumuladas do Supremo Tribunal Federal. Como já foi referido anteriormente, a idéia em si não é nova pois houve duas tentativas recentes nesse sentido, porém, nunca esteve tão perto de se realizar como agora.

José Anchieta da Silva³¹⁴ faz uso da expressão *efeito vinculante amplo*, em vez de apenas *efeito vinculante*. Seu entendimento é de que poderia haver confusão com a expressão *efeito vinculante* já inserida no art. 102 da Constituição, por força da Emenda Constitucional n.3.

O texto constitucional, por força da EC n.3 de 17/03/1993, ficou assim redigido:

“Art. 102, Compete...

I – processar e julgar originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”[...]

§ 1º. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo”³¹⁵.

Resta absolutamente claro, então, que a expressão efeito vinculante se restringe às decisões definitivas do mérito nas ações diretas de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal. Observe-se que não está em questão o interesse individual, mas a declaração exclusivamente de ser ou não ser constitucional determinada lei ou ato normativo. Sabendo-se que o Supremo Tribunal Federal é o nosso tribunal constitucional, pois sua função precípua é, exatamente a de guardião da Carta Magna, quando decide sobre determinada lei ou ato normativo ser ou não ser constitucional, ele está definindo se a lei ou ato normativo a que se refere deverá ou não ser incluído em nosso sistema positivo. Não estará, então, decidindo pendências individuais, mas dando contornos mais precisos ao nosso sistema legal e constitucional o que, em qualquer análise, é sua função. Igual

³¹⁴ SILVA. *As Súmulas de Efeito Vinculante Amplo no Direito Brasileiro*. p.18.

³¹⁵ Constituição da República Federativa do Brasil. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. pp.62-63.

entendimento tem o Ministro Evandro Lins e Silva para quem: "...sobre matéria constitucional o Supremo decide. Não há Súmula. É decisão"³¹⁶.

O argumento reformista, aparentemente fortificado na EC n.3, perde em substância, uma vez confrontado com a realidade de que nada tão substancial foi modificado a partir dessa emenda que possa justificar a introdução, em nosso sistema, do efeito vinculante (amplo), ou seja, não há como usá-la como embasamento, pois que, conforme já foi dito, tratam de situações bem diferentes.

Há pelo menos duas propostas tramitando no Congresso nesse momento. Uma é o substitutivo de autoria do Deputado Jairo Carneiro que, de forma abrangente propõe a reforma do capítulo da Constituição Federal que trata do Poder Judiciário. Esse projeto amplia o efeito das súmulas vinculantes inclusive para os demais tribunais e cria a figura do *crime de responsabilidade*, que puniria juízes que deixassem de aplicar enunciado de súmula em julgamento de qualquer instância.

“Por influência da nossa *memória histórica*, autoritária e às vezes despótica, o citado substitutivo chega ao extremo de prever que o juiz *rebelde*, ao descumprir a súmula, comete crime de responsabilidade e pode perder o cargo. Já a emenda do Senador Ronaldo Cunha Lima é vaga, sem limites, e, por isso mesmo, tendencialmente antidemocrática”³¹⁷.

A outra é a proposta de Emenda à Constituição Federal, de nº 54, de 1995, que tramita atualmente no Congresso Nacional. No Senado Federal já foi aprovada em segundo turno, no dia 23/7/97, na Comissão de Constituição e Justiça do Senado. Mais recentemente, outra proposta iniciou sua tramitação no Congresso Nacional a de nº 517, de 1997, a qual, também trata da regulamentação da súmula de efeito vinculante, propondo redação para o que viria a ser o parágrafo 3º. do art.102.

Tal efeito vinculante incidirá não apenas nas ações de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo em face dos agentes da coisa pública ou, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, mas também em relação ao julgamento definitivo do mérito, se o Supremo Tribunal Federal assim o declarar, através dos votos de dois terços de seus membros, isto é, de oito Ministros, já que são em número de onze.

³¹⁶ LINS E SILVA, Evandro *apud* SILVA. **As Súmulas de Efeito Vinculante Amplo no Direito Brasileiro**. p.126.

³¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Súmula Vinculante e Independência Judicial**. São Paulo: Consulex, 1998.

É, pois, da sentença final acerca do mérito de certa causa que, se assim o entenderem dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, emergirá uma Súmula de efeito vinculante, cujos efeitos incidirão direta e indistintamente sobre todos os casos tramitando nas demais instâncias, impossibilitando, assim, a autonomia interpretativa de matéria sumulada por parte de todos os demais juízes. Nesta razão, constituem as Súmulas agressão ao princípio da legalidade – artigo 5º, II, da Constituição Federal, o qual é garantia individual, argumento suficiente para tornar inadmissível, portanto, a extinção do princípio por meio de Emenda Constitucional. “...O pretendido efeito vinculante, tal como proposto, diz respeito à adoção de um sistema de efeito vinculante amplo, isto é, uma vez exercida tal prerrogativa que se atribuirá as Cortes Superiores, poderá o efeito vinculante alcançar qualquer processo dentre quaisquer das matérias de sua competência”³¹⁸.

Sob esta ótica, as Súmulas são uma forma de redução da complexidade do Direito de forma unilateral, descontextualizada e a-histórica. No entendimento de Streck, quando uma Súmula é posta no sistema em contrariedade a uma lei, em face das Leis 8.038/90 e 9.756/98 e do próprio poder de violência simbólica que exerce, seu enunciado passa a substituir o texto normativo, então, a súmula é uma nova lei. Sendo uma nova lei, não pode ser contra a lei, uma vez que o sentido da norma contrariada é ab-rogado³¹⁹.

Transformar-se-iam, então, as matérias sumuladas, em discursos monológicos, na acepção concebida por Tercio Sampaio Ferraz Jr.: “Aquele discurso em que o ouvinte aparece como *não* habilitado para uma intervenção ou como não interessado ativamente nela...”³²⁰. Nessa modalidade discursiva, a presença passiva do ouvinte dá características diferentes ao próprio discurso e ao comportamento do orador. “A atitude passiva do ouvinte não significa, é verdade que ele não esteja ali, que não exista ouvinte...”³²¹, mas, a subjetividade dele desaparece enquanto individualidade, não havendo nenhuma expectativa em relação à sua participação. Tercio denomina “abstrata” a posição do ouvinte, uma vez que a sua presença pode ser abstraída, “no sentido de que o ouvinte se desfaz na universalidade do auditório”³²².

Será essa a posição de todos os juízes que deixarão de sofrer o efeito meramente persuasivo que hoje acontece, para sofrerem o efeito impositivo, monológico,

³¹⁸ LOPES, **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. p.40.

³¹⁹ STRECK, **Súmulas no Direito Brasileiro**. p.198.

³²⁰ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Direito Retórica e Comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1997. p.24.

³²¹ Idem.

³²² Idem.

que lhe retira as mais salutares prerrogativas. Além disso, as súmulas vinculantes estariam invadindo a área de competência de outro poder, o Legislativo, que aprovando tais projetos, retira de si mesmo parcela significativa de sua competência: a de legislar em matéria constitucional³²³.

Através da Súmula, se impede o diálogo do juiz com a lei. Cerceia-se para eles a palavra plena, pois tudo deve passar pela língua hermenêutica, que tudo põe sob o controle dos tribunais. Entra-se, assim, "...num universo de silêncio, o universo do ordenamento, que sabe tudo, que faz as perguntas e dá as respostas. Mantém-se, através desse processo o princípio de uma autoridade permanente, fora do tempo, que centraliza e controla"³²⁴.

Há, aqui, um aspecto funcional importante. Para o homem comum, o direito por vezes aparece como um conjunto de símbolos incoerentes, que o torna inseguro, por exemplo, quando ele se vê envolvido numa pendência processual. Confrontam-se dois direitos. Embora lhe pareçam ilegítimos, os direitos da outra parte, eles também são afirmados. Isso demonstra que o direito se move em múltiplas e incoerentes direções, embora não tal idéia. Seu êxito, como força unificadora, depende de se dar um significado efetivo à idéia de um governo do direito, unificado e racional.

Para esse fim, usa-se a hermenêutica, cuja finalidade na teoria dogmática (da interpretação) consiste em manter o mito da possibilidade de existir um governo do direito acima do arbítrio dos homens. Daí, a possibilidade de os ideais contraditórios aparecerem como coerentes, o que demonstraria que o direito é, simultaneamente, seguro e elástico, justo e compassivo, economicamente eficiente e moralmente equitativo, digno e solene mas funcional e técnico. Aos reformistas parece que o discurso monológico encerrará com as discussões e que a Súmula de efeito vinculante amplo terá o condão de sanear os problemas de prestação jurisdicional hoje existentes.

³²³ LEGENDRE, Pierre *apud* FERRAZ Jr. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão dominação. São Paulo: Atlas, 1989, p.259. "Afirma que para os juristas, a sociedade não é nem gentil nem maldosa, pois a *vontade do legislador* (racional) não tem, estritamente, nenhum caráter. Assim, o direito deve permanecer inacessível enquanto instrumento voltado para a manutenção da ordem. Por isso, para o jurista, o direito não mente jamais, uma vez que ele existe precisamente, com a finalidade de obscurecer a verdade social, deixando que se jogue a ficção do bom poder".

³²⁴ Cf. FERRAZ Jr. **Direito, Retórica e Comunicação**. pp.24 e ss.

3.3 Súmulas vinculantes: a normatividade

A existência de *precedentes obrigatórios* no sistema de origem romano-germânico, ou *civil law*, constitui exceção à regra e diz respeito – guardadas as peculiaridades de cada ordenamento – à matéria estritamente constitucional julgada pelas Supremas Cortes e pelos Tribunais Constitucionais de países como a Alemanha, Espanha, Portugal, México, Argentina, Colômbia e Honduras, conforme René David e Castanheira Neves³²⁵.

A regra, porém, em sistemas como o nosso, de direito positivado em códigos, a fonte primária desse direito, como consequência lógica, é a lei. “A jurisprudência, conjunto de julgados, fonte secundária do direito, quase tão importante como aquela, lugar onde o direito se alimenta e se retempera, mesmo assim, com toda a sua importância, tem que ceder à autoridade maior cogente: a lei”³²⁶.

“A jurisprudência não é produto acabado do tribunal. É resultado dos processos e, para sua realização ou criação concorre toda a sociedade. Concorrem os cidadãos que submetem os atos e fatos de suas inter-relações ao Estado, configurado este na instituição do Poder Judiciário, na pessoa do juiz. Concorrem os advogados e o Ministério Público na elaboração e na sustentação de suas teses. E concorrem os magistrados que interpretarão tal conjunto sob a luz da lei. Nenhum deles só e isolado será o criador da jurisprudência. Pode-se afirmar que a construção da jurisprudência é autêntico trabalho de mutirão onde todos os envolvidos colocam, à disposição dos julgadores, a matéria prima para a sua elaboração. Jurisprudência é produto de paciente artesanato onde os magistrados são os artífices, os artesãos”³²⁷.

Ferraz Jr. afirma ser hoje um postulado quase universal da ciência jurídica a tese de que não há norma sem interpretação, ou seja, toda norma é, pelo simples fato de ser posta, passível de ser interpretada.

“Muito embora o desenvolvimento de técnicas interpretativas do direito seja bastante antigo e já esteja presente na jurisprudência romana e até na retórica grega, elaborando-se progressivamente nas técnicas das *disputationes* dos glosadores e tomando um caráter sistemático com o advento das escolas jusnaturalistas da Era Moderna, a *consciência* de que a teoria jurídica é uma teoria hermenêutica, ou

³²⁵ RENÉ, David & NEVES, Castanheira *apud* STRECK, *Súmulas no Direito Brasileiro*. p.234.

³²⁶ SILVA, José Anchieta da. *A Súmula de Efeito Vinculante Amplo no Direito Brasileiro*. p.45.

³²⁷ *Idem*.

seja, a tematização da Ciência do Direito como ciência hermenêutica é relativamente recente”³²⁸.

Hoje, sabe-se que, nos diversos países da família romano-germânica, “os códigos apenas representam um ponto de partida, não um resultado”³²⁹.

Assim compreendida, a jurisprudência, que é o resultado da interpretação, deve ser mais maleável do que a lei, que é estática. Ante a estreiteza do texto legal, socorrem-se os operadores jurídicos da construção de novas interpretações. Entendida dessa forma, a função da interpretação, vê-se que a Súmula de Efeito Vinculante visa exatamente coibir essas possibilidades de novos entendimentos. Dejanira Maria Radamés de Sá diz que o direito: “destinado à atuação no mundo real, deve ser flexível e não pode ser cristalizado. A tendência da súmula contraria a índole do direito, posto que volta-se, naturalmente, à imutabilidade”³³⁰. Assim, o trabalho de elaboração da jurisprudência é um trabalho que não se pode dar nunca por acabado, uma vez que ele tem de ser constantemente revisado. A lei deve ser interpretada e reinterpretada à luz dos casos concretos, cada um deles na sua individualidade mais absoluta.

Percebe-se, então, que a proposta de criação da súmula de efeito vinculante (amplo) contém, em termos práticos, no dizer de Sérgio Sérulo da Cunha, “uma extensão da coisa julgada para além da lide singular”³³¹. José Wilson F. Sobrinho amplia essa visão “...uma súmula não é idônea para conferir direito adquirido a alguém, para qualificar um ato jurídico como perfeito e para materializar a coisa julgada”³³².

A produção sumular é uma forma indireta de criação de normas gerais. Evidentemente, a Súmula não é lei: é definição explicativa, que passa a ter força prescritiva na prática diária dos juristas, conforme Lenio Streck³³³. “Pela simples razão de que a força coercitiva do Direito não emana somente da lei, senão das práticas do Judiciário. Ou seja, as fontes do Direito ultrapassam o âmbito da lei, criando zonas de intersecção até invasão de competências, o que provoca inexoravelmente, a discussão acerca dos limites e alcance

³²⁸ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1980. p.68.

³²⁹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. de Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p.110.

³³⁰ SÁ, Dejanira Maria Radamés de. *Súmula Vinculante: análise crítica de sua adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.87.

³³¹ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Nota Breve sobre o Efeito Vinculante*. Revista Trimestral de Direito Público. nº 12, 1995. p.143.

³³² F. SOBRINHO, José Wilson. *Repertório IOB de Jurisprudência*. 1ª Quinzena/Março 96, nº 5, p.91.

³³³ STRECK. *Súmulas no Direito Brasileiro*. p.238.

das fontes³³⁴.

Luhmann, estabelecendo distinção entre legislação e jurisprudência, afirma que: “partindo de uma descrição oficial de um modelo hierárquico, a legislação tem precedência sobre a jurisprudência”³³⁵. Isso é plausível porque, segundo ele, a jurisprudência deve basear-se no Direito (legislação) vigente, mesmo que se conceda ampla liberdade de interpretação.

“Problematizando a dicotomia *legislação-jurisprudência* e grau superior/ grau inferior, Luhmann afirma que se for aceito que ambos os órgãos do sistema jurídico (Legislativo e Judiciário) participem do aperfeiçoamento do Direito, disso resulta que o que ele chama de *interdependências*, que não podem ser distinguidas entre um ser de *grau superior* e um de *grau inferior*. Porém fica patente a máxima de que permanece uma clara regra de colisão, ou seja, a de que na hipótese de um conflito, valerá a decisão do legislador, e não a do juiz”³³⁶.

Porém Luhmann enfatiza que são os tribunais que decidirão se estamos ou não diante de um caso de conflito, e diz residir aqui o ponto de equilíbrio entre a legislação e a jurisprudência. Não se pode, pois, compreender a legislação como uma instância, e isso estabelece a distinção entre jurisdição e legislação:

“Não é difícil distinguir *jurisdição* e *legislação*. Esta edita normas de caráter geral e abstrato e a jurisdição se destina a aplicá-las na solução das lides. Veja-se, por exemplo, um ato jurisdicional típico: a *sentença*. Este ato, em termos muito simplificados, declara: *Condeno Fulano a restituir a Beltrano determinado imóvel, e mais os honorários do advogado e os frutos do imóvel pelo tempo que indevidamente o ocupou*. Está aí o dispositivo de uma sentença. Dirige-se a determinada pessoa, com determinada ordem individualizada e concreta sobre um bem especificado. Compare-se com o ato legislativo, a *lei*, que diz, por exemplo. *Aquele que por vinte anos, independentemente de justo título e boa-fé possui o imóvel como seu, adquirir-lhe-á o domínio*. Dirige-se, indistintamente, a todas as pessoas. Não dá nada a ninguém especificamente. Confere a todos um direito abstratamente, e aquele que vier a encontrar-se na situação de fato descrita no texto da lei terá um direito subjetivo ao objeto nela indicado. Evidentemente, as regras genericamente válidas continuam sendo indispensáveis ao sistema”³³⁷.

³³⁴ STRECK. *Súmulas no Direito Brasileiro*. p.238.

³³⁵ LUHMANN *apud* STRECK. *op.cit.*, pp.238-239.

³³⁶ STRECK, *op.cit.* p.239.

³³⁷ SILVA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p.550.

Embasado na teoria sistêmica de Luhmann, Streck aponta nas súmulas do direito brasileiro uma característica peculiar, segundo ele, sem similitude em outros ordenamentos jurídicos: a função de buscar/construir a unidade do ordenamento, mediante *reprodução autopoietica*, isto é, sendo ponto de partida e ponto de chegada na definição e redefinição da condição de sentido das normas que compõem o ordenamento jurídico. Sua *autopoiese* consiste na quebra e/ou na negação da tradicional distinção legislação-jurisdição. Para ele, essa distinção considerada como instrumento de autodisciplina de qualquer sistema jurídico, tem a função de impedir que todas as questões jurídicas sejam decididas a partir de um mesmo ponto³³⁸.

“Nesse aspecto, as Súmulas têm um duplice função: além de reforçar o poder dos tribunais, por um lado representam a palavra final da jurisdição acerca do sentido das normas; por outro quando editadas contra a lei, ou contra a Constituição, quebram a dicotomia legislação/jurisdição a partir da concentração do processo de produção-decisão das normas em um único órgão”³³⁹.

Dessa forma, diz Streck, a partir do exame da estrutura do nosso ordenamento, “...a Súmula de matéria constitucional representa a condição de validade das normas constitucionais às quais ela, a Súmula, se refere. Melhor dito, aquilo que a Súmula determinar que seja, será norma constitucional, ou será o sentido da norma”³⁴⁰. Mesmo para as Súmulas que digam respeito à matéria infra-constitucional, o entendimento é o mesmo, guardadas as peculiaridades do ordenamento, referentes aos mecanismos recursais. Então, pode-se afirmar que aquilo que os tribunais aplicam não é a lei, mas sua interpretação particular, consequência da (re)definição do intérprete, uma vez que o texto normativo não contém imediatamente a norma, que será construída no decorrer do processo de concretização do direito³⁴¹. Vasconcelos diz que: “se assim ocorre, torna-se relevante não só o que a lei parece ter pretendido dizer, mas o que os tribunais afirmam que realmente ela diz”³⁴². Daí, se pode concluir que a reclamada segurança da lei *só se encontra na norma jurisprudencial, que é sua interpretação*³⁴³. É o intérprete que irá particularizá-la, segundo os dados e as circunstâncias do caso concreto.

³³⁸ Cf. STRECK. *Súmulas no Direito Brasileiro*. pp.239-241.

³³⁹ Idem. p.241.

³⁴⁰ Idem. pp.239-241

³⁴¹ Idem.

³⁴² VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria Geral do Direito*. Teoria da Norma Jurídica. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p.189.

³⁴³ Cf. STRECK, op.cit., p.242.

Tercio ensina que por meio da linguagem hermenêutica reconstrói-se o discurso do ordenamento, como se o intérprete *fizesse de conta* que suas normas compusessem um todo harmônico, capaz de ter um sentido na realidade. Pressupõe um uso competente da interpretação, dando-lhe um caráter de verdade, capaz de fazer com que sejam aceitas e acatadas. Uma norma tem como pressuposto uma relação de autoridade, que se explica na conformação hierárquica do sistema. A eficácia significa, então, a possibilidade de atuação da norma, apesar de eventuais divergências. A imperatividade significa sua impositividade pela funcionalidade do sistema como um todo que vincula. A hermenêutica, assim, para realizar o ato interpretativo, guia-se pelos critérios de correção hierárquica, participação consensual e relevância funcional. É preciso demonstrar que a interpretação em questão tem, dentro do ordenamento jurídico, o respaldo de outras normas as quais compõem, com ela, um sistema coerente. Que ela atua na realidade conforme um consenso óbvio e, principalmente, que serve às finalidades da justiça³⁴³.

Assim, as Súmulas obrigam:

“não porque estão previstas expressamente pelo sistema normativo, mas porque representam o modo pelo qual certos casos são, via de regra, julgados pelo Tribunal Superior, assinalando-se, assim, certa uniformidade na atividade dos órgãos aplicadores do Direito. As normas de validade fática são, pois, aquelas que expressam esta atividade do aparelho sancionador do Estado”³⁴⁴.

Vendo o Direito como um processo de criação e aplicação das normas, as Súmulas têm uma função bem definida nesta repartição de poder. Sabendo-se que:

“o Direito é um conjunto de símbolos normativos dirigidos a influir, através de mecanismos unidos ao caráter persuasivo e estruturados hipoteticamente, nos comportamentos dos outros, e que tais símbolos, antes de descrever a realidade, pretendem modelá-la, mais do que o poder de violência simbólica, existe uma forte controlabilidade difusa das instâncias inferiores emanadas dos entendimentos sumulares emitidos pelos tribunais superiores do país”³⁴⁵.

Assim, instaurada a sucumbência geral às Súmulas, não se terá mais o cidadão como participante da esfera jurídica. “Esta individualidade jurídica acabará por força de um julgado decorrente de um processo, do qual o cidadão não terá sequer figurado

³⁴³ FERRAZ Jr., *Introdução ao Estudo do Direito*. pp.255-256.

³⁴⁴ *Idem*.

³⁴⁵ FERRARI, Vincenzo *apud* STRECK. *Súmulas no Direito Brasileiro*. p.246.

como parte; ao cidadão não se terá conferido sequer oportunidade de intentar um processo de conhecimento de sua iniciativa e inteligência”³⁴⁶. Não mais se exercitarão os princípios do direito de ação e da ampla defesa, ambos constitucionalmente assegurados.

Qualquer juiz, em qualquer instância, não pode assumir prerrogativa que é do legislador: elaborar leis. Dar à súmula caráter vinculante (amplo) é superpor poderes, pois aos juízes será dado o poder de criar normas, com a agravante de que as demais instâncias perderão sua independência por ação da interpretação de oito pessoas.

Para um significativo número de juristas, súmula não é lei, não é impositiva e não obriga ninguém a adotar seu pensamento. Dar-lhe uma configuração diferente é mudar-lhe a natureza. Não será fechando o sistema de forma antidemocrática, tolhendo a atividade criativa dos operadores jurídicos em geral, que poderão encontrar numa norma significações nunca antes encontradas, não será estabelecendo a ditadura da hermenêutica que se solucionará os problemas do Poder Judiciário.

3.4 Súmulas de efeito vinculante: o exercício da violência simbólica contra os juízes de primeira instância

Em nosso Direito, pouco se tem questionado acerca da significação das Súmulas de efeito vinculante para o juízo singular. Lenio Luiz Streck foi o primeiro jurista a abordar essa questão em sua obra *Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função*. Nesse texto, o autor analisa o cotidiano das práticas judiciárias, e o papel do simbólico na concepção popular de justiça. Para ele:

“O cotidiano das práticas judiciárias têm (...) uma série de especificidades que não podem ser desprezadas. No seu interior, os mecanismos de dominação se estabelecem através de uma lógica que tem como principal suporte a aparência de que o processo de interpretação e aplicação da lei é feito de forma igualitária, isenta das pressões advindas da sociedade. Constrói-se um imaginário no interior do qual o jurista não se dá conta desse jogo de aparência de sentidos, onde o processo de interpretação da lei é meramente reprodutivo. (...) É certo que a prática dos agentes encarregados de produzir o Direito ou de aplicá-lo deve muito às afinidades que unem os detentores por excelência da forma do poder simbólico aos detentores do poder político e econômico da sociedade”³⁴⁷.

³⁴⁶ SILVA, José Anchieta da. *A Súmula de Efeito Vinculante Amplo no Direito Brasileiro*. p.50.

³⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, poder e função*. p. 216.

Como a eficácia da violência simbólica está em relação direta com a alienação e até cumplicidade inconsciente dos atores que lhe estão submetidos, no caso específico do Direito, ela é obtida através do desconhecimento do arbítrio nele contido. Por isso, Streck afirma que:

“Sendo o Direito uma instância do político, atuando no interior da sociedade com seus mecanismos simbólicos, fica claro que o discurso jurídico inexoravelmente, engendrará relações de dominação e submissão. No âmbito dos tribunais superiores e inferiores e destes com seus juízes, bem como em relação aos demais operadores do Direito, as práticas discursivas cada vez mais tenderão a ser previamente definidas. Para tanto, instrumentos (sofisticados) como as Súmulas têm o condão de servir como mecanismos (perfeitamente) adequados para o *establishment* jurídico dogmático alcance o consenso discursivo, que atenderá – e não há dúvida nisto – os interesses dos setores que dominam as relações sociais”³⁴⁹.

O Direito jurisprudencial, isto é, o sistema de precedentes, próprio do Direito anglo-saxão, do sistema da *common law*, fonte básica de criação desse Direito, não é próprio do sistema da *civil law*, ao qual pertencemos. Essa regra, denominada *stare decisis* nos Estados Unidos é estranha ao nosso sistema. Assim, sua introdução significa uma violência material contra toda a sociedade que lhe está submetida e, especialmente uma violência simbólica contra o juiz de 1ª instância, que, certamente, a ela há de aderir, sem perceber quanto de seu poder profissional lhe está sendo retirado.

O Poder Judiciário não é composto apenas dos Tribunais Superiores. Para a maior parte das pessoas, dos cidadãos, a autoridade reconhecida, e a mais importante desse Poder, porque próxima e acessível, é a do Juiz da Comarca. É a este juiz que eles recorrem para dirimir suas emergências: medidas cautelares, mandados de segurança, *habeas corpus*, execuções. A Justiça é personalizada para o cidadão na figura do juiz local, que adquire uma importância ímpar na satisfação de suas querelas judiciais.

O texto de emenda constitucional que propõe a súmula de efeito vinculante contempla um universo muito amplo, já que qualquer ação com “decisão definitiva de mérito”, alcançada com entendimento igual da maioria de dois terços de seus membros (oito ministros) possibilitará a sumulação, em qualquer processo. Não se trata, pois, de matéria constitucional ou inconstitucional. Essa enorme modificação proposta agredirá muitos direitos constitucionalmente assegurados, dentre esses alguns dos mais importantes

³⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro*: Eficácia, poder e função. 217.

contidos no artigo quinto da Constituição Federal, iniciando-se pela cláusula pétrea que dispõe que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. As perguntas que pairam é: Em caso de ser exigida a obediência à Súmula, este princípio estaria derogado? Teria a súmula ascendido à condição de lei? Teriam os ministros acumulado as funções de juizes e legisladores?

Tomando como ponto de partida normas constitucionais, dada a sua importância, teremos situações difíceis de serem solucionadas. A Constituição determina: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e, também, à proteção ao “direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A coisa julgada pressupõe um processo, logo litigantes, uma sucumbência e um interesse atendido. Não havendo exposição de razões, não havendo debates em juízo, provas, discussão do Direito, recurso, haverá coisa julgada? Então, sua aplicação acarretará um pré-julgamento; seu alcance irá além do processo, não permitindo sequer a aplicação de outro princípio lapidar: o do contraditório. O texto constitucional também consagra: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Como ficará, então a situação daqueles que serão atingidos em conjunto, maciçamente, pelo efeito da súmula vinculante, sem que se tenha instaurado processo singular, isto é, partes que se oponham em suas pretensões e que, a partir do ingresso em juízo, obtenham uma sentença? Como ficará a questão da competência originária para decidir questões comuns? Será o caso de supressão de instância? E as prerrogativas de cidadania insculpidas na Constituição seriam extintas?

Pode-se, pois, inferir do exposto que, sem uma significativa revisão do texto constitucional, com a reelaboração daqueles preceitos que perderão em sentido, ou deixarão de significar o que ora significam, não há como adequar a Súmula vinculante ao texto ora vigente, senão a partir de artifícios inconstitucionais.

Pode-se afirmar que muitos segmentos sociais, dentre eles o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, ao menos no que concerne às altas esferas, são os idealizadores da súmula vinculante. Porém, não se pode fazer a mesma afirmação quanto à Magistratura nacional como um todo, especialmente em relação aos juizes singulares, que serão os primeiros a serem atingidos, “*in casu*”, em sua independência, em ocorrendo a aprovação das emendas em tramitação. Não há notícia, até o presente momento, de Emenda Constitucional que impeça a parte de pedir a prestação jurisdicional, de impetrar, de formular petição inicial. Será o julgador competente para conhecer do

pedido, geralmente o de primeira instância, que deverá referir a existência de Súmula que pré-julga a postulação, tornando-a, dessa forma, inoperante. Assim, parte e juiz sofrerão uma diminuição em suas capacidades. Uma para arguir, discutir, levantar questões relativas ao fato. O outro para acolher, conhecer, interpretar e, com livre convencimento pessoal, sentenciar.

É notável a lição de Luis Alberto Warat³⁴⁹: acerca da interpretação legal:

"Interpretar a lei implica sempre na produção de definições eticamente comprometidas e por isso, persuasivas. Definições onde são estabelecidos critérios de relevância visando a convencer o receptor a compartilhar o juízo valorativo postulado pelo emissor para o caso. Definições, ainda, em que não se busca produzir um critério de uso para a expressão definida, mas antes um acordo ético sobre o conteúdo da definição emitida".

Transpondo essa definição para a relação juiz singular *versus* partes, em uma dada lide, no decurso do processo as interpretações emitidas pelo juízo deverão buscar essa interação capaz de convencer as partes de que a interpretação feita é realmente *a melhor* para a situação. Lenio Streck enriquece essa visão, acrescentando que: "Interpretar a lei implica atribuir/adjudicar um sentido/significado a uma norma. Interpretar a lei significa, pois, necessariamente, a tomada de posição política em face do fato a ser enquadrado na norma"³⁵⁰. E mais, "a opção por uma das várias possibilidades hermenêuticas dependerá, necessariamente, da visão de mundo que o jurista/intérprete tem dos fatos e do mundo no qual está inserido"³⁵¹. O Direito deve, então, ser entendido como uma prática social que se expressa em um discurso que é mais que palavras, é também comportamentos, símbolos, conhecimentos. Ele é a lei, mas também a interpretação dos juízes, a argumentação dos advogados, as manifestações das partes, os estudos dos teóricos, a sanção dos legisladores e, como fato político, reflexo do momento histórico, diz Streck³⁵².

A Súmula de efeito vinculante, posta nessa dinâmica de novas produções de sentido, na qual atuam todos os operadores jurídicos, além dos juízes, passará a ter valor/eficácia superiores ao da própria lei, uma vez que não poderá ser (re)interpretada por

³⁴⁹ WARAT, Luis Alberto. **Mitos e Teorias na Interpretação da Lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979, p.93.

³⁵⁰ STRECK. **Súmulas no Direito Brasileiro**. p.218.

³⁵¹ Idem.

³⁵² Idem.

tribunais inferiores, pois ela será a lei, mas uma lei diferente, que só admite nova interpretação feita pelo tribunal que a gerou. Dessa forma, a Súmula passará a ser uma fonte geradora de lei, que poderá, inclusive ser editada contra as leis vigentes (Súmula *contra legem*) ou contra a Constituição (Súmula inconstitucional).

Perder-se-á, então, o sentido maior da interpretação legal, que é a atribuição de novos sentidos, conformes com os diferentes momentos que uma sociedade vive. Eduardo Novoa Monreal justifica o ato interpretativo dizendo que se, de fato as leis se dirigem a um futuro indefinido e, sob a forma de uma referência geral e impessoal, às ações genéricas de qualquer homem, com o passar do tempo, surge a interpretação delas, isto é, o esclarecimento do sentido que encerram, em sua qualidade de regras sociais ordenadoras, como uma necessidade imperiosa que permita que essa regra abstrata e permanente possa adequar-se aos atos particulares que se vão desenvolvendo ao longo dos muitos anos de sua vigência, sob condições e circunstâncias muitas vezes diferentes das que existiam no momento de sua promulgação³⁵³. Ele diz que:

“Quando o legislador promulga uma lei sem prazo prefixado de vigência, sabe que ela haverá de durar até que outro legislativo concreto a derogue ou a modifique. Isso faz com que o ato legislativo traduza uma vontade de que a lei perdure, apesar de possíveis futuras alterações da vida social – que o legislador pode antecipar, genericamente, mas não pode adivinhar, nos detalhes – até que uma nova lei a derogue ou modifique. Isso autoriza a supor que o legislador quer que a lei continue vigendo, adaptada, no entanto, às novas circunstâncias que sobrevirão. Tal adaptação encontra, todavia, um limite na falta de competência do juiz para modificar o texto legal. Por isso é que a adaptação pode fazer-se até onde permita o teor liberal do preceito: dentro deste, o juiz deve operar com a máxima latitude para cumprir esta adequação da lei às cambiantes condições sociais”³⁵⁴.

Da lição do douto mestre mexicano pode-se reasseverar dois tópicos anteriormente colocados. Primeiro: as leis poderão e deverão ser interpretadas pelos operadores jurídicos em geral; segundo: juizes não têm competência legal para criar leis. Ora, quando se restringe a possibilidade de interpretação legal a órgãos superiores do Poder Judiciário, se está, também, a restringir a competência dos demais operadores, em

³⁵³ MONREAL, Eduardo Novoa. *O Direito como Obstáculo à Transformação Social*. Trad. de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p.169.

³⁵⁴ Idem. p.170.

especial dos juízes de primeira instância, cuja tarefa pressupõe a liberdade de escolha, dentre as diferentes possibilidades de interpretação, desde que respeitada a integridade do texto de lei. Juizes, das esferas iniciais às mais altas, não são legisladores, são aplicadores das leis. Neste mister, evidentemente, têm de efetuar a interpretação das normas que aplicam, mas isto não significa a geração de sentidos que extrapolam a lei ou na criação de novos textos de lei.

É relevante lembrar que, entre as regras de Direito jurisprudencial e regras de Direito formuladas pelo legislador, existem duas importantes e fundamentais diferenças. A primeira diz respeito à importância relativa, num dado sistema jurídico, de umas e outras. Em Lenio Streck, encontra-se a descrição dessas duas funções: daquele que legisla e daquele que julga.

“A jurisprudência – entendida como produto de reiteradas decisões judiciais – move-se dentro de quadros³⁵⁵ estabelecidos para o Direito pelo legislador, que elabora um texto, enquanto, por seu turno, essa atividade do legislador visa, precisa e especialmente, a estabelecer tais quadros. A norma individual construída pelo Judiciário deverá amoldar-se ao quadro estabelecido pelo texto normativo. Conseqüentemente, o alcance do assim denominado Direito jurisprudencial no âmbito do sistema romano-germânico – visto *lato sensu* – é limitado, não tendo tais regras o mesmo âmbito de validade/eficácia das que são formuladas pelo legislador. Sua força, com as exceções já especificadas, localiza-se muito mais no terreno da persuasão que no da vinculação”³⁵⁶.

A Súmula vinculante, com suas restrições a novos entendimentos, retiraria do Direito a sua proximidade com a realidade social, aquilo que Monreal chamou de “adaptação às novas circunstâncias”³⁵⁷. Roberto Freire disse, no Senado Federal que:

“...com o efeito vinculante, retira-se muito da capacidade de se discutir os fatos, que não são iguais, podem ter semelhanças, analogias, mas são distintos. E o juiz, na primeira instância, discute fatos. No momento que se tem a interpretação, a hermenêutica dos tribunais superiores, através de efeitos vinculantes, determinando como se resolver, estamos diminuindo a capacidade de os juizes interpretarem a realidade dos fatos”³⁵⁸.

³⁵⁵ Hans Kelsen já dizia que “as normas jurídicas são molduras e que o intérprete é quem autenticamente delimita o conteúdo das normas”. *Apud* FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. p.29

³⁵⁶ STRECK. **Súmulas no Direito Brasileiro**. p.220-221.

³⁵⁷ MONREAL. **O Direito como Obstáculo à Transformação Social**. p.14.

³⁵⁸ SENADO FEDERAL, Proposta de Emenda à Constituição nº 54 de 1995. FREIRE, Roberto. **Caderno do Senado**. p.71.

É, pois, sobre fatos, situações, provas, que serão construídas as convicções que levarão às sentenças, até porque o Brasil adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis nos est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados *a priori*. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais. Essa liberdade de convicção em hipótese alguma equivale à arbitrariedade: o convencimento deve ser motivado, não podendo o juiz desprezar as normas legais, porventura existentes e as máximas de experiência (jurisprudência).

No entanto, deve formar livremente sua convicção. Isso faz com que o juiz possa julgar *secundum conscientiam*, ou seja, com base nas provas dos autos, mas também sem provas ou até mesmo contra as provas, contra os entendimentos anteriores ou se assim o entender, tornando mais elástico um entendimento já admitido³⁵⁹.

Isso é possível porque, caso haja uma discrepância muito acentuada, recorre-se ao duplo grau de jurisdição. Para corrigir eventuais erros dos juízes, e também para atender à inconformidade da parte atingida pela sentença desfavorável, o nosso ordenamento, a exemplo dos ordenamentos modernos, consagra o princípio do duplo grau de jurisdição: o vencido tem, dentro de certos limites, a possibilidade de obter uma nova manifestação do Poder Judiciário, agora colegiada. Por isso, a existência de órgãos superiores e órgãos inferiores a exercer a jurisdição. E, por essa razão, também, a terminologia brasileira usa a palavra *juízes* para os órgãos de primeiro grau e *tribunais* para os de segundo. Acima de todos eles, o Supremo Tribunal Federal para julgar os feitos que envolvam matéria constitucional e o Superior Tribunal de Justiça para julgar as demais matérias, desde que não envolvam questões trabalhistas, eleitorais ou militares³⁶⁰.

“É bem de ver, todavia, que entre juízes e tribunais não há qualquer hierarquia, no sentido de estes exercerem uma competência de mando sobre aqueles, ditando normas para os julgamentos a serem feitos. O que há é que as decisões dos órgãos inferiores podem ser revistas pelos órgãos superiores, mas cada juiz é livre ao proferir a sua sentença, ainda que contrarie a jurisprudência dos tribunais. O que há, também, é uma hierarquia no plano administrativo: os tribunais de justiça, especialmente através do Conselho Superior da Magistratura,

³⁵⁹ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1974, pp.36-37.

³⁶⁰ Idem. pp.126-127

administram a Justiça do estado, provendo cargos, realizando concursos, aplicando penalidades. O Supremo Tribunal Federal, que não pertence a nenhuma das Justiças, pairando acima de todas, não tem, todavia, nenhum poder hierárquico (em termos administrativos) sobre juiz algum”³⁶².

Por isso a inadequação da Súmula ao nosso sistema. Não se pode ignorar o contexto histórico e social em que se movimentam todos os atores jurídicos. “Nem se pode pinçar uma Súmula fora de sua realidade contextual e aplicá-la aleatoriamente, sem um maior conhecimento das circunstâncias em que “emergiu a ementa”³⁶³. Os chavões usados para persuadir, muitas vezes em construções frasais de uma pobreza franciscana, tipo: “...a jurisprudência torrencialmente vem decidindo que...”, nada mais fazem do que tolher as visões críticas que porventura tendam a emergir, ao mesmo tempo em que transmitem aos magistrados novos que acolhem o velho, a certeza de que suas sentenças serão consideradas irrepreensíveis, porque aninhadas na visão de mundo já sedimentada, em nada colaborando para a adequação do direito às novas necessidades e, por isso, mesmo, irretocáveis³⁶⁴.

Bourdieu sintetiza essa idéia de forma magistral:

“...o conteúdo prático da lei que se revela no veredicto é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto, capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios e recursos jurídicos disponíveis, pela exploração das *regras possíveis*, e de os utilizar eficazmente, quer dizer, como armas simbólicas, para fazerem triunfar a sua causa; o efeito jurídico da regra, quer dizer a sua *significação* real, determina-se na relação de força específica entre os profissionais, podendo-se pensar que essa relação tende a corresponder (tudo o mais sendo igual do ponto de vista do valor na equidade pura das causas em questão) à relação de força entre os que estão sujeitos à jurisdição respectiva”³⁶⁵.

Na realidade, no caso em estudo, para os magistrados de primeira instância, o que se terá não é apenas o cerceamento ao exercício pleno da liberdade de interpretação, mas o reforço do poder de violência simbólica das cúpulas judiciárias, ou seja, o controle disfarçado que, usando argumentos pouco procedentes (como o excesso de processos) e firme em texto legal, poderá controlá-los sem desgastes e sem acúmulo de trabalho. É o

³⁶² Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1974. p.127.

³⁶³ STRECK, **Súmulas no Direito Brasileiro**. p.225.

³⁶⁴ Idem.

³⁶⁵ BOURDIEU. **O Poder Simbólico**. p.224.

que Faria chama de “controlabilidade difusa”³⁶⁶, ou seja, a uniformidade do Direito propiciada pelo controle dos tribunais superiores sobre os inferiores.

A Súmula de efeito vinculante não leva à desobstrução das prateleiras dos magistrados e, se institucionalizada, pode causar efeitos muito mais maléficos do que se consegue avaliar neste momento. José Anchieta da Silva, coloca a questão nos seguintes termos: “A pretendida instauração do efeito vinculante torna menor ou torna minúsculo o cidadão, o juiz, o advogado e a Justiça como instituição”³⁶⁷. Para ele, bem como para um significativo número de juristas, com a Súmula vinculante será promovido um espantoso engessamento de todo o Poder Judiciário, que se constituirá, a partir de então, de magistrados togados despojados de liberdade criativa, de consciência crítica e de vontade própria para decidir um razoável número de processos e questões que lhe serão submetidas³⁶⁸.

A influência dos precedentes jurisprudenciais em nosso sistema jurídico se reduz a oferecer coordenadas não obrigatórias a todos os atores jurídicos e a alertar os comportamentos judicantes tendentes a novas interpretações para que não se desviem demasiadamente dos entendimentos tidos como predominantes, mas não a oferecer sentenças prontas, matérias estigmatizadas pela impossibilidade de obterem, uma interpretação legal diferenciada daquela levada a efeitos pelos tribunais superiores. “...Entender que as Súmulas tenham ou possam vir a ter caráter vinculativo, ao ponto de lhe ser atribuída validade até superior às leis em geral, é *ignorar o tipo de sistema jurídico vigente no Brasil*”³⁶⁹.

Sem independência para julgar, sem condições de adequar o caso concreto à lei, ou seja, distanciado do princípio da tipicidade, sempre que a matéria estiver sumulada, sem autodeterminação, o juiz singular, reduzido a mero repassador de uma sentença pre-estabelecida, perderá também em dignidade e em estímulo para, através do estudo e da reflexão, apresentar soluções novas para situações que, embora à luz de um mesmo texto legal, se diferenciem pelas condições sociais e históricas em que forem geradas.

³⁶⁶ FARIA. *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica*. p.29.

³⁶⁷ SILVA, José Anchieta da. *A Súmula de Efeito Vinculante Amplo no Direito Brasileiro*. pp.18-19.

³⁶⁸ *Idem*.

³⁶⁹ STRECK. *Súmulas no Direito Brasileiro*. p.224.

As Súmulas Vinculantes, dessa forma, oportunizam um retrocesso drástico do direito que adquire matizes de um autoritarismo impensável para um País que se define democrático.

Sabendo-se que a verdadeira interpretação é aquela oposta ao dogmatismo, que significa afirmação que não pode ser questionada, é conclusão lógica que a interpretação mais fecunda é aquela advinda de um momento histórico cultural pleno de liberdade.

O efeito vinculante, como o sinal de trânsito para o motorista, sinaliza aos magistrados inferiores: não entre na contra-mão porque a consequência poderá ser a perda de sua jurisdição. Fecha-se o cerco das cúpulas dirigentes que desejam uma magistratura dócil e submissa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pior violência é aquela que não se revela claramente, mas que, de forma dissimulada, se instala devagarinho, disfarçada de necessidade geral. Assim são as Súmulas de efeito vinculante amplo. Seus defensores iniciaram uma discussão social com aparência de democrática e participativa, mas que, em verdade, era um jogo de cartas marcadas, que teve seu desfecho sem realmente ouvir as vozes discordantes. Foi o uso do famoso “ouvido de mercador”: faço de conta que escuto, embora saiba que nada será diferente daquilo que já está previsto.

Nosso sistema jurídico, filiado à família romano-germânica, não admite o “precedente jurisprudencial”. Dar às Súmulas vinculantes o caráter do *stare decisis*, usado pelo Direito dos Estados Unidos é um equívoco, pois são princípios que partem de premissas totalmente diversas: Lá, as decisões são proferidas para pôr fim aos litígios, sem a preocupação com os processos futuros. Aqui, se pretende que o futuro seja interpretado no presente e a este acorrentado, através da prática hermenêutica de alguns poucos aplicadores jurídicos que dirão o que pode e o que não pode em se tratando de interpretação e que terão a seu favor a força simbólica de uma normatividade que prevê sanções aos discordantes.

Embora a Constituição de 1988 tenha, em seu artigo 96, inciso I, alínea “a”, colocado limites à elaboração dos regimentos internos de todos os tribunais, tem havido, por viés outros – atribuição de significativos poderes ao relator – transgressão ao dispositivo, uma vez que esse determina que sejam observadas “as normas do processo” e “as garantias processuais das partes”. Significa dizer; os tribunais não são constitucionalmente competentes para criar direito novo.

Os defensores do efeito vinculante para as Súmulas emanadas dos tribunais superiores voltaram à carga por ocasião da fracassada revisão constitucional, prevista nas disposições transitórias da Carta de 88, que deveria ocorrer em 1993. Pretendiam alterar vários dispositivos da Constituição Federal de modo a atingir qualquer matéria (infraconstitucional ou constitucional) nos moldes da justiça norte americana.

A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, ao atribuir efeito vinculante às decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, desencadeou o processo de adoção do efeito vinculante amplo em nosso Direito.

A Lei nº 8.038/90, que veio para regular a forma de processamento dos recursos, avançou no sentido da consecução do objetivo subjacente, ao introduzir, através do artigo 38, uma forma indireta de atribuição de efeito vinculante à jurisprudência originada do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, uma vez que ao ministro relator foram concedidos poderes até então reservados tão somente aos órgãos colegiados. Nesses Tribunais, foi concentrada na pessoa do Relator, competência para decidir acerca do pedido ou do recurso que haja perdido seu objeto, bem como para negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou ainda, que contrarie, nas questões predominantemente de Direito, Súmula do respectivo Tribunal.

Como, em tese, qualquer recurso deve ser admitido até quando extrapole o sentido da lei, sendo necessária apenas a existência de um acórdão que lhe sirva de embasamento, não é compreensível, no nosso sistema, atribuir a alguma Súmula, qualquer que tenha sido o Tribunal que a emitiu, poder maior que aquele que emana do texto constitucional: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Art. 5º, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil). Súmula não é lei; é apenas a transcrição de um exercício hermenêutico de um Tribunal.

Em sistemas como o nosso, de direito positivado em códigos, a fonte primária do direito é a lei. À Jurisprudência é reservado o papel de flexibilizar a lei, que é estática. Esta flexibilização ocorre através da interpretação jurisdicional. Nesse mister, os juízes participam do aperfeiçoamento do Direito, moldando-o para aplicação ao caso concreto. Porém, mesmo havendo um entendimento dominante, o texto legal permanece inalterado, prestando-se, assim, a novas interpretações, adequadas aos diferentes momentos históricos. Sabendo-se que súmula não é lei, pois que ao Poder Judiciário não é atribuída, constitucionalmente, a função de legislar, mas a de aplicar a lei, ela não pode ter, como pretendem os reformistas, efeito *erga omnes*, porque apenas à lei é reservado tal efeito.

Embora afirmem os defensores da adoção do efeito vinculante amplo para as Súmulas que os juízes e tribunais procederão a uma análise da situação fática substancial do caso concreto, antes que concluam pela incidência da Súmula vinculante e que argumento novo poderá ensejar a não aplicação dela, em realidade isso não ocorrerá porque ao Relator foi dado poder suficiente para negar seguimento ao recurso que a contrarie.

Avocando o direito de serem os únicos intérpretes da legislação pátria, os Tribunais Superiores estão oferecendo sentenças prontas aos juízes, matérias estigmatizadas pela impossibilidade total de buscar novos sentidos em um mesmo texto legal. Estarão, dessa forma, negando o princípio da persuasão racional.

Cabe referir, por pertinente, que nossa Magistratura desconhece normas hierárquicas entre juízes e tribunais, no sentido de atribuir competência de mando a estes sobre aqueles, impedindo-os de julgar. A Súmula vinculante é como uma declaração de incompetência dos juízes singulares para julgar, pois que, ao tolher-lhes a liberdade hermenêutica, os torna meros aplicadores das matérias que já estiverem simuladas. Punir as mentes abertas a novas interpretações é um retorno ao medievo. Se não há fogueira, há a possibilidade de punição.

Configura-se a violência simbólica ao se atribuir às Súmulas emitidas pelos nossos Tribunais Superiores, um entendimento obrigatório, coercitivo, que busca impedir os órgãos da administração, os demais tribunais, e os juízes singulares de aplicarem certas normas em conformidade com outro entendimento que não aquele atribuído por eles ao dispositivo.

Justamente por ser tão complexa, onipresente, dissimulada, a violência simbólica só se completa na internalização individual do sentido de *obediência*, reforçada pela idéia de *legalidade* e pela inculcação de *valores* considerados superiores. As normas jurídicas postas não são suficientes para manterem a submissão de todos os membros do grupo social, então *aqueles que são sujeitos de direito, bons cidadãos*, devem agir no sentido de fazer prevalecer a *vontade da lei*. A violência simbólica dessa *legitimidade* consiste no fato de que as relações de força que ocorrem nos diferentes campos surgem como formas transformadas, isto é, irreconhecíveis, transfiguradas e legitimadas. Por isso mesmo, capazes de impedir quaisquer ações tendentes a anulá-las. Assim são as propostas de adoção das Súmulas de efeito vinculante amplo.

O parecer da relatora Zulaiê Cobra amenizou os substitutivos dos reformistas ao propor no § 2º do art. 102, que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade deverão produzir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Sua posição utilizou os efeitos perversos que se gerariam caso fosse aprovada a íntegra do projeto que chegou ao plenário da Câmara dos Deputados.

Porém, a despeito da posição da relatora, o efeito vinculante para as Súmulas, já está vigorando, pois que fortalecido pelo entendimento dos grupos dominantes, o que permite compreender que, da relação de forças estabelecida, outra vez venceram os poderosos.

Instaura-se o império do mando/obediência acrítica aos ditames dos tribunais. É essa componente capaz de controlar os juízes sem se expor, de obrigar autoritariamente de forma dissimulada, de oprimir veladamente, sob os auspícios de uma legalidade comprometida, que caracteriza a violência simbólica, contida nas Súmulas vinculantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Roberto Ramos de. **A Crise da Advocacia no Brasil**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1991.
- ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado**. 3.ed. Lisboa: Presença, 1970.
- ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- ARGÜELLO, Katie. **O Ícaro da Modernidade: Direito e Política em Max Weber**. São Paulo: Acadêmica, 1997.
- ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre as alterações ao Código de Processo Civil e à Lei 8.038/90, impostas pela Lei 9.756/98. *In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.193.
- ARRUDA, Edmundo de Lima. Direito Alternativo – Notas sobre as Condições de Possibilidade. *In: Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991.
- BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- _____. **A Economia das Trocas Simbólicas**. São Paulo: Perspectiva, 1992.
- _____. **Razões Práticas: sobre a teoria da ação**. São Paulo: Papirus, 1996.
- BOURDIEU, Pierre & PASSERON, Jean Claude. **A Reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino**. 2.ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982.
- BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos Retóricos da Sentença Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição nº 96-A, de 1992.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Substitutivo à Proposta de Emenda à Constituição nº 96** (Projeto de Reforma do Judiciário) de autoria do Deputado Jairo Carneiro. Comissão especial destinada a oferecer parecer à proposta de emenda à Constituição nº 96, 1992.

- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Substitutivo da Relatora Zulaiê Cobra a Proposta de Emenda à Constituição nº 96-A, de 1992.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Magistratura, Sistema Jurídico e Sistema Político. *In: Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário*. José Eduardo Faria (org.) São Paulo: Ática, 1989.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1986.
- CAPELLER, Wanda. O Discurso Jurídico e o Homem: A Leitura do Verso pelo Reverso. *In: Desordem e Processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.
- CAPELLETTI, Mauro & BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- _____. **Juízes Irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- CASSIRER, Ernest. **Antropologia Filosófica**. Ensaio sobre o homem. Introdução a uma história da cultura humana. Trad. Vicente Félix de Queiroz. São Paulo: Mestre Jou, 1977.
- CASTORIADIS, Cornelius. **A Instituição Imaginária da Sociedade**. Trad. de Guy Reynaud. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p.142.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini & DINAMARCO, Cândido. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- CITTADINO, Gisele Guimarães. A Irresistível Atração pelo Um, no pensamento de Maquiavel, Hobbes, Rousseau, Hume e Burke. *In: Desordem e Processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.
- CORREAS, Óscar. **Crítica da Ideologia Jurídica**: Ensaio Sócio-Semiológico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- CUNHA, Luiz Antônio. **Notas para uma Leitura da Teoria da Violência Simbólica**. São Paulo: Cortez e Moraes. Série Educação e Sociedade. set.79.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **O Efeito Vinculante e os Poderes do Juiz**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. **Nota breve sobre o efeito vinculante**. Revista Trimestral de Direito Público, 1995. nº 12.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1990.

- DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. de Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p.110.
- DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. São Paulo: Forense, 1975.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DURAND, Gilbert. **A imaginação simbólica**. São Paulo: Cultrix, 1988.
- ELIADE, Mircea. **Mito e Realidade**. 4.ed. São Paulo: Perspectiva, 1994.
- FARIA, José Eduardo. **Eficácia Jurídica e Violência Simbólica**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1988.
- FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- _____. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1989.
- _____. **Direito, Retórica e Comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. Legitimidade na Constituição de 1988. *In: Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário de Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, s.d.
- FERREIRA Fº, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FREITAS, Riva de. A Evolução Revolucionária do Conceito de Liberdades Públicas: Do Jusnaturalismo à Dialética Social do Direito. *In: Desordem e Processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.
- F. SOBRINHO, José Wilson. **Repertório IOB de Jurisprudência**. 1996. nº 5.
- GENRO, Tarso Fernando. Os Juizes Contra a Lei. *In: Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991.
- GOMES, Luiz Flávio. Súmulas Vinculantes e Independência Judicial. *In: Revista dos Tribunais*, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceito e Normas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

- GRECO FILHO, Vicente. Questões sobre a Lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998. *In: Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do Direito**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986
- Internet. RISTF. 25 ago. 99.
- Internet. RISTJ. 25 ago. 99.
- KATZ & KAHN. **Psicologia Social das Organizações**. São Paulo: Atlas, 1989.
- LÉVI-STRAUSS. **Mito e Significado**. Lisboa: Edições Setenta, 1978. Coleção Perspectivas do Homem.
- LIMONGI FRANÇA, Rubem. **O Direito, a lei e a jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- LIMONGI FRANÇA, Rubem. **Enciclopédia Saraiva de Direito** (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977.
- LONDRES DA NÓBREGA, Vandick. **História e Sistema do Direito Privado Romano**. 3.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1962.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. José Eduardo Faria (org.). São Paulo: Malheiros, 1994.
- LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.
- _____, **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MEIRA, S.A.R. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Max Limonad, s.d.
- MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como Obstáculo à Transformação Social**. Trad. de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 20.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis. *In: Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.5.

MOUCHET, Carlos & BECU, Ricardo Zorraquin. **Introducción al Derecho**. 7.ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1970.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula Vinculante**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 199. p.50.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NEGRÃO, Theotônio. **Código Civil e Legislação Civil em Vigor**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**. 20.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao Direito**. São Paulo: Saraiva, 1991.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do Direito: Para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.1.

_____. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1969.

RICOEUR, Paul. **O Conflito das Interpretações: Ensaio de Hermenêutica**. Trad. de M.F. Sá Correia. Porto-Portugal: Rés, s.d.

ROCHA, José de Moura. Súmulas Jurisprudenciais. *In: Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v.71.

RUIZ, Urbano. **A Função do Juiz na Sociedade em Mudança**. Anais da XVI Conferência Nacional dos Advogados. Fortaleza-CE, 1996.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Súmula Vinculante: análise crítica de sua adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Lingüística Geral**. Trad. de Antônio Chekini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 1969.

SCHWARTZ, Norberto. **Noções de Direito**. Curitiba: Juruá, 1997.

- SENADO FEDERAL. **Caderno do Senado Federal – Parecer de Plenário** (em substituição à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre emendas oferecidas em plenário à Proposta de Emenda à Constituição nº 54, de 1995, de autoria do Senador Ronaldo Cunha Lima e outros, que “dá nova redação ao §2º do art. 102 da Constituição Federal”).
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, José Anchieta da. **A Súmula de Efeito Vinculante Amplo no Direito Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- _____. **Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- TELLES, Antonio Xavier. **Introdução ao Estudo da Filosofia**. 24.ed. São Paulo: Ática, 1986.
- TUCCI, Rogério Lauria. Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In: Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v.71.
- VALADÃO, Haroldo. Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In: Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v.71.
- VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria Geral do Direito**. Teoria da Norma Jurídica. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- VITAL BRAZIL, Circe Navarro. **O Jogo e a Constituição do Sujeito na Dialética Social**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1988.
- WARAT, Luis Alberto. **Mitos e Teorias na Interpretação da Lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979.
- _____. **O Direito e sua Linguagem**. 2.ed. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- WERNECK, Vera Rudge. **A Ideologia na Educação: um estudo sobre a interferência da ideologia no processo educativo**. Petrópolis: Vozes, 1982.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.