



SEMIÓTICA DO DIREITO PARA O ESTUDO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

SEMIOTICS OF LAW FOR THE STUDY OF JUDICIAL PRECEDENTS

Juliana Sípoli Col & Paulo Roberto de Souza¹
UEM – Universidade Estadual de Maringá

RESUMO: O estudo dos precedentes judiciais, antes prioritariamente aplicados em países filiados ao sistema jurídico da *common law*, vem ganhando corpo no Brasil; não apenas com aplicação de precedentes judiciais persuasivos, que possam servir de parâmetros aos julgadores de casos futuros baseados nos mesmos fatos de demandas anteriormente decididas, como dos precedentes vinculantes, com base na teoria do *stare decisis*, sendo um exemplo no direito brasileiro a súmula vinculante, misto de norma jurídica e decisão judicial, o que permite a designação de norma jurídica judicial. A aplicação da Semiótica ao estudo dos precedentes judiciais revela ser esta ciência um instrumento teórico adequado e eficaz, especialmente no viés da pragmática, mediante aplicação da abdução, método que se coaduna com a perspectiva *in futuro* dos precedentes judiciais, de modo a se falar no surgimento, no cenário nacional, da Semiótica do Direito, tendo por objeto de estudo o Direito e, particularmente, os precedentes judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Semiótica do Direito; Precedente Judicial; Abdução.

ABSTRACT: The study of judicial precedents, primarily applied in countries of the *common law* system, has been enhanced in Brazil; not only with the application of persuasive judicial precedents, which may be models to judges of future cases based on the same facts of demands previously decided, as the binding precedents, based on the theory of *stare decisis*, as the example, in Brazilian law, of the binding summary, that is a blending of rule of law and judicial decision, what allows us to call it judicial rule of law. The application of Semiotics for judicial precedents study demonstrates that this science is an adequate and effective theoretical instrument, especially in its pragmatic perspective, by the application of abduction, method which matches with the outlook in future of judicial precedents, in order to speak of the emergence in national scenario, of the Semiotics of Law, whose object of study is Law and, particularly, judicial precedents.

KEYWORDS: Semiotics of Law; Judicial Precedent; Abduction.

¹ Artigo resultante de pesquisa vinculada ao Programa de Iniciação Científica da Universidade Estadual de Maringá – Paraná (PIC-UEM); sob orientação do Prof. Dr. Paulo Roberto de Souza.

1) Considerações acerca do precedente judicial e da teoria do *stare decisis*

Impende inicialmente considerar-se a conceituação de precedente judicial, cujo desenvolvimento deu-se, sobretudo, no sistema jurídico da *common law* (embora hoje seja patente a aproximação e mescla entre os sistemas jurídicos da *common law*, tendo por fonte do direito principalmente precedentes judiciais, e o sistema jurídico da *civil law* ou romano-germânico, cuja fonte primacial do direito é a lei), cujo nascedouro se dá na Inglaterra, tendo por base o *case law*, ou casos levados a julgamento em tribunais ou cortes, como assim se designa nos países desse sistema jurídico. Segundo esclarecimento de Marcelo de Souza (2008, p. 51): “[...]a decisão de um caso tomada anteriormente pelo Judiciário constitui, para os casos a ele semelhantes, um precedente judicial. Daí se vê, sem maior esforço, que o precedente judicial existe em qualquer sistema jurídico”. Bem colocado, portanto, o termo precedente em relação à decisão anteriormente tomada que serve de paradigma para juízes que venham a julgar casos posteriores baseados em fatos análogos.

Contudo, o precedente judicial é classificável de acordo com o grau de vinculação do julgador de casos subsequentes com relação à decisão anterior; tem-se, assim: precedentes absolutamente obrigatórios (*binding precedents*) ou vinculantes em sentido forte (*must sources*); precedentes relativamente obrigatórios ou vinculantes em sentido frágil (*should-sources*); e precedentes persuasivos (*may-sources*). É aos primeiros, que passamos a chamar, simplesmente de precedentes vinculantes, a que se refere a teoria do *stare decisis*, da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, em tradução livre: no que está decidido não se mexe ou move. Segundo tal teoria, é obrigatório seguir, na decisão de um caso semelhante posterior, a decisão anteriormente tomada ou, mais especificamente, a *ratio decidendi* ou as *rationes decidendi* – pois que é possível encontrar mais de uma – do caso anterior, que é entendida, embora as sérias divergências doutrinárias a respeito do tema, como a proposição ou regra de direito, extraída, para parte dos autores, dos fatos considerados fundamentais (*material facts*) pelo juiz da causa anterior e com base nos quais tenha decidido (GOODHART, 1930) ou, para outros, nas razões, ou seja, na motivação ou fundamentação das sentenças judiciais (MACCORMICK, 2005). A segunda tem sido atualmente a tese prevalecente, o que mesmo nos parece razoável em um momento em que se chocam facticidade, ante a expressão do poder ou *auctoritas* do julgador, e validade, quanto à pretensão de correção das decisões judiciais (HABERMAS, 1997), sendo a correção estreitamente vinculada à justificação pela qual se possa aferir a correção da decisão tomada.

Por outro lado, em contraposição à *ratio decidendi*, há o *dictum* ou *obiter dictum*. Para a teoria de Wambaugh, a *ratio decidendi* é a proposição ou regra necessária para que a solução do caso tenha sido em determinado sentido; já o *dictum* ou *obiter dictum*, diria respeito a uma proposição do julgamento que não seja necessária para a decisão (SOUZA, 2008, pp. 126-127) e, por tal razão não vincula o julgador de um caso subsequente, o que somente ocorre com relação à *ratio decidendi*. Falando-se, contudo, da teoria do *stare decisis*, segundo a qual há de se observar compulsoriamente a regra extraída da proposição de um caso julgado anteriormente e semelhante à situação do segundo caso, em julgamento; exige-se, com isso, especial atenção à *ratio decidendi* como o elemento da decisão que é, efetivamente, vinculante. Com relação a esse elemento, Thomas de Bustamante (2007) levanta dois problemas: primeiramente, o da própria identificação da *ratio* ou *rationes decidendi* de um caso, especialmente ante as divergências teóricas, já que para alguns deve-se buscar a *ratio* nos fatos, para outros nas razões do juiz; e, em segundo lugar, avaliar o peso ou grau de vinculação desta *ratio decidendi* e, logo, do precedente judicial.

O mesmo autor propõe, acertadamente, como solução para o problema, as operações de aplicação do direito propostas por Robert Alexy: subsunção no caso de regras e ponderação no caso de princípio (BUSTAMANTE, 2007, pp. 309-310). A subsunção trata-se de uma operação lógica de verificação acerca da adequação ou, mais especificamente, enquadramento da hipótese fática, ocorrência no mundo dos fatos, à hipótese legal, já que, consoante explica Lourival Vilanova (1976, p. 115), sob o prisma da perspectiva sintática, a proposição normativa consta de uma estrutura dual, contendo um *descriptor*, ou a hipótese que descreve um fato possível do mundo; e uma relação deôntica (de dever-ser), um *prescriptor* entre sujeitos de ações ou omissões. A ponderação, por sua vez, consiste em metodologia de aplicação de princípios, em sentido estrito, ou de valoração comparativa entre as *razões* ou *argumentos* que podem ser utilizados no discurso jurídico (BUSTAMANTE, 2007, p. 318). A ponderação está intimamente relacionada ao princípio da proporcionalidade, concernente ao cotejamento e sopesamento de valores ou princípios a fim de se aplicar, em dado caso, um dos princípios, sem excluir de outros casos o princípio preterido naquela decisão; o que difere de uma regra, pois, quanto a esta, escolhe-se uma, e apenas uma opção com exclusão de todas as demais – tudo ou nada, *all-or-nothing* (DWORKIN, 1978, p. 24), do que discorda MacMormick e, justamente por isso, este autor concebe a possibilidade de haver mais de uma *ratio decidendi* (BUSTAMANTE, 2007). Tem-se, com isso que, quanto aos precedentes judiciais, pela subsunção pode-se apenas identificar as *rationes decidendi* (uma norma adscrita do tipo regra); já com a ponderação é possível aferir-se seu peso ou grau de vinculação (*Idem*, p. 311).

Ressalta-se, quanto a isso, que ao tomar certo caso cujos fatos se assemelhem a fatos já decididos em um julgamento anterior sendo este, por conseguinte, um precedente judicial em relação ao segundo caso, tem-se que o órgão julgador há de realizar atividade, por um lado de subsunção e, por outro, de ponderação, em busca das normas extraíveis de decisões que possam ser precedentes à solução daquele caso ou de outros casos futuros. Tem-se, assim, uma atividade não meramente descritiva por parte do órgão julgador, mas a exigência de decisão acerca da forma argumentativa atribuível à *ratio decidendi* a ser utilizada como elemento de justificação [e veja-se que cumpre diferenciar as razões ou fundamentação do julgador, no sentido da indicação das motivações que o levaram a dada decisão; de justificação, como demonstração da correção dessa decisão] de um caso ainda não solucionado, ingressando-se em uma dimensão normativa em que há não meros observadores, mas participantes do discurso (*Ibidem*, p. 238). O que nos parece levar à compreensão dessa atividade como (re)construtiva ou, por outro viés, desconstrutiva sob a perspectiva de Derrida (2004); restando claro, de toda maneira, a postura ativa do intérprete na construção do sentido.

E isso se dá no sentido não apenas de voltar os olhos ao passado a fim de buscar a *ratio decidendi*, tendo-se, no presente, o caso em julgamento, cotejando-o com o caso pretérito. Tem-se outra perspectiva que é, em verdade, a que desperta maior atenção: a análise do precedente e de sua aplicação futura, tendo-se em vista, por conseguinte, não sua existência como experiência pretérita, mas como experiência para o futuro, uma vez que seus efeitos vinculam casos posteriores e, assim, dão-se *in futuro*. Neste sentido é que se fala da Semiótica do Direito, em especial o viés pragmático, dentro da proposta linguístico-filosófica do *linguistic turn*, na ótica do participante e tendo a linguagem como centro; referenciais teóricos para o estudo dos precedentes judiciais no Brasil.

2) Semiótica do direito para o estudo dos precedentes judiciais.

O estudo dos precedentes judiciais no Brasil tem sido gradativamente maior, até mesmo em razão da aproximação, consoante exposto, dos sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*, ao qual o Direito brasileiro adere; seja por uma questão de globalização ou de busca de aperfeiçoamento dos sistemas jurídicos, com a necessidade maior de codificação, por parte daquele e de relevar mais as decisões judiciais por este sistema, falando-se, assim de uma *commonlawlização* (PORTO, 2005). Parece que a aplicação da teoria do *stare decisis*, com os *binding precedents* ou precedentes vinculantes tem no Brasil, como um de seus casos – possivelmente *sui generis* e, logo, distinto da aplicação do *binding precedent* no sistema da *common law* – a súmula vinculante, salientando-se, todavia, as sérias divergências, como em muitas outras matérias que causam grande celeuma na seara do Direito, acerca da natureza da súmula vinculante, ou seja, se detentora do caráter de fonte do direito ou não, por consistir em criação normativa ou mera interpretação da lei.

A súmula pode ou não ser vinculante. A súmula, entendida como resumo, síntese, diz respeito às posições reiteradas dos tribunais de segundo grau (tribunais de justiça dos estados e os tribunais regionais federais), ou do Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho. Já as súmulas de efeito vinculante são o enunciado proferido pelo Supremo Tribunal Federal em questões que envolvam controvérsia atual de matéria constitucional – e, hodiernamente, exige-se que além deste requisito, possuam repercussão geral, que se trata, em linhas gerais, de questões que tenham repercussões perante a sociedade, que transcendam os interesses estritamente particulares. Essas súmulas vinculantes, segundo posição doutrinária majoritária, muito embora tenham este efeito, vinculante, a rigor, não criariam norma, mas apenas indicariam o sentido ou correta interpretação da lei, ou seja, a adequada inteligência de certa lei à luz da Constituição Federal. Há, contudo, de se relevar o problema relativo a texto ou lei *versus* norma. Segundo explicita Lênio Streck (2009, p. 225) a norma é resultado da interpretação do texto, muito embora este não subsista sem aquela, sendo que a interpretação do texto em busca da norma é já sua aplicação, como bem esclarece o Ministro Eros Grau, para quem são interpretados textos legislativos em busca da norma jurídica, a qual é produzida para ser aplicada em um caso concreto por meio de uma decisão judicial que a expresse, por isso a interpretação é já aplicação e “a norma é produzida pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser)” (GRAU, 2009, p. 32).

Desta forma, a norma não é um dado, mas um resultado construído pela atividade do intérprete. Tem-se, com isso, que sendo a súmula vinculante o resultado interpretativo do Supremo Tribunal Federal, à luz da Constituição Federal, acerca da lei; sob este prisma, é, portanto, norma e *criada* da mesma forma como se cria a norma extraída da lei. E, considerando-se o caráter vinculante da súmula, tal como o é o dos *binding precedents* no sistema da *common law*, por esse atributo da vinculação, a súmula é de observância compulsória, assemelhando-se aos *binding precedents*, o que parece autorizar a falar da súmula vinculante como norma jurídica, pela razão exposta, e ainda, por seu caráter de abstração, generalidade e obrigatoriedade – característicos de normas jurídicas. Por outro lado, é emanada pelo Poder Judiciário – e não do Legislativo – o que lhe dá caráter judicial, permitindo-se chamá-la norma jurídica judicial.

Este parece ser o resultado a que conduz a aplicação do precedente judicial: a criação de uma norma jurídica emanada pelo Poder Judiciário, logo, uma norma jurídica judicial. Para a formulação desta, entretanto, consoante a proposta da viragem linguística

(HABERMAS, 1990), *linguistic turn*, segundo Richard Rorty (1992) ou reviravolta linguístico-pragmática, nos termos de Manfredo de Oliveira (2001), tem-se na linguagem o referencial filosófico contemporâneo, como superação da prevalência do objeto, na proposta ontológica aristotélica, bem como do sujeito, na perspectiva da filosofia da consciência, de base racionalista. O surgimento deste novo paradigma hermenêutico-linguístico, em que a linguagem emerge no centro e não mais como coadjuvante, deve-se já à filosofia de Heidegger (2004) tendo na linguagem o *locus*, não apenas *medium*, do conhecimento, sendo seu referencial o *Dasein*, traduzível como pre-sença, ser-aí ou ser-no-mundo, referindo-se ao mundo dos fatos e sua historicidade, permeados e imersos na linguagem, a qual permite o conhecimento. Também a perspectiva de Wittgenstein (1999), em seu segundo momento teórico, em que lança sua teoria dos jogos da linguagem, propondo uma superação do viés metafísico aristotélico-tomista, pelo uso da linguagem na práxis, de modo que a linguagem deixa de ser instrumento da comunicação do conhecimento, mas pressuposto e condição deste.

Desse modo, há a ruptura do paradigma então vigente, com ênfase no sujeito – já este uma superação da proeminência do objeto, anteriormente vigente – surgindo a proposta do *linguistic turn*, propiciando-se um enfoque semiótico-hermenêutico, em busca da compreensão do sentido e do conhecimento. No campo do Direito e, em especial, no âmbito processual (sobretudo, no processo civil) – de onde promanam as decisões judiciais que poderão constitui-se em precedentes judiciais – em que vige o princípio do contraditório, segundo o qual há de se dar oportunidade a ambas as partes que integram a lide de expor suas razões e provar a verdade dos fatos por si alegados, em contraposição aos alegados pela parte contrária, princípio este inserido em um quadro principiológico mais amplo, do princípio democrático, cuja postulação é a abertura à participação. Destarte, vê-se o destaque, consoante propala Umberto Eco (2003), à participação, à postura ativa do intérprete no processo (de *procedere*, ir avante, tender a um fim) de construção e apreensão do sentido, ou seja, da semiose, consoante ensina Charles Sanders Peirce (1977). Desse modo, parece despontar, da tricotomia estabelecida por Charles Morris (1976) a pragmática, entendida como a dimensão da semiose concernente à relação do signo com o intérprete; em contraposição com a semântica, relação do signo com o objeto a que se refere, e da sintática, relação dos signos entre si.

Logo, se o intérprete tem participação fundamental no processo de produção e apreensão do sentido, que parecem ser duas fases ou momentos de uma mesma atividade ou, para usar de jargão propício, ‘duas faces da mesma moeda’, o viés pragmático torna-se referencial. A abdução, consistente na “adoção provisória de uma hipótese em virtude de serem passíveis de verificação experimental todas as suas possíveis conseqüências...” (PEIRCE, 1977, p. 6) é o método pragmático por excelência – combinada a pragmática ou não com os vieses semântico e/ou sintático – que possibilita vislumbrar um estudo da experiência *in futuro*, bem como a criação do novo, tal como é propriamente a perspectiva do precedente judicial, como criação de norma. Logo, a Semiótica do Direito, tendo como objeto de estudo o Direito em sua ampla acepção, como ciência, linguagem e prática social dinâmica e, especialmente, os precedentes judiciais, é o instrumento teórico que permite valiosos e eficazes estudos na compreensão do precedente judicial, da semiose das decisões judiciais e dos valores a elas subjacentes, em busca de parâmetros que garantam segurança jurídica e, ao mesmo tempo, evolução do Direito, intuito este seja do sistema da *common law*, como da *civil law*.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Uma teoria normativa do precedente judicial** – o peso da jurisprudência na argumentação jurídica. Tese (Doutorado), Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.
- DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- ECO, Umberto. **Obra Aberta** – forma e indeterminação nas poéticas contemporâneas. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- GOODHART, Arthur L. **Determining the ratio decidendi of a case**. Yale Law Journal, vol. XV, n. 2, dez. 1930.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia** – entre facticidade e validade. vol. I. Trad. Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. **Pensamento pós-metafísico** – estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros: 2009.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. 13. ed. Trad. Marcia Sá Cavalcante Shuback. São Paulo: Vozes, 2004
- MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law** – a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- MORRIS, Charles. **Fundamentos da teoria dos signos**. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1976.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.
- PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. São Paulo: Perspectiva, 1977.
- PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a *Common Law*, *Civil Law* e o Precedente Judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil** – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RORTY, Richard. **The Linguistic Turn** – essays in Philosophical method. Chicago: University of Chicago Press, 1992.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1. ed. 3. reimp. Curitiba: Juruá, 2008.
- STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- VILANOVA, Lourival. **Lógica jurídica**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural: 1999.