

**O USO DA LINGUAGEM NO DISCURSO DO DIREITO: UM ESTUDO ACERCA DA
PREDICAÇÃO DOS TERMOS QUE SE SUPÕE POR “JULGADOS ANTERIORES”
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

THE USE OF LANGUAGE IN LEGAL DISCOURSE: A STUDY CONCERNING THE
EXPRESSIONS USED BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT TO INDICATE “PAST
JUDGMENTS”

Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros

Marina Montes Bastos

RESUMO: O artigo busca verificar se o Supremo Tribunal Federal (STF) se atenta para o significado que os termos jurídicos que se supõem por “julgados anteriores” possuem ao serem predicados, e quais as consequências práticas de um uso dogmático ou não de tais termos. Inicia-se por ressaltar que o direito tem uma racionalidade e uma linguagem próprias, que devem ser observadas na aplicação deste, e por isso, termos como “precedente”, “jurisprudência” e “*leading case*” não podem ser utilizados como sinônimos – a base para essa discussão é resultado das contribuições da filosofia da linguagem (WITTEGENSTEIN, 1975). Em seguida, apresentam-se os resultados da pesquisa, destacando-se que boa parte das citações dos ministros do STF não qualificam os julgados com nenhum termo específico, e que existe um considerável índice de julgados citados com termos diferentes pelo mesmo ministro e/ou por ministros diferentes. Por último, por meio de estudos de casos de dois julgados, demonstrou-se que a falta de padronização na utilização dos termos, de fato, provoca uma confusão na dogmática produzida pela Corte, visto que termos que não deveriam ser utilizados como sinônimos (como precedente, jurisprudência e *leading case*) são utilizados para se referir ao mesmo “julgado anterior”. Assim, conclui-se que é de maior relevância, para o debate brasileiro sobre a implementação de um sistema de precedentes, considerar a predicação dos termos jurídicos no discurso do direito, especialmente pelos julgadores.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO E LINGUAGEM; DISCURSO DO DIREITO; TERMOS JURÍDICOS; PREDICAÇÃO; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

ABSTRACT: This article seeks to ascertain whether the Brazilian Supreme Court (STF) is attentive to the specific meaning of legal terms, when they are identified as "previous trials" by

the Court and the practical consequences of a dogmatic or non-dogmatic use of such terms. It begins by mentioning that the law has a language and rationality of its own, which must be observed in applying it, and therefore terms like "precedent," "jurisprudence" and "leading case" cannot be used interchangeably – the starting point for this discussion is the result of the contributions from the philosophy of language (WITTEGENSTEIN, 1975). Then, the results of the research are presented, and it is highlighted that most of the quotes of the ministers of the Supreme Court does not qualify previous trials with a specific term, and that there is a considerable number of past judgments cited with different terms by the same minister and / or by different ministers. Finally, through case studies of two trials, it is demonstrated that the lack of standardization in the use of terms, in fact, causes a confusion in the dogmatic produced by the Court, since terms that should not be used interchangeably (as precedent, jurisprudence and leading case) are used to refer to the same "previous trial". Thus, it is concluded that it is most relevant, for the Brazilian debate on the implementation of a system of precedents, to take into account the denomination of legal terms in the discourse of law, especially by the judges.

KEYWORDS: LAW AND LANGUAGE; LEGAL DISCOURSE; LEGAL TERMS; DENOTATION; BRAZILIAN SUPREME COURT (STF).

I. INTRODUÇÃO

Operar o direito é operar termos muito específicos a partir de uma determinada relação social; afinal, “o direito não existe a não ser por meio do discurso” (LOPES, 2004, p.29). É extremamente relevante a qualquer estudioso do direito se atentar não somente para os diferentes discursos do direito (ou discursos jurídicos), mas também, e em especial, para as diferentes operações realizadas com os termos jurídicos, pois aquilo que se conhece por direito é na verdade um conjunto de diferentes operações, realizadas por diferentes intérpretes, vale dizer, juristas, juízes, promotores, advogados, cientistas, entre outros.

O legado da história do direito indica que não é possível dissociar o discurso do direito às predicções dos termos jurídicos¹; afinal, a identificação de tal discurso decorre da distinção daquilo que é qualificado como “não jurídico”, exercício realizado a partir das instituições. Nesse sentido é possível sustentar a existência de uma gramática constitutiva do próprio discurso do direito².

A gramática é apresentada aqui como uma metáfora de um conjunto não definido de “operações” que decorrem das reiteradas maneiras de se utilizar os termos jurídicos pela sociedade. Trata-se de um resultado proveniente do hábito das instituições ao manipular o

discurso do direito. Nesse sentido, por exemplo, é sugestivo lembrar as lições do sociólogo Niklas Luhmann (2004), ao sustentar que um sistema legal exige a constituição de uma terminologia própria, sobretudo, para possibilitar a comunicação e evitar confusão.

Se um juiz fosse julgar um caso envolvendo danos por um vaso quebrado, ele teria pouco sucesso se procurasse “vaso” na norma. O sistema legal requer uma organização hierarquicamente superior de superfluidade, e para tanto ele requer uma terminologia que é particular ao direito. Onde há uma cultura desenvolvida de terminologia legal, novos textos também têm de ser formulados de forma extremamente acurada, porque senão inevitavelmente haveria enganos. E também a linguagem jurídica vem se desviando mais e mais da linguagem cotidiana. Assim, conceitos são artefatos genuinamente históricos, ferramentas auxiliares para o resgate de experiências passadas ao lidar com casos jurídicos. Conseqüentemente, a argumentação que se utiliza de conceitos é uma argumentação histórica (mesmo que não sejam utilizados textos antigos), e a teoria analítica é uma teoria histórica (...) conceitos guardam experiências e as mantém de plantão, mesmo que o conceito não formule tais experiências (do contrário se tornaria um texto), mas apenas as re-atualiza em uma determinada instância. (LUHMANN, 2004, p. 341, tradução livre)³

Fato destacado por Luhmann é que existe um fardo nos termos jurídicos que não pode ser ignorado por qualquer intérprete. Afinal, é isso que caracteriza os termos jurídicos, tendo em vista a particularidade e precisão do seu uso, definindo-os ora como conceitos, ora como regras, ora como princípios, *etc.*

É óbvio que o termo contrato, por exemplo, remonta uma história milenar que acompanhou a história das civilizações e, certamente, incorporou vários significados transformando-o num termo plurívoco, inclusive, como aquele apresentado no Código Civil. É por isso, por exemplo, que importa verificar a maneira que esse termo é empregado no discurso, pois é assim que é possível verificar a atribuição do significado. No limite, discutir o uso dos termos no discurso do direito é remontar um processo de constituição de uma língua própria, a saber, a dogmática jurídica⁴.

A história nos serve de fatos e demonstra pelos exemplos como o caráter, os costumes e os interesses de um povo influenciaram na distinção das línguas⁵. Não é diferente com o discurso do direito, pois a construção é resultado das Cortes, das instituições da Administração entre tantos outros participantes, inclusive, com práticas não exclusivamente jurídicas, que incorporam, modificam e criam os termos jurídicos pela comunidade.

Tais circunstâncias não podem ser rejeitadas ou desconhecidas pelo intérprete, sobretudo no caso do discurso do direito, que se revela como um discurso de alto grau de tecnicidade e, ao mesmo tempo, com uma longa história na maneira pela qual os termos foram usados e incorporando os seus significados.

A proposta deste artigo é se atentar para essa gramática construída no plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), isto é, realizar uma investigação acerca das operações dos termos jurídicos. Não se trata aqui de fazer uma “arqueologia dos termos”, mas apenas constatar a existência ou não de uma preocupação dos ministros em se atentar para o fardo que determinados termos jurídicos possuem ao serem predicados.

O interesse dessa investigação é um desdobramento dos resultados da pesquisa “Fundamentação e previsibilidade no Supremo Tribunal Federal: um estudo empírico de recursos extraordinários”, conduzida no âmbito do Núcleo de Justiça e Constituição da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – DIREITO GV, que teve como objetivo analisar a atuação do STF enquanto Corte recursal, função exercida especialmente por meio do julgamento de recursos extraordinários.

O objeto deste estudo consistiu no exame do processo de tomada de decisão do STF nos recursos extraordinários julgados em plenário, no período de 05 de setembro de 2007 a 1º de setembro de 2009, período no qual a composição do Tribunal permaneceu estável. Foram mapeados e sistematizados 53 acórdãos selecionados que permitiram testar a hipótese que foi confirmada de que as características do modo de argumentação e de deliberação do STF oferecem pouca previsibilidade para decisões futuras.

Para tanto, na análise qualitativa da pesquisa, buscou-se analisar os argumentos apresentados nos acórdãos que utilizavam decisões anteriores para fundamentar seus votos. Foram analisados (i) quais os termos usados pelos ministros para se referirem a decisões anteriores; (ii) qual a função substantiva do uso das decisões judiciais: confirmar o seu entendimento, afastar um julgado que não se aplica ao caso em análise, ou superar o entendimento do julgado mencionado; e (iii) qual é a finalidade de menção à decisão judicial: mostrar coerência com a Corte, coerência individual ou coerência com decisões de outro tribunal.

No que diz respeito ao uso dos termos para se referir aos julgados anteriores, verificou-se que não há uniformidade no uso dos termos, nem mesmo quando predicam como precedente ou *leading case* ao julgado citado. Nesse sentido, foi constatado que os ministros não utilizam com frequência o termo precedente, mas quando o fazem, parecem fazê-lo com pouco rigor.

Fato é que a análise terminológica de referência a outros julgados, ainda que baseada em poucos casos, permite avaliar os seguintes questionamentos: há precisão no uso dos termos? Há tentativas de conceituar determinada terminologia? O objetivo deste artigo é tentar entender

a utilização dos termos utilizados pelos ministros para predicar julgados anteriores, bem como eventuais consequências práticas de um uso dogmático ou não de tais termos.

A atenção dessa pesquisa será a prática discursiva que apareceu nos diversos votos dos ministros, pela delimitação dos termos utilizados na pesquisa, a saber: precedente, jurisprudência, *leading case*, decisão, julgado e outros. Destaca-se que o interesse dessa nova investigação se justifica tendo em vista que o exercício de predicação deve ser reconhecido como um processo de precisão dos termos (“dar nome por algo que se supõe por *X*”) e, portanto, no caso do discurso do direito, como já visto, a precisão dos termos é necessária para a própria constituição do discurso⁶.

O texto está dividido em seis seções. A primeira introduz o tema e apresenta a hipótese de pesquisa. A segunda apresenta a justificativa e o propósito da pesquisa. A seção seguinte explica a metodologia de pesquisa utilizada. A quarta seção indica os resultados obtidos pela pesquisa em relação à predicação dos termos que se supõe por “julgados anteriores”. Na seção seguinte, o problema e a dificuldade de predicação serão abordados propriamente, a partir da análise de alguns estudos de casos que apresentaram uma frequência alta de termos divergentes utilizados pelos ministros. Será a partir desses estudos de casos que serão apresentadas as dificuldades de comunicação e da confusão quando a operação de termos jurídicos ocorre de maneira desconexa entre os ministros. A última seção será dedicada a alguns apontamentos das principais ideias apresentadas na predicação dos termos em questão, bem como a reforçar a hipótese apresentada acerca da importância da precisão dos termos jurídicos nos discursos.

II. NAVALHA DE OCKHAM? PRECEDENTE, *LEADING CASE*, JURISPRUDÊNCIA...

Inicialmente, antes de apresentar a pesquisa, é importante justificar e esclarecer o propósito da pesquisa acerca dos termos que se supõe por “julgados anteriores” pelo STF.

O interesse em investigar os termos decorre de uma tradição de análise presente desde a filosofia medieval até o desenvolvimento da pragmática, entendida como o estudo da linguagem e do processo de significação. Um dos importantes percursores foi Guilherme de Ockham, filósofo do século XIV.

A obra de Ockham pode ser apresentada como uma revisão dos escritos de Aristóteles, em especial a apresentação da inexistência de universais⁷ e dos estudos das predicações.

Ponto que importa destacar é que seu programa proporcionou uma verdadeira revolução na ciência, pois evidenciou a importância da exata predicação dos termos. Isto porque

termos falados e escritos são apenas signos das coisas singulares, intermediado por termos mentais. No limite, para evitar confusões, somente seria possível atribuir nomes às coisas singulares⁸ – tal princípio de economia ficou conhecido como a “Navalha de Ockham”.

Certamente há muito mais em jogo, mas o que importa para a pesquisa é que Ockham antecipou as preocupações dos estudos da semântica que investiga as predicções, isto é, o conteúdo significativo dos signos (em relação aos objetos que designam) e à verdade das proposições formadas com os signos. Para a presente pesquisa é importante constatar que o significado está determinado pelo uso dos termos, como apresentado por Wittgenstein – em *Investigações filosóficas*: “Pode-se, para uma grande classe de casos de utilização da palavra ‘significação’ - se não para todos os casos de sua utilização -, explicá-la assim: a significação de uma palavra é seu uso na linguagem” (WITTGENSTEIN, 1975, p. 32).

Nesse caso, o significado não deve ser compreendido como algo imutável ou fixo, como uma propriedade pertencente ao termo, mas entendido a partir de um contexto específico, conforme o propósito do seu uso. Assim, um mesmo termo pode possuir diferentes significados conforme o contexto.

Segundo Wittgenstein, a linguagem é sempre comunicação, e a determinação do significado de um termo depende da interpretação do objetivo de seu uso nesses contextos, por isso o filósofo caracteriza-os como “jogos de linguagem”. Afinal, as palavras são usadas com algum objetivo como dar uma ordem, saudar, orar, cantar, etc.

Para o caso do direito, com uso de termos técnicos, é evidente que há uma necessidade de explicitação desses termos, pois como Wittgenstein afirma: os jogos são jogados de acordo com as regras observadas no jogo. “Aprende-se o jogo observando como os outros jogam. Mas dizemos que se joga segundo esta ou aquela regra, porque um observador pode ler essas regras na prática do jogo, como uma lei natural que as jogadas seguem” (WITTGENSTEIN, 1975, p. 38).

É por isso que, se não explicitados, os termos técnicos – como precedente, jurisprudência, *leading case*, entre outros – nada podem significar para o direito. Vale dizer, se termos jurídicos não forem utilizados da maneira correta, é possível verificar uma inconsistência na dogmática produzida.

É dizer, por exemplo, o termo precedente no *common law* constitui-se como uma única decisão (e.g. *Marbury vs. Madison*) que deve ser seguida em novos casos nos quais exista idêntica questão de direito. Há um intenso debate acerca da aplicabilidade da decisão ao caso

concreto, e uma tradição que obriga justificar a aplicação de precedentes nesse sistema. Agora, seria esse o caso do sistema de aplicação de precedentes no Brasil?

Veja que o caso do termo jurisprudência é diferente, já que se supõe uma série reiterada de decisões para ser caracterizada, e a identidade da questão de direito é menos rigorosa e precisa que a aplicação do precedente. Assim, quando se fala em jurisprudência, geralmente se faz referência a uma grande quantidade de casos - por exemplo, é comum verificar em petições e decisões expressões como “esta Corte já analisou (...)”, “a jurisprudência do Tribunal firmou-se no sentido (...)” e “orientação firmada por essa Corte”, ou mesmo com os grandes “blocos” de citações de julgados.

Fato é que essa grande quantidade de citação acaba dificultando identificar o precedente ou mesmo verificar qual decisão importa para ser citada. Diverso é o caso da aplicação do precedente no *common law*, já que há uma força gravitacional do julgado que é observada no momento da decisão e, inclusive, sendo obrigatório pela própria tradição, que o julgador justifique a aplicação ou mesmo se for caso de *distinguishing* ou *overruling*⁹.

Deve ser esclarecida também outra diferença entre precedente e jurisprudência, pois, afinal, o que de fato vincula em um precedente é a *ratio decidendi* e não há uma imposição aleatoriamente “de que aquele caso julgado vire um precedente”.

No que diz respeito à jurisprudência, é possível admitir o seu efeito vinculante por imposição da legislação, como, por exemplo, nos casos dos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil, operando-se com o efeito “de cima para baixo” uniformizando os entendimentos para posterior resolução de todos os casos que estavam sobrestados até o julgamento pelo Tribunal Superior, ou mesmo com uma súmula vinculante.

Outro termo que por vezes gera confusão é *leading case*. Tal expressão é entendida às vezes como ponto de partida para um debate específico ou aplicada como sinônimo de pioneirismo de certa decisão em razão de alguma justificativa. Fato é que a dúvida somente poderá ser esclarecida a partir da compreensão da sua significação por meio do uso do termo.

Ora, esses exemplos indicam que é diferente a significação dos termos técnicos e as implicações estabelecidas a partir dos seus diferentes usos e contextos. Afinal, o que seria precedente? O que seria jurisprudência? O que seria *leading case*? Tratam-se de definições dogmáticas.

Como já mencionado, percebe-se que os termos do direito possuem um fardo que não pode ser ignorado no momento do seu uso - ou dito de outra maneira, “é preciso falar em dogmática jurídica” (RODRIGUEZ; PÜSCHEL; MACHADO; 2012, p.34). É essa a

preocupação da pesquisa: verificar se os ministros se atentam no uso dos termos para evitar confusões e serem claros nos seus votos, explicitando e justificando esses usos dogmaticamente.

Ressalta-se que a presente pesquisa não defende um tecnicismo do direito, mas apenas uma atenção no debate de argumentos dogmáticos, afinal há uma racionalidade própria do direito e, por sua vez, uma própria língua que deve ser observada. Por ora, basta dizer que para o direito, precedente, jurisprudência e *leading case* não são sinônimos, caso contrário seria melhor passar a navalha de Ockham.

III. METODOLOGIA

Para os objetivos desta pesquisa, foi analisado o banco de dados da pesquisa “Fundamentação e previsibilidade no Supremo Tribunal Federal: um estudo empírico de recursos extraordinários”, na qual foram verificados alguns termos que os ministros comumente usam para se referir a julgados anteriores. São eles: precedente, jurisprudência, julgado, voto, decisão, julgamento, *leading case* e outros (caso em que o pesquisador deveria preencher com o termo utilizado).

Os resultados da pesquisa foram registrados em um novo formulário, na qual foram selecionadas as seguintes informações: acórdão citado, termo utilizado, ministro que utilizou e frequência de citação do termo. Trata-se de importante seleção que permite responder as seguintes perguntas:

- Há citação do mesmo julgado com termo diferente pelo mesmo ministro? Se sim, qual(is)?
- Há citação do mesmo julgado com termo diferente por outro ministro(s)? Se sim, qual(is)?

Em uma segunda etapa, procedeu-se à consulta do inteiro teor de alguns julgados citados nos acórdãos, na qual se constatou uma grande quantidade de citação de termos divergentes.

O interesse nesse segundo momento era verificar as possíveis relações estabelecidas pelos ministros a partir da citação desses julgados. O que se indaga aqui é acerca da consistência desse julgado citado. Afinal, o argumento do acórdão analisado, na qual o julgado citado aparece, seria semelhante ao caso analisado? Tais casos foram selecionados para estudos de casos. Para tanto, o pesquisador realizou uma análise qualitativa respondendo o seguinte formulário:

- Qual foi o motivo identificado para a divergência da citação do julgado? (Sim ou não, justificar)
- Há uma discussão/ preocupação dos Ministros em relação a essa divergência? (Sim ou não, justificar)
- Considerando a divergência da citação do termo haveria alguma importância/relevância dessa divergência para o julgamento do caso? (Sim ou não, justificar)

Os formulários utilizados nessa pesquisa estão anexados no final do artigo. Na sequência serão apresentados os resultados da pesquisa.

Analisando o banco de dados da pesquisa “Fundamentação e previsibilidade no Supremo Tribunal Federal: um estudo empírico de recursos extraordinários”, a amostra corresponde a 53 recursos extraordinários decididos no Plenário do STF entre os dias 05 de setembro de 2007 e 1º de setembro de 2009, chegou-se ao total de 745 termos utilizados para citação de julgados.

Este cálculo foi feito da seguinte forma: se um ministro se utilizava de um termo (p.ex., “precedentes”), para em seguida citar uma lista de números de acórdãos, foi contabilizado um termo “precedente” para cada acórdão. Por outro lado, por exemplo, se o mesmo número de acórdão era citado como “jurisprudência” em um parágrafo, e no seguinte o ministro somente fez uma referência no sentido de “naquele julgado...”, são contabilizadas duas citações – uma como “jurisprudência”, outra como “julgado”.

Assim, quando um acórdão foi citado por termos diferentes pelo mesmo ministro, (ex.: o RE 123456 foi citado como “jurisprudência” e “julgado” pelo ministro Marco Aurélio), ele entrou na lista de “citações de julgados com termos diferentes pelo mesmo ministro”, e foi contabilizada uma citação para cada termo utilizado (no exemplo, duas citações – jurisprudência e julgado).

Quando um acórdão foi citado por termos diferentes por ministros diferentes (ex.: o RE 123456 foi citado como “jurisprudência” pelo ministro Marco Aurélio, e como “julgado” pelo ministro Gilmar Mendes), ele foi classificado como “citações de julgados com termos diferentes por ministros diferentes”, e foi contabilizada uma citação para cada termo utilizado (no exemplo, duas citações – jurisprudência e julgado).

Por fim, quando um acórdão simultaneamente era citado com termos diferentes pelo mesmo ministro e por outro ministro (ex.: o RE 123456 foi citado como “jurisprudência” e “julgado” pelo ministro Marco Aurélio e como “precedente” pelo ministro Gilmar Mendes), ele

era contabilizado na lista de “citações de julgados com termos diferentes pelo mesmo ministro e, simultaneamente, por ministros diferentes”, e foi contabilizada uma citação para cada termo utilizado (no exemplo, três citações – jurisprudência, julgado e precedente).

IV. RESULTADOS DA PESQUISA

Os dados apresentados nesta seção foram obtidos por meio da aplicação dos formulários apresentados acima. A pesquisa não possui pretensões de generalizar os resultados, sendo que as conclusões obtidas nesta pesquisa se restringem apenas à amostra analisada.

Em primeiro lugar, vamos apresentar quais foram os termos mais utilizados por todos os ministros. A pesquisa computou a citação de 745 julgados, nos 53 recursos analisados.

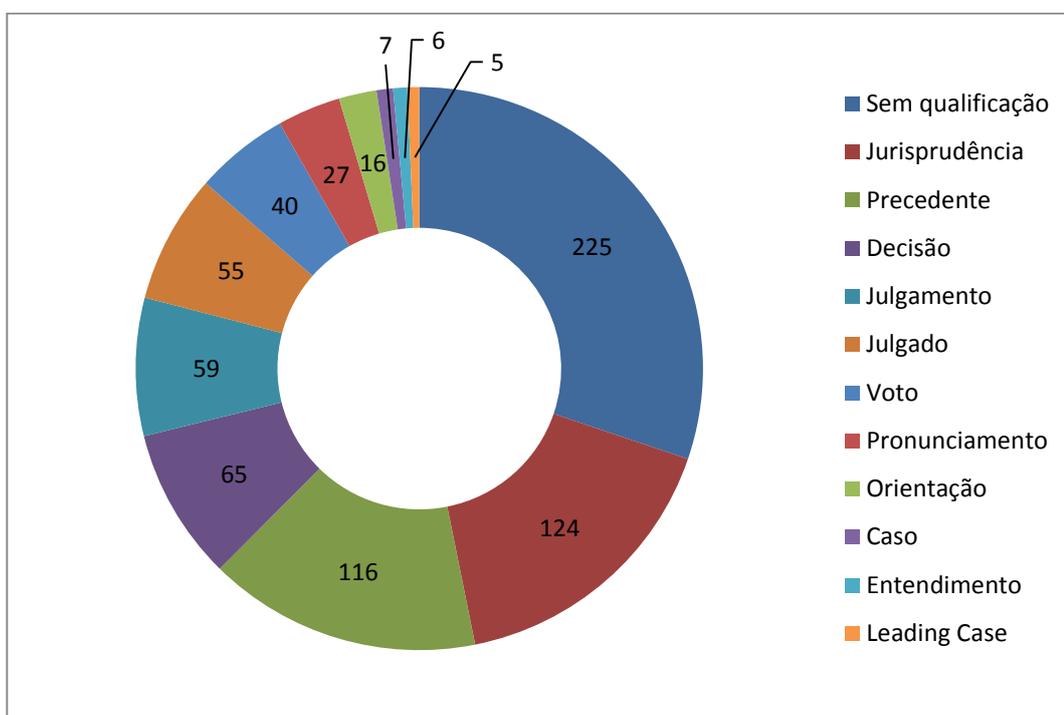


Gráfico 01. Termos utilizados pela Corte.

Interessante verificar que o termo mais utilizado foi “sem qualificação”, identificado pela pesquisa nas citações que eram apresentadas entre parênteses, nota de rodapé, citação do número do acórdão “No RE...”, “O tribunal assentou...”, “Conforme já decidido pelo STF...”, dentre outros. Esses dados revelam que há uma grande variação de maneira de citar os julgados pelos ministros e, portanto, não há padronização nas citações pela Corte.

Outro dado interessante obtido é que os ministros recorreram com frequência na utilização dos termos “jurisprudência” e “precedente”, que correspondem juntos a 33% das citações feitas. Em contrapartida, o termo “leading case” é pouco citado.

Segundo resultado importante para verificar é a relação dos ministros que citaram os julgados.

Deve ser feito uma ressalva, porque a maioria dos dados obtidos coincide com os ministros relatores dos casos que compõem a amostra da pesquisa. É dizer, a base de dados é constituída, grande parte, de julgados citados pelos ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Carmen Lúcia – juntos correspondem 75% das citações, fato esse que coincide com a constatação que esses ministros são mais da metade dos relatores dos julgados da amostra.

Além disso, deve ser destacado que esse dado corrobora a tese que ministros relatores possuem um protagonismo maior, sobretudo sendo constatado por meio das citações feitas.

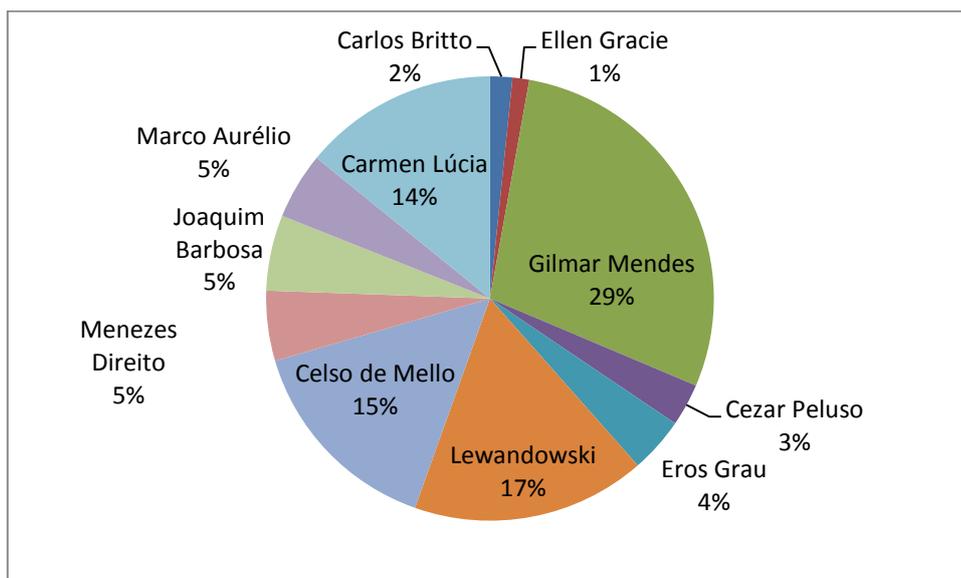


Gráfico 02. Ministros que citaram os julgados.

Ainda, interessante verificar também a diferença entre os perfis dos ministros em relação aos termos citados. Vejo o caso dos ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski (gráficos 03 e 04): os dados indicam que tais ministros recorrem a uma grande variação de termos para citarem os julgados. Em contrapartida, os ministros Eros Grau e Carlos Britto (gráficos 05 e 06) recorrem a poucos termos na hora de citar.

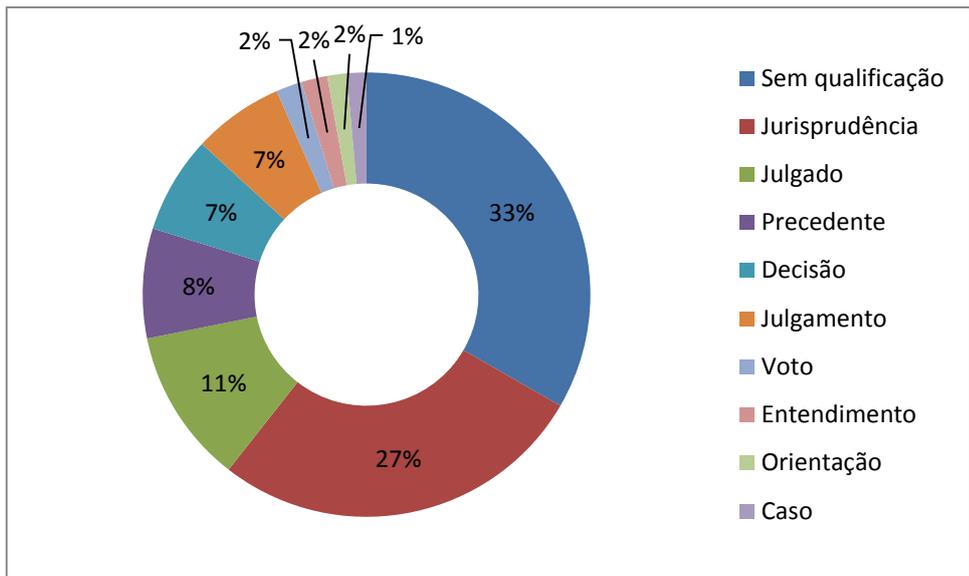


Gráfico 03. Perfil do Ministro Gilmar Mendes em relação aos termos citados.

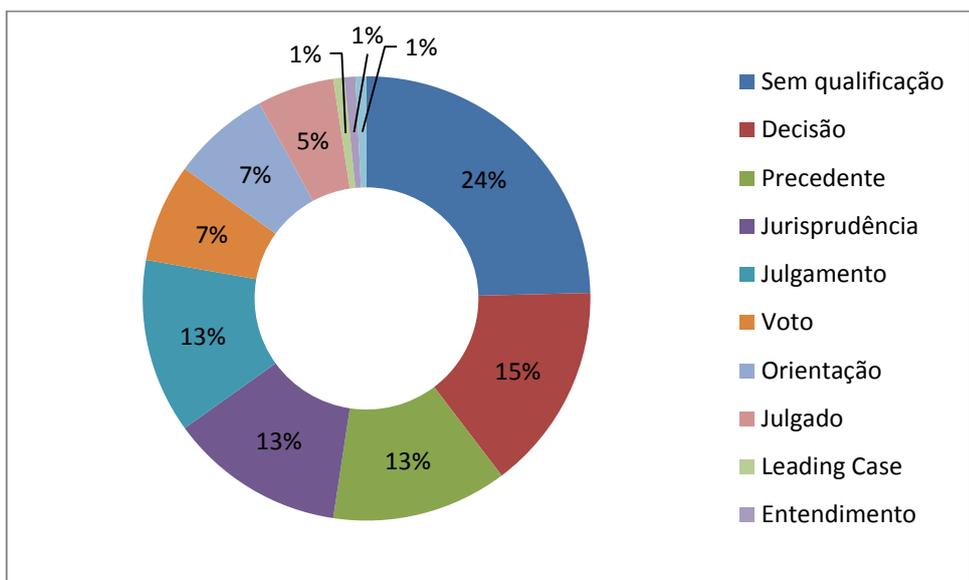


Gráfico 04. Perfil do Ministro Ricardo Lewandowski em relação aos termos citados.

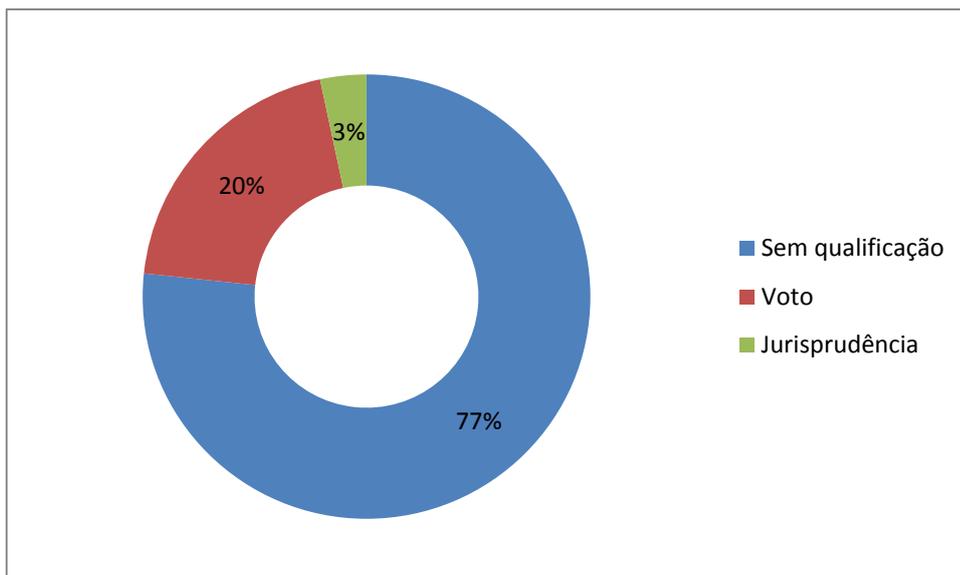


Gráfico 05. Perfil do Ministro Eros Grau em relação aos termos citados.

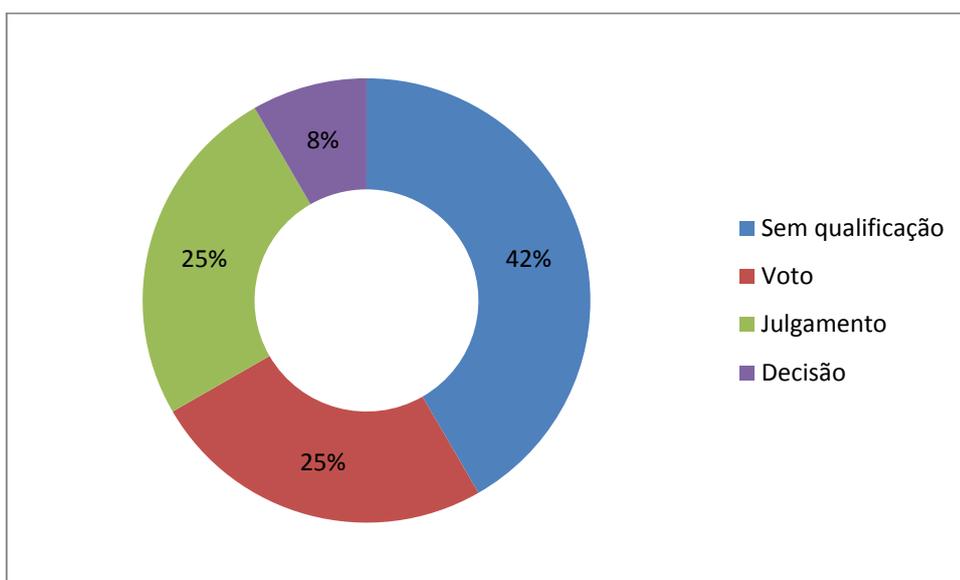


Gráfico 06. Perfil do Ministro Carlos Britto em relação aos termos citados.

Em que pese considerar a variação dos termos utilizados entre os ministros, deve ser destacado que é o tipo “sem qualificação” que é mais recorrente entre os ministros, exceto os ministros Carmen Lúcia, em relação ao termo “precedente”, Ellen Gracie, com “julgado”, e Menezes Direito, com “jurisprudência”. Novamente, esses dados reforçam a ausência de padronização na citação na Corte e, inclusive, entre os próprios ministros.

Por fim, do total das citações obtidas pela amostra (745 citações), a pesquisa verificou a ocorrência de citação de julgados repetidos com termos diferentes pelo mesmo ministro em 132 ocasiões; e em relação a ministros diferentes, foram obtidas 93 citações com termos diferentes para o mesmo julgado. Ainda, foi possível computar citações de julgados repetidos

com termos diferentes pelo mesmo ministro e, simultaneamente, por ministros diferentes em 110 ocasiões¹⁰. Nesse último caso, além da ausência de padronização da citação, verifica-se que para o mesmo julgado citado os ministros recorrem a termos diferentes – o que pode provocar uma confusão e prejudicar a dogmática produzida pela Corte, pois, como visto, termos técnicos como precedente, jurisprudência e *leading case* não são sinônimos.

Para tanto, será necessário recorrer a alguns estudos de casos e verificar se houveram problemas em relação ao uso dos termos que se supõe por “julgados anteriores”.

V. ESTUDOS DE CASOS

Durante o detalhamento da pesquisa, que foi feito para fins de elaboração deste artigo, notou-se que em alguns casos a divergência significativa no uso dos termos. Com efeito, em alguns julgados, determinado acórdão era citado por meio da utilização de termos diferentes pelo mesmo ministro, e logo depois, por meio de termos diferentes por outros ministros. Houve casos em que esta situação ocorreu sete vezes dentro de um mesmo acórdão¹¹.

Considerando a peculiaridade destes casos, e a importância de se compreender o motivo pelo qual tais situações ocorrem, e as consequências destas divergências para a compreensão e o resultado dos julgamentos, passaremos a detalhar, a seguir, os julgados nos quais esta situação (citação de acórdãos por termos diferentes pelo mesmo ministro e, ao mesmo tempo, por ministros diferentes) se fez presente.

a) O caso do aumento da base de cálculo da COFINS (RE 527.602)

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto por “Plural Editora e Gráfica Ltda.” contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, em sede de apelação, decidiu que faturamento é conceito jurídico-tributário passível de definição pelo legislador ordinário, ante a ausência de expressa exigência constitucional de lei complementar e, portanto, mantendo a majoração da alíquota da COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) disciplinada pela Lei federal nº. 9.718/98.

O recorrente sustentou a inconstitucionalidade dos artigos 3º, §1º, e 8º, *caput* da Lei nº. 9.718/98, afirmando que a Lei federal criou novas exações que só encontram fundamento de validade, quando da edição desse diploma legal no artigo 195, § 4º da Constituição Federal, portanto, não sendo possível falar em majoração da alíquota da COFINS.

O Recurso foi conhecido pela Corte e, por maioria, foi dado parcialmente provimento para firmar a inconstitucionalidade da modificação da base de cálculo da COFINS e PIS, ou seja, artigos 3º, §1º, e para reafirmar a constitucionalidade do artigo 8º da Lei federal.

Interessante verificar nesse julgado que todos os ministros recorreram a julgados anteriores para fundamentar os seus votos, sobretudo o RE 357.950. Isto porque, nesse julgado, o STF se pronunciou sobre a ampliação da base de cálculo da COFINS por lei ordinária, firmando que tal disposição violava a redação do artigo 195, inciso I da Constituição Federal, e mantendo a constitucionalidade do artigo 8º da Lei federal, que aumentava apenas a alíquota da contribuição.

Todavia, o que se destaca nos votos dos ministros é que cada um atribuiu de maneira diferente termos para esses “julgados anteriores” e, por sua vez, acabaram valorando de maneira diferente os julgados e alcançando posições diferentes nos votos.

É o caso da divergência dos votos entre os ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. Barbosa entendeu que o RE 357.950 e outros julgados eram *leading cases* que deveriam ser seguidos pela Corte – “aplico a orientação já firmada nos *leading cases*”, já o relator voto vencido do caso ministro Eros Grau diverge do posicionamento afirmando que o “voto do Relator no RE 357.950, o Ministro Marco Aurélio, tenho que a constitucionalidade da majoração da alíquota não foi examinada sob o fundamento da exigência de lei complementar”.

Veja que há uma importante relação entre o termo aplicado pelo ministro e ao valor dado a esse termo pela sua significação, já que se tratam de termos técnicos e mesmo que se constate que inexista padronização da citação pela Corte isso pode provocar diferenças para a dogmática produzida. Afinal, dogmaticamente, precedente, jurisprudência e *leading case* não seriam equivalentes.

Veja que outros ministros que acompanharam o relator para acórdão entenderam que se tratavam de “jurisprudência assentada da Corte”, como os ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso e Carmen Lúcia, já a ministra Ellen Gracie afirma que acompanha a divergência, “homenageando os precedentes da Corte”.

Ora, certamente é evidenciado nesse julgado que os ministros não se atentaram às significações dos termos técnicos que se supõe por “julgados anteriores”, já que os ministros utilizaram tais termos como equivalentes. Nesse caso, ficou evidenciado que os termos jurisprudência, precedente e *leading case* foram aplicados como sinônimos, enfraquecendo a dogmática produzida pela Corte¹².

b) O caso da prescrição tributária (RE 560.626)

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em sede de apelação, decidiu pela inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/1991 e do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/1977, reconhecendo a prescrição de créditos tributários em execução fiscal.

O Recurso da União, julgado em 12.06.2008, relator ministro Gilmar Mendes, foi conhecido e desprovido por votação unânime, reconhecendo-se a inconstitucionalidade dos dispositivos acima citados, pois a regulamentação de prescrição e decadência de contribuições previdenciárias não poderá ser feita por lei ordinária e decreto – trata-se de matéria de lei complementar.

Ao longo do julgamento, uma decisão foi citada quatro vezes: a decisão monocrática do ministro Eros Grau no âmbito do RE 534.856. A primeira e a segunda vez que esta decisão foi citada, quem a citou foi o ministro relator Gilmar Mendes, que se referiu a ela como “decisões monocráticas” e “jurisprudência dominante”; a terceira, pelo ministro Joaquim Barbosa, que mencionou a decisão como “precedente”; e a última, pelo ministro Celso de Mello, que a citou como “reiteradas decisões”.

O RE 534.856 (de onde se extrai a decisão citada) é um Recurso Extraordinário interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/1991. A decisão – exarada em 26.02.2007 pelo ministro Eros Grau – foi no sentido de negar seguimento ao recurso, entendendo que “*se aplicam as normas gerais da lei complementar (Código Tributário Nacional) às contribuições*”, especialmente no tocante à disciplina de temas relativos à prescrição e à decadência tributária. Vê-se, então, que a decisão citada está em consonância com o acórdão no qual ela foi citada, e que o ministro Eros Grau participou de ambos os processos.

Numa análise mais detida da forma pela qual o RE 534.856 foi citado pelos ministros, verificamos, no entanto, que os termos utilizados são diferentes, apesar de estarem inseridos no mesmo contexto de citação.

Quando o ministro Gilmar Mendes faz menção ao termo “decisões monocráticas”, ele está simplesmente se referindo à decisão monocrática exarada pelo ministro Eros Grau, mencionando-a como uma das decisões na qual ficou determinado que a disciplina do instituto da prescrição e decadência deveria ser feita por lei complementar.

Em seguida, o ministro Gilmar Mendes se refere ao conjunto de decisões sobre o assunto – incluindo-se a decisão do RE 534.856 – como “jurisprudência dominante”.

No voto do ministro Joaquim Barbosa, este também relembra a decisão monocrática do ministro Eros Grau dentro do contexto de citação de diversos julgados que entenderam ser matéria de lei complementar a prescrição e decadência tributárias. Desta vez, no entanto, esta decisão é citada como “precedente”.

Por fim, o ministro Celso de Mello também menciona o RE 534.856, mas dentro da terminologia “reiteradas decisões”, citando decisões que defendem a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/1991, por desrespeito à reserva de lei complementar.

Como se percebe, as citações e referências ao RE 353.657 no acórdão em análise foram para situá-lo no contexto de decisões que declararam a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/1991, pois prescrição e decadência tributárias seriam matéria de lei complementar (Código Tributário Nacional). Tal decisão foi citada apenas como uma forma de reforçar o argumento dos ministros a favor da inconstitucionalidade da norma.

Porém, apesar de as citações terem sido feitas com o mesmo intuito, foram feitas através da utilização de termos diferentes. Percebe-se que, para destacar o conjunto de decisões existentes sobre o mesmo assunto, foram utilizados os termos “decisões monocráticas”, “reiteradas decisões”, “jurisprudência dominante” e “precedente”. Nenhum dos ministros nota esta divergência, que passa despercebida no julgado.

No entanto, esta divergência – apesar de, neste caso, não fazer diferença no resultado do julgado – é preocupante, uma vez que os termos “jurisprudência” e “precedente” têm significações distintas, e não poderão ser confundidos. Um mesmo julgado não poderá ser classificado como “jurisprudência” e “precedente”, simultaneamente. Isto mostra falta de tecnicidade, e falta de preocupação dos ministros em utilizar os termos corretos ao citar julgados. Mostra, ainda, que eles se utilizam dos termos sem se preocupar com o seu uso, já que nenhum deles pareceu perceber esta diferença de citação.

Com efeito, a forma pela qual os ministros do STF citaram o julgado não deixa claro, àquele que for realizar uma pesquisa no futuro, de que forma o RE 534.856 deverá ser analisado: como jurisprudência ou como precedente. Isto dá ensejo a incertezas, uma vez que, dependendo da resposta, a utilização deste julgado será feita de maneiras diferentes em futuras citações.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, há um grande debate na comunidade jurídica acerca do projeto do Novo Código de Processo Civil. Um dos principais enfoques destacados na Exposição de Motivos desse projeto é a implementação de um sistema de precedentes à brasileira, sobretudo um

procedimento de uniformização “de cima para baixo” de julgados. Tratam-se de desdobramentos que se iniciaram a partir da Emenda Constitucional 45 - conhecida como a emenda da “Reforma do Judiciário” - e, que, ainda, carece de instrumentalização¹³.

É de maior relevância para esse debate verificar se há uma atenção pela predicação dos termos jurídicos, para entender o que seria um sistema de precedentes no Brasil. Numa palavra, entender quais são os termos que se supõe por “julgados anteriores”. Afinal, é isso que caracteriza a atividade do direito, entender e operar os termos jurídicos (raciocinar dogmaticamente).

Para o intento da pesquisa, o raciocínio dogmático pode ser identificado com a preocupação de se atentar pelos termos utilizados, distinguindo-os pelos critérios oferecidos pelo direito, isto é: leis, doutrina, jurisprudência, pesquisas jurídicas, *etc.* A dogmática é construída ao longo do processo de argumentação e utilização da linguagem jurídica, trata-se de procedimento de fixação de significações.

Como visto, segundo Wittgenstein, somente a partir do contexto é possível verificar essa fixação – é por isso que importa verificar no dia-a-dia como são utilizados os termos jurídicos, como é o caso da atuação do Plenário do STF.

As conclusões que esse estudo obteve na análise da amostra das decisões do Plenário do STF foram: (i) há uma grande variação de maneira de citar os julgados pelos ministros e, portanto, não há padronização nas citações pelo STF e nem entre os ministros, (ii) ministros relatores possuem um protagonismo maior, sobretudo por meio das citações feitas e (iii) é recorrente entre os ministros citar o mesmo julgado diversas vezes por diferentes termos.

Os estudos de casos confirmaram que, em algumas situações, a falta de padronização das citações realizadas pela Corte provocou confusões e dificuldades na argumentação jurídica entre os ministros e, por sua vez, na dogmática produzida pela Corte.

Veja, por exemplo, que no RE 527.602, os ministros não se atentaram às significações dos termos técnicos que se supõe por “julgados anteriores”, já que os ministros utilizaram os termos jurisprudência, precedente e *leading case* para classificar um mesmo julgado. O que ficou evidenciado é que há uma dificuldade dos ministros na utilização dos termos jurídicos, sobretudo na explicitação dos critérios e significados trabalhados pelos pares – o que pode significar um abalo na qualidade da dogmática produzida. Se atentar para o uso dos termos no discurso do direito é essencial para repensar a dogmática brasileira.

VII. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- CUNHA, L. G. S. et alii. “Fundamentação e previsibilidade do Supremo Tribunal Federal: um estudo empírico de recursos extraordinários”, 2013.
- LOPES, J. R. L. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Ed. 34/Edesp, 2004.
- LUHMANN, N. *Law as a social system*. Oxford University Press, 2004.
- RODRIGUEZ, J. R., PÜSCHEL, F. P.; MACHADO, M. R. A. *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012
- ROUSSEAU, J.J. “Ensaio sobre a origem das línguas”. In *Os Pensadores*, vol. XXIV. São Paulo: Editora Abril, 1973.
- STRECK, L.L.; ABOUD, G. *O que é isto- o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogados Editora, 2013.
- WITTEGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*. In *Os Pensadores*, vol. XLVI. São Paulo: Editora Abril, 1975.

VIII. ANEXO

QUESTIONÁRIO

Ministro Relator:			
RE:			
Acórdão citado	Termo utilizado	Ministro que utilizou	Frequência de citação do termo

1) Há citação do mesmo julgado com termo diferente pelo mesmo ministro? Se sim, qual(is)?	
2) Há citação do mesmo julgado com termo diferente por outro ministro(s)? Se sim, qual(is)?	

Caso tenha alguma resposta positiva nas duas perguntas anteriores, realizar a análise qualitativa que segue:

Análise do julgado citado com termo divergente

Processo do julgado citado n.:		
Argumento do acórdão analisado, na qual o julgado citado aparece		
Argumento do Julgado citado		
Resultado do Julgado citado	(Procedente, improcedente?)	
Observações	(Ministro participou desse julgamento?, outras informações que julgar pertinente, etc.)	

- 1) **Qual foi o motivo identificado para a divergência da citação do julgado? (Sim ou não, justificar)**
- 2) **Há uma discussão/ preocupação dos Ministros em relação a essa divergência? (Sim ou não, justificar)**
- 3) **Considerando a divergência da citação do termo haveria alguma importância/relevância dessa divergência para o julgamento do caso? (Sim ou não, justificar)**

¹ O estudo das predicções corresponde à análise dos termos, sendo que a preocupação com a significação dos termos está presente na corrente identificada “nominalismo”. Como será esclarecido, para esta corrente importa a precisão do uso dos termos, “dar nome por algo que se supõe por X”. Para tanto, o estudo das predicções depende da análise dos usos dos termos; no caso do direito, importa verificar a dogmática produzida, isto é, a utilização dos termos jurídicos.

² Nesse sentido, por exemplo, Prof. José Reinaldo de Lima Lopes destaca o caráter constitutivo do direito: “Criar um campo, digo, porque a definição deverá relacionar-se com instituições de aplicação do direito (quadros e aparelhos de poder e de Estado), com práticas não exclusivamente jurídicas (a cultura em geral), e fomentar ou permitir uma certa gramática das regras e dos institutos jurídicos (...) [a definição do direito é] estipulativa, mas a prática que ela torna possível, isto é, as ações significativas que se podem realizar tomando-a (a definição de direito) como ponto de partida, é efetivamente constitutiva. (LOPES, 2004, p.32).

³ Versão original: “If a judge were to hear a case concerning damages for a broken vase, he would have little success if he looked up ‘vase’ in the statute. The legal system applies a higher-ranking organization of redundancies and for that it requires a terminology that is particular to law. Where there is a developed culture of

legal terminology, new texts also have to be formulated extremely accurately because otherwise there would inevitably be misunderstanding. And also legal language comes to deviate more and more from everyday language. Hence concepts are genuinely historical artifacts, auxiliary tools for the retrieving of past experiences in dealing with legal cases. Accordingly, argumentation that uses concepts is historical argumentations (even if no old texts are used), and analytical jurisprudence is historical jurisprudence (...) concepts store experiences and keep them on call, even though the concept does not formulate these experiences (otherwise it would become a text) but only re-actualizes them in a given instance". (LUHMANN, 2004, p. 341)

⁴ Nesse mesmo sentido, veja as considerações de José Rodrigo Rodriguez, Flavia Portella Püschel e Marta Rodriguez de Assis Machado: "*Imaginemos que juízes de direito, advogados, promotores, procuradores, em suma, todos os participantes do mundo do direito sejam uma tribo (...) [e]m vários sentidos, aprender direito é reaprender a pensar e falar. É possível desenvolver um português pidgin para falar com os nativos da tribo dos juristas*" (RODRIGUEZ, PÜSCHEL; MACHADO, 2012, p.34).

⁵ É relevante retomar as considerações apresentado no *Ensaio sobre a origem das línguas* de Rousseau (1973), afinal para o filósofo é justamente a variedade das línguas (meridional e do norte) que possibilitou a distinção entre os homens. No *Ensaio*, Rousseau traça uma hipótese explicativa para demonstrar como todos os homens, por sua condição (paixão), precisaram servir-se das palavras e, sobretudo, com a escrita, foi possível verificar a diferenciação nos usos da língua. Guardada as devidas proporções com os termos jurídicos, o ponto é que a vida em sociedade transfigurou e alterou o sentido primeiro e natural da dita "linguagem primitiva" (gestos), tirando quase tudo da comunicação sentimental e moral, para dar-lhe precisão, clareza e tecnicidade.

⁶ Além disso, destaca-se também que esse artigo aborda um tipo específico de discurso do direito: o voto. É interessante investigar o voto, pois, enquanto discurso em primeira pessoa, revela o que o ministro supostamente compreende ao predicar algo como "precedente", "*leading case*" ou "jurisprudência", por exemplo. Por outro lado, tal estudo se reveste de maior importância ao se considerar que, ao predicar algo, os ministros na verdade estão julgando, ou seja, ao classificar determinado julgado como "precedente", aquele julgado se torna, para fins daquela decisão, um precedente – mesmo que os ministros, muitas vezes, não se deem conta desta consequência.

⁷ Os universais podem ser apresentados como conceitos que caracterizam uma essência comum ou uma relação que pode ser exemplificada por um número de coisas particulares diferentes como, por exemplo, "a humanidade". Fato que ficou conhecido na história da filosofia diz respeito à "querela dos universais". Porfirio, filósofo medieval, responsável pelas traduções das obras de Aristóteles, formulou o problema dos universais no prólogo da *Isagoge*: "*Assim, pois, evitarei em falar sobre os gêneros e as espécies, acerca da questão de saber se são realidades subsistentes em si mesmas ou se consistem apenas em meros conceitos mentais, ou se são corpóreas ou incorpóreas, ou se são separadas ou se existem nas coisas sensíveis e delas dependem, uma vez que se refere a uma questão que exige um tratamento profundo e requer um exame maior.*" A questão central tratava de saber se os universais existem em si mesmos ou são apenas nomes (simples conceitos mentais).

⁸ Assim, por exemplo, o termo "a humanidade" é um signo que somente existe no nosso pensamento como termo mental, mas que nada significa em si mesmo.

⁹ Nessa perspectiva há uma construção histórica que apresenta esse significado ao termo precedente no *common law*, pois "seu surgimento não ocorreu mediante uma alteração legislativa ou por emenda à Constituição, e sua importância é ressaltada por [Laurance] Tribe porque a fidelidade ao precedente é parte de uma concepção do Judiciário como uma fonte impessoal e racional de julgamentos" (STRECK; ABOUD, 2013, p. 71).

¹⁰ A obtenção destes dados estão esclarecidas no capítulo III (Metodologia).

¹¹ RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento 03/12/2008, publicação 05/06/2009.

¹² É possível verificar outros casos em que a divergência dos usos dos termos para citação provocam aberrações dogmáticas como o caso analisado do RE 565.714 que acaba sumulando um posicionamento ainda controverso. Veja que nesse caso a relatora ministra Carmen Lúcia afirma que existe jurisprudência contrária ao texto que submete para aprovação como súmula vinculante: "*Todavia, há julgados deste Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, ou seja, pela possibilidade de se utilizar o salário mínimo como base de cálculo de adicional de insalubridade. [...] Data vênha dos que se filiam a essa última corrente, partilho da vertente dos que acolhem como legítima a tese encapada nos precedentes deste Supremo Tribunal Federal que afastaram a vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo*". Fato é que as cuidadosas análises dogmáticas e, por assim dizer, atenta aos termos técnicos, permite verificar que a própria Corte produz aberrações jurídicas.

¹³ Veja o posicionamento dos processualistas Teresa Arruda Alvim Wambier, José Manoel de Arruda Alvim Netto, Bruno Dantas, José Roberto dos Santos Bedaque e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro: "*De pouco adianta, porém, termos uma Constituição cidadã com um catálogo extraordinário de direitos individuais e sociais, ou leis avançadíssimas como o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, se os nossos juízes continuam a decidir obedecendo a procedimentos anacrônicos traçados há 40 anos. O CPC de 1973 cumpriu bem seu papel, mas é hora de avançar. O texto aprovado na Comissão Especial da Câmara dos Deputados foi negociado e construído habilmente pelos deputados Paulo Teixeira (PT-SP) e Sérgio Barradas Carneiro (PT-BA), que dialogaram com os segmentos sociais que se dedicam a operar o Direito. O projeto traz*

inovações cruciais como o incidente que permite decidir milhares de causas idênticas com uma única sentença, evitando desperdício de tempo e de recursos humanos e materiais. Além disso, elimina antinomias e incorpora soluções consagradas na doutrina e na jurisprudência” (disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-ago-21/aprovacao-cpc-enquadra-anseios-manifestacoes>).