

# ESCOLHA ÉTICA DO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL:

## A SÚMULA VINCULANTE

Luiz Alberto G. S. Rocha\*

### I. A Textura Aberta do Direito

Mesmo sem querer pretender ser exaustivo na abordagem da Textura Aberta do Direito, tema que merece atenção das maiores luzes da Ciência Jurídica, chama-me atenção que a formação do sistema normativo propõe a definição de um conjunto de preceitos normativos que possibilitam à sociedade sua convivência conjunta e sua harmonização.

Na realidade o objetivo da norma não é ventura sem passado, pois a infundável capacidade humana de agir não condiz com a possibilidade da existência coletiva de indivíduos se não houvesse uma previsibilidade parcial do conjunto de ações principais que pudessem normativamente produzir o resultado esperado: a harmonia social. Dessa maneira, as normas, enquanto padrões de comunicação social, informam aos indivíduos quais são as expectativas sociais de ação ou omissão diante de fatos genericamente previstos pela norma. A isto corresponde uma expectativa auto-reflexiva da sociedade que o respeito coletivo de padrões de ação humana possa corresponder, no conjunto, a ações que promovam o bem-estar coletivo ou procurem evitar a desagregação social.

Ponderando o sistema normativo por esse viés, o processo escolhido, seja legislativo seja por precedente normativo, estrutura a capacidade de regulação *in abstracto* na determinação de tais ações, realizando-se segundo a competência de prever genérica e abstratamente as ações ou omissões futuras – genérica, na formação republicana de sua aplicação a todos os indivíduos que se enquadrem em seus traços gerais; abstrata, na descrição de uma ação típica hipotética de acontecimento futuro. Desse modo, tais duas características podem então expressar uma razoável expectativa de previsibilidade das respostas sociais à prática ou omissão de certos atos, e melhor podem prevenir ou estimular sua produção negativa ou positiva.

---

\* Doutor em Direito do Estado / USP. Professor Titular da Universidade da Amazônia – Unama.  
luizalbertorocha@unama.br

Esse fator costuma responder por um elemento caro ao Direito: a segurança jurídica. Pois bem, se as condutas podem ser previstas e, mais, se as respostas a tais condutas podem ser previamente decididas coletivamente pela sociedade, tal outra não seria a consequência senão que todos pudéssemos ter perfeita segurança do futuro, certo? Errado!

A generalidade tola e tacanha de um futuro insipidamente previsível é uma irrealidade na natureza humana. Imaginar a capacidade de um, ou mesmo vários indivíduos produzindo normas para o futuro que pretendam englobar toda a realidade da multiplicidade de variantes humanas é imaginar os humanos agindo mecanicamente sob a égide de um legislador com poderes sobre-humanos. É por essa razão que, não obstante a grande quantidade de casos padrões e, portanto, previsíveis, haverá outros tantos que não se encaixam a modelos pré-fabricados, resultando num ponto de indeterminabilidade da aplicação do quadro geral previsto. É nesse sentido que a natureza do sistema jurídico corresponde aquilo que se convencionou chamar *textura aberta do direito*.

Os benefícios de certeza que o sistema normativo nós oportuniza é o preço a se pagar pelo uso de termos classificatórios gerais que tentem enquadrar as ações futuras segundo gêneros e espécies. É, em verdade, impossível gerar uma previsão *ex ante facto* sem se deparar com uma fronteira de incertezas diante da dinamicidade da produção de novas ações e reações humanas. Mesmo, a imaginação da possibilidade da formulação de regras tão detalhadas que se aplicariam a cada caso particular de modo que ele estivesse sempre antecipadamente resolvido e nunca chegasse a ponto de surgir uma escolha nova entre alternativas abertas, é danosamente fantasiosa.<sup>1</sup>

Apreendendo-se, pois, o sistema jurídico como um fato comunicativo, teremos a impressão que nunca nossas enunciações poderão responder a todos os casos futuros, principalmente, se levarmos em conta que há casos claros de aplicação da regra jurídica

---

<sup>1</sup> O que possa parecer curiosamente estranho pensar-se atualmente em uma leitura tão mecanicista quanto essa, não deixou de ser uma realidade no começo do século XIX com o racionalismo exegetico francês. A edição do Código Civil francês de 1.804, o famoso Código de Napoleão, levou à falsa conclusão que toda a vida civil francesa poderia ser determinada pela análise jurídica das regras do Código. A função do jurista era desvendar logicamente os padrões de moral previstos nos artigos do Código e transmiti-los à sociedade. Tais considerações levaram ao fetichismo do texto legal, no qual a atividade interpretativa era avaliativa e reduzida à análise mecânica de lógica dedutiva. “*Tanto a École d’Exégèse como o pandectismo [alemão] desembocaram, por igual, num sistema rígido de fetichismo pelos textos e de construção sistemática, apregoando o uso do método dedutivo, exigindo a aplicação das leis de acordo com um processo rigorosamente silogístico*” (Maria Helena Diniz. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 11ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 55).

que a convenção semântica e sintática utilizadas não projetam nenhuma sombra de dúvida sobre sua aplicação. Mas, os casos não são todos assim.

Mesmo uma regra jurídica aparentemente clara que diga: “*todos os homens e os rapazes devem tirar o chapéu ao entrar numa igreja*”, pode trazer incertezas quanto à sua aplicação prática. Uma vez que, “*pode deixar aberta uma série de possibilidades e, por isso, de dúvidas, relativamente ao que se pretende, mesmo quanto a assuntos que a pessoa que procura comunicar considerava ela própria como claros. Até que ponto deve a atuação ser imitada? Tem importância se for usada a mão esquerda, em vez da direita, para tirar o chapéu? Que se faça lentamente ou com rapidez? Que o chapéu seja posto debaixo da cadeira? Que não seja colocado de novo na cabeça dentro da igreja?*”.<sup>2</sup> Essas são todas variantes que a regra jurídica aparentemente clara pode produzir.

É a famosa distinção de casos difíceis e fáceis. Pois, a aplicação da regra em um caso específico gera no mínimo três pontos de vista diferentes: (a) o ponto de vista do ator que se conforma a um modelo de comportamento que ele entende estabelecido pela regra e a ele se conforma, (b) o ponto de vista externo “*produzido*” por um observador exterior que analisa a regularidade das práticas sociais, e (c) o ponto de vista hermenêutico daquele que tenta compreender o ponto de vista do ator, ou seja, busca o sentido que o autor atribuiu àquela ação. O que poderá gerar os casos de fácil resolução, quando esses pontos de vista são convergentes, dependendo basicamente da extensão do núcleo de certeza que a regra jurídica expressar, mas que não é dependente tanto da formulação lingüística empregada, mas, principalmente, do contexto de aplicação da regra.

Assim, os casos simples parecem não necessitar de interpretação porque o reconhecimento de seus termos gerais de aplicação já é de toda sorte familiar que parecem não apresentar maiores dificuldades a sua aplicação em termos classificatórios. Porém, as variantes dos casos familiares podem levar exatamente aos casos difíceis em que “*a subsunção e a extração de uma conclusão silogística já não caracterizam o cerne do raciocínio implicado na determinação do que é a coisa correta a fazer-se*”.<sup>3</sup>

A condição da incerteza, ou textura aberta, do sistema jurídico é um reflexo da própria condição humana que trabalha sob a égide de duas desvantagens como já tive oportunidade de escrever em outro artigo.

<sup>2</sup> Herbert L. A. Hart. *Op cit*, p. 138.

<sup>3</sup> Herbert L. A. Hart. *Op cit*, p. 140.

*“A textura aberta no Direito trata basicamente sobre os obstáculos comunicacionais que a classificação geral de condutas individuais, em termos jurídicos, leva-nos a enfrentar. Nesse sentido, existirá sempre uma opção entre alternativas abertas para a aplicação da norma no caso real, e tais alternativas existirão simplesmente porque somos homens e não Deuses. Esse aspecto da condição humana é relevante porque nós decidimos segundo a influência de duas desvantagens: (a) a relativa ignorância do fato, e (b) a relativa indeterminação de sua finalidade”.*

*“A primeira responde à idéia de: se vivêssemos em um mundo caracterizado pelo finito número de aspectos e pudéssemos juntá-los todos de uma maneira lógica, então nós poderíamos regulamentar cada caso antecipadamente. Se tudo já fosse sabido, poderíamos simplesmente determinar a solução perfeita para o conflito. Mas se isso fosse verdade, estaríamos falando de uma jurisprudência mecânica e isso é exatamente o que a jurisprudência não é. A segunda desvantagem é que o legislador não pode identificar todas as possibilidades de combinações de circunstâncias que podem criar um futuro melhor. Isto é, nós somos incapazes de antecipar as conseqüências das decisões que o Direito faz, desde que existe uma relativa indeterminação de sua finalidade”.*<sup>4</sup>

*“Esses argumentos têm sido a maior crítica que o positivismo tem enfrentado. É falho pressupor que o sistema de direito positivo não vá precisar de um ulterior exercício de escolha na aplicação de regras gerais para casos*

---

<sup>4</sup> Relativa é para ressaltar que os homens podem usar sua inteligência para aprender com o passado e projetar que futuro suas ações podem formar, mas é inimaginável, talvez somente para um Ciclope, que isso seja suficiente para que ele preveja o futuro.

*individuais. Supondo que alguém use o mesmo entendimento geral da regra para aplicar em casos futuros independentemente dos aspectos futuros e da consequência social da aplicação da regra, é dizer que nós estaríamos obtendo certeza em detrimento da indeterminação dos fatos futuros que não conhecemos!”*<sup>5</sup>

## II. Escolha Ética do Sistema Jurídico

Diante das dificuldades que apresentam a realidade das diversas variantes dos casos padrões é preciso tomar a posição de interprete da norma jurídica de tal modo que consigamos fornecer algum critério de diminuição das incertezas. É lógico que as normas diante dos casos produzirão zonas de certeza tão óbvias que será razoavelmente fácil dizer o que é e o que não é. Mas isso só será possível nos extremos da ação a ser subsumida pelo juiz.

Nesse sentido que a autoridade competente determinada pela regra de reconhecimento arbitrará dentro do campo das alternativas abertas a escolha mais conveniente para o caso específico, analisando segundo as boas razões que possam levar à formação do resultado mais próximo ao esperado bem-estar social. O legislador faz o primeiro arbitramento quando funda a norma e o juiz caminha, dentro da textura aberta apresentada pela norma, para o segundo arbitramento quando se pretende que ele decida o caso concreto.

É justamente no caso difícil que o juiz é chamado a usar da discricionariedade que seu cargo lhe oferece para determinar o sentido da regra e designar seu campo de aplicação.

Assim, podemos dizer que o sistema jurídico sofre do risco de se colocar diante de dois vícios principais: o formalismo ou conceitualismo e o ceticismo. O primeiro é a posição do positivismo jurídico tradicional que defendia exclusivamente o modelo silogístico para a aplicação do direito fazendo com que regras formais disfarcessem ou minimizem a necessidade de escolha, uma vez editada a regra geral – *“um modo de conseguir isto consiste em fixar o significado da regra, de tal forma que os seus termos*

---

<sup>5</sup> Meu artigo *“A Study upon the Principle of Proportionality or Reasonableness”*, no prelo.

gerais devam ter o mesmo significado em cada caso em que esteja em causa a sua aplicação”.<sup>6</sup>

O segundo é a pretensão de não conferir às leis um papel central no sistema jurídico afirmando que entendê-las assim encerra o mito que esconde a verdade de que o direito é simplesmente o que dizem as decisões dos tribunais. O Ceticismo não nega a existência das leis, mas entende que elas são meras fontes de direito até que sejam aplicadas pelos tribunais.

Diante de tais posições o sistema jurídico de um Estado em um determinado tempo parece ter que escolher uma posição entre esses dois extremos. “*Todos os sistemas, de formas diferentes, chegam a um compromisso entre duas necessidades sociais*”.<sup>7</sup> Ou bem prescrevem regras que abarcam grandes zonas de conduta que a orientação oficial determina aplicar sem ponderar questões sociais novas, ou bem deixa as questões em aberto para resolução posterior segundo as características apresentadas pelo caso concreto.

É a escolha ética que os sistemas jurídicos têm que enfrentar de tempos em tempos. Nesse diapasão é possível que, em certo período, optem pela interpretação judicial formal das coisas sacrificando-as em nome da certeza e assim não enxerguem a dessemelhança dos casos que só poderiam ser vistas a luz das finalidades sociais. Ou, em outro período, optem pela análise exaustiva dos tribunais sobre os casos que ficam perenemente em aberto ou suscetíveis de revisão nos precedentes, demonstrando pouca consideração aos limites do texto legislativo.

É dentre essas escolhas de aumento da incerteza com diminuição da finalidade social e vice-versa que “*a Teoria Jurídica tem (...) uma história curiosa; porque está apta quer a ignorar, quer a exagerar as indeterminações das regras jurídicas*”<sup>8</sup> podendo, portanto, servir tanto uma ética quanto a outra.

É para escapar da oscilação entre esses dois campos que cada sistema jurídico providencia a formação de um conjunto de técnicas capazes de administrar seu padrão ético em favor de uma dessas duas realidades. A formalização da escolha ética entre esses extremos é uma decisão da sociedade em conjunto, uma vez que é ela que suportará os resultados sociais de tal decisão colocada entre a valorização da certeza jurídica com o decréscimo da solução dialética dos casos futuros ou o contrário.

<sup>6</sup> Herbert L. A. Hart. *Op cit*, p. 142.

<sup>7</sup> Herbert L. A. Hart. *Op cit*, p. 143.

<sup>8</sup> Herbert L. A. Hart. *Op cit*, p. 143.

No esteio dessa percepção da Teoria do Direito, o sistema jurídico nacional já parece ter tomado sua decisão a partir das profundas reformas que foram implementadas no Poder Judiciário com a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, à Constituição Republicana de 1988.

### III. Emenda Constitucional nº 45/04 – Reforma do Judiciário

#### A) Agilização do Fornecimento da Justiça Pública

Acredito que a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, foi o desenrolar de um longo processo, não só de tramitação legislativa, mas de transferência de expectativas que antes eram depositadas no Legislativo e Executivo e tinham sido concentradas no Judiciário, mas, que por força de sucessivas denúncias, tinham arrefecido na perigosa descrença nas instituições.

O Poder Judiciário já sofrera de muito tempo críticas contundentes quanto à demora na provisão das decisões que costumavam, e ainda costumam, levar anos a fio, fazendo que princípios tão caros ao sistema republicano tenham sido colocados em segundo plano, dentre eles, e principalmente, o de livre acesso à justiça.

Primeiro, fora então a percepção da sociedade que havia longa demora na tramitação das questões jurídicas e que os Tribunais se perdiam entre idas e vindas de decisões e liminares garantindo maior capacidade de defender seus interesses aqueles que podiam pagar bons profissionais e esperar anos pelo resultado da demanda, a seu favor ou contra tanto faz. Apesar de tudo, alerte-se, ainda prescrevia a cultura popular que “*a Justiça tarda, mas não falha*”, porém tais expectativas, últimas expectativas, diminuíram com as manchas de denúncias de corrupção envolvendo magistrado de grau elevado de jurisdição.

Estava formado o pano de fundo principal para a aprovação de mudanças profundas na estrutura do Judiciário. Sua estrutura de funcionamento sofreu alterações de caráter constitucional que podem ser resumidamente visadas a partir de dois valores principais: a lisura na administração da Justiça e a celeridade na prestação da Justiça. Sob o prisma da lisura ressalte-se:

- a) A obrigatoriedade de julgamentos públicos e fundamentados, sob pena de nulidade (art. 93, IX), assim como das decisões administrativas dos Tribunais (art. 93, X);
- b) A vedação ao exercício da advocacia de ex-magistrado ou ex-membro do Ministério Público, perante o órgão jurisdicional do qual se afastou ou oficiou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo (Quarentena) (art. 95, parágrafo único, V e 128, § 6º); e
- c) A instituição do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, ressalvadas duas competências voltadas à celeridade, art. 103-B, §4º, VI e VII) e do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, ressalvada uma competência voltada à celeridade, art. 130-A, §2º, V).

Sob o prisma da celeridade ressalte-se:

- a) A introdução expressa do princípio constitucional da *razoável duração do processo* com meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art.5, LXXVIII);
- b) A promoção do magistrado e membros do Ministério Público por critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição (art. 93, II, c e 129, § 4º);
- c) A não interrupção da atividade jurisdicional, vedando-se férias coletivas (art. 93, XII e 129, § 4º);
- d) A distribuição imediata de processos (art. 93, XV e 129, § 5º); e
- e) A *Súmula Vinculante* (art. 103-A).

Para a abordagem que se quer fazer nesse artigo, no entanto, lançaremos olhos principalmente para o prisma da celeridade na prestação da Justiça por meio de um de seus fundamentais instrumentos: a Súmula Vinculante.

## B) Súmula Vinculante

### ► Pequeno Histórico do Efeito Vinculante no Brasil

Essa recente história do efeito vinculante no Brasil, contando-se pelo menos desde a Constituição Republicana de 1988, começa com a Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993, que acrescentou o § 2º ao art. 102 introduzindo a eficácia contra todos e o efeito vinculante à Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC),



também criada no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro pela própria Emenda. A ADC representou uma novidade no estudo do controle de constitucionalidade não só no Brasil, mas também no Direito Constitucional Comparado, já que nenhum outro sistema adota efeito vinculante para declaração de constitucionalidade da norma, reservando-o à decisão de inconstitucionalidade.<sup>9</sup>

Posteriormente, a Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1.999, e a Lei Federal nº 9.882, de 03 de dezembro de 1.999, que por força própria estenderam os efeitos vinculante, que antes fora introduzido no controle de constitucionalidade brasileiro por Emenda à Constituição, para a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADIN) (art. 28, parágrafo único) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) (art. 10, § 3º), respectivamente.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> “*Eu chamo a atenção e registro desde já, a inserção da ação declaratória de constitucionalidade em nossa ordem jurídica, que representa de per si a retomada da velha advocatária. A advocatária é que está sendo adotada em um ambiente democrático, comandado pela Constituição de 1988. É um instrumento - eu diria - que faz parte do entulho autoritário. Um rótulo sob o qual foram englobados todos os instrumentos do famoso Pacote de Abril e que na Emenda nº 07, de 1977 vamos detectar a presença da advocatária. E, agora, novamente estamos na presença da advocatária, com outro nome, com outra roupagem, travestida de ação direta de constitucionalidade (sic). Mas é a advocatária*”. Mônica Herman Salem Caggiano. “*Reforma do Judiciário / Emenda Constitucional nº 45/2004 / Efeito vinculante*”. Palestra proferida na Mesa de Debates da Associação Brasileira dos Constitucionalistas – Instituto Pimenta Bueno. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 29 de março de 2005. Disponível em <http://www.abconst.com.br/mesa9.htm>; acessado em 20 de outubro de 2005.

Em meados do governo do General Ernesto Geisel em que o Regime Militar alternava entre momentos de abertura e de autoritarismo para promover o princípio da distensão com a “*abertura lenta, gradual e segura*”, o regime optou, mais uma vez, pela linha dura promulgando a Emenda Constitucional nº 07, de 13 de abril de 1997, integrante do famoso *Pacote de Abril de 1977*, sob o silêncio forçado do Congresso Nacional em recesso por força do Ato Complementar nº 102/77 e conforme a autorização que lhe conferia o vetusto Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 (“*Geisel apertou o cerco, introduzindo em abril de 1977 uma série de medidas que ficaram conhecidas como o ‘pacote de abril’, após colocar o Congresso em recesso. Entre as medidas do pacote, estava a criação da figura do Senador biônico, cujo objetivo era impedir que o MDB viesse a ser majoritário no Senado. Os senadores biônicos foram eleitos, ou melhor, ‘fabricados’, por eleição indireta de um colégio eleitoral*”). Boris Fausto. *História Concisa do Brasil*. São Paulo: Edusp, 2001, p. 272). A instalação da advocatária se deu com a mudança de redação do art. 119, ‘o’ da Constituição anterior: “*Aos Juizes Federais compete processar e julgar, em primeira instância: as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido*”.

<sup>10</sup> Interessante a esse respeito é que à época muito se discutiu sobre a constitucionalidade de tais artigos que estendiam tal efeito a sentenças de ações de controle concentrado de constitucionalidade se antes o próprio Legislativo houvera feito o mesmo por meio de Emenda Constitucional. Essa questão de certa forma foi superada em termos da ADIN quando a Emenda Constitucional nº 45/04 constitucionalizou o tema modificando novamente o art. 102 § 2º para dar expressamente tal efeito as suas decisões. Porém, a mesma emenda calou-se acerca da constitucionalização dos efeitos da sentença em ADPF, restando o questionamento: podemos entender que houve uma recepção constitucional **tácita** dos efeitos da sentença conferidos pela Lei nº 9.882/99 ou ela realmente contém, e mantém, vício constitucional originário?

Como última extensão do efeito vinculante no sistema brasileiro até o momento,<sup>11</sup> a Emenda Constitucional nº 45/04 o introduz, a nível constitucional, à ADIN, atribui-o às decisões do Conselho da Justiça Federal (art. 105, parágrafo único, II) e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (art. 111-A, § 2º, II), além de inovar criando o efeito vinculante para o precedente jurisdicional: a Súmula Vinculante (art. 103-A).

► *Modus Operandi Constitucionalis*

A Súmula Vinculante pode ser tipificada em duas espécies: as novas que venham a surgir por aprovação do Supremo Tribunal Federal (STF), fundada no novo art. 103-A da Constituição Republicana, e aquelas antigas, do banco de Súmulas do STF, convertidas por força do art. 8º da própria Emenda Constitucional nº 45/04. Sobre essa segunda espécie o que há é uma promoção hierárquica do precedente sumulado, e portanto, fonte simplesmente indicativa de Direito, para o nível de precedente sumulado normativo com efeito vinculante.

São requisitos para a aprovação de uma Súmula Vinculante: (a) aprovação da edição por quorum qualificado de 2/3 dos Ministros do STF, sejam eles provocados pelos mesmos legitimados para propor ADIN (art. 103) seja o processo provocado *ex officio* (requisito formal), e (b) reiteradas decisões sobre matéria constitucional sobre a qual há controvérsia entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (requisito de fundo).

Assim, o processo de criação da Súmula Vinculante, a ser regulado em lei, será iniciado quando se queira conhecer a posição final do STF sobre a validade, interpretação e/ou eficácia de normas determinadas, sobre matéria constitucional, oferecendo a essa decisão a possibilidade de vincular todos os demais órgãos do Poder Judiciário, assim como a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Possibilitando ainda que o ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a Súmula Vinculante ou indevidamente aplicá-la poderão ser anulado ou cassado, respectivamente, pelo STF com determinação que outro seja proferido em seu lugar com ou sem a aplicação da Súmula, conforme o caso.

---

<sup>11</sup> Uma vez que continua em tramitação na Câmara dos Deputados a chamada PEC Paralela do Judiciário (PEC nº 29, de 2000).

► Extensão dos Efeitos

Resta por último analisar até que ponto configura-se a extensão da vinculação dos efeitos da Súmula Vinculante.

O texto constitucional fala em vinculação ampla do Poder Judiciário e Executivo, deixando, a primeira vista, de fora somente o Legislativo e o próprio cidadão. Quanto ao último parece ser de pouca utilidade prática que o cidadão queira enfrentar o texto da Súmula Vinculante já que qualquer indagação perante o Judiciário resultaria em perda de tempo, a não ser que resolva adotar, mormente em contratos, um modelo de resolução diverso como, por exemplo, o arbitramento. Já quanto ao Legislativo a coisa muda um tanto de tom.

Apesar do Legislativo não estar primeiramente vinculado à mudança do artigo 103-A, podendo, inclusive, legislar novamente sobre matéria prejudicada pelos efeitos da Súmula Vinculante editada, talvez esse processo seja de pouca ajuda. Veja bem que o artigo 103-A, ele próprio, não desautoriza a atividade legislativa, mas qual seria o resultado de uma legislação aprovada posteriormente à edição da Súmula Vinculante, mas *a contrario sensu*? Muito provavelmente ela sofreria difusamente no Poder Judiciário a desaprovação constitucional, já que todo ele deve vincular-se ao enunciado da Súmula Vinculante, ainda que preteritamente editada.

Dessa maneira, o princípio da lei no tempo fica parcialmente modificado, pois a Lei posterior não resistiria à convicção formada pelo STF, ainda que tenha sido aprovada com todo o acatamento à Constituição pelo Legislativo e com a participação do Executivo no momento da sanção ou veto.<sup>12</sup>

Ademais, resta saber até que o ponto o próprio STF também não se vincula à edição da Súmula Vinculante, pois veja que se o requisito constitucional formal para sua aprovação é de 2/3 dos membros do Tribunal. Logo, não parece lícito afirmar que qualquer outro quorum abaixo desse possa determinar a alteração dos efeitos da Súmula Vinculante, mesmo o quorum de proclamação de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de seis Ministros, como regula a Lei da ADIN e da ADC (Lei nº 9.868/99, art. 23, *caput*), está abaixo do mínimo do art. 103-A.

---

<sup>12</sup> Outra observação pertinente é que com o efeito atribuído à Súmula Vinculante é possível que por meio dela se faça controle de constitucionalidade, uma vez que a sentença ou ato administrativo que se apóie em Lei ou ato normativo que seja contrário à Súmula Vinculante terá como efeito a cassação ou nulificação, respectivamente, o que não deixa de ser uma nova forma oblíqua de controle de constitucionalidade. É o que também parece reconhecer, mesmo que com outras palavras, Lílian Mendes Haber *in Reforma do Judiciário Comentada*. Zeno Veloso e Gustavo Vaz Salgado (org.). São Paulo: Saraiva, 2005, ponto 10.3.8, p. 143 e seguintes.

#### IV. Conclusão Provisória

Em conclusão provisória, podemos voltar à Teoria do Direito de Herbert L. A. Hart para acompanhar o autor na percepção que o sistema jurídico tem a possibilidade de ignorar ou exagerar as indeterminações das regras jurídicas de modo que é a sociedade que deve prever qual valor deva ser mais valorizado diante das diversas escolhas éticas que se põem à frente dela a todo o momento.

Digo isso porque me parece que exatamente a Emenda Constitucional nº 45/04 ao introduzir a Súmula Vinculante traduz uma opção pela celeridade no fornecimento da Justiça Pública em detrimento do dialeticismo que a entronização de um precedente jurisprudencial desse quilate possa trazer. Novamente entra em cena a opção ética que os vícios do formalismo e do ceticismo das regras parecem perpetuar. É uma disputa constante que não terminou, aliás parece mesmo que foi inflamada, com a promulgação da emenda.

Mesmo com a extensão exponencial dos efeitos vinculante que a história constitucional recente do Brasil tem apresentado não me aventuro a declarar cabalmente que suas conseqüências sejam danosas, mas parecem que efetivamente trazem um nível de perigo à República brasileira que não deve ser menosprezado. Quais as possíveis conseqüências para o sistema jurídico nacional da opção pela ampliação do efeito vinculante de algumas decisões do STF?

Estou seguro que o modelo constitucionalizado permite a revisão e cancelamento da Súmula Vinculante editada, mas quanto tempo e direitos dispersos na imensa sociedade brasileira terão que ser perdidos para que se movimente o processo de revisão ou cancelamento? Veja-se que se há injustiça no não fornecimento célere da coisa julgada, também é verdade que a Súmula Vinculante pode ser justa *in abstracto*, mas injusta *in concreto*.

O nível de celeridade que o processo por todo o Brasil ganhará é proporcional à capacidade de resolver antecipadamente, mas também sem uma visão clara, questões de toda a sorte, algumas que se aperfeiçoam ao caso padrão identificado com a Súmula Vinculante, outras que só poderão ser razoavelmente resolvidas quando surjam ou

sejam identificadas dentro do espaço dialético que a Súmula Vinculante reduz significativamente.

A edição da Súmula Vinculante é a configuração maior do formalismo que a opção ética pela celeridade processual tem produzido no sistema jurídico nacional. Ela é, de fato, a perfeição deste processo “*quando a um termo geral é dado o mesmo significado, não só em cada aplicação de uma dada regra, mas sempre que aparece em qualquer regra no sistema jurídico. Nenhum esforço é então exigido alguma vez ou é feito para interpretar o termo à luz das diferentes questões em jogo, nas suas variadas repetições*”.<sup>13</sup>

É possível argumentar também que o Judiciário não estará cego, apesar da edição da Súmula Vinculante, à sua não aplicabilidade da mesma em caso que não guarde compatibilidade com seus termos. Porém, talvez aí estejamos fazendo um grande círculo que volta indelével a seu início, pois veja.

Em um caso qualquer o juiz ou Tribunal resolve, a pedido da parte, não admitir a aplicação da Súmula Vinculante, pois entende que não seja a dedução lógica correta a partir dela ao caso *sub judice* (subsunção). A parte perdedora obviamente recorrerá à Reclamatória a que tem direito segundo o artigo 103-A, § 3º, levando o tema à decisão do próprio STF. Se terá efeito suspensivo ou apenas devolutivo, quais serão os critérios de admissibilidade da Reclamatória perante o STF, se terão todos os jurisdicionados capacidade financeira de custear sua defesa em Brasília, são alguns problemas que terão que ser pensados quando da regulamentação do artigo por lei ordinária. Mas, de toda sorte, a celeridade estará prejudicada novamente pela multiplicação de Reclamatórias ao STF, pois virtualmente a cada decisão de não aplicação ou aplicação indevida da Súmula Vinculante existirá uma Reclamatória ao STF.<sup>14</sup>

Enfim, vê-se já de pronto que a própria metodologia de implantação da Súmula Vinculante não é menos tortuosa que a peculiar consequência ética de sua escolha para todo o sistema jurídico nacional. Suponhamos, enfim, que todas esses óbices sejam superadas, voltemos então atenção à proposta inicial do novo padrão ético que a Emenda Constitucional nº 45/04 representa.

---

<sup>13</sup> Herbert L. A. Hart. *Op cit*, p. 143.

<sup>14</sup> Será, então, que o STF editará nova Súmula Vinculante para tratar desse caso específico ou será que a regulamentação legal da Súmula Vinculante será tão restritiva que impossibilitará senão poucas Reclamatórias serem julgadas no mérito pelo STF?

Desde a segunda metade do século XX, Gadamer, na Alemanha, e Betti, na Itália, proporcionaram uma mudança importante na ação interpretativa da filosofia jurídica baseando-se no *círculo hermenêutico* que opta metodologicamente à apreensão do objeto pelos instrumentos fornecidos pelo sujeito cognoscente e pelos outros instrumentos que o conjunto da situação fornece. Produzindo um verdadeiro novo caminho para a Teoria do Direito ao possibilitar novas vias de legitimação diante do desmoronamento da identificação weberiana da legitimidade de uma ordem jurídica por sua legalidade.<sup>15</sup>

Esses valores propuseram a toda Teoria do Direito a formação de novas idéias que procurassem construir um novo modelo de coerência, desde Ronald Dworkin, passando pelo neo-institucionalismo de Neil MacCormick, até o desconstrutivismo da *Critical Legal Studies* de Roberto Mangabeira Unger, e radicalizada na crítica de Stanley Fish, mas nenhum desses enfoques, apesar de díspares entre si, deixou de considerar que a preocupação principal é a indagação sobre a confiabilidade do modelo de subsunção de um caso concreto sob uma regra jurídica tal como é preconizado pelo positivismo jurídico clássico.

*“Uma norma não ‘apreende’ uma situação complexa do mundo vivido senão de uma maneira sempre seletiva, com base nos pontos de vista que ela considera preliminarmente como pertinentes, enquanto que o estado de coisas que se constitui por meio dela não esgota jamais o conteúdo de significado vago de uma norma geral mas, ao contrário, coloca-o em valor de maneira seletiva. Essa descrição circular indica um problema metódico que toda teoria do direito tem que esclarecer”.*<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Cf. Jean-Cassien Billier & Aglaé Maryioli. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2005, p. 387 e seguintes.

<sup>16</sup> Jürgen Habermas. *Droit et Démocratie: entre faits et normes*. Paris: Gallimard, 1997, p. 220 *apud* Jean-Cassien Billier & Aglaé Maryioli. *Op. cit.*, p. 392.

O que também nos leva à crise de sentido na análise do mundo contemporâneo e ao pluralismo que a contextualização das realidades culturais humanas devem proporcionar.<sup>17</sup>

*“O indivíduo cresce num mundo em que não há mais valores comuns, que determinam o agir nas diferentes áreas da vida, nem uma realidade única, idêntica para todos. Ele é incorporado pela comunidade de vida em que cresce num sistema supra-ordenado de sentido. Mas este não é mais evidentemente o sistema de sentido de seus concidadãos. Estes podem ter sido marcados por bem outros sistemas de sentido nas comunidades de vida em que cresceram”.*<sup>18</sup>

O que se projeta e se teme é que a Súmula Vinculante possa ser um inusitado retrocesso ao positivismo clássico que tem sofrido pesadas críticas desde há muito por mostrar-se incapaz de produzir a necessária harmonia social em um mundo cada vez mais complexo. É o risco que parece estar diante de nós que sua edição possa cristalizar uma forma de entendimento da faticidade da norma sem a necessária revitalização do Direito na produção de novas decisões.

Em conclusão, entre as escolhas éticas não há enfim o binômio certo e errado, conquanto o formalismo tente diminuir a incerteza do relativismo jusfilosófico, logo a instituição em si da Súmula Vinculante não atenta ao sistema constitucional brasileiro. Isso não quer dizer, no entanto, que a ampliação do efeito vinculante não produza um risco considerável de empobrecimento da função jurisdicional pelo vício de conceitualismo jurídico com a criação do “*precedente normativo*”.

---

<sup>17</sup> Sobre o tema Ulrich Beck. *¿Qué es la GLocalización? Falácias Del globalismo, respuestas a la globalización*. Buenos Aires: Paidós, 2004.

<sup>18</sup> Peter Berger & Thomas Luckmann. *Modernidade, Pluralismo e Crise de Sentido: a orientação do homem moderno*. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 39.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERGER, Peter & LUCKMANN, Thomas. *Modernidade, Pluralismo e Crise de Sentido: a orientação do homem moderno*. Petrópolis: Vozes, 2004.
- BILLIER, Jean-Cassien & MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2005.
- CAGGIANO, Mônica Herman Salem. “*Reforma do Judiciário / Emenda Constitucional nº 45/2004 / Efeito vinculante*”. Palestra proferida na Mesa de Debates da Associação Brasileira dos Constitucionalistas – Instituto Pimenta Bueno. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 29 de março de 2005. Disponível em <http://www.abconst.com.br/mesa9.htm>; acessado em 20 de outubro de 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 11ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1999.
- HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*, 4ª d. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.
- ROCHA, Luiz Alberto G. S. “*A Study upon the Principle of Proportionality or Reasonableness*”, no prelo.
- VELOSO, Zeno & SALGADO, Gustavo Vaz (org.). *Reforma do Judiciário Comentada*. São Paulo: Saraiva, 2005.