

OS PRECEDENTES E O SISTEMA: A REALIDADE E OS MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Mônica Sette Lopes*

RESUMO

De que modo os precedentes são absorvidos pelo sistema jurídico brasileiro e como eles se conectam na realidade da solução judicial de conflitos – estas são as duas perguntas que este trabalho quer responder.

ABSTRACT

How are *stare decisis* absorbed in the Brazilian law system and how do they interact in real world of judiciary conflict solution – those are the two questions that this text intends to answer.

Sumário: 1. Introdução 2. O Sistema Auto-Referencial 3. O Precedente Na Solução Do Conflito – A Variedade Dos Sistemas 4. O Precedente E Sua Absorção No Sistema – O Caso Brasileiro. Conclusão. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

Na tira cômica do jornal, *Calvin* conversa com o tigre que o adverte por não estar fazendo os deveres de casa. A resposta do menino é imediata:

“– Tenho certeza de que as tarefas eram opcionais.”

O tigre reage:

“– Eterno negador das primaveras.”

Calvin não se sente constrangido:

* Juíza do Trabalho. Titular da 12ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte. Professora-Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG. Doutora em Filosofia do Direito.

“– Não sou um negador. Eu apenas seleciono a realidade antes de aceitá-la.”¹

A compreensão do que seja *verdade*, quando se cuida da atuação dos tribunais, tem trazido, no curso da história do direito e dos modos de conhecê-lo e de compreendê-lo, muitas destas seleções de realidades, cuja aceitação desborda a ótica do direito em si, porque atinge o ambiente social para o qual ele se destina como mecanismo para a prevenção e para a solução dos conflitos que se estabelecem entre os que se relacionam na sociedade.

Vem daí uma certa perplexidade quando se procura definir qual é o traçado da interpretação jurídica² ou os *lugares* onde ela ocorre.

A preocupação em decifrar as etapas formadoras deste processo não é nova. O caráter autônomo outorgado ao Direito Processual a partir do final do Século XIX, com *von Büllow* e seus sucessores, é exemplo próximo disto, exalado pelos ares contestadores do *Movimento do Direito Livre*. A insistência com que se procura dissecar o papel do juiz integra o mesmo quadrante prospectivo. Em síntese, poder-se-ia estabelecer que a prática jurídica percorre um campo aberto que alcança não apenas o geral, mas o particular, como percebem *Ost* e *Kerchove* ao afirmarem:

“quando se pretende prestar contas da prática jurídica, deve-se apresentar o julgamento de validade como plural (baseado em critérios formais, mas também em critérios empíricos e axiológicos), relativo (susceptível de receber intensidades e, por conseguinte, efeitos muito variáveis) e circular (não apenas produzidos no nível mais alto mas no nível mais baixo, mas sempre como resultado de uma interpretação contínua do conjunto dos atores jurídicos)”³.

1 O Estado de São Paulo. Caderno 2/Cultura. Domingo, 22 de abril de 2001.

2 Cf., em sua riqueza, o desenvolvimento comparativo que faz FRYDMAN, 2005/

3 “ (...) si l'on veut rend compte de la pratique juridique, il faille présenter le jugement de validité comme pluriel (basé sur des critères formels, mais aussi empiriques et axiologiques), relatif (susceptible de recevoir des intensités et donc des effets très variables) et circularie (non pas seulement produit d'en haut ou d'en bas, mais résultant d'une interprétation continue de l'ensemble des acteurs juridiques)” – OST, KERCHOVE, 1988, p. 158.

Em cada um e em todos estes momentos, produtores de normas, atos e fatos jurídicos, há uma inegável influência de fatores externos e de pressões por definições que retomam e se focam, mesmo contingencialmente, na recuperação e no enfrentamento de linhas de proteção que se situam como canais de realização do direito. Produzir norma jurídica será sempre, em alguma medida, uma ato de interpretação. Há, naturalmente, uma margem variável sobre o objeto a ser interpretado e sobre os limites aplicáveis, os quais dependem, geralmente, da estatura hierárquica da norma jurídica.

A teorização a partir do exame desta experiência e, especialmente, dos desdobramentos que se ligam aos meios de prevenção e de solução de conflitos leva a vertentes variadas e reveladoras da insatisfação geral com o quadro cientificamente definido para a compreensão do direito.

Não se pode apreender o sistema jurídico como um aglomerado estático e uniforme de normas jurídicas e/ou de situações juridicamente pontuadas. Na verdade, suas principais características serão, precisamente, a mobilidade, a dispersão de medidas, a impossibilidade de uma antecipação exauriente de todas as perspectivas que em relação a ele se projetam ou se demandam, principalmente quando se considera o importante papel que o fato, em sua multívoca referência, tem a representar na composição da cena e do conflito.

A marca da diversidade e da adversidade que ele embute é um dado que não pode ser relegado a um plano menor. Sem medo de errar, é plausível a afirmação de que há um grau de previsibilidade muito maior em torno da interpretação da lei do que aquela que se coloca no que concerne à composição do quadro de fato – aí incluído, certamente e com sua volatilidade, o fato processual. Esta dificuldade, assentada nos atos de *realização do direito* pela *aplicação*, não torna menos significativo, tampouco, o conteúdo valorativo de que se reveste a norma jurídica, expresso na versão tutelar dos princípios que despontam em fase posterior como instrumentos na interpretação, e as vicissitudes que envolvem o juiz no processo da aplicação do direito.

Tudo isto já se evidencia em *Alf Ross*:

“A fonte última do direito, isto é, o fundamento que permite identificar algo como direito, é o *sistema*, ou seja, a

correlação recíproca (*gegenseitige Zusammenordnung*) que é expressão normativa da correspondente totalidade de ações sociais (*Socialtotalität von Handlungen*). Deste ponto de vista, considerar a atividade jurisdicional exclusivamente como aplicação da lei, no sentido de que seu caráter jurídico se funda unicamente na lei e de que alcança apenas até onde chega a lei, tem que parecer necessariamente uma visão unilateral. A verdade jurídica reside na correlação. Por isto, do mesmo modo que está justificado afirmar que a *prática jurisdicional* é direito porque se baseia na lei, se pode dizer também que a *lei* é direito porque se aplica na prática. Com a mesma razão com que se considera que a posição do juiz se baseia em uma delegação do legislador, é possível afirmar, em sentido contrário, que o poder do legislador se baseia em uma recepção por parte do juiz”⁴.

A tendência primordial da lei não é, portanto, a abstração, mas, ao contrário, sua vocação para o concreto, para a realização, para o diálogo com a vida.

No mesmo sentido, ainda que não seja possível verter o direito em axiomas ou padrões de índole aritmética, a busca de uma conceituação abrangente e do fechamento dos campos de abordagem, a partir de critérios sempre mais rígidos, vem sendo uma direção da doutrina, com as dificuldades já percebidas por *Oliver Wendel Holmes*, ao afirmar que a evolução do direito

“envolve a história do desenvolvimento de uma nação por muitos séculos e não se pode lidar com ela como se contivesse apenas os axiomas ou corolários de um livro

4 “la fuente última del derecho, esto es, el fundamento que permite identificar algo como derecho, es el sistema, es decir, la correlación recíproca (*gegenseitige Zusammenordnung*) que es expresión normativa de la correspondiente totalidad de acciones sociales (*Socialtotalität von Handlungen*). Desde este punto de vista, considerar a la actividad jurisdiccional exclusivamente como aplicación de la ley, en el sentido de que su carácter jurídico se funda únicamente en la ley y de que alcanza sólo hasta donde llega la ley, tiene que parecer necesariamente una visión unilateral. La verdad jurídica reside en la correlación. Por ello, del mismo modo que está justificado afirma que la *práctica jurisdiccional* es derecho porque se basa en la ley, se puede decir también que la *ley* es derecho porque se aplica en la práctica. Con la misma razón con que se considera que la posición del juez se base en una delegación del legislador, es posible afirmar, en sentido contrario, que el poder del legislador se base en una recepción por parte del juez” – ROSS, 1999, p. 399.

de matemática. Para saber o que é o direito, temos que saber o que ele foi, e o que ele tende a se tornar.”⁵

Por isto, *Canaris* caracteriza uma teoria jurídica como uma *tríade* que abrange *valorações ou princípios jurídicos gerais, regras e soluções paradigmáticas para problemas*⁶, atraindo a perspectiva de que a experiência jurídica compreende necessariamente a consciência da vivência do conflito em sua expressão plural. Não se trata de uma seleção estanque e desfocada que considere estes três matizes de aferição sem uma linha de conexão. A busca de soluções para a compreensão teórica que o estudo do direito pode dar para os problemas conduz-se na avaliação do conflito individual – desde a conceituação de *turnos ininterruptos de revezamento*, por exemplo, à identificação de sua configuração nos móveis da prova produzida em um específico processo – e da tendência generalizadora mais aguda.

Neste compasso, abrange a problematização de temas maiores, como a que envolve a certeza do direito e/ou, a sua face mais difundida, a segurança jurídica.

É exatamente aqui que cabe a definição dos motivos que justificam a opção pelo tema que se propõe desenvolver. A idéia dos precedentes e de sua assimilação pelos tribunais no Brasil é um tópico que circula entre a necessidade de segurança jurídica e os fatores da composição e da mobilidade do sistema. Representa, em última instância, a contraposição dialética entre o abstrato e o concreto, o geral e o particular⁷.

Não se deve atribuir a este pequeno estudo uma defesa intransigente do precedente ou uma aversão total a ele. Sua proposta é, sobretudo, mostrar como ele funciona efetivamente, porque é incompatível com uma postura que se pretenda minimamente científica

5 “The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become” – HOLMES JR., [19—], p. 1.

6 CANARIS, 1995, p. 70.

7 Este artigo constitui uma revisão de artigo publicado em 2002, o que se justifica pela atualidade do tema principalmente após o advento da EC 45/04 e do §1o do art. 518 do CPC com a redação dada pela Lei 11.276, de 07 de setembro de 2006.

a rejeição da realidade como ponto de partida para qualquer conclusão ou crítica.

Se as idéias de segurança jurídica e de igualdade ficam necessariamente comprometidas quando se considera a variabilidade das decisões dos tribunais, na interpretação de situações análogas, parece razoável que se tente a implantação de mecanismos de controle com vistas a estabelecer níveis compatíveis de previsibilidade⁸.

Normalmente a questão da previsibilidade do direito diz respeito a contingências variadas da análise do processo formativo da norma do caso e é enfrentada sob ângulos topicamente definidos. Apenas para exemplificar podem-se retomar *Jerome Frank* que analisou os fatores de incerteza a partir da prova⁹ ou os escandinavos que tentaram explicar os efeitos da linguagem jurídica para a compreensão do direito¹⁰.

O drama do direito entre indeterminabilidade e certeza¹¹, na verdade, remonta a tempos primevos e é o grande elemento propulsor dos momentos de centralização dos modos de regulação (da Lei das XII Tábuas, passando pelas compilações da obra dos jurisconsultos no período romano e pelo Código de Justiniano, para chegar à obra de Napoleão em 1804 e à força político-interpretativa de estreita contenção incentivada pela Escola da Exegese).

As questões contemporâneas, porém, crescem àquelas que já percorreram a história do direito o fator *quantidade*, expresso no aumento da população, no excesso de conflitos, na força propulsora e mais definida dos interesses antagônicos e na centralização dos órgãos do Estado como competentes para sua solução. As perspectivas deste tempo de grandezas absurdas são reconhecidas por *Boaventura Souza Santos* quando se refere aos parâmetros científicos:

“A solução dos problemas decorrentes da insuficiência do conhecimento científico, só superável a longo prazo, foi confiada ao direito. Como racionalizador de segunda

8 Cf. sobre as vantagens da previsibilidade das decisões dos tribunais KELSEN, 1985, p. 268-9

9 Cf. FRANK, 1999.

10 Cf., por exemplo, OLIVECRONA, 1968.

11 TEUBNER, 1989, p. 2-5.

ordem da vida social, o direito – na forma de direito estatal – entrou numa fase de crescimento ilimitado, semelhante ao pretendido para a ciência e para toda a transformação social.”¹²

O crescimento ilimitado dos conflitos deduzidos para a obtenção de acerto pelo Estado-juiz constitui um fator de compressão do sistema e traz indagações que são postas à doutrina e à abordagem teórica.

A proposta deste trabalho é, à vista disto, selecionar os tópicos da realidade que são relevantes para compreender o mecanismo que hoje é o mais veementemente usado para a definição de paradigmas de igualação e de certeza no Processo do Trabalho, no Brasil, que são os precedentes. O discurso de sustentação que se assenta em torno deles versa preponderantemente a sua funcionalidade como instrumento de redução do conflito.

Para isto, opta-se por analisá-los sob a ótica do sistema, tomando como referencial teórico a compreensão da *auto-referencialidade* prenunciada por *Luhmann e Teubner*.

2. O sistema auto-referencial

Para falar de sistema *auto-referencial* ou *auto-poiético* talvez seja oportuno um retorno a um daqueles a quem se pode imputar a propagação da idéia que é *Humberto Maturana*. Ele explica, de modo quase casual, como compôs as linhas básicas de sua concepção e a razão da nomenclatura adotada para o processo que descrevia. Diz o biólogo chileno:

“A palavra *autopoiese* foi inventada depois, mas nessa época eu começava a falar dos seres vivos como sistemas de organização circular, nos quais a circularidade tem que se conservar. É isso o que dá sentido à auto-referência, porque não é simplesmente falar de auto-referência: é falar dos processos que, ao se darem, constituem o ser vivo como uma unidade. Em 1971, um amigo que havia feito

12 SANTOS, 2000, p. 186.

uma tese sobre Don Quixote, José Maria Bulnes, me dizia que o dilema de Don Quixote era escolher entre o caminho das armas, ou seja, o da práxis, ou o caminho da literatura, ou seja, o da *poiese*. Eu disse: “Claro, *poiese*, esta é a palavra de que necessitamos, *autopoiese*!” Estávamos conversando em sua casa e se produziu uma discussão na qual sua mulher, que também era professora de filosofia e sabia grego, me diz que a palavra deveria ser *autopráxis*, e eu disse que não, que teria que ser *autopoiese*. Como era eu quem estava inventando, a palavra terminou sendo mesmo *autopoiese*.¹³

Os pontos principais que podem ser assimilados a partir daí, para o direito, são os de composição de um sistema (de normas) que, em sua circularidade, se auto-reproduz e que compõe uma prática peculiar conformadora dos caminhos de sua própria conservação. A *idéia* de conservação não é discrepante quando se considera que este sistema funciona em razão dos embates e dos conflitos, os quais se expressam na versão variada de interesses genérica ou individualmente polarizados. A sua unidade não deve ser confundida com estagnação, imobilidade ou linearidade no trato dos problemas, mas com o fato de que ele (o sistema) passa a processar tudo o que absorve sob o prisma da juridicidade, inoculando a bipolaridade do critério de *jurídico* e *não-jurídico*.

O conflito, porém, deve ser visto sob um prisma abrangente que o observa no quadro geral (o conflito capital x trabalho) e no quadro particular (o conflito entre o Banco A e o bancário B). Em ambos os espectros, eles são resolvidos sob a ótica do sistema – um sistema jurídico – e, numa tradução quase simultânea, uma vez resolvidos, passam, eles próprios, a compô-lo em quadrante hierarquizado.

Os fatores de pressão ou de estrangulamento do sistema e dos mecanismos que compõe para a solução dos conflitos são recebidos por ele e nele introjetados com a criação do aporte teórico de sustentação e, também, de instrumentos de desafogo, entre os quais, no modelo brasileiro, devem-se considerar as súmulas dos Tribunais.

13 MATURANA, 2002, p. 32-3.

Estas são algumas das faces da *realidade jurídica* que não podem ser compreendidas sem uma noção aprofundada do funcionamento do direito que teria na visão de *Teubner* uma composição própria:

“A “realidade jurídica” distingue-se assim da consciência e da multividência de um jurista em dois aspectos: constitui uma construção social e não psíquica (isto é, representa o resultado de comunicações), e uma construção social altamente selectiva que ganha a sua própria existência no seio de um sistema social autônomo, o hiperciclicamente organizado sistema jurídico.”¹⁴

O sistema jurídico tem, portanto, uma mobilidade e uma conformação que lhe são próprias. Ainda que a idéia de direito ou mesmo a busca da incorporação de um ideal de justiça seja um fator constante, não é ele vertido num mesmo programa de operações, como a seguir se alinha:

“O estudo dos sistemas no tempo – seu surgimento, sua evolução, seu equilíbrio, sua maneira de gerar os imperativos contraditórios da adaptação e da estabilidade, sua capacidade de modificar suas próprias regras de funcionamento, seu desaparecimento ou entropia eventual – constitui um domínio importante da teoria dos sistemas.”¹⁵

Se a definição do que seja sistema jurídico não é unívoca e/ou estática, e ainda que não caiba aqui uma elaboração muito aprofundada das correntes que discutem sua abertura e seu

14 TEUBNER, 1989, p. 94.

15 “L’étude des système dans le temps – leur émergence, leur évolution, leur équilibrage, leur manière de gérer les impératifs contradictoires de l’adaptation et de la stabilité, leur capacité à modifier leurs propres règles de fonctionnement, leur disparition ou entropie éventuelle – constitue un domaine important de la théorie des systèmes. Une fois défini l’état d’un système, ou sa situation d’équilibre optimal, sont envisagés le divers facteurs de modification tant internes qu’externes qui sont susceptibles d’affecter son évolution; de même, son dégagés les mecanismes (notamment de rétroaction) susceptibles de restaurer l’équilibre du système ou de lui assurer une intégration plus élevée, c’est-à-dire une capacité d’adaptation plus forte.” – KERCHOVE, OST, 1988, p. 205.

fechamento, é preciso situar as balizas de algumas vertentes de análise do pensamento sistemático.

Por um lado, haveria segundo uma visão evolucionista especial, a filtragem dos programas, com eliminação dos falhados e recombinação dos programas bem sucedidos¹⁶. Por outro lado, não se poderia considerar este como um processo sem atropelos que se faça num contexto de ampla previsibilidade tendo como destino certo e inexorável a composição de um direito acabado, incólume às arestas do próprio tempo e espaço que o circundam.

Apropriando-se deste paradoxo, *Canaris* aponta o caráter dinâmico que alcança a noção de completude do sistema jurídico:

“a obtenção de um sistema completo numa ordem jurídica permanece sempre um objetivo não totalmente alcançado. (...) Por um lado, uma determinada ordem jurídica positiva não é uma “ratio scripta”, mas sim um conjunto historicamente formado, criado por pessoas, apresentando como tal, de modo necessário, contradições e incompleituras, inconciliáveis com o ideal da unidade interior e da adequação e, assim, com o pensamento sistemático. Mas por outro, há na própria idéia do Direito um elemento imanente contrário ao sistema e, designadamente, a chamada “tendência individualizadora” da justiça contracenando com o pensamento sistemático – assente na “tendência generalizadora”! – tem como conseqüência o surgimento de normas que *a priori* se opõem à determinação sistemática.”¹⁷

A lógica do sistema, por isto, circula entre tendência a máxima generalização e à máxima individuação, por meio da qual se realiza nos vários espectros da mobilidade que, se pode leva a insegurança, constitui o único meio de fazê-lo adaptar-se à variedade das circunstâncias conflituais a que deve se amoldar.

A força do precedente, como fator que induz a uma solução única proposta dentro do sistema, uniformizando a definição de

16 Cf. TEUBNER, 1989, p. 99.

17 CANARIS, 1989, p. 199-200 e, especialmente a p. 201-38, em que o tema é candentemente discutido.

margens de risco do conflito, constitui um desejo, uma destinação do direito, centrada na idéia-padrão de igualdade para a solução das questões iguais – de uma única interpretação – e de prospecção de uma rapidez maior para os resultados dos conflitos deduzidos para a solução pelo Estado.

A sua base de sustentação encontra uma arraigada vertente no sentido estabilizador da ordem jurídica. A norma só poderia, então, ser interpretada de um único modo, como meio de garantir que a todos aqueles que a questionassem fosse dada uma mesma resposta. Esta tendência de pensamento e de desiderato na atuação do sistema traz a ressonância da posição de autores como *Dworkin* para quem o papel do juiz seria exatamente esta na solução de questões graves, com a atração dos princípios para buscar uma única resposta¹⁸.

García de Enterría discorrendo sobre a história do direito na Europa, notadamente no que tange à evolução do papel do juiz em relação à interpretação da lei, conclui que

“a objetividade do Direito, sem a qual, não cumpriria nenhum de seus fins, descansa necessariamente sobre a objetividade na interpretação da lei, e torná-la possível vem a ser justamente, um dos primeiros objetivos da ciência jurídica”¹⁹.

Não interessa a opinião pessoal dos juízes²⁰, ainda que se deva compatibilizar isto com liberdade. Interessa é a igualdade e seu desdobramento no que concerne à segurança e à previsibilidade-*predição*, que, em tese, poderiam ser alcançadas se todos os juízes interpretassem a mesma lei do mesmo modo.

Este é o entendimento que se prefigura na posição de *Ribeiro de Vilhena*:

“O juiz, na operação, na fixação da direção *in concreto* de uma regra não pode desgravitar-se da lei, ou seja, a

18 Cf. DWORKIN, 1986, p. 238 *et seq.* e ALEXY, 1998, p. 7 *et seq.*

19 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La democracia y el lugar de la ley. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. *El derecho, la ley y el juez: dos estudios*. Madrid: Civitas, 1997, p. 50.

20 Cf. GARCÍA, 1997, p. 51.

pretexto de extensiva ou analogicamente interpretar, é-lhe defeso armar, para o caso a ser decidido, um juízo normativo hipotético que não contenha os pressupostos da lei interpretada”²¹.

A dificuldade nos processos de interpretação e de igualização desta está, porém, em que os pressupostos da lei interpretada não se caracterizam como um quadro de armação rígida. Pode-se dizer ainda que, no processo de interpretação, o juiz nunca está às voltas apenas com o conteúdo fechado de uma única norma, mas com um arsenal variado de feixes do sistema normativa que se devem analisar, não apenas a partir da dinâmica hierárquica das normas, como da estática conceitual, passando pela interação horizontal das regras de mesmo nível e pelas intercorrências de índole processual. Da questão de fato, este labirinto infinito, desta talvez não seja nem prudente falar.

Martim de Albuquerque discorre sobre o papel do juiz na solução do conflito em contraposição àquele que se outorga ao legislador:

“Para além da margem de liberdade, ao legislador é reconhecido um primado de conformação dos princípios constitucionais. Daqui, decorre uma *presunção de racionalidade*, que tem de ser ilidida para se reconhecer ilicitude.

Aos tribunais, não cabe, dado que o legislador detém o primado da concretização dos princípios constitucionais, e dada a margem de discricionariedade que lhe é reconhecida, averiguar se existem outros meios mais idôneos para a concretização do objectivo ou apreciar a maior ou menor compatibilização entre o meio adoptado e o fim a alcançar. Não cumpre aos juízes substituírem-se ao autor da lei e aferirem da justificação ou racionalidade da solução legislativa pela sua própria ideia do que ela deveria ser. Não há, pois, que, se pronunciarem acerca

21 VILHENA, 1994, p. 302.

da otimização dos motivos escolhidos, bastando que eles não representem diferenciação discriminatória. Basta que se verifique uma adequação positiva dos meios adotados aos fins prosseguidos. Isto significa, aliás, que também não se chega um *critério negativo de não compatibilidade*; isto é, a inexistência de incompatibilidade. Tem de se dar *compatibilidade e adequação*, embora não se possa discutir se há lugar para uma adequação melhor.”²²

Alexy, porém, afirma que só se poderia admitir uma teoria de uma única resposta correta para cada caso recorrendo a cinco idealizações: “1) tempo ilimitado, 2) informação ilimitada, 3) clareza lingüística conceitual ilimitada, 4) capacidade e disposição ilimitada para a troca de papéis e 5) carência de prejuízos ilimitada”²³.

Em todos estes autores, percebe-se a contraposição entre a busca de objetividade e os elementos característicos da operação de solução de conflitos. As dificuldades do acerto de um padrão, que solucione, de modo definitivo, a inserção do fator político, visto na face criativa da atividade judicial, são definidas com clareza por Schmitt:

“A razão última, teórico-jurídica dessa alternativa (a solução dos pontos de dúvida pelo juiz na análise do conflito concreto, ainda que em seara constitucional), que sempre se repete, repousa no seguinte: em toda decisão, mesmo na de um Tribunal que sob a forma do processo realiza subsunções de tipo concreto, existe um elemento de pura decisão que não pode ser derivado do conteúdo da norma.”²⁴

Não há dúvida de que o ideal seja efetivamente a busca daquela solução única. No entanto, isto é um dado problemático dificultado pela variedade do fato, e, repita-se, do fato processual em que o processo atua como uma realidade acessória que influencia a decisão

²² ALBUQUERQUE, 1993, p. 338-9.

²³ ALEXY, 1998, p. 20.

²⁴ “La razón última, teórico-jurídica de esa alternativa que siempre se repite, estriba en lo siguiente: en toda decisión incluso en la de un Tribunal que en forma procesal realiza subsunciones de tipo concreto existe un elemento de pura decisión que no puede ser derivado del contenido de la norma” – SCHMITT, 1998, p. 90.

– podem-se imaginar soluções diversas em processo em que a empresa tem assumido o ônus de apresentar defesa e em outro em que por razões variadas não o tenha feito. A conseqüência uniformizadora quanto ao mérito não pode atuar igualmente em ambas as situações.

A idealização em torno do controle das variáveis, vista sob a tônica destes vários autores e de suas específicas formulações, pode ser revisitada a partir de agora com a polêmica, versada em conflitos judicialmente deduzidos, no que concerne à incidência de indenização compensatória (40%) sobre os depósitos do FGTS em relação aos chamados expurgos inflacionários. As posições em relação ao tema são polarizadas, pontuais, influenciadas, sobretudo, pela anteposição do tempo, projetado para perspectiva do passado e fazendo surgir um quadro multiforme de conflitos.

As decisões variadas tendem a levar a uma pasteurização dos entendimentos por meio de precedentes, que são o único vetor de igualação, ou seja, de garantir o mesmo tratamento para as situações que se repetem quanto aos pressupostos relevantes.

Neste caso específico, o TST já editou algumas orientações jurisprudenciais (as de n. 344 da SDI-1 do TST). Elas porém não esgotaram as margens de ambigüidade, quer porque seu conteúdo não é totalmente esclarecedor, quer porque há detalhes ou minúcias que não são por elas esclarecidos.

Nesta hipótese revela-se a força da mobilidade da argumentação e as possibilidades de disseminação dos conflitos a partir dos próprios canais encarregados de dar-lhes solução.

A tendência do sistema a evitar a duplicidade pode ser vista ainda na recente alteração do CPC introduzida no art. 285-A pela Lei n. 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, que dispõe:

“Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.”

A mensagem deste dispositivo embute as idéias de igualdade e de celeridade. O exercício do contraditório pelo réu fica reservado para as contra-razões de recurso. Em tempos de uso excessivo do computador e dos modelos nele produzidos, a solução é bastante razoável e tem como destinação uma economicidade nos fluxos da administração da justiça.

A necessidade – real – de um dispositivo como este evoca um outro componente claro da realidade dos conflitos: a possibilidade de eles se apresentarem não como um instrumento para a satisfação de uma pretensão resistida, mas como um artifício para o exercício esquemático do aproveitamento do tempo-judicial como esconderijo de ações interpretativas impertinentes.

Esta situação ressalta o *transformar-se em jurídico* em que desagua a realidade da vida quando levada (com bons ou maus motivos) à interpretação pelo juiz. Assim como o disposto no art. 285-A, recém editado, os precedentes constituem alavancas do sistema jurídico nacional para evitar o uso indevido dos mecanismos e a projeção no tempo de soluções plurívocas.

A teoria da *auto-referencialidade* baseia-se em que os sistemas sociais se produzem e se *re-produzem* a partir da rede de seus próprios elementos²⁵. Assim, o direito

“torna-se *autopoiético* quando suas auto-descrições permitem desenvolver e aplicar uma teoria de fontes jurídicas no contexto da qual as normas possam ser geradas através de precedentes jurisprudenciais ou outros processos de criação jurídica endógena. As *normas* jurídicas são então definidas por referência a *operações* jurídicas, isto é, componentes sistêmicos “produzem” componentes sistêmicos”²⁶.

Se a metáfora com o corpo humano for permitida, ainda que a título de extrema licenciosidade de expressão, poder-se-ia dizer que o direito *digeriria* todos os elementos a partir das aptidões de seu próprio *sistema-corpo*.

25 Cf. TEUBNER, 1989, p. 65.

26 TEUBNER, 1989, p. 85.

Neste sentido, os precedentes seriam células produzidas a partir da ingestão de determinados *fatores-problemas* (a morosidade, a insegurança, a desigualdade etc.) que estariam a exercer pressão. A absorção deste mecanismo, porém, que, no caso brasileiro, é exógeno ou estrangeiro, faz-se sob a perspectiva peculiar do modelo no qual se vê inserido, considerando-se ainda que a teoria *auto-poiética* não afasta influência do meio, mas sublinha a “forma particular” como se dá a sua repercussão²⁷.

A partir do momento em que os precedentes se situam como foco real utilizado na prática de solução dos conflitos, passam eles a compor um processo de criação jurídica endógena que integra o sistema geral. Os precedentes seriam, sob esta ótica, componentes sistêmicos criados a partir de componentes sistêmicos.

O ambiente-meio, neste caso, é não apenas aquele que envolve as variadas vertentes do conflito (decisões diferentes para a mesma situação, demora para a produção de decisão quanto a casos que já encontram solução coincidente em tribunais superiores, por exemplo), mas também aquele que diz respeito às experiências de produção jurídica externa, acessíveis como doutrina ou informação.

Assim se pontuam as faces de abertura e de fechamento dos sistemas, que enfatizam a diferença entre os tratamentos das várias expressões do conflito, que podem ser resumidas na seguinte pontuação de *Luhmann*:

“Os sistemas jurídicos utilizam esta diferença para combinar o fechamento da auto-reprodução e a abertura de sua relação com o ambiente. Em outras palavras, o direito é um sistema “de fechamento normativo”, mas “de abertura cognitiva”.²⁸

A abertura cognitiva do sistema jurídico alcança os sistemas conexos que são absorvidos e vertidos na linguagem e/ou na perspectiva técnico-operacional-conceitual nele peculiarmente

27 TEUBNER, 1989, p. 45.

28 “Les systèmes juridiques utilisent cette différence pour combiner la clôture de l’auto-reproduction et l’ouverture de leur relation à l’environnement. En d’autres termes, le droit est un système “de clôture normative”, mais “d’ouverture cognitive”. – LUHMANN, 1986, p. 173.

adotada. A todo fator que aparentemente se apresente como externo ao direito haverá um desdobramento de feição estritamente jurídica exposto até mesmo nas entredobras do processo. Se o conteúdo protetivo da lei não é aceito pela parte *contra quem* se protege, isto resultará numa maior dificuldade de aceitação espontânea da norma, numa beligerância maior no processo, com o uso exaustivo dos meios de impugnação e com a insistência no prolongamento da execução.

De certa forma, a introdução do precedente do caso brasileiro visa a obstruir ou minorar o uso deste caminho.

3. O PRECEDENTE NA SOLUÇÃO DO CONFLITO – A VARIEDADE DOS SISTEMAS

O limite da função do juiz é dado pela lei numa versão tradicional que ganha na história do direito rasgos variados que percorrem a força vinculadora positivista justificada pela tendência de manutenção política até o normativismo em suas versões a partir da tônica *kelseniana* ou para lá de seu desenvolvimento²⁹.

Além desta, que é a revelação de uma perspectiva externa de compreensão genérica do sistema, há a ressonância de sua própria e peculiar história, como enfatizam os autores belgas:

“A observação dos fenômenos jurídicos concretos revela, além disto, inumeráveis formas híbridas entre estes diversos sistemas jurídicos. Uns são o resultado da imposição forçada de regimes jurídicos que se seguiram à colonização e os outros resultam de decisões de recepção voluntária”³⁰.

Quando um sistema se apropria de dados que, historicamente, compõem os modos de operação de outro, este processo de adaptação não discrepa dos mecanismos auto-referenciais que se mencionou. Os elementos exógenos tomarão a feição própria do resultado de sua *digestão* sob a perspectiva inteira do modelo receptor.

29 Cf. ROSS, 1999, p. 390 *et seq.*

30 “L’observation des phénomènes juridiques concrets révèle, par ailleurs, d’innombrables formes d’hybridation entre ces divers systèmes juridiques. Les uns sont le résultat de l’imposition forcée de régimes juridiques consécutive à la colonisation, les autres résultent de décisions de réception volontaire” – OST, KERCHOVE, 1988, p. 221.

Assim, por um lado, a lei abstrata e geral ganha uma compleição diversa quando atua no anglo-americano em que o precedente constitui o principal suporte definidor do quadro normativo. Os modos de compreensão de sua atuação baseiam-se em perspectivas diferentes daquelas usadas no romano-germânico³¹. Por outro lado, quando este último, em que a norma geral e abstrata é o fenômeno de expressão do direito, assimila o precedente, o faz com uma tendência também generalizadora e não com vistas à composição concreta ou tópica que caracteriza o outro modelo.

As razões que levam à recepção de modelos de operação diversos e se ligam a necessidades ou contingências histórico-sociológicas as mais variadas.

A lógica com que se analise um e outro modelo muda, assim como a maneira como se assentam os instrumentos internos para a solução do conflito, abrangendo aqui o processo que leva o juiz à decisão. Se no codificado prevalece um processo dedutivo (do geral para o particular), no anglo-americano prevalece um processo indutivo (do particular para o geral), o que é acentuado por *Kaufmann*:

“Ao direito inglês, que é essencialmente *case law*, subjaz um conceito de direito diferente do que nós conhecemos. O (mais alto) precedente judicial é, em certa medida, uma lei individual (...); não obstante, aqui é válido o que antes se afirmou: que um precedente só pode ser vinculante (“normativo”), para futuras decisões quando nele se reconhece um pensamento jurídico geral.”³²

No caso brasileiro, o precedente é considerado a generalização absoluta, o dado *generalizador-do-geral*, que se sobrepõe à própria lei, com um caráter de *sobredireito*, porque dita ou pretende ditar o modo unívoco que contamina e envolve todos os sentidos de interpretação. O precedente parece *maior* do que a lei, parece conter

31 Sobre a separação entre os sistemas ou as ditas famílias, cf. FRIEDMAN, 19—, p. 16 *et seq.*

32 “Al derecho inglés, que es esencialmente *case law*, le subyace un concepto de derecho diferente al que nosotros conocemos. El (más alto), precedente judicial es, en cierta medida, una ley individual (...); no obstante, aquí es válido lo dicho más arriba: que un precedente sólo puede ser vinculante (“normativo”), para futuras decisiones cuando en el reconoce un pensamiento jurídico general.” — Cf. ALLEN, 1969, p. 235 *et seq.*, notadamente para a história de composição destes dois sistemas de decidir.

um poder de captação ainda *mais abstrato e mais generalizador*, sem qualquer proximidade direta com o fluxo concreto da realidade.

A direção do caso paradigmático é perdida. A pontuação dos fatos que originaram a solução do caso concreto passa a ter o mesmo efeito dos dados históricos ligados ao processo legislativo, aos pareceres, às justificativas apresentadas aos projetos de lei. A sua incidência dá-se incondicionadamente e sem a necessidade de exame de qualquer antecedente concreto. Valem com a mesma força abstrata da lei: não se sabe na verdade qual é o precedente que fica fundido no enunciado, que os condensa em decisão administrativa.

As angulações antinômicas desta feição genérica foram vistas por *Ribeiro de Vilhena*:

“A natureza da súmula como norma individual, oriunda do caso concreto, com força vinculante (e não meramente persuasiva) para hipóteses idênticas, parte de sua própria fonte, o órgão que edita e das específicas condições de sua germinação, de seu amadurecimento e de sua finalidade, que são os mesmos casos concretos futuros”³³.

Esta é uma primeira perspectiva, a ponta de um enorme *iceberg* que resulta do processo de congelamento e que esconde etapas e situações (fatos juridicamente relevantes) sobre os quais se deve falar porque, também eles, integram a circularidade do sistema e são por ele deglutidos.

4. O PRECEDENTE E SUA ABSORÇÃO NO SISTEMA – O CASO BRASILEIRO

O rádio ligado deu a notícia. O projeto de lei que previa o pagamento das horas que o trabalhador gasta no transporte fornecido pelo empregador foi aprovado após longo período de discussão e seria encaminhado ao Presidente da República para sanção³⁴. O jornalista-

33 VILHENA, 1994, p. 302.

34 Lei 10.243/01: “Art. 58 (...) § 2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.”

locutor comentou, com ares solenes, que a medida implicaria aumento das despesas dos empregadores e causaria grande comoção, levando a que as empresas deixassem de fornecer transporte e a que os empregados fossem obrigados a usar o transporte coletivo. O projeto foi sancionado e se converteu na Lei 10.243/01, que se abriu para o mundo do conflito como nova fonte de dissensões.

Na concepção daquele narrador-leigo tudo era novidade.

Ele não sabia que há mais de quinze anos, vigora uma construção híbrida, que é a chamada *súmula 90* do C. TST, a qual não integra formalmente a ordem jurídica, dispondo sobre a obrigação de o empregador pagar as chamadas horas *in itinere*, ainda que sua constitucionalidade tenha sido impugnada em diversas oportunidades, especialmente na doutrina.

Neste caso, o pedido vinha corriqueiramente fundamentado não no art. 4º da CLT que, em sua generalidade, não prevê aqueles efeitos específicos, mas no próprio enunciado³⁵. A súmula era, em última análise, a *lei* que era fundamento da pretensão.

Este fato reforça a constatação de que a figura do precedente, absorvida no sistema brasileiro, vem ganhando no curso dos últimos anos uma dispersão cada vez maior 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.

Veja-se, mais uma vez, a lição de *Ribeiro de Vilhena*:

“Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada; quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No

“Art. 458 (...) § 2º Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador: (...)

III – transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público; (...).”

35 Cf, por exemplo, VILHENA, 1994, p. 291-309.

primeiro caso, o tribunal cria, com sua decisão dotada de força de precedente, direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume caráter de uma norma geral. Em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, tal como o órgão a que a Constituição confere poderes para legislar. A decisão judicial é vinculante para a decisão de casos idênticos pelo fato de a norma individual que ela representa ser generalizada.”³⁶

Esta absorção pela ordem jurídica faz-se, todavia, de forma anômala quando eles se comparam com outras fontes de emissão normativa, porque ao mesmo tempo em que integram o sistema, não se sujeitam a qualquer controle aos quais se submetem, normalmente, as leis ou mesmo as *normas do caso*, as sentenças, pelos recursos e/ou pelas ações rescisórias.

Para se ter uma idéia mais minudente daquilo a que se refere, um bom ponto de controle será a análise histórico-dogmática das regras que disciplinam a sua edição, no que concerne, especificamente, ao direito e ao processo do trabalho.

A força vinculante do precedente tem sua matriz originária já na CLT da primeira hora que em 1943 dispunha:

“Art. 902 – É facultado ao Tribunal Superior do Trabalho estabelecer prejulgados, na forma que prescrever o seu Regimento Interno.

§1º Uma vez estabelecido o prejulgado, os Tribunais Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e os juízes de Direito investidos da jurisdição da Justiça do Trabalho ficarão obrigados a respeitá-lo.”

O ponto mais importante para a compreensão do problema será, porém, a assimilação dos efeitos da decisão do C. STF que, em 1977, assim se posicionou na Representação por Inconstitucionalidade 946/DF:

³⁶ Kelsen, 1985, p. 267.

“PREJULGADO DO TST. Não constituindo ato normativo – dado que o art. 902, §1º da CLT, que lhe atribuía tal caráter, foi revogado pela Constituição de 1946 –, não pode ser objeto de representação por inconstitucionalidade. Representação não conhecida”³⁷.

Fixou-se naquela decisão que o prejudgado *não constitui ato normativo* e, por isto, sua valoração está fora da escala de apropriações criada na ordem jurídica sob a tônica de sua dinâmica.

Em trabalho publicado naquele mesmo ano de 1977, *Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena* prenuncia que

“árvore da mesma família que as súmulas, os prejudgados trabalhistas, se mantidos, continuarão a operar com a mesma força de vinculação que aquelas”³⁸.

Esta profecia confirma-se e para compreender a sua extensão, basta se analisem os dispositivos que cuidam das hipóteses de cabimento dos recursos de revista previstas no art. 896 da CLT e, especialmente, no alínea a e §§3º e 5º.

Esta realidade, no processo do trabalho, tem uma face mais abrangente e pulverizada. Além das tradicionais súmulas, que geralmente se originam da edição pelo Tribunal, em sua composição plena, há a vigência das chamadas *Orientações Jurisprudenciais*, que decorrem de decisão das Seções de Dissídios Individuais (SDI – I e SDI – II, esta última encarregada dos dissídios individuais que resultem de matéria de competência originária dos tribunais regionais – mandados de segurança, ações rescisórias etc.), que funcionam como parâmetro para a configuração de divergência e ponto de apoio para a veiculação da impugnação para o TST que teve seu foco de dispersão num enunciado³⁹ e que para lá retorna, num movimento circular, quase reflexivo⁴⁰. Por outro lado, o referido §3º

37 Publicação da decisão no DJ de maio de 1977

38 VILHENA, 1977, p. 83-100.

39 “Enun. 333 – Não ensejam recursos de revista ou de embargos decisões superadas por iterativa, notória e atual jurisprudência da Seção Especializada em Dissídios Individuais.”

40 “Precedente 219 – RECURSO DE REVISTA OU DE EMBARGOS FUNDAMENTADO EM ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TST. É válida, para efeito de conhecimento de recurso de revista ou de embargos, a invocação de Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, desde que, das razões recursais, conste seu número ou conteúdo.”

do art. 896 consigna uma força de captação incisiva para o resultado da uniformização de jurisprudência que se pontua como um dever dos Tribunais Regionais (“procederão obrigatoriamente à uniformização de sua jurisprudência”).

Da interpretação dos dispositivos conclui-se que assimilação da força vinculativa dos precedentes com a sua condensação em *súmulas*, em *enunciados* ou em *orientações jurisprudenciais* decorre de um comando expresso que dá ao Tribunal Superior do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho o *poder-dever* de os editar. Uma vez postos em vigor eles se implantam como pólos de controle da interpretação.

A expressa generalização desta tendência vem com a previsão do §1º do art. 518 do CPC, introduzido pela Lei n. 11.276, de 7 de fevereiro de 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 do Supremo Tribunal Federal”.

A força de contenção deste dispositivo e o caráter vinculante que ele atribui diretamente às súmulas é inferido 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 entra como um pressuposto de ordem formal, ao lado do cabimento, do preparo e do prazo e que pode ser apreciado pelo juiz que prolatou a sentença, sem qualquer interferência do órgão de revisão.

Podem, então, o juiz de primeiro grau de jurisdição e as turmas dos Tribunais Regionais julgar *contra* os precedentes dentro do princípio de livre convencimento que é base do sistema jurisdicional como um todo? Se o fazem, qual será o efeito? Quais os mecanismos para a impugnação neste caso?

As respostas são aparentemente singelas, mas visceralmente delusórias. Os juízes *podem* julgar contra os precedentes e também *podem* fazê-lo os tribunais. No entanto, quando assim procedem os recursos de revista ou recursos especiais sobem para os tribunais superiores impulsionados pela mesma energia grave que movimenta os foguetes. Isto significa, na prática, a disseminação ociosa do

conflito porque o resultado será, fatalmente, a pasteurização do entendimento no sentido do precedente com perda do tempo e das esperanças gastas no sentido de sua alteração.

As hipóteses em que tenha ocorrido revisão de posição em razão destes recursos são estatisticamente insignificantes.

E como abrir caminhos para a revisão das concepções sedimentadas? Haveria aqui o risco da *cristalização inoperante* com aquelas mesmas críticas outrora formuladas por Savigny?⁴¹

O conflito constitui um dado inerente no direito e pode ser visto de matizados ângulos⁴². O direito o absorve e o digere de modos variados – às vezes, avaliando todos os seus desdobramentos, às vezes selecionando tópicos. Os atores deste processo de seleção são, mais uma vez, as partes-destinatárias e aqueles, de algum modo, associados ao sistema de aplicação do direito (juízes, advogados e, especialmente, doutrinadores ou estudiosos).

A integração da argumentação jurídica no sistema faz-se pelos meios formais de impugnação, que são canais pelos quais se organiza 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 para a 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.

No modo como se pontua, hoje, na ordem jurídica, 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. Posiciona-se ele numa faixa paradoxal em que é e, concomitantemente, não é norma.

41 THIBAUT, SAVIGNY, 1970, p. 50 *et seq.*

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

Em sentido oposto à lógica das impugnações, o valor hierárquico não abrange, no sistema brasileiro, o precedente e isto constitui uma anomalia, uma antinomia e/ou um paradoxo, porque afronta um sentido geral de organização escalonada da ordem jurídica. Há um isolamento do precedente que não se sujeita a qualquer forma de controle – formal, material e na esfera das autorizações para sua existência a partir da compatibilização com o sistema. Falta o diálogo a que se refere *Pasqualini* que o transforma em algo absoluto e inquestionável:

“No contexto do sistema jurídico e, por conseguinte, da hermenêutica jurídica, nada é absoluto – exceção feita ao princípio da hierarquização axiológica – motivo por que toda norma, princípio ou valor só revelará o seu verdadeiro preceito a partir do diálogo com as demais normas, princípios ou valores jurídicos. O melhor significado legal ou principiológico há de ser recolhido, por assim dizer, da alteridade jurídica resultante do encontro finalístico das partes com a inteireza do sistema. (...) O direito é posto como totalidade valorativa”⁴³.

Se, no modelo inglês, os precedentes são normas, seria de se esperar que, transplantados para o brasileiro, sua absorção os situasse no quadro normativo com a inferência da alteridade e não a partir de uma cena partida ou de um invólucro mal digerido.

O caráter problemático do direito e a necessidade de construção de catálogos contendo os *lugares-comuns*, a que se referia *Viehweg*, aplicam-se magnificamente para o entendimento do fenômeno⁴⁴. Os mecanismos da tópica, tais como descritos por *Viehweg*, em sua aplicação ao conhecimento do direito ganham ressonância na hipótese examinada principalmente pela impossibilidade de exaustão do caráter problemático.

Uma exploração, talvez superficial, poderia basear-se na impressão de que a absorção se dá apenas parcialmente quanto aos elementos exógenos exatamente em razão da fragilidade dos instrumentos, ou seja, se se abrisse a via ampla para a inserção

43 PASQUALINI, 1999, p. 90

44 Cf. VIEHWEG, 1974.

normativa e para a impugnação, o ideal de estabilização ruiria e a redução dos conflitos seria ainda mais ilusória.

Os precedentes visam à diminuição da margem de conflito, estabelecendo, por meio de sua autoridade, a eliminação da dúvida⁴⁵. Funcionam como uma solução internamente construída, que também possibilitaria uma linha mínima de previsão de riscos para quem é destinatário da incidência da norma jurídica reguladora (no caso do Direito do Trabalho, empregados, empregadores, sindicatos etc.) e para quem é partícipe do jogo processual de sua aplicação (advogados, juízes e até sindicatos, cuja força de ponderação é essencial no momento da avaliação do risco para os acordos efetivados em razão da negociação coletiva).

A sua construção toma por raiz definidora os princípios da celeridade, focado na tendência à diminuição do conflito, na medida em que se situam na ordem da definição prévia – da predição – do modo como a regra será interpretada, e da igualdade, pela tendência de firmarem o mesmo efeito interpretativo em relação a todos os que vivenciarem a mesma experiência de conflito.

A possibilidade desta predição constitui ponto muito sensível às buscas científicas do direito. Pode-se retomar, à guisa de exemplo, *Karl Olivecrona* que insiste nas suas dificuldades justamente a partir da certeza da mobilidade das decisões dos tribunais. Para consumir suas dúvidas diz ele:

“Os fatos que estão presentes no caso de um direito subjetivo consistem na probabilidade de que um tribunal, se quem possui o direito o solicita, atuará de certa maneira em seu favor.”⁴⁶

Quando o autor escandinavo situa a decisão judicial como uma *possibilidade* e traz a lume o quadro de riscos que envolve não apenas a decisão concreta, como, em certa medida e pela impossibilidade

45 Cf. SCHMITT, 1998, p. 90-1.

46 “Los hechos que están presentes en el caso de un derecho subjetivo consisten en la probabilidad de que un tribunal, si quien posee el derecho lo solicita, actuará de cierta manera en su favor” – OLIVECRONA, 1968, p. 18. Cf. o desenvolvimento, deste tema, a partir de p. 17 e seguindo até p. 20.

da impugnação, a decisão que leva à edição da norma geral consagrada na *súmula*.

A questão pode ser vista sob o enfoque da frustração a outros princípios valorativos que estão focados na Constituição, especialmente aqueles incorporados no art. 5º, incisos II e XXXV.

Neste caso, não é a lei que exclui a possibilidade de *apreciação* da alegação de lesão ou de ameaça a direito, mas é o fato, definido pelo entendimento dominante, de que este mecanismo de controle não constitui norma jurídica e está apenas parcialmente integrado à ordem corriqueira de funcionamento do sistema e, portanto, não pode ter sua eficácia e/ou seu fundamento de validade apreciado em relação ao procedimento que levou à sua edição, à sua forma e ao seu conteúdo material.

A compatibilidade constitui, neste caso, um foco presumido de forma absoluta a partir dos efeitos diretos de sua edição e não sofre as consequências de quaisquer dos mecanismos de controle e de impugnação, o que, mais uma vez, afronta as noções de ampla defesa e de pleno contraditório, como se fixa também na Constituição vigente, por seu art. 5º, inciso LV.

O precedente é hoje no direito brasileiro uma resposta – possível – a imposições que foram feitas ao sistema e que foram por ele absorvidas. A resposta porém não é completa sob a ótica deste próprio sistema e constitui uma quebra em sua estrutura formativa própria a partir da impossibilidade de impugnação e de questionamento dos nexos formais e materiais que autorizaram sua vigência ou de sua situação a partir dos moldes da estática e da dinâmica de sua criação.

O seu resultado é um paradoxo que se instala como *interminável* ou *inexorável*: o precedente constitui um vetor de segurança, mas só o é porque, diferentemente de todos os outros mecanismos de composição normativa, ele não admite impugnação. Se o precedente viesse a integrar toda a composição do sistema e deixasse de ser este elemento híbrido e desfocado de suas linhas gerais norteadoras, também ele, seria fonte originadora de conflito, uma vez que o primeiro item de todas as peças processuais que contivessem pretensão contra sua linha de entendimento seria a crítica de sua constitucionalidade,

de sua legalidade, do mérito da opção discricionária apropriada para a fixação do entendimento que nele se consigna.

Segundo *Luhmann*:

“Toda significação, mesmo aquela dos fatos puramente eventuais, pode vir evidenciar a competência do direito, isto é, a inserir-se na auto-reprodução do sistema jurídico. (...) O sistema jurídico define os tipos de eventos que terão tal efeito, e é impossível decidir isto sem o conhecimento deste sistema.”⁴⁷

Seria esta uma forma de auto-reprodução do sistema que guarda tal peculiaridade exatamente para garantir-lhe a sustentação? Justificar-se-ia a adesão tão absoluta ao sentido neles contido? Quais os efeitos de se *esconder* o modo como verdadeiramente se dá a inserção das súmulas, dos precedentes e das orientações jurisprudenciais?

Falando do processo de validação das regras jurídicas a partir dos critérios “impregnados de filosofia juspositivista”, *François Ost* reafirma que a definição é feita a partir de critérios formais fixados pela própria ordem jurídica. Referindo-se a *Dworkin* que chamaria de *teste de pedigree* esta procura de elementos que são preponderantemente formais, ressalta o autor o fato de que apenas o sistema jurídico

“por seu funcionamento autopoietico, está habilitado a atribuir qualidade jurídica aos elementos que ele determina. Deste modo, reproduz-se um processo sem fim, e não intencional, de reprodução dos elementos jurídicos por eles-mesmos.”⁴⁸

O teste de *pedigree* basta pelo simples fato de que os precedentes têm funcionado na prática? Poder-se-ia dizer que *assim é porque é assim?*

47 “Toute signification, même celle de faits purement événementiels peut en venir à relever de compétence du droit, c'est-à-dire à entrer dans l'auto-reproduction du système juridique. (...) C'est le système juridique qui définit les types d'événements qui ont un tel effet, et il est impossible d'en décider sans la connaissance du système juridique.” – LUHMANN, 1986, p. 169.

48 “Seul le système juridique, par son fonctionnement autopoietique, est en mesure de conférer la qualité juridique aux éléments qu'il détermine. Ainsi se reproduit un processus sans fins, et non intentionnel, de reproduction des éléments juridiques par eux-mêmes.” – OST, 1986, p. 139.

Por outro lado, quem ousaria franquear a impugnação e fazer com que o conflito jurídico, deduzido a partir de todo o seu amplo flanco de artificialidades, viesse à tona?

A revisão constitucional do art. 103 da Constituição de 1988, pela EC 45/04, que implantou reforma do Poder Judiciário, previu a atribuição de efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal, no art. 103-A, mas também trouxe a expressa menção à possibilidade de impugnação como se vê de seu §2º⁴⁹ com efeitos *erga omnes* nos moldes das ações diretas de inconstitucionalidade.

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 como se analisará a incompatibilidade sistemática delas no plano da 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.

Os vários aspectos referentes aos precedentes devem ser enfrentadas sob uma perspectiva também clara, quando se considera a sua força de vinculação informalmente assimilada.

A incompatibilidade 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.

Se o fato de serem padrão para a aferição de adequação da opção interpretadora da decisão, no caso dos recursos de revista ou de recursos especiais, implica a elevação dos precedentes a um patamar que é mais abrangente do que o da própria lei interpretada, significa que o sistema, dogmática ou formalmente, outorgou-lhe aquele *pedigree*.

Não se pode a partir dos efeitos desta constatação, porém, entender que se deva assimilar esta inserção sem a possibilidade do exercício da avaliação de seu *status*, que é uma característica própria

⁴⁹ “§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”.

da ordem jurídica, sem admitir que o questionamento da súmula constitui uma conseqüência da necessidade que o sistema tem de *respirar*.

Nesta vertente, a idéia de impugnação apenas por meio de mecanismos que alcancem efeitos *erga omnes* é consentânea com a natureza do sentido de consolidação de entendimentos que se prefigura pelas súmulas, evitando que delas próprias se originasse uma pulverização apropriadora pela variedade de ações. Do ponto de vista da opção política de tratamento geral da matéria, a impugnabilidade com um caráter mais restrito quanto às legitimações e mais amplo quanto aos efeitos – ainda que abrangendo aspectos formais e materiais – parece ser mesmo a mais adequada e evitaria os riscos de sua utilização como mero estratagema retórico, como foco artificial de conflito de interpretação jurídica.

No entanto, está-se aqui às voltas com a possibilidade em abstrato.

A questão de aporte mais direto pode ser o exercício da crítica plena pela doutrina que, a partir de uma visão que não despreze as faixas do contexto, analise francamente as hipóteses.

CONCLUSÃO

Este pequeno estudo poderia ser encerrado, talvez, com a mensagem de *Alf Ross*:

“a relação entre a lei e o juiz, entre o juiz e o povo, ainda não encontrou seu desenvolvimento político-prático e sociológico, e seguramente continuará estando na ordem do dia nos debates práticos dos tempos vindouros.”⁵⁰

Ela é adequada quando se discutem as perplexidades geradas no sistema heterônomo de solução de conflito que leva à consolidação de entendimentos nos precedentes projetados nas súmulas, em seus enunciados e nas *orientações jurisprudenciais*.

50 “la relación entre la ley y el juez, entre el juez y el pueblo, aún no há encontrado su desarrollo político-prático y sociológico, y seguramente continuará estando al orden del día en los debates prácticos de los tiempos venideros.” – ROSS, 1999, p. 385.

No entanto, ainda que a vocação delas seja a diminuição da margem de risco para o sistema, a sua absorção traz quebras antinômicas que evidenciam a fragilidade das escolhas e revelam este desencontro do desenvolvimento político-prático e sociológico das relações entre a lei e o juiz e entre o juiz e o povo. Este embate revela outras faces de conflito: os que se sobrepõem entre teoria e prática, entre a tendência generalizadora e a tendência individualizadora. À volta de tudo isto está o método por excelência de concreção do direito que é a interpretação (analógica e/ou dialética) dos fenômenos normativo e factual.

Em qualquer modo de entendimento por que se opte, a realidade como são vividos os precedentes no quadro processual brasileiro deve ser vista com uma angulação múltipla que revele várias faces e que deve continuar na ordem do dia nos debates dos tempos vindouros, sem que as realidades selecionadas para apreensão constituam a negação dos aspectos de fundo mais importantes da experiência que eles envolvem.

De tudo fica o caráter *não-resolvido* do direito e dos mecanismos que ele compõe para a solução dos conflitos. A *não-resolução*, porém, está no direito e está no ser humano que o compõe em suas variadas matrizes. Se não se encontrou uma fórmula correta para encerrar esta passagem, que fique pelo menos a dúvida e um alerta genérico que vem da poesia de *Drummond*, que se homenageia:

“Cobras cegas são notívagas:

O orantagotango é profundamente solitário.

Macacos também preferem o isolamento.

Certas árvores só frutificam de 25 em 25 anos.

Andorinhas copulam em vôo.

O mundo não é o pensamos.”⁵¹

A questão é saber se o mundo do direito e destes mecanismos que solucionam conflitos é exatamente o que pensamos e quais são

51 ANDRADE, Carlos Drummond. *História Natural*. In: *Corpo. Novos Poemas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 1984, p. 27.

estas realidades que se selecionam quando se quer entender o que ele seja.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Martim. *Da igualdade: introdução a jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 1993.
- ALEXY, Robert. *Derecho y razon practica*. 2. ed. Mexico: Fontamara, 1998.
- ALLEN, C. Kemp. *Las fuentes del derecho ingles*. Estudio preliminar por Antonio Ortiz Garcia. Trad. de Antonio Ortiz Garcia. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969.
- 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*. Trad. e introdução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University, 1986.
- FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. Trad. Carlos M. Bidegain. Mexico: Fontamara, 1999.
- FRIEDMAN, Lawrence M. *Introducción al derecho norteamericano*. Trad. Joan Verge i Grau. Zaragoza: Bosch, [19—].
- FRYDMAN, Benoît. *Les sens des lois: histoire de l'interprétation et de la raison juridique*. Bruxelles: Bruylant, 2005.
- GÉRARD, Ph., OST, Fr., KERCHOVE, M. van de et al. *Fonction de juger et pouvoir judiciaire: transformations et déplacements*. Bruxelles: Facultes Universitaires Saint-Louis, 1983.
- HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: Little, Brown, [19—].
- JAMES, Philip S. *Introduction to English law*. 5. ed. London: Butterworths, 1962

- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*. Trad. Luiz Villar Borda e Ana Maria Montoya. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.
- KERCHOVE, Michel van der, OST, Francois. *Le système juridique entre ordre et desordre*. Paris: PUF, 1988.
- LOPES, Mônica Sette. *A convenção coletiva e sua força vinculante*. São Paulo: LTr, 1998.
- LOPES, Mônica Sette. *A eqüidade e os poderes do juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- LOPES, Mônica Sette. O direito em movimento: a linguagem da realidade e as falhas da comunicação. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 44, jan.-jun./04, p. 241-64.
- LOPES, Mônica Sette. O jogo: um paradigma para a execução. *Revista Trabalhista*. Rio de Janeiro, Forense, a. 1, v. 1, p. 141-165, jan./fev./mar. 2002.
- 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.
- MARQUES, Mário Reis. *Codificação e paradigmas na modernidade*. Coimbra: s/ed., 2003.
- MATURANA, Humberto. *A ontologia da realidade*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje juridico y realidad*. Trad. de Ernesto Garzon Valdes. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968.

- OST, François. Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoietique appliqué au droit. *Archives de philosophie du droit*, t. 31, Le système juridique, Paris, Sirey, 1986, p. 133-161.
- PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- ROSS, Alf. *Teoria de las fuentes del derecho: una contribucion a la teoria del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmaticas*. Trad. Jose Luis Munoz de Baena Simon, Aurelio de Prada Garcia y Pablo Lopez Pietsch. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Consticionales, 1999.
- SANTOS, Boaventura Souza. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política de transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2000, v. 1, A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.
- SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitucion*. Trad. Manuel Sanchez Sarto. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Trad. e prefácio de Jose Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- THIBAUT, SAVIGNY. *La codificacon*. Trad. De Jose Diaz Garcia. Introduccion y seleccion de textos de Jacques Stern. Madrid: Aguilar, 1970. La codificación: una controversia programática basada en sus obras: Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania y De la vocación de nuestra epoca para la legislación y la ciencia del derecho.
- VIEHWEG, Teodor. *Topica y jurisprudencia*. Trad. Luis Diez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus. 1964.

VIEHWEG, Teodor. *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*. 5. Auf. München: C. H. Beck, C. H. Beck, 1974.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Horas in itinere – o TST e a Constituição*. In: VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito e processo do trabalho: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

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.

EMENTA

O texto aborda o tema da educação jurídica como processo de formação essencial da cidadania no Brasil contemporâneo. Para se sustentar um projeto de educação para a cidadania inclusive de uma formação jurídica dos indivíduos, pressupõe-se a afirmação do direito como realidade essencialmente ética. Como tal, o direito é componente de experiências éticas dos indivíduos, no plano de suas consciências jurídicas, repositores da formação e atualização da identidade ética não apenas dos indivíduos, mas também, e sobretudo, de sujeitos de direitos, sujeitos ativos do Estado Democrático de Direito.

* Acadêmico do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), onde atua como docente na categoria de professor adjunto, e na Universidade Federal de Goiás (UFG) onde atua como professor titular. Atualmente atua como coordenador do curso de Direito da Faculdade de Direito da UFG.

** Mestre e Doutor em Filosofia da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto do Departamento de Filosofia da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da USP.