

Precedentes e Tópica: Soluções como Problemas

Mônica Sette Lopes^(*)

SINOPSE:

A tópic de Viehweg constitui um bom caminho para a análise do precedente persuasivo no sistema jurídico brasileiro, porque ela considera o caráter problemático e móvel do sistema e o fato de que os lugares comuns que se vão criando tendem a compor novos ou diferentes problemas. Para analisar o papel das súmulas, portanto, é preciso considerar a sua proliferação e o caráter efetivo de sua utilização por juízes e advogados, a incompatibilidade formal com a lógica do sistema jurídico, que garante a impugnação e a inutilidade de uma crítica que se dirija apenas a seus aspectos abstratos sem considerar a especificidade da incidência de cada uma delas.

ABSTRACT:

Viehweg's topic gives a good perspective to understand the role of the persuasive precedent in the Brazilian legal system, because it considers its problematic and dynamic character and the fact that the *common places* tend to compose new or different problems. To analyze how persuasive precedent acts, therefore, it is necessary to consider its proliferation and the effective character of its utilization by judges and lawyers, the formal incompatibility with the logic of the legal system, that guarantees the general impugnation and the uselessness of a criticism that takes in consideration only abstract aspects and does

^(*)Professora dos cursos de graduação e de pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Doutora em Filosofia do Direito Juíza da 12ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte

not reflect on the specificity and the concrete effects of each one of them.

Ao descrever a tópica, a partir de seu desenvolvimento por Viehweg, Larenz enfatiza sua racionalidade prospectiva, baseada na pesquisa do argumento, e diz que ela “não abandona o terreno definido pelo próprio problema, insiste sempre no problema, volta sempre ao problema”¹.

Esta é a estratégia que deve ser adotada para um breve estudo do precedente no sistema jurídico brasileiro. Não se pretende tratar da súmula vinculante, vista como exercício normativo do STF, na forma do art. 103-A da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional 45/04, e regulada pela Lei 11.417/06, mas da inserção geral e problemática dos precedentes dos tribunais superiores e mesmo dos tribunais regionais e de justiça, em sua respectiva esfera de competência, na prática já assentada dos julgamentos. O interesse estaria nas chamadas súmulas que constituem, sob o prisma da dinâmica efetiva do sistema, obstáculo para os recursos². Refere-se aqui ao chamado precedente persuasivo (*persuasive precedent*) do sistema inglês, àquele que não é vinculante (*binding precedent*).

O precedente atua no direito brasileiro como uma resposta às imposições do sistema. A resposta, porém, não é completa sob a ótica deste próprio sistema e constitui uma quebra em sua estrutura formativa pela impossibilidade de questionamento dos nexos formais e materiais que autorizaram sua vigência no rol dos conceitos da estática jurídica e sob o influxo da dinâmica de sua criação. A impugnação de seu vínculo e/ou adequação à estrutura substancial das normas que lhe são superiores e das várias etapas do processo de sua formação constitui um ponto cego dentro do sistema que se coloca tradicionalmente como hierarquizado.

Por conseguinte, o precedente canaliza a segurança. No entanto pode ser que este efeito decorra exatamente desta inserção parcial: se o precedente viesse a integrar estruturalmente a ordem jurídica e pudesse

¹ LARENZ, 1987, p. 181-182. Cf. a crítica de Vico à utilização pura da tópica em VICO, Giambattista. Princípios de oratoria. In: VICO, 2005, p. 59-60.

² SIFUENTES, 2006, p. 245-246.

ser objeto de impugnação, segundo os parâmetros corriqueiros, também ele se transformaria em fonte de conflito. O primeiro item de todas as peças processuais que contivessem pretensão contra seu sentido seria a contestação de sua constitucionalidade, de sua legalidade, do mérito da opção discricionária apropriada para a fixação do entendimento que nele se consigna.

Uma exploração, talvez superficial, poderia basear-se na impressão de que a absorção se dá de modo parcial exatamente em razão da fragilidade dos instrumentos. Se se abrisse a via ampla para a inserção normativa e para a impugnação, o ideal de estabilização ruiria e a redução dos conflitos seria ainda mais ilusória.

Neste sentido, o grande dilema talvez esteja em definir se o preceito estabelecido no art. 8º da Emenda Constitucional 45/04 é verdadeiro. Será que as atuais súmulas precisam da ratificação dos tribunais por *quorum* determinado para que passem a gerar efeitos? Será que elas deixarão de gerar os efeitos que já se instalam? Qual é o proveito de sua assimilação espontânea ou de sua rejeição total? Será que *depende* é uma resposta válida?

Para explicar a idéia da tópica aplicada ao direito, *Theodor Viehweg* refere-se a um pensamento que se move “dentro da situação pragmática do discurso”³, que demanda uma análise do discurso que vai além da mera sintaxe. Ela alcança a investigação do próprio processo de comunicação que enfatiza a invenção (*ars inveniendi*), em que os *topoi* ou os lugares comuns constituem “fórmulas de busca”⁴. Não se trata de um discurso vazio: a necessidade de justificar o discurso e a argumentação implica necessariamente uma ética do discurso⁵.

A impossibilidade de exaurimento do caráter problemático do direito e a necessidade de construção de catálogos contendo os *lugares*-

³ VIEHWEG, Theodor. Sobre el desarrollo contemporáneo de la tópica jurídica. In: VIEHWEG, 1997, p. 177.

⁴ VIEHWEG, Theodor. Sobre el desarrollo contemporáneo de la tópica jurídica. In: VIEHWEG, 1997, p. 180.

⁵ VIEHWEG, Theodor. Sobre el desarrollo contemporáneo de la tópica jurídica. In: VIEHWEG, 1997, p. 184.

comuns, a que se referia Viehweg⁶, aplicam-se magnificamente para o entendimento das questões relacionadas aos precedentes, na esteira do que pontua *Tércio Ferraz Júnior*:

“Na medida em que no campo da ação e da decisão rotineiras a produção de sistemas é inevitável, Viehweg reconhece que a exigência de fundamentação (justificação) de ações e de redes de ação conduz à elaboração de sistemas dogmatizados, isto é, de estabelecimento de premissas *postas* fora de discussão. Tais sistemas não escapam, porém, à questionabilidade das premissas, pois a função de sua elaboração dogmática tem de atender à função de orientar a ação (e a decisão). E, nessa função, entram eles em contato com sistemas com sentido especulatório, ou seja, zetético, produzindo um pensamento em que ambos se comunicam de um modo peculiar”⁷.

Os precedentes são lugares de resposta a problemas que se localizam fora de discussão, considerando-se as faixas formais ou dogmáticas do sistema, mas que devem ser questionados de um ponto de vista especulativo ou zetético. Eles aproximam-se dos *topoi*, porque constituem respostas a perguntas e convidam a outras perguntas. São lugares comuns de certeza que convocam para cenas de incerteza na escala dialógica do sistema de autorizações.

Para *Viehweg*, os *topoi*, como pólos de condensação da abordagem tópica, são diretrizes da ação lingüística. Eles funcionam

“na linguagem como avisos operativos, como fórmulas detectoras, estímulos mentais, incitações criativas, propostas de entendimento, diretrizes lingüísticas para a ação etc. Note-se que os *topoi* são oferecidos, aceitos e rechaçados pelos falantes que conversam ou

⁶ Cf. VIEHWEG, 1974.

⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio. In: ROESLER, 2004, p. X-XI.

discutem entre si, a fim de lograr uma opinião compartilhada. Desta maneira, possibilitam uma criação comunicativa reciprocamente controlável. Para tal fim, têm que evitar reduções e preparar campos adequados de ação, conservar, criar e eliminar critérios. Talvez o trabalho mental que os *topoi* abrem e guiam pode tornar-se claro de alguma maneira reformulando-os como convites”⁸.

Estes convites, que sinalizam controle na criação comunicativa, abarcariam, no que concerne ao processo dos precedentes no caso brasileiro, incentivos como os seguintes: Lembre-se de como era o dissenso conflitual em relação ao dispositivo enfrentado na súmula! Pense em como o sistema e os que o fazem funcionar absorvem a matéria sumulada! Veja que tipos de interpretação decorrem de cada súmula!

As perguntas são estímulos para o problema. São incitações que fomentam a avaliação de consistência da solução proposta e/ou encontrada.

O sistema não é uma linha, no sentido de um agrupamento de certezas ou de etapas rigidamente organizadas, com direção e métodos definidos, mas é uma dimensão que nunca se esgota porque se vincula sempre à expressão problemática da interpretação. Esta afirmativa pode ser facilmente compreendida quando se aferem as várias acepções da própria idéia de sistema transplantadas para a compreensão do fenômeno jurídico⁹. No entanto, e em que pese a pouca uniformidade, há, sob o aspecto estritamente pragmático, um elo que, pela técnica ou pela composição simbólica do universo jurídico, faz com que se fixem liames que conformam a situação tópica da ordem jurídica como um caminho sistemático onde partes se relacionam ou se conectam, notadamente sob a tônica das escalas dogmáticas¹⁰. Para entender isto é preciso considerar que as normas são sempre um ponto de partida para quem raciocina

⁸ VIEHWEG, Theodor. Acerca de la tónica, especialmente en el ámbito jurídico. In: VIEHWEG, 1997, p. 198-199.

⁹ Cf. LUHMANN, 1986, LUHMANN, 1994, LARENZ, 1978, HERNANDEZ GIL, 1971, 3v., CANARIS, 1996.

dogmaticamente como os juristas. *Claudia Roesler* enfatiza, porém, que isto não “resolve por si só o problema da determinação de seu sentido, o qual decorre (...) de uma complexa fixação da relação entre normas pertencentes a um ordenamento jurídico”¹¹.

O principal aspecto a ser considerado, por isto e paradoxalmente, é que a ordem jurídica, em sua dinâmica, tem como principal característica a dispersão e a fragmentação. Não há uma regra rígida que estabeleça parâmetros de constância ou que arranje as várias nuances de interpretação. Por isto, a certeza das conexões entre as diversas normas jurídicas e entre elas e os conflitos reais só se elabora com a atuação multívoca do intérprete, de sua visão do problema e dos argumentos que compõe para expô-la.

Como esta é uma assertiva problemática, pode adotar-se o que *Viehweg* chama de sistema tópico:

“Este sistema procede da retórica, permanece estruturalmente vinculado com ela e se limita a ser um sistema de argumentação. Está orientado para os problemas, isto é, para um todo ordenado segundo problemas. Oferece para a solução de sua problemática, tanto no campo da investigação como no campo da dogmática, a recopilação de pontos de vista (*topoi*). (...) O sistema tópico está em permanente movimento e sua reformulação respectiva indica tão só uma etapa da argumentação no manejo da problemática correspondente”¹².

¹⁰ A versão *luhmanniana* é um excelente método para vislumbrar os aspectos conturbados deste processo.

¹¹ ROESLER, 2004, p. 156.

¹² VIEHWEG, Theodor. Problemas sistémicos en la dogmática jurídica y en la investigación jurídica. In: VIEHWEG, 1997, p. 84-85. Cf. o caráter complementar entre os pensamentos tópico e sistemático na linha acentuada em CANARIS, 1996, p. 273-277.

O conflito constitui um dado inerente no direito¹³. Ele o absorve e o digere de maneiras variadas – às vezes avaliando todos os seus desdobramentos, às vezes selecionando tópicos. Os atores deste processo de seleção são os destinatários da norma e aqueles de algum modo associados ao sistema de aplicação do direito (juizes, advogados, promotores e, especialmente, doutrinadores ou estudiosos).

A tendência primordial da lei não é à abstração. Sua vocação é para o concreto, para a realização, para o diálogo com a vida e este diálogo não se livra da imprevisibilidade da dialética. Nem todos têm razão na pretensão ou na exceção que deduzem, mas isto não significa que não possam deduzi-las.

Uma das formas de integração tópica da argumentação no sistema é pelos meios formais de impugnação, os quais organizam o exercício do conflito. Eles são mecanismos pelos quais as partes tentam deixar evidente a identidade ou a disparidade de sua peculiar situação de fato (principalmente com aquela que venha a ser provada) com o sentido da lei que incide para regular o caso. A mesma linha de projeções aplica-se à crítica do modo como a norma jurídica se insere no sistema, notadamente sob o plano de sua compatibilidade hierárquica e de sua adequação à dinâmica das interações entre os vários níveis de regulação.

A hipertrofia do material legislado, efeito terrível do processo de codificação e das certezas por ele objetivadas, trouxe a proliferação das segmentações pelo abuso da retórica.

Quando se fala do precedente identificado nas súmulas dos tribunais como fator de eficácia ou de agilidade está-se, na verdade, tentando cortar um efeito colateral que é o desejo de aproveitar as rupturas do sistema, os seus lugares de ambigüidade para implantar a controvérsia, mesmo que artificialmente. Este desejo está influenciado pela dinâmica do mercado em geral e do mercado da advocacia em especial. E isto aplica-se, como generalidade, a autores e a réus, com a livre utilização da idéia fundamental de contraditório e de ampla defesa. É assim que nascem os *vermes* e é assim que eles se aninham na madeira carcomida a que se refere *Kirchmann* no discurso tão conhecido¹⁴.

¹³ Cf. a teorização em torno do conflito feita por LUHMANN, 1996, p. 357-404.

¹⁴ KIRCHMANN, 1949, p. 266-7.

Eles são reflexos da massificação dos conflitos e dos processos para sua solução, da ampliação das redes de acesso ao sistema formal posto pelo Estado e da impossibilidade de contenção prévia ou seletiva das demandas¹⁵. Há iniciais em massa, defesas em massa, sentenças em massa e a necessidade de igualdade de tratamento faz com se projete um ideal de padronização dos entendimentos, porque não há justificativa plausível que possa convencer o leigo da diversidade de posições¹⁶. Para agravar a estatura do paradoxo, a maior contribuição para a proliferação destas demandas, como se vê do art. 2º da Lei n. 11.417/06, vem do próprio Estado¹⁷.

Historicamente, as súmulas, como emblemas do processo de uniformização dos entendimentos em torno da lei, surgem da mesma urgência que na história geral do direito influenciou os grandes processos de consolidação das fontes normativas usadas para a solução dos conflitos¹⁸. Elas decorrem da necessidade de construir uniformidade em meio à lacunosidade das respostas divergentes dadas a um mesmo

¹⁵ O sentido da súmula está no §1º do art. 2º da Lei n. 11417/06: “§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão”.

¹⁶ Cf. MENDES, Gilmar. Mecanismos de controle e simplificação da prestação jurisdicional. In: FRANCO FILHO, MARTINS FILHO. 2007, p. 95.

¹⁷ “Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.”

¹⁸ Vejam-se, como resultantes de tais processos, o *editum perpetuum*, a *Lei das Citações*, a *Magna Glosa* e até mesmo o desejo de Benjamin Cardozo de uma codificação das normas de direito privado nos EUA na primeira metade do século XX - CARDOZO, Benjamin. *A evolução do direito*. In: CARDOZO, 1956, p. 117.

problema¹⁹ e elas são inerentes na mobilidade do sistema vista topicamente.

A palavra *lacuna* carrega a marca de uma permissividade do sistema. Ela é uma mancha que não se admite. Mas a possibilidade da antinomia e da ambigüidade nas soluções propostas para os conflitos constitui um fator de ruptura que o direito introjeta. A sua ocorrência é mais corriqueira do que seria desejável e a liberdade de decisão do juiz, ainda que se apresente como uma garantia imprescindível, não pode ser analisada sem a contraposição do risco sério da promoção da desigualdade entre situações inequivocamente idênticas.

O estudo do precedente deve, portanto, focar o problema que apenas colateralmente é a eficiência ou a rapidez, mas que é, sobretudo, a desigualdade das respostas à mesma pergunta que incentiva o jogo em torno dos riscos do litígio e é fator de frustração das possibilidades do próprio direito. A questão exige uma abordagem que considere dois fatores distintos. De um lado, estampa-se um plano de aparente generalidade, na medida em que os precedentes são lavrados conceitualmente, como premissa abstrata, perdendo o vínculo anterior com o caso, e são citados por sua referência numérica, numa redução absoluta de conteúdo. As fundamentações são sintéticas. Por outro lado, o problema não se compõe genericamente. Não há, então, como tratar da incidência concreta dos precedentes no direito brasileiro sem analisar aspectos positivos e aspectos negativos.

Cabe, à vista disto, selecionar os tópicos da realidade que são relevantes para compreender este mecanismo que hoje é veementemente usado para a definição de paradigmas de igualação e de certeza no Brasil. O discurso de sustentação que se assenta em torno dos precedentes versa preponderantemente a sua funcionalidade como instrumento de redução do conflito. O discurso que se opõe a ele enfatiza a perda de liberdade do juiz e de instabilidade do sistema e, de modo especial, que o problema das súmulas estaria em uma apropriação *metafísica*, em que ela deixa de ser

¹⁹ Sobre a história dos precedentes cf. COSTA, 2006, LOPES, 2002, SIFUENTES, 2005, p. 227 *et seq.*, MENDES, Gilmar. Mecanismos de controle e simplificação da prestação jurisdicional. In: FRANCO FILHO, MARTINS FILHO. 2007, p. 92 *et seq.*

vista como um texto jurídico, e passa a ser entendida como imanente, o que pode levar à perda do terreno para discussão de idéias divergentes²⁰.

A tendência à ampla utilização do precedente abre-se especialmente com a previsão do §1º do art. 518 do CPC, introduzido pela Lei n. 11.276/2006, segundo o qual o juiz “não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal”. Ela está também no art. 896 da CLT com franca aplicação concreta.

A força de contenção destes dispositivos e o caráter vinculante que eles atribuem diretamente às súmulas são inferidos do fato de que a concordância da decisão com a súmula não é examinada no mérito dos recursos, mas entre os seus pressupostos de cabimento ou de admissibilidade. Ela atua como um pressuposto de ordem formal, ao lado do cabimento, do preparo e do prazo e que pode ser apreciado pelo juiz que faz a análise de admissibilidade, sem qualquer interferência do órgão de revisão.

Isto não significa que a máxima segundo a qual *in claris cessat interpretatio* teria finalmente alcançado seu campo ideal de aplicação. Ao contrário, e como enfatiza Streck²¹, as súmulas também *são textos* e se submetem à visão instável do intérprete²². A sua assimilação em cada caso concreto não se opera como a resultante de uma subsunção mecânica, mas por meio da trama ideológica em que a mensagem também deve ser recebida e implantada numa realidade que escapa ou diversa do texto²³. Há aqueles que são mais incisivos e fechados ou cuja apreensão se dá com maior facilidade por já se configurar uma aceitação uniforme de seu conteúdo. Há aqueles que consignam uma opção de entendimento que ainda não se estabeleceu inequivocamente ou que provêm de uma regulação mais aberta e, por isto, não se colocam como fatores de acerto determinantes.

Os precedentes, dentro da fixação ideológica do sistema, segundo o desejo daqueles para os quais estão fixadas as decisões uniformizadoras

²⁰ Cf. STRECK, 2005. Cf. sobre o tema SIFUENTES, 2006, p. 264-265.

²¹ STRECK, 2005, p. 120.

²² Cf. STRECK, 2005, p. 123 e a referência a *Gadamer*.

²³ Cf. KAUFMANN, 1976, p. 58.

(os tribunais superiores especificamente), constituem *topoi*, lugares comuns, em que os argumentos dissidentes se estabilizariam e a resposta definitiva poderia ser encontrada: sim ou não.

Tomem-se dois exemplos aleatórios.

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às relações jurídicas havidas entre entidade de previdência privada e seus participantes? A Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça deu resposta *sim* a esta pergunta.

A prescrição intercorrente é cabível na Justiça do Trabalho? A Súmula 114 do Tribunal Superior do Trabalho disse *não* a esta pergunta.

Ainda que ela não possa dizer como isto se dará em cada caso, não há dúvida de que a resposta preliminar em relação à aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou à não aplicação da prescrição intercorrente tem uma utilidade real e situações esclarecedoras como esta ocorrem muitas vezes. Nestes casos, a mensagem dos tribunais superiores é vista como um alívio no plano da litigiosidade e pesa na superação dos conflitos. O problema é que nem sempre o dissenso se harmoniza e os canais de crítica são, nestes casos, muito estreitos. O problema é que nem sempre a enunciação do entendimento se dá de forma tão direta.

Tome-se outro exemplo aleatório.

O inciso X da súmula 6, que cuida de questões ligadas à equiparação salarial, do Tribunal Superior do Trabalho tem a seguinte redação:

“X - O conceito de "mesma localidade" de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana.”

Os juízes e os advogados que militam na área trabalhista sabem exatamente quais são os problemas ou as pretensões que levam à necessidade desta enunciação: são as situações como a dos bancos que tem uma mesma estrutura de funcionamento por todo o país. É por isto que surge a necessidade da definição de algo que poderia parecer óbvio

como o conceito de *mesma localidade*, expressão que consta do art. 461 da CLT.

Qual é o problema então?

O problema é outra expressão que consta da súmula: “em princípio”.

Pela lógica da interpretação da súmula, a idéia é de que o ali estabelecido seria uma base, um ponto de apoio que poderia ser superado por uma circunstância argumentativa peculiar que ultrapassasse este *princípio*.

Este é apenas um pequeno exemplo colateral que deve chamar a atenção para os caminhos que devem ser trilhados para a crítica da súmula. As suas frestas operacionais devem ser tratadas com muito critério porque elas não podem se transformar em *lugares* inatingíveis.

Há uma incompatibilidade sistemática, quando se considera o caráter regulador-normativo do precedente e o fato de ele não se submeter totalmente ao crivo do sistema dinâmico das autorizações, pela impossibilidade de questionamento de sua legalidade e de sua constitucionalidade. Ele posiciona-se numa faixa paradoxal em que é e, concomitantemente, não é norma.

Em sentido oposto à lógica das impugnações, o valor hierárquico não abrange, no sistema brasileiro, o precedente. Isto constitui uma anomalia, uma antinomia e/ou um paradoxo, porque afronta um sentido geral de organização escalonada da ordem jurídica. Ainda que a Lei n. 11.417/06 tenha fixado patamares formais para a edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes, como o *quorum* de 2/3, prazo para a publicação, necessidade de manifestação do Ministério Público e a possibilidade de se estabelecer um limite de vigência além do efeito imediato²⁴, há um isolamento dos precedentes editados pelos Tribunais Superiores que, à falta de previsão expressa, não são atingidos por

²⁴ “Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.”

qualquer instrumento de controle – formal, material ou na órbita das autorizações para sua existência a partir da compatibilização hierárquica.

Os precedentes não são, todavia, padrões de normatividade em crise no modelo brasileiro no que concerne à sua utilização. Eles avolumam-se e se projetam para as mais variadas áreas de regulação e de dúvida e são usados, na prática das operações do sistema, como dados concreta e efetivamente vividos e estabilizadores de certezas num campo de atuação significativamente relevante.

Mesmo que os propósitos deste trabalho não permitam um maior detalhamento dos aspectos substanciais, pode-se ter uma idéia da realidade pela análise meramente quantitativa, que descortina o caráter malthusiano da proliferação dos precedentes. O Superior Tribunal de Justiça tem trezentas e trinta e quatro súmulas. O Tribunal Superior do Trabalho tem quatrocentas e trinta e duas súmulas, editadas pelo Pleno e cobrindo questões de direito processual e do direito individual e coletivo do trabalho; onze orientações jurisprudenciais também do Pleno; trezentas e cinqüenta e duas orientações jurisprudenciais e cinqüenta e nove Orientações Jurisprudenciais provisórias da Sessão de Dissídios Individuais 1; cento e quarenta e outro Orientações Jurisprudenciais da Sessão de Dissídios Individuais 2; trinta e oito Orientações Jurisprudenciais da Sessão de Dissídios Coletivos e cento e dezenove Precedentes Normativos da Sessão de Dissídios Coletivos.

Eles estão expressos nos cânones votados, numerados, ordenados e publicados pelos tribunais e disponíveis para consulta via Internet. São deduzidos como fundamento de pretensão. São apresentados como matéria de defesa. São postos como base para decisão. Eles são referidos como franco lugar comum, com a intimidade própria que caracteriza a sua absorção: aplica-se a OJ 342 da SBDI-1, é suporte bastante para condenar a empresa ao pagamento de intervalos não gozados e para desprezar o teor da norma coletiva que disciplinava a questão de outro modo.

Eles também vivem no chamado *entendimento da turma*, a que os votos e as decisões vão se adequando informalmente ainda que contra o ponto de vista de um ou de outro juiz. Em ambos os casos, há uma acomodação do sistema e infringi-la exige, sob a tônica da prática dos

tribunais, motivação extremada para fixar a diferença. A certeza é de que haverá a pasteurização do entendimento se as questões forem conduzidas ao Tribunal que editou a súmula.

Este fato reforça a constatação de que a figura do precedente, absorvida no sistema brasileiro, vem se implantando nos últimos anos como suporte de emissão de comando jurídico, imiscuindo-se numa região ambivalente entre o *jurisdicional*, em sentido próprio, e o *político*, como exercício de apropriação criadora e direta da realidade pelo Poder Judiciário.

Os juízes *podem* julgar contra os precedentes e também *podem* fazê-lo os tribunais. No entanto, quando assim procedem os recursos de revista ou os recursos especiais são atraídos para os tribunais superiores e impulsionados pela mesma energia grave que movimenta os foguetes. Isto significa, na prática, a disseminação ociosa do conflito porque o resultado será, fatalmente, a condensação do entendimento no sentido do precedente com perda do tempo e das esperanças gastas no sentido de sua alteração. Pode ser que a necessidade de modificação do sentido do precedente, por qualquer motivo, exija essa recalcitrância. No entanto, também aqui volta-se para o imponderável que reside na casuística, na vertente específica do confronto dos problemas concretos com o sentido dominante agasalhado pelos tribunais superiores²⁵.

A isto refere-se o Min. *Gilmar Mendes*:

“A jurisprudência da Súmula, embora não obrigatória para os outros Tribunais e Juízes, é indiretamente obrigatória para as partes, porque o interessado poderá fazê-la observar através do mecanismo dos recursos, enquanto não alterada pelo Supremo Tribunal. E quanto a este, a Súmula funciona como instrumento de autodisciplina propiciando tão alto grau de simplificação dos seus trabalhos que seria inviável ou prejudicial tentar alcançar o resultado por outro meio”²⁶.

²⁵ Cf. SIFUENTES, 2006, p. 257.

²⁶ Cf. MENDES, Gilmar. Mecanismos de controle e simplificação da prestação jurisdicional. In: FRANCO FILHO, MARTINS FILHO. 2007, p. 93.

A revisão constitucional do art. 103 da Constituição de 1988, pela EC 45/04, que promoveu a reforma do Poder Judiciário, fez expressa menção à possibilidade de impugnação, como se vê de seu § 2º, com efeitos *erga omnes*, nos moldes das ações diretas de inconstitucionalidade²⁷.

Não há como prever qual o caminho a ser seguido pelas decisões na interpretação das questões de alegada inconstitucionalidade das súmulas e, principalmente, não há como antever a posição no que tange à incompatibilidade sistemática delas quanto à legalidade estrita, ou seja, no campo de sua adequação às normas infraconstitucionais e, mesmo, aos ritos formais de sua edição, que devem considerar a existência das controvérsias e as posições majoritárias relativas aos temas.

A inadequação no sistema de uma *norma* que não possa ser submetida totalmente ao crivo da dinâmica das autorizações torna-se evidente quando a legalidade não possa ser questionada.

Não se pode, portanto, entender que se deva assimilar esta inserção sem a possibilidade do exercício da avaliação de seu *status*, que é uma característica própria da ordem jurídica. O questionamento da súmula constitui uma conseqüência da necessidade que o sistema tem de *respirar*.

Entretanto, a possibilidade de contestação só teria pertinência quando carresse efeitos *erga omnes*. Isto é consentâneo com a natureza da consolidação de entendimentos que se prefigura pelas súmulas e evitaria que delas próprias se originasse uma pulverização de ações, com o risco da insurreição artificial visando apenas à forçar o argumento. Sob o prisma da opção política de tratamento da matéria, a impugnabilidade com um caráter mais restrito quanto às legitimações e mais amplo quanto aos efeitos é a mais adequada, porque tende a afastar o risco de sua utilização como mero estratagema retórico, como foco de criação artificial de conflito de interpretação jurídica.

²⁷ “§2º. Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade”.

Outra questão de aporte mais direto pode ser o exercício da crítica pela doutrina que, numa visão que não despreze a contextualização, analise francamente as hipóteses.

Não se pode admitir apenas a crítica feita à generalidade do processo, porque ela é inócua no estado de acomodação do sistema hoje. Dizer-se simplesmente que o uso das súmulas é ruim, ainda que com amparo em base doutrinária sólida, não é suficiente se não se considerar que isto é algo que já se encontra arraigado na prática dos julgamentos. A adesão dos juízes à súmula pode não se dar em relação a todos os temas, mas ela ocorrerá (ou coincidirá) em significativa porção deles. Por isto, a discussão será mais útil quando ela se travar tópica e especificamente nas áreas de dissenso, ou seja, focando métodos e súmulas que não coincidam com a regularidade de seu projeto principiológico ou que gerem antinomia de qualquer sorte. A crítica deve ser necessariamente casuísta e ter em vista a especificidade da *situação das coisas*, para usar a expressão de *Carl Schmitt* tão ajustada à necessidade de ponderação de circunstâncias.

O exame doutrinário deve considerar os exemplos, os casos concretos e deve estabelecer os aspectos de específica disparidade. Deve-se enfrentar primeiramente a esfera singular do dogmatismo: como decisões se apropriam de normas.

Retomando a posição de *Viehweg* em torno de uma ética do discurso problemático, é preciso enfatizar que a avaliação das questões ligadas à eficácia e à agilidade do sistema e ao papel que se pode outorgar aos precedentes, não prescinde do enfrentamento minucioso dos tópicos de contenção e de dispersão da realidade. Apontar o precedente em suas variadas versões (súmulas, enunciados, orientações jurisprudenciais, precedentes normativos) como causa de todos os males ou como fonte de todas as soluções é manter um diálogo irreal com as circunstâncias que integram a situação corrente das coisas.

Os precedentes atuam como vetores de certeza do sistema e cumprem um papel importante ao sinalizar entendimentos uniformes e tornar visível o modo como a lei tende a ser entendida. Há, assim, uma antecipação mais clara dos riscos que as condutas e os conflitos potencialmente envolvem. Eles exercem uma função apaziguadora do dissenso que é inquestionável e que incide ou se efetiva numa gama

considerável dos entendimentos consolidados. Isto, porém, não significa que se tenha estancado o fluxo dos problemas. O permanente movimento do sistema, visto em sua dimensão tópica e como cadeia argumentativa, impõe a necessidade da atenção e da crítica permanentes como fator de atualização e mesmo para a verificação de como se dá a atuação efetiva do preceito assentado como dominante quando sua força de incidência é canalizada pela interpretação.

O *estar fora de discussão*, como raiz da composição do catálogo de *lugares de certeza*, que é característico da formulação dos precedentes no caso brasileiro, não pode significar a ausência do enfrentamento específico da maneira como cada um deles se situa na expressão total do sistema: de sua compatibilização geral com a ordem constitucional à interferência nas situações concretas, o que inclui a sua força como mecanismo de prevenção e de solução dos conflitos tais como eles se apresentam cotidianamente.

A ética da composição argumentativa está, neste caso, em não esconder os acertos e os desacertos quando da análise problemática e em não desprezar a especificidade de cada caso. O argumento não pode dissociar-se dos aspectos centrais em que se concentra o problema em sua especificidade. A exposição da questão dos precedentes na realidade brasileira como se eles fossem uma mera potencialidade transtorna o exame de uma questão complexa que exige abordagem clara e sem medo da demonstração dos caminhos efetivamente percorridos.

Neste sentido, algumas conclusões podem ser alinhavadas:

a) os precedentes constituem *lugares comuns* na cena argumentativa do sistema jurídico brasileiro compreendido sob a perspectiva da tópica com *Viehweg*. Eles representam solução para problemas de interpretação, mas também funcionam como pólos de implementação problemática, principalmente porque, em que pese a sua utilização real, como obstáculo para os recursos, não há meios de impugnação aos aspectos formais e materiais que os formam e os conformam;

b) os precedentes constituem texto que expressa um modo de interpretar uma questão jurídica, mas que também são objeto de interpretação, demandando harmonização com a situação de fato. Como

eles são versados abstrata e genericamente e são citados usualmente apenas pela referência numérica, deve haver uma atenção detida para que não se perca o sentido vivificador e atualizador do princípio de tutela e do projeto de acertamento de ambigüidades que encerram, a fim de que eles não se transformem em palavras ocas;

c) os mecanismos de impugnação aos precedentes, no plano interno do sistema, devem ser apenas aqueles que permitam soluções *erga omnes*, para se evitar a proliferação artificial de demandas em que a crítica constitua apenas um vazio retórico fundado na noção abstrata e generalizada do contraditório e da ampla defesa;

d) a crítica pela doutrina será ociosa enquanto desconsiderar que, do ponto de vista dos usos e dos costumes na aplicação da lei, os precedentes atuam como efetiva forma de acertamento dos entendimentos e que a inadequação formal, estrutural ou substancial deve ser enfrentada pontual e especificamente, de forma a possibilitar o aprofundamento nas áreas tópicas em que o problema surge ou não é efetivamente resolvido pelo precedente;

d) a idéia de que a eficiência do sistema está ligada à edição de precedentes deve ser contextualizada porque há outros fatores de retardamento e de comprometimento que não se relacionam a esta questão. A uniformidade das decisões atende à demanda de certeza e de igualdade e pode diminuir a litigiosidade artificial, mas ela não resolve impasses como aqueles graves ligados à gestão dos serviços judiciários.

BIBLIOGRAFIA

FRANCO FILHO, Georgenor, MARTINS FILHO, Ives Gandra *et al.* (Coord.). *Direito e processo do trabalho em transformação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Funcion, estructura y falseacion de las teorías jurídicas*. Trad. Daniela Bruckner e José Luiz de Castro. Madrid: Civitas, 1995.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Trad. e introdução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Trad. e notas de Leda Boechat Rodrigues. São Paulo: Nacional de Direito, 1956.

COSTA, Maurício Westin. *O precedente e a interpretação na teoria da common law: para uma melhor compreensão da jurisprudência no direito brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

HERNANDEZ GIL, Antonio. *Metodologia del Derecho*. Madrid: s/ed. 1971, 3v.

KAUFMANN, Arthur. *Analogia y "naturaleza de la cosa": hacia una teoría de la comprensión jurídica*. Trad. y estudio preliminar de Enrique Barros Bourie. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KIRCHMANN, Julius von. El carácter a-científico de llamada ciencia del Derecho. Trad. Werner Goldschmidt. In: SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ. *La Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José de Sousa e Brito e José António Veloso. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1978.

LOPES, Mônica Sette. *A equidade e os poderes do juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

LOPES, Mônica Sette. Os precedentes e o sistema: a realidade e os mecanismos de solução de conflitos. *Revista Trabalhista*. Rio de Janeiro, Forense, a. 1, v. 4, out./nov./dez. 2002, p. 517-539.

LUHMANN, Niklas. L'unité du système juridique. *Archives de philosophie du droit*, t. 31, Le système juridique, Paris, Sirey, 1986, p. 163-187.

LUHMANN, Niklas. *Social systems*. Trad. John Bednarz Jr. e Dirk Baecker. Stanford: Stanford University, 1996.

ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade*. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 3, 2005, p. 83-129.

VICO, Giambattista. *Elementos de retórica: el sistema de los estudios de nuestro tiempo y Principios de oratoria*. Madrid: Trotta, 2005.

VIEHWEG, Theodor. *Topica y jurisprudencia*. Trad. Luis Díez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Trad. Juan M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Os prejudgados, as súmulas e o TST. *Revista de Informação Legislativa*, a. 14, n. 15, jul.set. 1977, p. 83-100.