

SÚMULA VINCULANTE E DEMOCRACIA NA CONSTITUIÇÃO

José de Albuquerque Rocha*

RESUMO

O tema da súmula vinculante aprovada pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, que introduziu o artigo 103A na Constituição, apresenta grande relevância atual, político-jurídica e científica. Daí a justificativa deste trabalho como modesta contribuição para o conhecimento do assunto. Como o indica o título, trata-se de pesquisa relacional, cujo objeto de estudo é indagar das possíveis relações existentes entre o texto do artigo 103A da Constituição e o princípio democrático nela consagrado. Definida assim a questão principal, cabe formular o conjunto de hipóteses de pesquisa e linhas de análise que permitirão tratar a questão principal. Nesse sentido, investigaremos os seguintes temas: 1. Introdução. 2. O artigo 103A da Constituição. 3. Súmula vinculante. Definição. 4. Súmula vinculante. Natureza jurídica. 5. Classificação normativa da súmula vinculante: do ponto de vista do âmbito pessoal de validade e do âmbito material de validade. 6. Hierarquia da súmula vinculante no ordenamento jurídico. 7. Súmula vinculante e interpretação. 8. O princípio democrático na Constituição. 9. Exercício do poder. Representação. Órgãos. 10. Forma de expressão do poder: lei. 11. Definição de lei. Órgãos de produção. 12. Análise do artigo 103A à luz do princípio democrático. 13. O artigo 103A à luz de alguns predicados convenientes às normas jurídicas: validade formal, validade material e legitimidade. Considerações finais. Referências.

PALAVRAS-CHAVE: CONSTITUIÇÃO. DEMOCRACIA. SÚMULA VINCULANTE. NORMA JURÍDICA. HIERARQUIA NORMATIVA. INTERPRETAÇÃO. LEI. LEGITIMIDADE. VALIDADE.

*Pós-Doutor em Direito pelas Universidades de Paris II e Londres. Professor Titular do Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza.

RESUMEN

El tema de la súmula vinculante aprobada pela Enmienda Constitucional n. 45, 8 diciembre de 2004, que h introducido el articulo 103A en la Constitución, tiene mucha importncia actual, político-jurídica e científica. Esta es la justificación del presente trabajo como una pequeña contribución para conocimiento del tema. Como indica el titulo, es una pesquisa para indagar de las posibles relaciones entre el texto del articulo 103A de la Constitución y el principio democrático de la misma Constitución. Definida la cuestión principal, debemos construir el conjunto de las hipótesis de pesquisa y líneas de analisis que permitirán tratar la cuestión principal y que son las siguientes: 1. Introducción. 2. El articulo 103A de la Constitución. 3. Súmula vinculante. Definin. 4. Súmula vinculante. Naturaleza jurídica. 5. Classificacin normativa de la súmula vinculante: del punto de vista del mbito personal de validez e del mbito material de validez. 6. Jerarquia de la súmula vinculante en el ordenamiento jurídico. 7. Súmula vinculante y interpretación. 8. El principio democrático en la Constitución. 9. Ejercicio del poder. Representación. rganos. 10. Forma de expresión del poder: ley. 11. Definin de ley. rganos de producción de la ley. 12. Análisis del articulo 103A a la vista del principio democrático. 13. El articulo 103A a la vista de algunos predicados convenientes a las normas jurídicas. Consideraciones finales. Referencias.

PALABRAS LLAVES: CONSTITUCIÓN. DEMOCRACIA. SÚMULA VINCULANTE. NORMA JURÍDICA. JERARQUIA NORMATIVA. INTERPRETACIÓN. LEY. LEGITIMIDAD. VALIDAD.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho, como o indica o título,  examinar a compatibilidade do artigo 103A da Constituição, que autoriza o Supremo Tribunal Federal a emitir súmulas vinculantes para todos os órgãos judiciários e todas as esferas e modalidades da administração pública, com o princípio democrático consagrado na Constituição. Por outras palavras, cuida-se de saber se os poderes outorgados pelo artigo 103A da Constituição ao Supremo Tribunal Federal para formular súmulas vinculantes são conciliáveis com o regime democrático delineado na Constituição.

Portanto, por uma exigência lógica, antes de qualquer outra coisa, temos de identificar o que é a súmula vinculante do ponto de vista do Direito, que é justamente o objeto produzido pelo Supremo por autorização do artigo 103A, para verificarmos se o poder conferido ao Supremo de formular súmulas vinculantes por este artigo é harmonizável com o sistema democrático estabelecido na Lei Maior.

Assim, o primeiro desafio consiste em analisar a noção de súmula vinculante para determinar seu sentido para a ciência do Direito. O segundo desafio consiste em estabelecer a relação com a democracia e mais especificamente se essa relação está em conformidade com o princípio democrático na Constituição. A questão tem grande relevância tendo em conta o papel que desempenha essencialmente o Supremo Tribunal Federal, antes, como censor da validade das normas do legislador democraticamente eleito e, agora, como juiz de sua eficácia e, o que é muito mais importante, como intérprete dos textos legislativos controversos, o que lhe dá o poder de atribuir sentido aos mencionados textos.

1. O ARTIGO 103A DA CONSTITUIÇÃO.

Como dito acima, o artigo 103A da Constituição outorga poderes ao Supremo para formular súmulas vinculantes tendo por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas, 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. Como se vê, trata-se de um texto constitucional cujo sentido é o de conceder poderes ao Supremo para a emissão de súmulas vinculantes. Seu conteúdo é, pois, constituído por normas de poder, ou secundárias na linguagem de Hart, ou não autônomas na classificação de Kelsen. Resta ver qual a natureza jurídica desse objeto (súmula) criado pelo Supremo, a partir dos poderes concedidos pelo artigo 103A da Constituição, se se trata de norma e de qual tipo ou se é uma mera decisão interpretativa. É o que faremos nos próximos números.

2. SÚMULA VINCULANTE. DEFINIÇÃO.

A palavra súmula usada pelo texto constitucional significa um enunciado em linguagem prescritiva emitido pelo Supremo Tribunal Federal sobre validade, interpretação e eficácia de normas determinadas. Mais claramente, a súmula é o

enunciado através do qual o Supremo expressa seu entendimento sobre a validade, interpretação e eficácia de determinadas normas, entendimento que é de observância obrigatória para todos os órgãos do Judiciário e da administração pública. Segundo o artigo 103A da Constituição, a súmula pressupõe reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Um enunciado, como sabemos, é um conjunto de palavras dotado de sentido completo. É sinônimo de disposição e texto legislativos. Os enunciados do direito, propriamente ditos, são expressos em linguagem prescritiva. Os enunciados do direito expressos em linguagem não prescritiva são jurídicos porque funcionalmente dependentes dos enunciados prescritivos, vale dizer, desenvolvem funções em relação aos prescritivos. As formas mais conhecidas da linguagem são a descritiva e a prescritiva. A diferença entre elas pode ser feita a partir de critérios sintáticos, semânticos e pragmáticos. O mais seguro é o pragmático que se baseia no uso da linguagem pelo usuário. A linguagem descritiva é usada para narrar fatos do mundo ou transmitir conhecimentos e informações. A linguagem prescritiva é usada para dirigir condutas. Definida a súmula como um enunciado prescritivo, vejamos qual seu sentido no mundo do Direito.

3. SÚMULA VINCULANTE. NATUREZA JURÍDICA.

Embora saibamos que a expressão “natureza jurídica” é própria de uma ciência jurídica constituída por um conjunto de conceitos organizados de forma piramidal ou hierárquica, o que hoje está em discussão, no entanto, consideramos que continua tendo alguma importância em certos casos por servir para enquadrar fenômenos concretos nos conceitos mais gerais do Direito e identificar os princípios que lhes são mais pertinentes. A busca da natureza jurídica só não tem sentido quando visa a surpreender uma misteriosa “essência” imutável dos fenômenos jurídicos.

Feitas essas breves observações sobre a pertinência atual da pesquisa sobre a natureza jurídica dos fenômenos jurídicos, resta tentar desvendar a natureza jurídica da súmula vinculante. A súmula vinculante, já o dissemos, é um enunciado prescritivo. Fundamentamos a afirmação em dois argumentos. Primeiro, isso resulta da própria forma deôntica do enunciado. Se dizem deônticos os enunciados redigidos em termos de dever, obrigação, vinculação, poder, permissão etc.

O artigo 103A da Constituição dispõe que “a súmula terá efeito vinculante ...”. Logo, é um enunciado prescritivo. E o conteúdo de sentido de um enunciado prescritivo é uma norma. Norma é, pois, o significado de um enunciado prescritivo tal como resulta do ato de interpretação, conforme o qual uma conduta é devida, proibida etc. (Sobre a distinção entre enunciado, interpretação e norma diremos adiante). Segundo, a súmula vinculante é um enunciado prescritivo de natureza jurídica, e não moral ou de outra ordem, na medida em que pertence ao sistema jurídico. E pertence ao sistema jurídico porque produzido pelo órgão competente, Supremo Tribunal Federal, de acordo com uma norma superior do sistema jurídico, o artigo 103A da Constituição. Por conseguinte, a súmula é um enunciado do ordenamento jurídico, ou seja, é uma norma jurídica. (Pertencer ao sistema jurídico não se confunde com validade. Sobre as propriedades predicáveis das normas, como por exemplo, a validade e outras, diremos adiante).

4. CLASSIFICAÇÃO NORMATIVA DA SÚMULA: A) DO PONTO DE VISTA DO ÂMBITO PESSOAL DE VALIDADE; B) DO PONTO DE VISTA DO ÂMBITO MATERIAL DE VALIDADE.

Assentado ter a súmula o sentido de uma norma jurídica, convém classificá-la. As normas podem ser classificadas segundo vários critérios. Para nossos fins, interessam apenas os critérios que levam em conta os âmbitos de validade pessoal e material.

A) DO PONTO DE VISTA PESSOAL DE VALIDADE, ou seja, das pessoas a quem as normas se dirigem, podem ser gerais e individuais. As gerais tem como destinatárias todas as pessoas ou todos os componentes de uma classe, como por exemplo, os servidores públicos, e as individuais se dirigem a pessoas concretas, determinadas, como por exemplo, as partes em um processo judicial. Por isso, as sentenças judiciais são apontadas como normas individuais.

De acordo com o artigo 103A da Constituição, as súmulas são vinculantes para todos os órgãos do Poder Judiciário e administração pública. Logo, as súmulas são prescrições de caráter geral obrigando a todos os componentes da magistratura e administração pública. Em verdade, as súmulas obrigam a todas as pessoas, pois sabendo serem vinculantes para o Judiciário, todos, em princípio, procurarão adaptar

suas condutas às súmulas, até por razões estratégicas para fugir aos riscos das sanções, em caso de condutas contrárias às súmulas.

B) DO PONTO DE VISTA MATERIAL DE VALIDADE, ou seja, das situações ou ações a que se aplicam e que constituem sua hipótese de incidência, as normas são classificadas como abstratas e concretas. São concretas as normas que se referem em sua hipótese de incidência a uma situação concreta, histórica, singular, geralmente passada. Exemplo, dado que P matou A então deve ser punido. As normas concretas, logicamente, se esgotam com sua aplicação a essas situações concretas a que se destinam. São abstratas as que se referem as hipóteses e não a fatos concretos. Consequência lógica é que se aplicam para o futuro toda vez que ocorra na realidade da vida a situação prevista hipoteticamente.

De acordo com o artigo 103A da Constituição, a súmula se aplica na hipótese de ocorrer controvérsia sobre validade, interpretação ou eficácia de normas. Prevê questão hipotética de controvérsia entre normas e não uma controvérsia concreta entre normas determinadas. Por conseguinte, aplica-se para o futuro toda vez que ocorrer a hipótese prevista até que seja reformada ou revogada. Logo, as súmulas são prescrições abstratas aplicando-se a todas situações futuras subsumíveis em sua hipótese de incidência.

5. HIERARQUIA DA SÚMULA VINCULANTE.

Há várias espécies de hierarquias entre as normas. Aqui, vamos nos ocupar da hierarquia quanto ao conteúdo de sentido das normas. Uma norma A é superior a norma B se a norma A pode determinar o sentido em que a norma B deve ser entendida.

O artigo 103A dispõe que, havendo controvérsia sobre validade, interpretação e eficácia entre normas, a súmula resolverá a controvérsia. Logo, a súmula é uma norma superior às outras normas justamente porque tem o poder de dizer quando são válidas ou não, eficazes ou não e, o mais importante, quando tem o poder de dizer em que sentido as normas sobre que haja controvérsia interpretativa devem ser entendidas. A súmula é uma metanorma, isto é, uma norma que tem por objeto determinar a validade, eficácia e a interpretação de outras normas.

6. SÚMULA VINCULANTE E INTERPRETAÇÃO.

Como dissemos na introdução (n. 1), nosso propósito é verificar a coerência do artigo 103A da Constituição, que outorga poderes ao Supremo para editar súmulas vinculantes em relação a todos os órgãos do Judiciário e administração pública, com o princípio democrático da mesma Constituição. Esse problema está ligado com a questão da natureza da interpretação, vez que a edição da súmula pressupõe a interpretação das normas, cuja validade, eficácia e interpretação é objeto de controvérsia. Por conseguinte, é necessário fazer um breve comentário sobre a interpretação.

Antes de qualquer coisa, é preciso dizer o que se entende por interpretação. Por interpretação na acepção jurídica entendemos a atividade de atribuir sentido ou significado a um texto, disposição ou enunciado jurídicos. Como se deduz da definição, o objeto da interpretação é o texto e não a norma como se diz comumente. A norma é o resultado da interpretação, ou seja, o sentido atribuído ao texto. Qual é a natureza dessa atividade interpretativa, é cognoscitiva, decisória ou de uma terceira espécie? A essas perguntas respondem as chamadas teorias da interpretação. Há três grupos de teorias pretendendo explicar isso, que exporemos de maneira extremamente resumida, como convém à natureza do trabalho.

TEORIA COGNOSCITIVA. Acredita que a atividade do intérprete é de conhecimento do sentido do texto. Os textos têm um significado próprio que ao intérprete cumpre conhecer, descobrir. O intérprete nada cria. O texto só admite uma interpretação correta.

TEORIA REALISTA. Para essa teoria, que em sua forma radical é oposta à precedente, o direito é formado pelas decisões judiciais, que só em parte são determinadas pelas normas jurídicas gerais. A maior influência sobre as decisões dos juizes é exercida por elementos sociais, econômicos, psicológicos e morais. Portanto, o direito é o que os juizes dizem e os juizes dizem o direito com base sobretudo nesses fatores que constituiriam a consciência jurídica material. A lei não é um elemento essencial na formação da sentença.

TEORIA MISTA. Resulta de uma espécie de mistura das duas anteriores. Interpretar, às vezes é uma atividade cognoscitiva dos textos legais, outras vezes, é um ato de vontade, vale dizer, é criar uma norma a partir não só de textos legais mas sobretudo de elementos valorativos, econômicos, psicológicos etc.

A teoria cognoscitiva é desmentida pelas decisões quotidianas dos tribunais e juizes que habitualmente dão interpretações contraditórias sobre os mesmos textos de lei. A teoria realista também é negada pela experiência. Com efeito, pelo menos no âmbito romano-germânico, o direito é constituído em sua grande parte pelas leis que são textos editados pelo legislador e que são aceites pelos juizes como pautas de fundamentação de suas decisões. Finalmente, a teoria mista, sendo uma forma de justaposição das anteriores, sobre ela incidem as críticas feitas a ambas.

Em nossa opinião, para aclarar um pouco as coisas, temos de distinguir textos normativos e seu sentido ou significado que é o resultado da interpretação. O sentido dos textos normativos, resultado da interpretação, é o que chamamos de norma jurídica. Não há textos normativos que dispensem interpretação. Até os textos ditos claros só o são depois de interpretados. Outra coisa, todo texto admite uma multiplicidade de interpretações. Daí a existência de uma pluralidade de normas para um mesmo texto, como provam as interpretações dos tribunais e a própria súmula, supostamente criada para contornar o problema das controvérsias de interpretação. As causas disso são muitas, porém, as mais conhecidas são: a) as de natureza lingüística, como a ambigüidade da linguagem comum e da linguagem técnica do direito admitindo vários sentidos; a vaguedade dos textos tornando incerto os casos a que se aplicam; b) as decorrentes do sistema jurídico, isto é, do conjunto das disposições que formam o ordenamento jurídico, como as lacunas e antinomias; c) as ligadas à realidade social, econômica e política, formando a consciência material do intérprete; d) as relacionadas com a pré-compreensão jurídica do intérprete, isto é, com suas ideologias jurídicas, como por exemplo, a crença no legislador racional, o dogma da completude e coerência do ordenamento jurídico etc. Hoje, com o neoconstitucionalismo, cujos textos são expressivos de valores, como a igualdade, a liberdade, a dignidade humana etc. dando origem às chamadas normas de princípio, caracterizadas por terem estrutura incompleta, ora sem hipótese de incidência, ora sem consequência jurídica, a discricionariedade dos juizes aumentou muito, principalmente quando resolvem problemas de antinomias entre princípios utilizando o método da ponderação que lhes concede ampla liberdade de decisão quanto ao sentido dos textos. Essa liberdade é tanto maior quando se trata de tribunal constitucional, como é o Supremo, que não só interpreta os textos normativos com grande margem de discricionariedade mas em algumas sentenças cria textos originários, tarefa do legislador. É o que acontece nas assim ditas sentenças

manipuladoras de que são espécies as sentenças aditivas e substitutivas. De maneira que, a interpretação, sobretudo ao nível das cortes constitucionais, é cada vez mais exercício de escolha de valores e cada vez menos mera aplicação dos textos legislativos.

Se os textos admitem diferentes sentidos, a escolha de um deles é uma decisão. Ora, uma decisão é, até por definição, uma escolha de sentido, entre outros possíveis, e não mero reconhecimento de um sentido pré-existente. Como a norma é o sentido atribuído ao texto pelo juiz, pode-se dizer que o juiz “cria” a norma, embora seja o legislador quem, em princípio, introduz os textos normativos originários, cujo sentido são as normas. O que leva à conclusão de que o direito é composto de textos e normas, sendo a interpretação a ponte que une o texto à norma.

De modo que, a existência de discricionariedade na atividade de interpretação dos juizes está fora de toda dúvida, isto é, os juizes têm liberdade de escolher um dos sentidos, entre os vários que o texto admite. E a discricionariedade aumenta na medida em que o órgão interpretador se eleva na pirâmide judiciária. Portanto, interpretar envolve o exercício de poderes discricionários. Não é uma mera atividade executiva de textos pré-existentes. Afirmação mais verdadeira ainda, como dissemos, em relação aos tribunais constitucionais, como o Supremo Tribunal Federal, muito menos condicionados aos textos do que os juizes de graus inferiores, sobretudo do primeiro grau.

RECAPITULAÇÃO. A) o artigo 103A da Constituição outorga poderes ao Supremo Tribunal Federal para emitir súmulas vinculantes; B) as súmulas vinculantes são enunciados que têm o sentido de normas, tanto sob o aspecto formal como material, isto é, de conteúdo, vez que a interpretação é uma atividade discricionária, de escolha de sentido, e não mera reprodução de um sentido pré-existente no texto. C) Ademais, são normas gerais e abstratas, pois obrigam a todos os órgãos judiciários e administrativos e por conseqüência a generalidade das pessoas que, racionalmente, devem conduzir-se de acordo com elas, sob pena de serem sancionadas pelo Judiciário em caso de condutas contrárias às súmulas D) são hierarquicamente superiores aos textos legislativos, já que determinam o sentido em que devem ser entendidos.

7. O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO NA CONSTITUIÇÃO.

Antes de iniciar o exame do princípio democrático na Constituição, é conveniente esclarecer que nosso intuito, como resulta do título do trabalho e da introdução, é interpretar os textos constitucionais relacionados com a democracia. Não se trata, pois, de falar sobre um modelo ideal, normativo de democracia. Embora saibamos que os textos admitem uma pluralidade de sentidos, tentaremos dar-lhes um sentido correspondente a um daqueles admissíveis, segundo as técnicas interpretativas, a doutrina e a gramática da língua. Por conseguinte, usaremos uma linguagem o mais possível descritiva, conquanto consciente das dificuldades de fazê-lo, vez que a chamada ciência jurídica é um discurso que tem por objeto outro discurso, o do legislador, vale dizer, ambos são fatos linguísticos. Essa identidade ontológica entre ciência e seu objeto, ambos consistindo em fatos linguísticos, possibilitando uma interação entre os dois, torna embaraçoso separá-los, o que quer dizer que o jurista termina usando também linguagem prescritiva.

A democracia, como todos sabemos, é uma idéia filosófica e política expressiva de uma certa forma de organizar a vida coletiva. A disposição do artigo 1º. da Constituição ao definir o Brasil como um Estado Democrático, consagra justamente essa concepção transformando-a em princípio democrático, irradiando sua eficácia jurídica a todos os setores do ordenamento jurídico onde se exercita o poder político.

Quais os traços essenciais do princípio democrático na Constituição? Para os fins deste trabalho e nos limitados espaços que permite sua finalidade, diríamos que a democracia na Constituição apresenta dois elementos nucleares: a) a titularidade do poder e b) seu exercício.

Depois de qualificar o Estado como democrático em seu artigo 1º., a Constituição, no parágrafo único desse mesmo artigo, proclama que o titular do poder no Estado é o povo. Isso significa que é o povo quem cria o Estado, e instaura a Constituição como conjunto de regras fundamentais que vão regular a vida social. Daí dizer a doutrina que o povo é soberano por estar acima de qualquer outro poder. O fato de o parágrafo único do artigo 1º. da Constituição afirmar que o poder emana do povo não deve ser entendido como se este parágrafo outorgasse o poder ao povo, mas como mera declaração ou explicitação de um poder anterior ao qual todos os atos públicos devem ser reconduzidos.

Não basta, porém, reconhecer o povo como titular do poder soberano. É que o poder, enquanto tal, é apenas a abstrata possibilidade de realizar um comportamento relevante para o direito, como criar uma norma jurídica etc. De modo que, tão importante quanto ter o poder é ter igualmente seu exercício, isto é, a capacidade de concretizá-lo, de transformá-lo em ato, através da manifestação de vontade.

8. EXERCÍCIO DO PODER. REPRESENTAÇÃO. ÓRGÃOS.

Assentadas as características básicas da democracia na Constituição, cabe ver como se concretiza o exercício do poder. Brevemente, o mesmo parágrafo único do artigo 1º, da Constituição, depois de declarar que o povo é o titular do poder, acrescenta que seu exercício cabe também ao povo que o realiza através de representantes ou diretamente. Aqui, nos interessa a forma representativa de exercício do poder. E segundo a Constituição, artigo 45, representantes da vontade do povo, ou seja, do poder do povo são os deputados, eleitos pelo voto do povo através do sistema proporcional. Só eles podem manifestar a vontade do povo. Os membros do Executivo e Judiciário não são representantes da vontade do povo, como por equívoco costuma-se dizer, mas agentes do povo, isto é, cumprem (Executivo) ou atuam (Judiciário) a vontade do povo.

9. FORMA DE EXPRESSÃO DO PODER DO POVO: A LEI.

Segundo a Constituição, o Brasil não é só um Estado Democrático, é também um Estado de Direito, ou seja, é um Estado Democrático de Direito. A adjetivação do Estado como de Direito se explica, entre outras, pelas seguintes razões: embora o poder seja do povo, isso não afasta o risco de seu uso abusivo ou mesmo de um certo totalitarismo das majorias eventuais. Daí a necessidade de limitar o poder pelo direito, estabelecendo princípios e regras sobre quem pode exercitá-lo, as formas procedimentais a serem observados em seu exercício e seu conteúdo, isto é, o que deve ser, o que não deve ser e o que pode ser conteúdo do direito.

10. DEFINIÇÃO DE LEI. ÓRGÃOS DE PRODUÇÃO.

Sobre os limites acima referidos, interessa-nos especialmente o estabelecido no artigo 5º, II, da Constituição dispondo que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O dispositivo institui o chamado princípio

da legalidade que tem duas dimensões: a) legalidade como sujeição à lei e b) legalidade como forma de expressão do poder.

Atendo-nos à última dimensão, legalidade como forma de expressão do poder, por ser a forma conveniente aos nossos objetivos, cabe salientar sua enorme importância como garantia de um dos valores essenciais à dignidade humana que é a liberdade, impedindo que esta seja violada pela arbitrariedade do poderoso, seja quem for. Mas o princípio da lei como forma de expressão do direito só adquire sua verdadeira expressão quando o relacionamos ao outro adjetivo qualificador do Estado na Constituição, qual seja, o elemento democrático. Verifica-se então haver uma relação dialética entre os dois, o direito limitando a democracia servindo de garantia ao valor essencial à dignidade humana que é a liberdade, como já o dissemos, e agora, como vamos ver, a democracia limitando o direito ao exigir que a lei seja elaborada com observância de um procedimento legislativo que inclui necessariamente a participação do próprio povo através de seus representantes, os membros da Câmara dos Deputados (artigos 45 e 61 da Constituição). Além do mais, a lei para ser válida e obrigar reclama outras formalidades procedimentais como a sua generalidade e abstração, requisitos também inseparáveis do Estado Democrático de Direito, pois visam a salvaguardar outro valor basilar das relações entre sociedade e poder, o valor da igualdade. Desse modo, no Estado Democrático de Direito delineado na Constituição, realiza-se o princípio democrático ou de autonomia ou de auto-legislação que se expressa na exigência de que aqueles que estão submetidos ao direito como seus destinatários devem ser também seus autores. Resumindo tudo, podemos afirmar que no Brasil o poder só obriga quando se manifesta através do direito, não de qualquer direito, mas de um direito formulado pelo poder democrático, isto é, pelo poder do povo sob a forma da lei geral e abstrata.

11. ANÁLISE DO ARTIGO 103A À LUZ DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO.

A análise realizada precedentemente sobre o artigo 103A da Constituição demonstra o seguinte: a) outorga poderes ao Supremo Tribunal Federal para emitir súmulas vinculantes; b) as súmulas vinculantes são enunciados sobre a validade, interpretação e eficácia de normas, cuja observância é vinculante, obrigatória para todos os órgãos do Judiciário e administração pública; c) o significado de um enunciado prescritivo é o de uma norma, ou seja, de que uma conduta é devida, proibida, permitida etc. Logo a súmula vinculante é uma norma, eis que decorrente de um enunciado

prescritivo; d) a súmula é uma norma jurídica porque ditada por um órgão do sistema jurídico (Supremo) que recebe poderes de uma norma superior do mesmo sistema; e) como dissemos, a súmula é vinculante para todos os órgãos do Judiciário e administração pública e, por consequência, para a população que, consciente de sua obrigatoriedade para o Judiciário e administração pública, adaptará a conduta às prescrições sumulares. Logo, a súmula é uma norma jurídica geral; f) sua hipótese de incidência prevê situações hipotéticas e abstratas, e não concretas, aplicando-se para o futuro até ser revogada ou modificada. É uma norma abstrata e não concreta; g) a súmula é norma também em um sentido material, isto é, de conteúdo. De fato, a existência de normas contraditórias, impõe ao Supremo a eleição de uma delas, ou a criação de uma nova norma, conferindo a norma eleita ou criada a condição de única válida, o que configura uma decisão que é ato de escolha ou de criação, isto é, ato de vontade e não de conhecimento; h) finalmente, a súmula é uma norma superior à do legislador democrático, já que prescreve o sentido em que o texto do legislador deve ser entendido. Em síntese: a súmula é norma jurídica, tanto formal quanto material, geral e abstrata e de hierarquia superior às normas decorrentes dos textos legislativos.

Por sua vez, a análise do princípio democrático na Constituição evidencia que só estamos obrigados a obedecer à lei, norma geral e abstrata, formulada com a necessária participação dos representantes do povo. Por outras palavras, só estamos obrigados a obedecer às normas de cuja formulação participamos. Nisso consiste a essência da democracia. Conclusão, confrontando-se o conteúdo do artigo 103A que outorga poderes ao Supremo para editar súmulas vinculantes com caráter geral e abstrato e hierarquia superior à norma do legislador, com o princípio democrático na Constituição, verifica-se haver uma radical incompatibilidade entre o referido conteúdo e o mencionado princípio democrático na Constituição.

12. O ARTIGO 103A À LUZ DE ALGUNS PREDICADOS CONVENIENTES ÀS NORMAS JURÍDICAS: LEGITIMIDADE, VALIDADE FORMAL E MATERIAL.

Demonstrada a incompatibilidade do artigo 103A com o sistema democrático na Constituição, resta qualificar esse vício à luz dos predicados aplicáveis às normas.

EXISTÊNCIA JURÍDICA. Acima (n. 4), dissemos que a súmula pertence ao sistema jurídico ou tem existência jurídica. É preciso não confundir pertencer ao sistema ou ter existência jurídica com a validade. Para pertencer ao sistema basta ter sido introduzida por um órgão do mesmo sistema. Para a validade são necessários mais requisitos, como veremos.

LEGITIMIDADE. Antes de tudo, cabe esclarecer que legitimidade é qualidade do poder político, vale dizer, do poder de produzir normas jurídicas, e não destas. Só por extensão dizemos que as normas são legítimas. Quanto ao critério para determinar a legitimidade, resumidamente, afirmamos que nas sociedades modernas, complexas e pluralistas, não é mais possível legitimar o poder por critérios substantivos. Por outros termos, o critério de legitimidade debaixo das condições da sociedade moderna é procedimental. E o procedimento que preside a legitimidade do poder político é o chamado princípio do discurso que no direito recebe o nome de princípio democrático, segundo o qual, somente é legítimo o poder de cujo exercício na criação das normas jurídicas podem participar todos os potenciais interessados através de discursos racionais, isto é, em condições de liberdade, igualdade, que exclua a coação, justamente para que as partes possam escolher o melhor argumento segundo suas convicções. Essas exigências correspondem mais ou menos às democracias do Ocidente.

Pesquisando o procedimento de elaboração do artigo 103A de nossa Constituição, verificamos ter sido produzido por um poder legítimo, já que de seu exercício participaram os representantes do povo, coincidindo com o princípio democrático. Logo, o poder político que criou o artigo 103A é legítimo. Por extensão, podemos dizer que referido dispositivo é legítimo.

VALIDADE FORMAL. Acontece, porém, que o poder, apesar de legítimo por ser democrático, não pode ser exercido informalmente, segundo a vontade de seus titulares ou representantes mas está sujeito a condições, fixadas em normas jurídicas, ditas não autônomas na linguagem de alguns teóricos. Isso é fundamental sobretudo em democracia representativa como garantia dos direitos dos representados. Tais condições para o exercício do poder de produzir normas, logicamente, são requisitos de validade das normas. São de duas espécies: formais e materiais. Os requisitos formais consistem basicamente em duas exigências: a) as normas devem ser produzidas pelos órgãos competentes e b) em sua produção deve ser obedecido o procedimento legal. O artigo

103A tem validade formal pois produzido pelos órgãos competentes e de acordo com os procedimentos legais.

VALIDADE MATERIAL. Além de prever as condições formais para o exercício do poder de criar textos legislativos, cujo sentido são as normas, a Constituição determina o que deve ser obrigatoriamente conteúdo das disposições legislativas, o que não deve ser conteúdo das disposições e o que pode ser seu conteúdo. Por consequência, uma disposição ou norma é materialmente válida quando seja compatível com as normas superiores que lhe determinam o conteúdo.

Analisando o artigo 103A verificamos outorgar poderes ao Supremo para emitir súmulas vinculantes para todos os órgãos do Judiciário e administração pública tendo por objeto a validade, eficácia e interpretação de normas acerca das quais haja controvérsia. Pesquisando a natureza desse dispositivo, constatamos tratar-se de norma geral, abstrata e de hierarquia superior às normas legais por determinar o sentido em que devem ser entendidas.

Como vimos, o artigo 5º, II, da Constituição prescreve que só a lei obriga. Trata-se de dispositivo sumamente importante porque proscreve a arbitrariedade no exercício do poder político de criar normas, garantindo o direito fundamental de liberdade de participação nas decisões coletivas. Por sua vez, o artigo 60, parágrafo 4º., dispõe não ser objeto de deliberação a emenda constitucional tendente a abolir a separação de poderes e os direitos e garantias individuais. A súmula vinculante viola: a) o direito de liberdade de participação, um dos princípios mais fundamentais da Constituição e b) o princípio da separação de poderes, outro valor central da ordem jurídica democrática, reconhecido desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Assim, o disposto no artigo 103A da Constituição que cria a súmula vinculante é inconciliável com princípios fundamentais da Constituição, violando inclusive algumas das chamadas cláusulas pétreas. A existência de cláusulas pétreas significa que a Constituição não é um simples conjunto de disposições mas um conjunto de princípios expressamente denominados de princípios fundamentais (artigo 1º. e seus números) constituindo o espírito da Constituição. Portanto, toda emenda constitucional que lhe altere as cláusulas pétreas é instauração disfarçada de nova Constituição. De modo que,

embora formalmente válido, o artigo 103A é inválido do ponto de vista material ou de conteúdo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Estabelecidas essas conclusões, seria oportuno tentar formular, abreviadamente, algumas previsões sobre a evolução de nosso direito: a) a súmula vinculante determina um extraordinário aumento de poder do Supremo; b) a súmula vinculante passa a ser a fonte mais relevante do direito; c) conseqüentemente, ocorrerá um declínio da lei e do Legislativo, o que já vem se verificando; d) fala-se em judicialização da política e politização do Judiciário. Assistimos ao surgimento de um terceiro fenômeno, o da judicialização ou jurisdicionalização do direito no sentido de que, basicamente, todo o direito se concretiza, hoje, através da intervenção do Judiciário; e) finalmente, a súmula vinculante provoca uma alteração no perfil do Estado, que tende a ser cada vez mais um Estado Judicial de Direito.

REFERÊNCIAS.

BRONDEL, Severine, “Gouvernement des juges et démocratie”, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001.

FONZO, Daniele di, “Dogmi e dilemmi del diritto giurisprudenziale”, Bari, Cacucci Editore, 2005.

HIRSCHL, Ran, “Towards Juristocracy”, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2007.

HONORÉ, Tony, “Precedent in English Law”, Oxford, Clarendon Press, 1991.

KERPEL, Ana Laura, “El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano”, Madrid, Mc Graw Hill, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, “Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante”, SPaulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MOREIRA, Luiz, “Fundamentação do Direito em Habermas”, B. Horizonte, Mandamentos, 1999.

MORO, Sérgio Fernando, “Jurisdição Constitucional como Democracia”, SPaulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

RUIZ, Marian Ahumada, “La Jurisdicción Constitucional en Europa”, Navarra, Civita, 2005.

SESMA, Victoria Iturralde, “El precedente en el common law”, Madrid, Civita, 1995.

VINCENTI, Umberto, “Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea”, Milan, Cedam, 1998.