

**O PROBLEMA HERMENÊUTICO DA SÚMULA VINCULANTE: UMA ANÁLISE A
PARTIR DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD
DWORKIN**

**THE HERMENEUTIC PROBLEM OF BINDING PRECEDENT: AN ANALYSIS
FROM THE THEORY OF LAW AS INTEGRITY OF RONALD DWORKIN**

Caroline Busetti*

Resumo: O fundamento político de redução de demandas a cargo do poder judiciário para aumentar a efetividade da jurisdição e reconduzir o Supremo Tribunal Federal à sua condição de Corte Constitucional não justifica que o instituto da súmula vinculante incorra em vários problemas estruturais, principalmente jurídico-filosóficos. A súmula vinculante incide num problema metodológico porque sua matriz sistêmica está fundada na doutrina norte-americana do *stare decisis*, cuja cultura jurídica possui base diferente da romano-germânica adotada pelo direito brasileiro, o que impede que no Brasil o instituto tenha a centralidade que os precedentes assumem no sistema norte-americano. Este problema de método, todavia, é abordado apenas como introdução à crítica central do instituto que é realizada em função do que se denomina de intenção do método ou problema jurídico-filosófico que estaria presente na vontade da súmula vinculante de restringir as interpretações dos juízes e tribunais acerca dos casos concretos que lhes são submetidos quando conforma o enunciado prescritivo como uma norma geral e abstrata. A esteira filosófica da súmula vinculante não se compraz com a teoria do direito como integridade criada por Ronald Dworkin, segundo a qual todos os casos são únicos e irrepetíveis e merecem ser analisados com seriedade pelos seus intérpretes.

Palavras-chave: súmula vinculante; interpretação; casos concretos; direito como integridade.

Abstract: The political basis for reducing demands in charge of the judiciary to increase the effectiveness of jurisdiction and bring the Supreme Court to the Constitutional Court for their condition does not justify the institution of binding precedent incur various structural problems, especially legal-philosophical. A binding precedent focuses on a methodological problem because his mother is systemic founded in American doctrine of *stare decisis*, whose legal culture has different base from the Roman-Germanic adopted by Brazilian law, which prevents the institute in Brazil have the centrality that take precedent in the American system. This problem of method, however, is approached only as an introduction to critical central institute which is held on the basis of what is called the method of intent or legal-philosophical problem that will be present in the binding precedent of restricting the interpretations of judges and courts about the specific cases before them when conform the statement as a prescriptive norm and abstract. The treadmill philosophical binding precedent is not pleased with the theory of law as integrity created by Ronald Dworkin, according to

*Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental e Novos Direitos da Universidade de Caxias do Sul/RS (UCS). Pesquisadora da CAPES. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília/DF (UnB). Advogada da União no RS.

which all cases are unique and unrepeatable and deserve to be treated with seriousness by its interpreters.

Keywords: binding precedent; interpretation; concrete cases; law as integrity.

Introdução

A judicialização da política no direito contemporâneo permite identificar diferentes papéis e relações desempenhados pelas instituições de nossa sociedade, sobretudo no Poder Judiciário. Ante a necessidade de uniformização do direito, antigas competências recebem nova configuração no constitucionalismo moderno e ressurgem com uma legitimação que busca assento no garantismo e no ativismo judicial¹.

A súmula vinculante se propõe a reafirmar a missão do Supremo Tribunal Federal de intérprete máximo da Constituição Federal, pretendendo conferir uniformidade de interpretação ao direito constitucional. O instituto, ao mesmo tempo em que resgata que o STF constitui o órgão de cúpula do Poder Judiciário remete ao seu papel de Corte Constitucional. Nos termos do art. 102 da Constituição Federal de 1988², ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição. Desde 1890, quando de sua criação, com o advento da República e em todas as constituições que se seguiram, o STF esteve previsto como a última instância do Poder Judiciário ao qual incumbe tomar a última decisão sobre as questões constitucionais³.

Enquanto instância máxima do Poder Judiciário, incumbe ao STF decidir como tribunal recursal os casos concretos que contemplem matéria constitucional. Como Corte Constitucional lhe afeta dar a palavra final sobre a constitucionalidade das leis, pretendendo conferir unidade ao direito.

A súmula vinculante surge num importante momento de crise do Estado Social Democrático que passa a revisar os seus fundamentos enquanto provedor das carências de uma sociedade globalizada e complexa que resiste em ocupar uma posição de espectadora das decisões estatais. A sociedade contemporânea questiona o papel do Estado e das instituições, dos seus direitos e deveres no novo formato que vai emergindo da crise da modernidade e, principalmente, exige uma participação mais efetiva das instâncias formais de poder na solução dos novos conflitos surgidos com a contemporaneidade.

¹ VELOSO, Carlos Mário da Silva. Do poder judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico – efeito vinculante em outros temas. **Revista dos Tribunais**, ano 6, nº 25, out./dez. 1998.

² BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.

³ ZAVASCKI, Teori. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. P. 15.

Para fazer frente às exigências do novo esquema social o Poder Judiciário entendeu por adotar mecanismos de garantia da celeridade processual e da igualdade na apreciação do direito dos jurisdicionados. Com a finalidade de conferir maior presteza na análise dos pleitos judiciais e de deferir unidade na interpretação do direito constitucional, a súmula de efeitos vinculantes foi inserida no direito brasileiro pela Emenda Constitucional nº 45/2004⁴.

Nesse contexto, é que se torna importante analisar se a sumula de efeitos vinculantes consiste em uma inserção afinada com o atual momento de rediscussão do papel do Estado brasileiro e das suas instituições.

O objeto do presente estudo circunscreve-se a avaliar o instituto da súmula vinculante segundo a hermenêutica proposta pela doutrina do direito como integridade formulada por Ronald Dworkin. O estudo estará composto de três partes, a primeira, na qual se explanará sobre o efeito vinculante da súmula no contexto de objetivação do sistema jurídico levado a cabo pelo Supremo Tribunal Federal, bem como, se tratará do problema do método a partir de um comparativo entre o sistema romano-germânico e do *stare decisis*; a segunda, na qual se abordará o problema jurídico-filosófico que afeta a súmula vinculante e se sustentará a sua natureza jurídica de norma geral e, a terceira parte, na qual se analisará a súmula vinculante sob a visão da teoria do direito como integridade formulada por Ronald Dworkin.

1. Contextualização histórica e o efeito vinculante da súmula

Por questão de política constitucional, o papel do Supremo Tribunal Federal como instituição republicana tem sido definido nas últimas alterações da Constituição Federal de maneira bastante clara como Corte Constitucional. Nesse formato, compete ao STF a objetivação do direito para a “compatibilização vertical”⁵ das decisões judiciais.

Entende-se por compatibilização vertical, a forma com que os juízos e tribunais do país decidem seus casos com assento na decisão paradigma proferida pelos tribunais superiores. Exatamente finalizando perpetrar esta escolha política adotada pelo constitucionalismo moderno de definir o STF como tribunal incumbido principalmente (ou exclusivamente) da aferição *in abstracto* da constitucionalidade das leis e de sua melhor interpretação em vista da Constituição Federal, foram criados dispositivos legais que possibilitam e ao mesmo tempo vinculam os tribunais a seguir a linha da jurisprudência do

⁴ _____ . Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

Supremo Tribunal Federal.

O art. 557 do CPC⁶, com redação dada pela Lei nº 9.756⁷, de 17.12.1998, permite ao relator, nos juízos colegiados, negar seguimento a recurso em confronto com súmula ou jurisprudência do STJ ou do STF, bem como, lhe autoriza no caso de a decisão recorrida estar em manifesto confronto com a súmula ou a jurisprudência dominante daqueles tribunais, dar provimento ao recurso. O art. 518, §1º do CPC⁸, com redação da Lei nº 11.276/2006⁹, prevê hipótese de negativa de recebimento do recurso de apelação se a sentença estiver de acordo com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Por sua vez, o art. 103-A da Constituição Federal¹⁰, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45¹¹, de 30/12/2004, permitiu ao Supremo Tribunal Federal editar súmulas com efeitos vinculantes em matéria constitucional¹².

O efeito vinculante dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, portanto, já estava assentado em dispositivos legais.

Outrossim, este efeito já era conhecido das decisões definitivas de mérito proferidas em sede de ação declaratória de constitucionalidade, conforme previa o art. 102, §2º da CF¹³, com a antiga redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/01/1993¹⁴, estendendo-se aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Não obstante a Constituição Federal ter omitido a previsão de efeito vinculante para as decisões definitivas de mérito proferidas em ação direta de inconstitucionalidade, a interpretação do STF sempre foi de estender estes efeitos também a esta ação.

⁵MARINONI, Luiz Guilherme. Mididiero, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P.19.

⁶ _____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

⁷ _____. Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais

⁸ _____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

⁹ _____. Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2006. Altera os arts. 504, 506, 515 e 518 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões.

¹⁰ BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.

¹¹ _____. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. Mididiero, Daniel. Op. cit. P.19-20.

¹³ BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.

¹⁴ _____. Emenda Constitucional nº 3, de 17 de janeiro de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/1993)

Efetivamente, com a Emenda Constitucional nº 45¹⁵, de 2004, o §2º do art. 102 da CF ¹⁶ recebeu nova redação, contemplando a ação declaratória de constitucionalidade e a ação declaratória de inconstitucionalidade, cujo efeito vinculante das decisões definitivas de mérito proferidas nestas ações fora previsto para todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração.

A ADI e ADC têm assento em controvérsia jurisprudencial quanto à melhor interpretação da lei *in abstracto*, ou na discussão acerca de sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, cuja decisão será proferida pelo STF em um processo objetivo – sem partes diretamente interessadas na solução de um caso concreto. A súmula de efeitos vinculantes tem por base a reiterada divergência jurisprudencial sobre matéria constitucional coletada no controle difuso-concreto procedido pelos juízes e tribunais do país. Sua distinção fundamental em relação às referidas ações constitucionais reside no fato de que não está em caso necessariamente a constitucionalidade/inconstitucionalidade de uma lei, mas sim, a melhor interpretação do direito constitucional em determinados casos concretos que dada a representatividade e repetição, passam a servir de paradigma para todos os demais casos que suscitarem idêntico tipo de controvérsia.

Portanto, enquanto a ADI e a ADC trabalham efeitos vinculantes num plano mais geral e abstrato de conformação da lei ao sistema do direito constitucional, a súmula vinculante culmina num enunciado do que compreende o Supremo Tribunal Federal ser a melhor interpretação do direito constitucional para determinados casos concretos. É nesse sentido que a súmula vinculante possui uma ingerência mais abrangente e ao mesmo tempo pormenorizada nas análises que passarão a ser feitas pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela administração pública, interferindo de forma diretiva nos juízos de particularidade que serão realizados no caso concreto.

A súmula com efeitos vinculantes reafirmou uma posição política que veio sendo afirmada pelo Supremo Tribunal Federal sob o fundamento de conferir unidade ao direito e celeridade na apreciação das demandas judiciais.

Essa intenção de planificação da interpretação do direito já vinha trabalhada em

¹⁵ _____ . Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

¹⁶ BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Art. 102. (...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

outros dispositivos legais e constitucionais de modo que a discussão polêmica acerca da imperatividade dos efeitos de uma súmula vinculante foi atenuada pela precedência desses dispositivos normatizadores.

A emenda constitucional nº 45/2004¹⁷, além de outras alterações, adicionou à Carta Magna o artigo 103-A¹⁸, com a seguinte redação:

"Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 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.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

A matéria de edição, regulamentação e cancelamento da súmula vinculante apenas veio a ser tratada com a edição da Lei nº 11.417/2006¹⁹.

O processo de criação da súmula vinculante é objetivo, assim como o processo da ADI, da ADC e do descumprimento de preceito fundamental. Neste tipo de processo não há a presença de partes, mas de entes legitimados a provocar a decisão do STF, importando, sobretudo, a tutela do ordenamento jurídico constitucional abstratamente considerado. Os legitimados à propositura de súmula vinculante não defendem interesses próprios, embora possam defender os interesses institucionais que representam e por isso não exercerão o contraditório e a ampla defesa²⁰.

¹⁷ _____, Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

¹⁸ BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.

¹⁹ _____. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

²⁰ LEITE, Glauco Salomão. Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P.135.

Na análise de viabilidade da súmula vinculante, o STF analisa a melhor aplicação do direito constitucional a um determinado tipo de controvérsia constitucional cujo entendimento, uma vez firmado, importará em vinculação não apenas para sujeitos determinados e interessados na solução de uma controvérsia, mas em alteração do ordenamento jurídico que terá acrescentado um novo entendimento acerca da aplicação do direito constitucional. É a atuação do STF nos processos objetivos constitucionais que sustenta a afirmação da existência de uma jurisdição constitucional.

O elemento fundamental para o início do processo de criação de súmula vinculante consiste na existência de reiteradas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em um mesmo sentido. Caso as decisões sobre determinada matéria ainda guardem divergência entre as Turmas do STF, ou ainda que proferidas num mesmo sentido, não forem expressivamente repetidos os casos, não estará preenchido o requisito para a edição de súmula vinculante. Deverá o STF avaliar quando suas decisões estão suficientemente maduras para a edição de uma súmula vinculante, incumbindo-lhe um dever de cautela que não poderia ser expresso na lei pelo julgamento de um número determinado de casos.

Esta breve abordagem do tratamento constitucional deferido à súmula vinculante tem por objetivo apenas o resgate de sua conformação e características no ordenamento pátrio a fim de viabilizar com esse conhecimento prévio, a análise de seus propósitos e a problemática que enseja.

1.1 A súmula vinculante como um problema de método: a comparação entre o sistema romano-germânico e o *stare decisis*

Grande parte dos trabalhos sobre súmula vinculante costumam lançar uma crítica a este instituto devido à sua origem no *stare decisis*, o qual possui uma matriz interpretativa muito diferente da brasileira que assenta suas bases no sistema romano-germânico. Esses trabalhos pretendem demonstrar que os erros de aplicação e excessos nas pretensões postas nas súmulas vinculantes se originam numa visão do direito muito diferente da brasileira, o que pode ser identificado como um problema de método.

O direito brasileiro está fundado no direito romano-germânico conhecido como direito europeu-continental. No centro desse sistema de direito encontram-se as normas escritas produzidas pelo legislador que emprestam fundamento à existência do direito. A vida é regulada por uma série de normas escritas organizadas em Códigos específicos às quais o julgador se encontra naturalmente vinculado. Os precedentes judiciais são periféricos no

sistema romano-germânico e possuem apenas a finalidade de reforçar a decisão emanada com base na legislação. Por isso, os julgadores devem fundar seus julgamentos na legislação escrita e recorrer aos precedentes judiciais apenas subsidiariamente, para efeitos de convencimento de sua decisão.

No sistema do *stare decisis* adotado pelo direito inglês e pelos sistemas jurídicos dele derivados como o norte-americano, os precedentes judiciais possuem importância determinante no Direito. Nesse sistema, a legislação é escassa e em alguns níveis inexistentes como é o caso da Inglaterra que não possui Constituição escrita, o que justifica a relevância que o precedente judicial agrega na composição desse sistema jurídico.

A jurisprudência é a principal fonte do direito no *stare decisis* e como tal adquire força vinculante para a solução dos casos futuros. A obrigatoriedade de os julgadores adotarem conclusões jurisprudenciais pré-existentes aplicando-as a questões análogas é denominada *stare decisis*, termo proveniente da expressão latina *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não perturbe o que já foi decidido).²¹

Dessa forma, nos Estados Unidos, a tradição jurídica impõe que as decisões emanadas das cortes superiores federais e estaduais sejam observadas pelos juízes de hierarquia inferior. As decisões destes, contudo, não geram precedentes. As cortes podem revogar precedentes anteriores que entendam em desuso ou obsoletos e mesmo a legislação pode revogá-los.

Atualmente, há uma aproximação entre os sistemas do *stare decisis* e o romano-germânico, uma vez que este último passou a adotar a jurisprudência como forma de fundamento das decisões judiciais, assim como, no *stare decisis*, a produção legislativa tem percebido destaque.

Em que pese a aproximação entre os sistemas, os objetivos a que se presta a súmula vinculante no *stare decisis* são diferentes daqueles que pretende atingir no sistema romano-germânico. Naquele sistema, o precedente funciona como uma sentença que se amolda a determinado caso concreto em vista de que é ela quem faz as vezes da regulação, estabelecendo os pressupostos da segurança jurídica, da igualdade e da coerência. Note-se que no *stare decisis* o precedente possui sua força coercitiva deferida sobretudo pela comunidade que o respeita como uma regra de regulação da vida em sociedade e nela credita a força estruturante do direito. O direito no *stare decisis* é aquilo que os tribunais interpretam que é e esse pressuposto de legitimidade está muito bem incorporado na cultura desse

²¹ RE, Edward D. *Stare decisis*, p. 8. In Leite, Glauco Salomão. Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P.128.

sistema. Por outro lado, no sistema romano-germânico as normas escritas são fartas, as Constituições são expansivas e convivem com a interpretação dos tribunais, gerando uma composição do direito em que a regra positivada ainda possui legitimidade sobressalente. O direito positivo exerce uma influência determinante na conformação do sistema jurídico romano-germânico e mesmo a interpretação jurisprudencial que afaste a incidência das regras positivadas ou negue a sua existência está pressuposta num esquema de direito em que essas regras se não exercem uma influência maior na cultura da sociedade, existem.

A súmula vinculante pretende instituir um método novo de interpretação do direito pautado na autoridade do precedente do Supremo Tribunal Federal. Conforme a crítica acima lançada não se pode conceber que este método obtenha a eficácia que encontra no *stare decisis*. O método da súmula vinculante não é adequado pelos motivos já expostos, mas, principalmente, devido à pretensão uniformizadora do pensamento jurídico a que se propõe, como se em uma síntese lingüística descritiva pudessem estar contidas todas as interpretações do direito para a imensa gama de casos que demandam apreciação particularizada pelo poder judiciário.

2. Súmula vinculante como um problema a partir do método

A súmula de efeitos vinculantes se conforma como um enunciado geral e abstrato que resume o tratamento que o Supremo Tribunal Federal entende que se deva firmar a um determinado conjunto de casos que apresentem em comum a identidade da discussão jurídica abrangida no preceito. A Corte redigirá um enunciado após a apreciação de um significativo número de demandas que versem sobre “idêntica” controvérsia constitucional.

A intenção planificadora do método proposto pela súmula vinculante revela o problema jurídico-filosófico de se restringir as possibilidades de interpretação do direito, reduzindo-o à linguagem proposta no enunciado, normando assim de forma genérica um conjunto de casos concretos que sempre reclamam solução particularizada.

O método oferecido pela súmula é o da norma geral e abstrata tal como foi concebida por Kelsen. Para a Teoria Pura do Direito de Kelsen, a norma superior regula o ato por meio do qual a norma inferior é criada. Na criação da norma inferior, a norma superior determina não apenas o procedimento por meio do qual a norma inferior é criada, mas eventualmente também o conteúdo desta.

Segundo a Teoria Pura do Direito, na relação entre a Constituição e a lei, o procedimento regulamentador é predominante. O conteúdo das futuras leis é determinado também pela Constituição. Na relação entre a lei e a decisão judicial o conteúdo da norma

individual é determinado. Essa determinação que nunca é completa, pois a norma não prevê todos os detalhes, deixa uma margem de arbítrio, de modo que a norma superior em relação ao ato que a implementa (seja de criação da norma inferior ou de simples implementação), tenha apenas o caráter de uma moldura a ser preenchida por esse ato. A edição da norma geral sempre se opera mantendo sua essência através da pressuposição de que a norma individual editada na implementação da norma geral continuará o processo de determinação, o processo subjacente ao ordenamento hierárquico das normas legais²².

Verifica-se que a súmula vinculante bem se adéqua à doutrina da Teoria Pura do Direito criada por Kelsen porque nela a subordinação hierárquica do comando particular que será a decisão judicial do caso concreto não apenas já contempla a direção que a norma particularizada (inferior) deverá seguir harmonicamente com aquela, senão, de antemão, determina e esgota o próprio conteúdo desta norma.

A estrutura da súmula vinculante se identifica com os comandos gerais e abstratos da legislação criada pelo Poder Legislativo porque se utiliza da mesma técnica utilizada pelo legislador na criação das leis²³. Note-se que a faculdade ativa está deslocada para o Poder Judiciário, o que poderia ensejar discussões acerca da legitimidade deste Poder na utilização de argumentos próprios ao legislador como o são os argumentos de justificação para a criação das leis.

Defendem alguns autores que os críticos ao instituto da súmula vinculante estariam apegados ao modelo de Estado Legalista por entenderem que a jurisprudência não pode servir de fonte do direito²⁴. Ao revés, se compreendermos que toda a possibilidade de interpretação construtiva ficará obstada pelo entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal a despeito de unificar o entendimento sobre o direito constitucional, então podemos afirmar que a súmula, esta sim, encerra uma lei cuja legitimação ativa é restrita e a interpretação já está contida na própria lei que é imperativa – deve ser observada, do contrário prevê uma sanção – possui efeitos vinculantes – gera observância obrigatória - e não enseja novas interpretações pelos magistrados de instâncias inferiores.

²² CARVALHO NETO, Menelick de. **Texto-base 5**. Brasília-DF. CEAD/UnB, 2008. 43 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/8/Biblioteca/1_-_Textos_base/Texto_base_1.pdf> Acesso em 26 jun. 2010.

²³ ROCHA, José de Albuquerque. Súmula vinculante e democracia. São Paulo: Editora Atlas, 2009. P. 57.

²⁴ LEITE, Glauco Salomão. Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P.130.

As características de abstração e generalidade que se vislumbram na súmula de efeitos vinculantes criada pela Emenda Constitucional nº 45/2004²⁵ fundamentam o argumento de que se criou no direito brasileiro um instituto que em lugar de funcionar como jurisprudência dominante, pode bem ser compreendido como uma fonte abstrata legislativa a cargo do Poder Judiciário. A natureza da súmula vinculante seria, pois, de norma jurídica, devido às características de generalidade e abstração.

Eis aqui que as razões históricas de nossa tradição jurídica ganham importância: nosso direito romano-germânico sempre atribuiu à lei a figura central das fontes do direito. A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657/1942²⁶) dispõe que “*quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*” recobrando a matriz positivista que reduz a interpretação aos casos de omissão legislativa, como se na presença de lei diretiva para a solução do caso o juiz não exercesse qualquer interpretação.

A matriz positivista ainda é prevacente em nossa tradição jurídica e ignorá-la não reduz o extenso caminho a ser percorrido pelo nosso Direito para conceber que as decisões judiciais precisam ser suficientemente fundamentadas em argumentos interpretativos comprometidos com a melhor solução do caso em exame - como defende a doutrina do Direito como Integridade de Ronald Dworkin -, independentemente de estarem baseadas na lei ou no precedente jurisprudencial vinculante da Corte Suprema.

As normas de aplicação controvertida pelos juízos e tribunais assim o são porque são interpretadas por seus intérpretes. Com o esquema da súmula vinculante, criou-se um padrão interpretativo, ele ditará como determinadas normas devem ser interpretadas frente à Constituição. Há um segundo comando geral e abstrato sobreposto ao primeiro para fins de dizer o que aquele primeiro deseja externar. Entretanto, o instituto não consegue afastar que esta segunda norma também merece interpretação, retornando ao problema anterior de que poderão surgir ainda quanto à súmula vinculante controvérsias inevitáveis. A vontade planificadora esbarra num problema inerente de hermenêutica: o de que não é possível cercar na totalidade as possibilidades da interpretação, ainda que este seja o propósito maior do método.

²⁵ _____. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

²⁶ _____. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

2.1 A interpretação na doutrina de Ronald Dworkin

Seguindo a esteira da filosofia da linguagem, bem como da hermenêutica filosófica iniciada por Gadamer, Dworkin apresenta sua teoria do direito como integridade, partindo dos exemplos da interpretação da arte e das práticas sociais para explicar a inevitável tarefa construtiva do intérprete.

Dworkin²⁷ defende uma idéia de interpretação construtiva na qual a interpretação em geral tem lugar dentro de práticas sociais organizadas e os conceitos utilizados na formação de interpretações de diferentes tipos tomam seu sentido não do mundo natural, mas dessas práticas sociais. Os conceitos ganham vida, significado e sentido das atividades e dos empreendimentos humanos. Todos esses empreendimentos são tidos por aqueles que se ocupam deles como benéficos ou válidos e que possuem um objetivo ou finalidade. Não são considerados simples rituais, mas algo importante. Assim, a prática construtivista surge quando as pessoas se engajam numa prática em que todos consideram que possua uma finalidade, mas discordam acerca de qual seja esta finalidade. Podemos discordar sobre qual é a finalidade do Direito, mas há concordância de que sua finalidade é diferente da finalidade da poesia, da história etc. Os operadores do direito são “inquiridores” da verdade sobre as matérias da interpretação, por isso são pesquisadores da verdade nas matérias das quais depende a interpretação.

Explica Dworkin que o objetivo da prática jurídica não tem o propósito explanatório que anima a interpretação histórica, por exemplo. Os juristas estão tentando dar em seu relato sobre o que aconteceu a melhor explicação possível, especificamente acerca do comportamento das pessoas. O direito que interpretamos não é o fazer de nenhum grupo de pessoas, mas o fazer de toda uma sociedade ou civilização ao longo dos séculos. Por isso, fazer o melhor de nossa tradição jurídica significa algo muito diferente de fazer o melhor da interpretação histórica. Significa fazer o Direito tão justo quanto possamos o que significa dizer fazer o melhor do ponto de vista da integridade do Direito; torná-lo o mais íntegro possível. É nesse passo que a interpretação para o Direito tem importância peculiar e especial em relação a outras modalidades de interpretação.

2.2 Matriz hermenêutica da súmula vinculante

O método adotado pela súmula vinculante revela a vontade de planificar a interpretação, motivo pelo qual se pode concluir que o instituto possui matriz hermenêutica

nas teorias formalistas e antiformalistas da interpretação, uma vez que entende que a descrição contida no texto permita por si só a solução dos casos concretos.

Segundo a análise convencionalista poder-se-ia dizer que a súmula vinculante espera que a máxima de regulação nela concentrada possa regular as situações com o máximo proveito possível e o mínimo esforço necessário, já que será desnecessária a avaliação pormenorizada de uma série de processos que por tratarem de matéria já contemplada pelo enunciado terão sua solução imediatamente apresentada. Bem assim, os membros da comunidade poderão ter certeza do direito que será aplicado para uma dada situação jurídica sem temerem o fator surpresa, satisfazendo à exigência das expectativas asseguradas. A súmula vinculante consistiria na convenção inafastável pelo julgador que não poderá adotar outra forma de interpretação do caso concreto, sob pena de sofrer processo de reclamação, mesmo que o caso possa demandar análise individualizada. Nesse sentido, pode-se mencionar que a súmula vinculante encontra identificação com o convencionalismo.

Por outro lado, há também matizes pragmatistas no conceito da súmula vinculante. Questões de moral e de política fundamentam muitos enunciados que a despeito de se saber poderem acarretar injustiça num determinado caso concreto, de forma geral funcionariam para melhorar a comunidade como um todo. A súmula vinculante tal como foi concebida em nosso direito permite que um dado caso possa não estar totalmente adequado ao comando que contempla, porém, de um modo amplo, seu enunciado resolve bem os problemas da comunidade, tornando-a melhor em lugar de piorá-la. Sob essa idéia de atender as expectativas futuras da comunidade pode-se identificar traços do pragmatismo na concepção da súmula vinculante.

De outro modo, o instituto não se coaduna com a filosofia da linguagem ou filosofia da comunicação para a qual toda a experiência é mediatizada pela linguagem. Isso porque resulta claro do enunciado descritivo proposto pela súmula que nele devem estar contidas as soluções acabadas para um determinado número de casos que ventilem a controvérsia que afirma já analisada. Não se objeta que o enunciado da própria súmula não possa ser analisado, mas sim a vontade do instituto que foi de não permitir a produção de interpretações que a própria súmula entende já estar antecipando.

Esse fechamento da interpretação desejado pela súmula vinculante é que lhe coloca em posição oposta à hermenêutica filosófica.

Há uma contradição insuperável no instituto referente a imaginar ou querer que a linguagem tenha limites de interpretação ou mesmo que possa ser reduzida à compreensão

²⁷ DWORKIN, Ronald. O império do direito. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P.55-108.

que o enunciado da súmula vinculante lhes possa estabelecer. As normas gerais e abstratas que a súmula vinculante (também norma geral e abstrata) se propõe a interpretar, por constituírem linguagem, possuem um universo de significados que deve ser interpretado por cada intérprete, não podendo haver um entendimento unívoco pelo fato de que a linguagem não comporta um único significado. Eis aqui a contradição maior apresentada pelo instituto com a filosofia da linguagem: a limitação daquilo que por sua própria dimensão hermenêutica não permite ser limitado – a linguagem.

A possibilidade de todos os juízes analisarem com liberdade a matriz constitucional das normas de acordo com cada caso específico que tenham sob sua análise deve se verificar num contexto de extrema consciência da importância dessa tarefa para a qual é imprescindível buscar nos fatos da realidade e nos argumentos propostos pelas partes a forma de ver o direito sob sua melhor luz.

Percebe-se que o instituto quer afastar as interpretações divergentes acerca de um mesmo texto de lei em relação à Constituição, mas ao assim proceder acaba por desmerecer a importância da tarefa da interpretação.

Segundo Damião Alves de Azevedo, *“afirmar que o direito corresponde à interpretação não lhe retira sua certeza nem o remete a decisionismos arbitrários”*. Para o autor a regra jurídica apenas adquire densidade normativa no caso concreto: *“Não confiar na interpretação corresponde a não confiar na própria capacidade cognitiva do ser humano nem na possibilidade de compreensão que é inerente à comunicação entre as pessoas”*²⁸.

Ainda, conforme Azevedo, não é possível estabelecer a segurança da correção da interpretação abstratamente, assim como não se pode estabelecer a correção dos atos de fala em abstrato, mas é diante do caso concreto que será possível avaliar o sentido da comunicação e fazer sua relação com os demais fatores. Mesmo que uma palavra possua vários significados aparentes, o contexto de sua utilização é que permitirá dizer qual é na frase o significado correto. Essa justificação encampa a idéia de que uma interpretação não pode ser arbitrária, pois como toda a linguagem é pública e o próprio texto é que contempla um conjunto de significados abstratos que delimitam o seu uso e que serão utilizados pelo intérprete ao analisar o caso concreto²⁹.

A teoria da integridade de Dworkin auxilia na compreensão da essencialidade da interpretação no direito. A partir do exame dessa teoria será possível confirmar a necessidade

²⁸ AZEVEDO, Damião Alves. Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas. Brasília-DF. CEAD/UnB, 2008. 40 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=138&subdir=/2_-_Textos_complementares> Acesso em 26 jun. 2010.

de se permitirem aos operadores do direito interpretarem as regras defrontando-se com o caso concreto. A interpretação é necessariamente um labor que deve ser desincumbido em cada caso específico por mais singelo que o seja.

3. A teoria do direito como integridade

Como alternativa ao convencionalismo e ao pragmatismo o filósofo norte-americano Ronald Dworkin construiu a teoria do direito como integridade a qual se distancia das escolas jusnaturalista e positivista, podendo ser compreendida como uma teoria pós-positivista.

Para essa corrente do pensamento jurídico, a construção autêntica do direito se verifica a partir de situações reais e com fundamento nos princípios gerais do direito, o que revela que o direito é uma questão de interpretação e não um caso especial da moral como sustenta Alexy.

Conforme Dworkin, não seria possível reunir, num único e coerente sistema de princípios, todas as normas especiais e outros padrões estabelecidos pelos legisladores e ainda em vigor. O compromisso com a integridade significa que devemos considerar esse fato como um defeito e não como o resultado desejável de uma justa divisão do poder político entre diferentes conjuntos de opinião e, portanto, nos empenhar em remediar quaisquer incoerências de princípio com as quais venhamos a deparar.

Dworkin estabelece uma distinção entre duas formas de integridade: a integridade na legislação e a integridade na deliberação judicial. A primeira diz respeito a como os legisladores e outros partícipes na criação das normas podem agir corretamente; a segunda requer, até onde possível, que os juízes tratem o atual sistema de normas públicas como se expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas. Para Dworkin a integridade é uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal, mas isso não significa que a integridade em alguma das duas formas assinaladas seja sempre superior às demais virtudes³⁰.

Segundo o filósofo, o legislativo deveria ser guiado pelo princípio legislativo da integridade, e isso explica por que não deve promulgar leis conciliatórias apenas por uma preocupação com a equidade. As leis conciliatórias constituem uma violação flagrante e fácil de evitar da integridade; o que não leva a concluir que o legislativo nunca deva tornar o

²⁹ Idem.

³⁰ DWORKIN, Ronald. O império do direito. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P.261/262.

direito mais incoerente em princípio do que já é³¹.

O princípio da integridade na prestação da justiça não é de modo algum superior a propósito do que os juízes devem fazer cotidianamente. Esse princípio é decisivo para aquilo que um juiz reconhece como direito. O juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm numa decisão dele. O princípio da integridade não tem a última palavra sobre o modo de usar a coerção do Estado, mas tem a primeira palavra e normalmente, não há nada a acrescentar àquilo que diz³².

Dworkin sustenta que a integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Por esse motivo, uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá se afastar da estreita linha das decisões anteriores em busca de fidelidade aos princípios como mais fundamentais a esse sistema como um todo³³.

O autor diferencia a integridade legislativa da integridade no direito porque aquela deve estar preocupada com a coerência em proteger para todos aquilo que vê como seus direitos morais e políticos finalizando que as normas reflitam um sistema coerente de justiça e equidade, enquanto a integridade no direito pode ser menos unânime, mais particularizada. Sob esse enfoque, a integridade na política significa que uma teoria política funcional deve ser flexível exigindo que o governo lance estratégias gerais que promovam o bem geral programado equitativamente conforme o valor eleito no caso e as decisões em busca das estratégias julgadas individualmente são questões de política e não de princípio que passam pelo teste político se fizerem avançar o objetivo geral. Por seu turno, a questão de saber se cada cidadão poderá obter aquilo a que tem direito enquanto indivíduo é uma questão de integridade no direito. Sob esse prisma da coerência política é que se pode diferenciar a integridade na política da integridade no direito³⁴.

A integridade no direito preocupa-se com as questões de princípio: o governo deve ter uma só voz ao se manifestar sobre a natureza dos direitos, devendo perseguir alguma concepção coerente daquilo que significa tratar as pessoas como iguais como forma de estratégia geral, mas não exige uma coerência limitada no âmbito das políticas, de forma que programas específicos não precisam tratar a todos da mesma maneira³⁵.

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos

³¹ Idem. P.262.

³² Idem. P.262/263.

³³ Idem. P.264.

³⁴ Idem. P.268.

³⁵ Ibidem.

factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento³⁶.

O princípio judiciário de integridade instrui juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada – expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam dos princípios da justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade³⁷.

O direito começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram em uma história geral digna de ser contada e que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei” como afirma o positivismo expresso na teoria do convencionalismo, bem como o cinismo do novo “realismo” representado pela teoria pragmatista³⁸.

A teoria da integridade sustenta que o direito é uma questão de interpretação a qual tem por substrato um sistema amplo de princípios que precisa ser respeitado e completado pelo aplicador. É com esta visão observadora e crítica que Dworkin explica o direito comparando-o à literatura. Utiliza-se desse mecanismo para demonstrar a essencialidade da interpretação no direito.

3.1 Comparação do direito à literatura: romance em cadeia

O método de Dworkin de comparação do direito à literatura se deve à sua formação também em filosofia da arte, o que lhe permite o domínio de elementos estruturais desta ciência e sua introdução na filosofia do direito.

A partir desse método de integração das ciências da arte e do direito, Dworkin

³⁶ Idem. P.271.

³⁷ Idem. P.272.

compara o juiz que decide sobre o que é o direito em alguma questão judicial com o crítico literário que destrincha as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo³⁹.

Assim, Dworkin sustenta ser possível encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito e para tanto se vale da criação de um gênero literário artificial ao qual denomina “romance em cadeia”. Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração e a complexidade dessa tarefa reproduz a seriedade de decidir um caso difícil de direito como integridade. O autor exemplifica que alguns romances foram escritos dessa maneira, assim como séries de televisão repetem por décadas os mesmos personagens e um mínimo de relação entre personagens e enredo, ainda que sejam escritas por diferentes grupos de autores e, inclusive, em semanas diferentes. Para o filósofo, no direito, os romancistas precisam levar mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é, produto de muitas mãos diferentes⁴⁰.

Na tarefa construtiva do romance em cadeia, os dois tipos principais de convicções que estão ao alcance de todo intérprete – depreender qual a interpretação se adapta melhor ou pior a um texto, e qual das duas torna o romance substancialmente melhor – são inerentes a seu sistema geral de crenças e atitudes⁴¹.

Argumenta Dworkin que o direito é político⁴², não havendo como juízes e juristas evitarem a política no sentido amplo da teoria política. Não se trata de vincular o direito a política pessoal ou partidária, mas de uma visão que admite integrá-lo a outras ciências para

³⁸ Idem. P.274.

³⁹ Idem. P.275.

⁴⁰ Idem. P.276.

⁴¹ Idem. P.282.

⁴² Sobre a relação entre política e direito o professor Menelick de Carvalho Netto, referindo Niklas Luhmann, explica que com o fechamento dos sistemas do direito e da política ocorrido com o advento das constituições rígidas, pode-se enfim ter um relacionamento entre esses sistemas. Leciona o autor que para Luhmann o direito é um sistema fechado, autopoietico, que se dá por suas próprias razões e que possui uma lógica interna, um código binário de atribuição de sentido jurídico ou anti-jurídico, assim como a política é um sistema com um código binário mais poder/menos poder, a qual também opera autonomamente fechada sobre si mesma. Afirma que a modernidade como sociedade complexa precisa de sistemas especializados ainda para garantir o seu pluralismo, o que não significa que tais sistemas diferenciados não se relacionem entre si ou não se prestem serviços mutuamente. CARVALHO NETO, Menelick de. **Texto-base 1: Público e privado na perspectiva constitucional contemporânea**. Brasília-DF. CEAD/UnB, 2008. 25 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/8/Biblioteca/1_-_Textos_base/Texto_base_1.pdf> Acesso em 26 jun. 2010.

melhor compreender o próprio direito⁴³.

O veredito do juiz – suas conclusões pós-interpretativas – deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso seja possível. No direito, porém, a exemplo do que ocorre na literatura, a interação entre adequação e justificação é complexa. Assim como num romance em cadeia, a interpretação representa para cada intérprete um delicado equilíbrio entre diferentes tipos de atitudes literárias e artísticas, em direito é um delicado equilíbrio entre convicções políticas de diversos tipos; tanto no direito quanto na literatura, estas devem ser suficientemente afins, ainda que distintas, para permitirem um juízo geral que troque o sucesso de uma interpretação sobre um tipo de critério por seu fracasso sobre outro.

A partir de suas convicções políticas os juízes interpretam não apenas os casos a eles submetidos, mas interpretam de modo geral. A possibilidade de identificar os fatos e os justificar poderia pressupor a existência de mais de uma decisão admissível em um mesmo caso ou mesmo a ausência de qualquer decisão possível, sobretudo, nos casos difíceis.

Porém, Dworkin defende que mesmo nos casos complexos há uma única possibilidade de solução.

3.2 Uma única decisão possível

Dworkin defende existir uma única resposta correta para cada caso concreto, inclusive para os casos difíceis que são levados aos tribunais. Afirma que esse tema é central para um grande número de controvérsias sobre o que é o Direito⁴⁴. Para confirmar sua teoria da única resposta correta, exemplifica que existem conceitos jurídicos como o de contrato válido, responsabilidade civil e crime que possuem a característica de serem “*conceitos dispositivos*”, ou seja, se o conceito é válido em uma determinada situação, os juízes tem o dever de, numa primeira análise, decidir os casos em determinado sentido; mas se não é válido, então devem, numa análise inicial, decidir no sentido oposto. Para o autor, da forma como os juristas argumentam e falam, parecem admitir acerca dos conceitos dispositivos a tese da bivalência a qual significa que em todos os casos se deve considerar verdadeira ou a asserção positiva de que o caso se enquadra num conceito positivo ou a asserção oposta de que o caso não se enquadra, mesmo havendo controvérsia sobre qual delas é verdadeira⁴⁵.

Para demonstrar o extraordinário trabalho de construção interpretativa do julgador, Dworkin cria a figura de um juiz imaginário ao qual nomina Hércules, que possuiria

⁴³ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P.175.

⁴⁴ Idem.

capacidade e paciência sobre-humanas e aceitaria o direito como integridade⁴⁶.

Hércules estaria destinado a resolver casos muito difíceis – *hard cases* – já que para Dworkin, nos casos ordinários, não haveria necessidade de uma interpretação tão pormenorizada do direito. Quando um *hard case* fosse submetido a Hércules, ele deveria mapear todas as possibilidades de respostas que o direito defere à questão e a partir da análise dos precedentes judiciais aplicados a casos semelhantes, auferir o conjunto mais harmônico de princípios que ensejassem a única solução adequada ao caso que deveria ter por base a justiça, equidade e o devido processo legal. Com esse exercício, quer Dworkin representar que sua teoria da completeza sempre apresentará solução para uma questão de direito, ainda que deva ser construída sob intenso trabalho interpretativo de seu julgador.

Os artifícios do romance em cadeia e do juiz Hércules criados por Dworkin têm por finalidade demonstrar que uma interpretação precisa evidenciar o objeto interpretado em sua melhor luz possível. Para a tarefa de interpretar, contudo, não existe um método adequado, prova disso é que no romance em cadeia ou mesmo no caso do exímio juiz Hércules não há uma regra de interpretação. O romancista parte de uma história anterior incompleta e precisa encontrar uma forma de lhe emprestar a melhor continuidade possível, o que, para o juiz Hércules, se tornará a única decisão admissível no caso complexo. Por isso, os intérpretes possuem um substrato a partir do qual precisarão decidir como agir, que tipos de argumentos eleger e quais devem refutar analisando as circunstâncias pretéritas, mas acurando da necessidade atual apresentada. Elegem seus métodos a partir de valores políticos, o que não afasta dizer da acuidade jurídica, pois a interpretação sugere exatamente um suporte valorativo amplo a partir do qual se fará a conjugação dos princípios que representem a maior pertinência e adequação ao caso.

3.3 O direito como integridade e a súmula vinculante

A teoria do direito como integridade não se compatibiliza com o sistema da súmula vinculante devido à restrição à aplicação principiológica que este instituto promove.

Conforme o pensamento do direito como integridade a interpretação dos princípios precisa se dar de uma forma bastante flexível e aberta, concebendo que dentre as várias alternativas possíveis seja tomada a única decisão correta comprometida com as necessidades atuais da comunidade e abandonando exigências ultrapassadas que já não supram seus ideais. O exercício de reflexão do julgador sobre o sistema aberto de princípios e regras deve ser

⁴⁵ Idem. P.176.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. O império do direito. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P.287.

estimulado e desejado a fim de que a única decisão possível seja tomada com base na justiça, nas normas gerais e no devido processo legal.

Se o sistema do direito não contempla esta abertura para a criatividade judicial é porque não concebe o direito como integridade. Isto porque a criatividade é o traço distintivo do direito como integridade: sua matriz conceitual está relacionada com a possibilidade de o julgador promover mudanças, acatar alterações paradigmáticas em consonância com a evolução percebida na comunidade. Nenhuma visão que se fixe no passado sem contemplar o presente e suas necessidades reais pode se dizer conforme a integridade. A integridade não rejeita o passado, mas utiliza-o como meio de interpretar e enriquecer o presente para encontrar a solução adequada ao caso em análise. As decisões proferidas pelos tribunais, assim, possuem fundamental importância para a criação do direito no caso concreto, mas não devem determinar que o direito será aplicado sempre de igual forma repetindo uma solução que se adequou ao passado como se as necessidades permanecessem inalteradas.

É sob essa ótica que se afirma que o enunciado contido na súmula delimita previamente a interpretação que deve ser deferida a determinada situação concreta de modo que não resta muito mais a dizer a partir do enunciado e mesmo não há a alternativa de negá-lo, afastando-o do caso concreto, pois seu efeito “vinculante” o torna um preceito de aplicação obrigatória e irrefutável.

Essa característica de previsibilidade e de fechamento da interpretação futura é o que prova a incompatibilidade da súmula vinculante com a teoria da integridade e acaba por demonstrar que o instituto mais se aproxima das teorias formalistas e antiformalistas do que da teoria do direito como completude.

Considerações finais

A súmula vinculante surgiu no direito brasileiro com a finalidade de atender a um fundamento político que reclamava maior celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Para atender a este reclamo o legislador constituinte derivado, inseriu por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004⁴⁷, o art. 103-A⁴⁸ à Constituição Federal cumprindo ao mesmo tempo a vontade de reduzir o número de demandas a cargo do poder judiciário como um todo, bem como, reafirmando o papel do Supremo Tribunal Federal como intérprete máximo da Constituição, na medida em que lhe dispensou em grande medida de cumprir a função

⁴⁷ _____, Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

⁴⁸ BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.

revisional.

O instituto da súmula vinculante possui assento no sistema do *stare decisis* norte-americano o qual não se concilia com o direito romano-germânico adotado pelo sistema brasileiro. Esta incongruência faz com que exista um problema relativo ao método da súmula vinculante, o qual intenciona conferir autoridade aos precedentes para reger as situações da vida, porém, a cultura do direito brasileiro refuta a teoria da jurisprudência dominante porque possui na legislação o centro de seu sistema.

O problema do método é apenas anunciativo de uma deformidade nuclear do instituto que diz respeito à sua natureza jurídica de norma geral e abstrata. Tal como prevê a doutrina de Kelsen, a súmula vinculante pretende, a partir de um enunciado prescritivo, estabelecer uma hierarquia entre a norma superior e a norma inferior. A norma superior é representada pela súmula vinculante a norma inferior pela decisão que o juiz deverá adotar no caso concreto. Todavia, a súmula vinculante pretende esgotar em seu enunciado, com natureza jurídica de norma geral e abstrata, o “quadro das leituras possíveis”, conforme referido por Kelsen, finalizando, assim, evitar que a liberdade de interpretação dos julgadores venha a originar decisões divergentes acerca de um mesmo instituto jurídico.

Seguindo a esteira das teorias da linguagem e da hermenêutica filosófica de Gadamer, Dworkin propõe uma teoria do direito como integridade para a qual os juristas devem fazer uma interpretação construtiva e complexa, avaliando todos os princípios implicados no caso concreto para dele extraírem a melhor interpretação possível. Segundo a teoria do direito como integridade, a interpretação dos princípios deve se dar de forma flexível e aberta, concebendo que dentre as várias alternativas possíveis seja tomada a única decisão correta comprometida com as necessidades atuais da comunidade e abandonando exigências ultrapassadas que já não supram seus ideais. A reflexão do julgador sobre o sistema aberto de princípios e regras deve ser estimulada a fim de que a única decisão possível seja proferida com base na justiça, nas normas gerais do direito e no devido processo legal.

A súmula vinculante pretende restringir o universo de possibilidades deferidos pela linguagem, reduzindo o campo de atuação do julgador e ao assim conceber desconsidera a inevitabilidade da condição hermenêutica do ser humano. Desse modo, não se coaduna com a teoria do direito enquanto integridade proposta por Ronald Dworkin, para a qual o direito consiste essencialmente em interpretação traduzida enquanto a única forma de revelar a melhor luz possível do direito que se deva aplicar a um determinado caso.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Damião Alves. **Texto complementar**. Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas. Brasília-DF. CEAD/UnB, 2008. 40 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=138&subdir=/2_-_Textos_complementares> Acesso em 26 jun. 2010.

BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

_____. Emenda Constitucional nº 3, de 17 de janeiro de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal.

_____. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

_____. Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais.

_____. Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2006. Altera os arts. 504, 506, 515 e 518 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões.

_____. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

CARVALHO NETO, Menelick de. **Texto-base 1**: Público e privado na perspectiva constitucional contemporânea. Brasília-DF. CEAD/UnB, 2008. 25 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/8/Biblioteca/1_-_Textos_base/Texto_base_1.pdf> Acesso em 26 jun. 2010.

CARVALHO NETO, Menelick de. **Texto-base 5**. Brasília-DF. CEAD/UnB, 2008. 43 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/8/Biblioteca/1_-_Textos_base/Texto_base_1.pdf> Acesso em 26 jun. 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão

técnica Gildo Sá Leitão Rios. – 2ª edição. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. – 2ª edição. – São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. MIDIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RE, Edward D. *Stare decisis*, p. 8. In Leite, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P.128.

ROCHA, José de Albuquerque. *Súmula vinculante e democracia*. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

VELOSO, Carlos Mário da Silva. *Do poder judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico – efeito vinculante em outros temas*. **Revista dos Tribunais**, ano 6, nº 25, out./dez. 1998.

ZAVASCKI, Teori. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.