

Bruna Cavalcante Lamounier Ferreira

**SÚMULA VINCULANTE E ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: legitimidade
mediante o critério discursivo**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito Público, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Brasília-DF

2009

Bruna Cavalcante Lamounier Ferreira

**SÚMULA VINCULANTE E ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: legitimidade
mediante o critério discursivo**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito Público, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Aprovada pelos membros da banca examinadora em __/__/__ ,
com menção __ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente Prof.

Integrante Prof.

Integrante Prof.

A todos, que pela infinidade não suporta descrição, estão ao meu lado em sincera afeição e incentivo.

Agradeço à minha mãe, sempre fiel a este papel.
À minha saudosa avó, cujas lembranças me trazem ainda
hoje a contagiante alegria de viver.

Quem és tu que queres julgar, com vista que só alcança um
palmo, coisas que estão a mil milhas?

Dante Alighieri

RESUMO: O presente trabalho traz um estudo acerca da súmula vinculante enquanto instrumento racionalizador do sistema judiciário brasileiro, com a preocupação de ser ela um mecanismo garantidor de uniformidade jurisprudencial, efetiva fundamentação das decisões, celeridade processual e promoção de segurança jurídica. Tal instituto deve observar os pressupostos do paradigma do Estado Democrático de Direito, caracterizado pela pluralidade e abertura, o que se dá através da adoção de procedimento que preserve a prática discursiva em torno dos argumentos utilizados na formação dos precedentes judiciais que se pretende sumular. Obtém-se, assim, sua legitimação. Deve-se respeitar, portanto, os critérios constitucionais da existência de controvérsia atual, bem assim a existência de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, considerando-se este último como o critério densificador da prática discursiva. Como modelo de estudo, o capítulo final aborda o procedimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal para a edição da súmula vinculante n. 05, demonstrando a inobservância das premissas constitucionais, especificamente no que diz respeito à necessidade de reiteradas decisões.

ABSTRACT: This paper is a study about the binding judicial precedent as a rationalizing instrument of the brazilian judicial system, understanding it as a guarantee mechanism of a uniform jurisprudence, of an effective judicial reasoning in the decisions, of judicial promptnes, and the promotion of legal certainty. This institute must observe the requirements of the Democratic State of Law, characterized by its plurality and opening, and is materialized through the adoption of proceedings that preserve the discursive practice of the arguments used in the formation of the judicial precedents intended to be turned in binding precedents. That is the way that binding judicial precedent obtains it legitimacy. It must respect, than, the constitutional requirements as the existence of a actual controversy, as well as the existence of repeated judgments about constitutional subjctcs, considering this last requirement as a materializer of the discursive practice. An exemple is used in this study, the final chapter analyzes the procedures adopted

by the Supreme Court in the edition of the binding precedent number five, demonstrating the disrespect of the constitutional requirements, specifically the necessity of repeated judgments.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – A CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DA SÚMULA VINCULANTE: aspectos essenciais	
1.1. Da evolução dos precedentes judiciais à súmula de caráter vinculante e a necessária racionalização do sistema jurídico brasileiro.....	12
1.2. Súmula vinculante, Estado Democrático de Direito e Linguagem.....	18
1.3. Critérios constitucionais: reiteradas decisões e controvérsia atual.....	27
CAPÍTULO 2 – O DISCURSO COMO CRITÉRIO LEGITIMADOR DAS SÚMULAS VINCULANTES	
2.1 A pluralidade humana e a necessidade do discurso como instrumento de legitimação do Estado Democrático de Direito.....	31
2.2. Reiteradas decisões enquanto critério constitucional densificador da prática discursiva.....	38
CAPÍTULO III - PRÁTICA DISCURSIVA E O EXEMPLO DA SÚMULA VINCULANTE N. 05	
3.1 Construção procedimental do enunciado sumular n. 05.....	42
3.2 A inobservância da prática discursiva na edição da súmula n. 05 pelo Supremo Tribunal Federal.....	47
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

INTRODUÇÃO

Em um cenário de asoberbamento do Poder Judiciário, fatigado com o exponencial crescimento do número de demandas, não são poucas as tentativas de criação de técnicas de racionalização do sistema, que envolvem desde a melhoria dos mecanismos de gestão administrativa, guiada, com grande força, pelo Conselho Nacional de Justiça, até a efetiva viabilização de procedimentos processuais que garantam celeridade na apreciação das causas, sem se desconsiderar a necessidade de observância dos critérios basilares de segurança jurídica, efetiva fundamentação das decisões e uniformidade dos julgados.

Neste norte, à ocasião da Emenda Constitucional n. 45, introduziu-se no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da súmula vinculante, regulamentada pela Lei n. 11.417, de 19.12.2006. Entremeada de grande controvérsia e acalorado debate, após 05 anos de sua efetiva implementação já são 24 súmulas editadas, as quais versam sobre temas de considerável repercussão e transcendência.

Malgrado toda a análise que pode ser feita especificamente quanto ao instituto em si, sua origem e finalidade, o presente estudo terá como foco principal a análise preliminar dos critérios procedimentais adotados quando propriamente da edição da súmula, diante, sobretudo, da diretriz constitucional que lhe é dada, a qual determina a precedência de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional a ser sumulada. Ainda, prega o texto constitucional que sua formulação tem como 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, e que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Em tópico específico acerca dos critérios constitucionais, analisar-se-á que, muito embora os elementos estejam previamente delineados no texto

constitucional, a combinação e a efetiva vigilância dos mesmos, no caso referencial, nem sempre é tarefa simples, sobretudo com a consideração que se deve ter dos reflexos irradiantes do enunciado sumular, que, muito mais que um precedente, traz em seu bojo grau elevado de normatização do posicionamento judicial formatado sobre determinada matéria. Diante desta eminência, não se pode olvidar do compromisso e ética discursiva que se deve ter diante da oportunidade de edição de uma súmula de caráter vinculante, mesmo se sabendo que a súmula, enquanto linguagem, não aprisiona o intérprete do texto normativo e do caso concreto a reformular interpretações e impingir uma nova nuance jurídica ao problema que lhe exsurge.

Em tópico seguinte, como critério de densificação do instituto, angariando-lhe efeitos positivos e a legitimidade esperada, estudar-se-á a adoção da prática discursiva como procedimento viabilizador do debate aprofundado sobre o tema posto à sumulação, com o qual se permite a filtragem de todos os argumentos *obter dictum*, marginais, em contrapartida permitindo que o composto resultante corresponda justamente ao extrato do pensamento formado a respeito do problema constitucional e, tudo isso, com a participação efetiva de todas as vozes envolvidas, inclusive daquelas que, outrora, serviram para a instrução da diretriz fundante.

Sem ser pretensão deste trabalho tecer uma abordagem enciclopédica sobre os elementos conformadores do instituto, o que se buscará pela presente via é demonstrar qual a nuance que deve assumir o procedimento de edição da súmula acaso queira corresponder com seu desiderato constitucional, mormente diante do paradigma do Estado Democrático de Direito, que prega, numa sociedade aberta, participação efetiva dos personagens envolvidos na discussão da questão em destaque, sobretudo para se permitir que a pluralidade possa ser convertida e ressentida na assertiva geral que se formará quando da discussão.

Como caso de análise, analisar-se-á o procedimento de edição da súmula vinculante n. 05, formada no entremeio de considerável discussão acerca do cumprimento efetivo do critério estabelecido no texto constitucional acerca da necessidade de existirem reiteradas decisões sobre a matéria a ser sumulada. Ao final, pontuar-se-á se de fato o Supremo Tribunal Federal se manteve vigilante a esta premissa constitucional, em específico e, portanto, registrou ordem sumular dotada de legitimação.

1. A CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DA SÚMULA VINCULANTE: Aspectos Essenciais

1.1. Da evolução dos precedentes judiciais à súmula de caráter vinculante e a necessária racionalização do sistema jurídico brasileiro.

Os resultados obtidos ao largo de um longo e constante processo de formação convergente de posicionamentos judiciais, dentro de um ideário de uniformização de entendimentos, calham na formação dos repertórios jurisprudenciais, que se desdobram, quando presentes os requisitos ensejadores, em súmulas¹, cuja existência impõe, de modo não cogente, uma orientação a ser seguida em casos como aquele tido por referência e paradigma. Aplica-se, grosso modo, o brocardo *ubi idem ratio, ibi idem jus*.

O sistema jurídico brasileiro, tributário, em essência, do direito romano-germânico, só recentemente tem conferido maior *status* aos precedentes judiciais como fonte normativa autônoma do direito, influência que vem sendo extraída do direito anglo-americano, marcado pelo modelo do *stare decisis*. Durante uma extensa linha histórica, a jurisprudência teve sua função relegada à subsidiariedade, sempre um passo atrás da lei em sentido amplo². Esta concepção, deveras, seguiu associada à minoração do papel do magistrado como intérprete da lei e criador de direitos e se viu vinculada ao reinado da legislação e dos códigos como instrumentos basilares de aplicação normativa.

¹ “Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta os membros que integram o Tribunal, será objeto de Súmula e constituirá precedente de uniformização da jurisprudência”.

² SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. *Súmula vinculante*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 52.

Paulatinamente, no entanto, com a crise das codificações³ e com a maior importância conferida ao papel dos magistrados, antes decotada diante da onipotência do legislador⁴, a jurisprudência assumiu maior visibilidade, dando origem ao chamado direito sumular, hoje difundido nos regimentos internos de todos os tribunais brasileiros, inclusive em órgãos alheios ao Judiciário, como Tribunal de Contas da União e Advocacia Geral da União⁵.

Em nossa Codificação Processual, as súmulas ganharam alçgue em dispositivos que denotam a assente autoridade e importância que assumiram em no ordenamento jurídico pátrio, como é o caso do disposto no artigo 544, §3º, que aduz poder o relator do agravo de instrumento de destrancamento de recurso extraordinário ou recurso especial conhecer da insurgência e dar consequente provimento acaso o acórdão recorrido esteja em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça⁶; do disposto no artigo 557 e seu §1º, que destacam que o relator negará seguimento a recurso em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, e que dará provimento ao recurso quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante⁷; e, por fim, do contido no artigo 518, §1º, o qual dispõe

³ Michel Villey alerta que “As leis e só as leis não bastam mais para fornecer a solução. É a falência do legalismo”. In: *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 389.

⁴ Para Montesquieu os juízes de uma nação não eram “mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”. In: *Do espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1979, Livro XI, Cap. I a VI, p. 152.

⁵ SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. *Súmula vinculante*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 57.

⁶ “Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de dez dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

[...]

§3º Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial, poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial”.

⁷ “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

que o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal⁸.

Passo a passo o direito sumular galgou um maior dimensionamento e, hoje, por ocasião da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, visada a materializar a Reforma do Judiciário, a sumulação encontrou seu grau mais acentuado, pautado que está em seu caráter eminentemente vinculativo e *erga omnes*⁹⁻¹⁰. É o que demonstra o artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei n. 11.417, de 19.12.2006, que assim preceitua:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a 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.

Veja-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, exclusivamente, diante de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, seja em controle difuso de constitucionalidade (em regra) ou controle concentrado, como ocorreu por

§1-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

⁸ “Art. 518. [...]”

§1 O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

⁹ Em complemento, frise-se que os atos judiciais seguem escalonação mais complexa, cuja linha tem início com a sentença clássica até os atos propriamente legislativos. Especificamente, a classificação tem marco inicial na sentença clássica e segue com os precedentes, a sentença normativa, jurisprudência vinculante, atos quase legislativos e plenamente legislativos. Assim, o posicionamento acima, em que pese considerar a existência da função legislativa no âmbito judiciário (descentralização da função legislativa *stricto sensu*), limita-se aos atos praticados no âmbito estrito da função judiciária”. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 964-965.

¹⁰ Como nota a doutrina, o efeito vinculante já havia sido consagrado na Emenda Constitucional n. 03, de 1993, que o estabeleceu em relação às decisões definitivas de mérito proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade (artigo 102, §2º, da Constituição Federal). In: ROSAS, Roberto. *Direito sumular: comentários às súmulas do supremo tribunal federal e do superior tribunal de justiça*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 10.

ocasião da edição das súmulas de números 02¹¹ e 13¹², apoiadas em ações diretas de inconstitucionalidade¹³, pode editar enunciado sumular que exerce sua força vinculante de forma ampla entre órgãos do Judiciário e da Administração Pública.

Com efeito, as razões que justificaram a inserção deste incremento no sistema jurídico brasileiro endereçam-se aos mais diversos escopos, os quais vêm explicitamente deduzidos no texto constitucional e se prestam, em extrato, à conquista de uniformidade interpretativa, segurança jurídica e desafogamento do sistema. É a extensão que se dá ao §1º do referido artigo, que assim estipula:

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.

Malgrado não se possa encerrar à sumula, ordinária ou vinculante, um caráter imutável, sobretudo pela impossibilidade de servir como instrumento de controle da própria linguagem¹⁴, bem assim diante da multiplicidade e

¹¹ “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”.

¹² “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

¹³ É a observação trazida por André Ramos Tavares, ao perceber a súmula vinculante como um processo de transposição que vai do concreto para o abstrato e como uma transcendência dos efeitos em controle concentrado de constitucionalidade. In: *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009, p. 17.

¹⁴ Para Lenio Luiz Streck, esta tentativa de universalização-generalização conceitual feita a partir das súmulas não passa de um retrocesso, eis que diante da chamada virada lingüística de Hans-Georg Gadamer incorre na “entificação dos sentidos (possíveis) que esse texto tem”. Continua o autor que “com a súmula vinculante, o tribunal estará definindo, previamente – e veja-se como isto também ocorre com a interpretação conforme – os limites do sentido do texto, bem como o próprio sentido desses limites, obstaculizando o necessário devir interpretativo, imedindo-se o aparecer da singularidade-especificidade do caso jurídico sob exame”. (O efeito vinculante das súmulas. In: *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. Coord: Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 409). Sobre o tema ver, também, OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. *Legitimidade e interpretação nas súmulas*

alterabilidade dos casos concretos (mutáveis) sobre os quais irá irradiar seus efeitos, certo é que a Constituição lhe imputa papel fundamental em nosso sistema jurídico, sobretudo em cenário no qual se devotam críticas severas à morosidade e divergências de posicionamentos que se formam sobre um mesmo problema jurídico, desaguando numa clara e compreensível insatisfação social. Tem a súmula, portanto, um propósito racionalizador do sistema, nada obstante todas as críticas que lhe são feitas no que toca à impossibilidade efetiva de fazê-lo¹⁵.

O propósito embutido na súmula de caráter vinculante mostra-se relevante diante das atuais e crescentes dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário na vigilância e exercício de outros valores constitucionais, tal como a celeridade processual (artigo 5º, inciso LXXVIII), a efetiva apreciação e fundamentação das demandas apresentadas (artigo 93, inciso IX) e, como valor fundante, a densificação do conteúdo da dignidade humana (artigo 1º, inciso III), que tem como um dos elementos de seu núcleo mínimo a concretização de direitos¹⁶.

jurisprudenciais: um estudo a partir da súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho. (Mestrado em Direito). Unb: Brasília, 2006.

¹⁵ Ives Gandra Martins Filho, sobre o tema, utilizando-se do método escolástico, elenca os argumentos pró e contra arguidos acerca do instituto. Em desfavor, colhe-se o empréstimo do instituto a partir de um modelo (*stare decisis*, do direito anglo-americano) diferente de nossa tradição jurídica pautada no sistema romano-germânico de direito codificado, o que redundaria numa incompatibilidade; o engessamento da atividade jurisdicional pela afetação da independência do magistrado; a fossilização do direito por conta do impedimento de que novos argumentos subam aos Tribunais Superiores; a inexistência de caráter normativo das súmulas, de sorte que seriam imunes à impugnações em seus aspectos formais e substanciais; a súmula continua sendo um preceito sujeito a interpretação, de sorte que permanece a litigiosidade e insegurança que pretenderia solver. Em contraponto a referidos argumentos, respectivamente, citado autor pontua a aproximação cada dia mais assente entre os sistemas anglo-americano e romano-germânico (“miscigenação dos sistemas”); a última palavra a ser dada sobre matéria constitucional é do STF, de forma que “o conteúdo normativo de cada dispositivo constitucional ou legal do ordenamento jurídico do país passa a ser aquele ofertado pelas cortes superiores”; a existência de mecanismos de revisão e cancelamento das súmulas; existência de disposição legal a permitir questionamento de caráter genérico da súmula; diante do reconhecimento do direito como hermenêutica não há como subtrair totalmente a atividade exegética, sendo certo que a súmula, pelo menos, “limita o campo da interpretação e diminui a litigiosidade em relação a uma matéria específica”. In: Racionalização judicial. *Revista LTr*. Legislação do Trabalho. São Paulo, v.73, n.2, p. 135-140, fev. 2009.

¹⁶ Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, “tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra qualquer ato de cunho

A rigor, não há como se falar na consecução do espoco social do processo, traduzido, primordialmente, na pacificação de conflitos, se não são dadas soluções substanciais e tempestivas aos jurisdicionados, que representam a verdadeira e benquista efetividade do processo¹⁷. É dever do Estado-Juiz, portanto, exercer a jurisdição pondo fim aos “estados pessoais de insatisfação”¹⁸, donde emana sua legitimidade para a assunção da tarefa de resolução pacífica dos conflitos no lugar da autotutela e da autocomposição¹⁹.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth bem sintetizam que:

[...] o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos²⁰.

Diante deste propósito constitucional de permitir que as demandas sejam julgadas a par de uma necessária e coerente fundamentação, bem assim que tal atividade seja exercida dentro de um razoável lapso de tempo, a súmula vinculante deve ser vista com bons olhos. Contra o argumento de que a súmula

degradante e desumano, que venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. In: *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet... [et. al]. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

¹⁷ Para Osmar Mendes Paixão Cortês, a “súmula vinculante, é certo, carrega também o valor efetividade, na medida em que pretende tornar mais ágil e útil a prestação jurisdicional, evitando a perda desnecessária de tempo para o desfecho de uma ação e o desrespeito à jurisprudência já consolidada do STF”. In: *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 227.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 194.

¹⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 26.

²⁰ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfllet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 2002, p. 11-12.

não é instrumento apto a eliminar a litigiosidade e a insegurança que tencionaria resolver, Ives Gandra Martins Filho pontua que:

[...] ruim com as súmulas, pior sem elas. O direito é hermenêutica e, portanto, não há como escapar de um mínimo de atividade exegética em qualquer decisão. Será sempre necessário verificar se o sentido de entendimento fixado na súmula aplica-se à especificidade do caso concreto e não se pode negar a ocorrência da interpretação. No entanto, o que a súmula vinculante fará é estabelecer um sentido de interpretação para um determinado dispositivo ou para um conjunto de dispositivos, definindo um ponto de ruptura do sistema, em que se avolumam conflitos. Ao fazer isto ela limita o campo da interpretação e diminui a litigiosidade em relação a uma matéria específica, o que é positivo não apenas para as ações em curso, mas para que os destinatários da incidência da norma jurídica possam prever como ela tende a ser interpretada e com isto possam se comportar, espontaneamente, do modo como previsto. Não se trata de ter a ilusão de eliminar todas as controvérsias, mas impedir que se avolumem, sem solução a curto ou médio prazo²¹.

Dentro, pois, da finalidade constitucional de dar respostas céleres, fundamentadas e uniformes, a súmula vinculante, se editada na conformidade dos critérios constitucionais que lhe são destinados, sobretudo nos lindes do Estado Democrático de Direito, poderá bem repercutir a pretensão de um Judiciário mais afeto às suas contingências e próximo da realização da justiça, na concepção de ser esta, dentre várias outras que lhe são dadas, consoante Michel Villey, efetivamente a “arte de atribuir a cada um o que é seu”²².

1.2. Súmula vinculante, Estado Democrático de Direito e Linguagem

Diante de toda a relevância conferida às súmulas vinculantes, faz-se necessário um maior comprometimento com o procedimento pelo qual será discutida e editada, cujos critérios, em que pesem literalmente ilustrados no texto constitucional, devem ser interpretados de forma a conduzir ao real e necessário sentido que lhes é dado, emoldurado diante do paradigma²³ do Estado

²¹ MARTINS FILHO, Ives Gandra. Racionalização judicial. *Revista LTr*. Legislação do Trabalho. São Paulo, v.73, n.2, p. 135-140, fev. 2009.

²² VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 65-66.

²³ Segundo Thomas S. Kuhn, “os paradigmas assumem seu status porque são mais bem sucedidos que seus competidores na resolução de alguns problemas que o grupo de cientistas

Democrático de Direito, que tem como um dos elementos do seu núcleo essencial a construção do direito mediante a participação discursiva dos indivíduos (ou representantes) integrantes daquela sociedade²⁴⁻²⁵.

Para Menelick de Carvalho Netto, no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, que é, em sua essência, participativo, pluralista e aberto, os direitos fundamentais, sedimentados de geração em geração (ou dimensão de direitos) exigem o “direito de participação, ainda que institucionalmente mediatizada, no debate público constitutivo e conformador da soberania democrática”²⁶.

A rigor, um paradigma apoiado na abertura e pluralidade pressupõe a adoção de uma nova postura hermenêutica, sobretudo do magistrado enquanto intérprete não só dos textos jurídicos, mas, principalmente, dos casos concretos, não raros complexos, que lhe são postos²⁷. Para Judith Martins-Costa, as

reconhece como graves. Contudo, ser bem sucedido não significa nem ser totalmente bem sucedido com um único problema, nem notavelmente bem sucedido com um grande número. De início, o sucesso de um paradigma [...] é, a princípio, em grande parte, uma promessa de sucesso que pode ser descoberta em exemplos selecionados e ainda incompletos” In: *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 45.

²⁴ O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil acentua que: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático...”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 agost. 2009.

²⁵ Para Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, “entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se ‘democrático’ aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos” In: *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 149.

²⁶ CARVALHO NETTO, Melenick. Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito. Coord. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 37.

²⁷ CARVALHO NETTO, Melenick. Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito. Coord. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. *A hermenêutica*

complexas relações sociais que hoje se põem ao jugo do Poder Judiciário não se apresentam como uma “harmônica sinfonia de vozes promanadas por um abstrato sujeito de direito”, mas sim uma “polifonia” ou, por vezes, uma “cacofonia”²⁸, desenhada pelas “circunstancialidades”²⁹ e conflitos ínsitos ao ser humano, em tempo em que se está a vivenciar uma pluralização subjetiva jurídica, consequência da “transversalidade que hoje recobre a sociedade civil, [...] do reconhecimento da concreta diferença entre as pessoas e à atitude de aceitação da diferença [...] e da fissura do mito da igualdade formal”³⁰.

Nesta perspectiva, complexa e pluralista, já dizia Carlos Maximiliano, acerca das qualidades que deve possuir o hermeneuta:

Ninguém ousará dizer que a música escrita, ou o drama impresso, dispensem o talento e o preparo do intérprete. Este não se afasta da letra, porém dá ao seu trabalho cunho pessoal, e faz ressaltarem belezas imprevistas. Assim o juiz: introduz pequenas e oportunas graduações, matizes vários no texto expresso, e, sob a aparência de o observar à risca, em verdade o melhora, adapta às circunstâncias do fato concreto, aproxima do ideal do verdadeiro Direito. Deste modo ele desempenha, à maravilha, o seu papel de intermediário inteligente entre a lei e a vida³¹.

Logo, a súmula vinculante, na medida em que qualifica, diante de seu escopo racionalizador, as possibilidades hermenêuticas, logicamente que não

constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 38.

²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo código civil. Coord. Fredie Didier Júnior e Rodrigo Reis Mazzei. *Reflexos do novo código civil no direito processual*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 2.

²⁹ Tomando por empréstimo a clássica afirmação de José Ortega y Gasset, Ingo Wolfgang Sarlet já destacava que “o homem é, de certo modo, as suas circunstâncias”. In: *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet... [et. al]. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 14. Também de constatação de Teresa Negreiros que o sistema jurídico, ao ignorar as circunstancialidades do ser humano, desumaniza a pessoa, “O que equivale a dizer que tal sistema jurídico, construído sob a inspiração da igualdade formal, hoje se mostra indiferente à preservação da dignidade da pessoa humana e, nesta medida, indiferente aos valores constitucionalmente consagrados”. In: *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Renovar, p. 337.

³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo código civil. Coord. Fredie Didier Júnior e Rodrigo Reis Mazzei. *Reflexos do novo código civil no direito processual*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 2.

³¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1988, p. 102.

pode ser editada sem a pré-compreensão de que sua formação deve se justificar a frente de uma interpretação consolidada e madura sobre determinado texto jurídico, sob pena de refletir de forma destoante e injusta sobre os casos concretos que pretende debandar, trazendo, ao revés de sua originária pretensão, verdadeira insegurança jurídica e uma pretensa padronização que, ao final, acaba por ferir a necessidade de se conferirem tratamentos diferenciados para situações fáticas que apresentam nuances ensejadoras de interpretações jurídicas adaptadas.

Nada obstante não se poder afirmar que a súmula vinculante engessa o livre convencimento do magistrado e a construção de um novo alinhamento hermenêutico aos novos traçados fáticos inevitavelmente surgidos no decorrer do tempo³², deve-se perceber a força simbólica³³ que os enunciados sumulares exercem sobre o sistema judiciário e administrativo, inclusive sobre os jurisdicionados conscientes da existência de entendimento consolidado contrário à sua pretensão.

Como destacado pelo Ministro Aldir Passarinho Júnior, membro da Comissão de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, além do tratamento igualitário proporcionado pelas súmulas, têm elas a função de reduzir as demandas, haja vista que “informam àqueles que já litigam, ou aos potenciais litigantes, sobre a solução judicial que será provavelmente dada ao final, desestimulando as contendas e favorecendo os acordos amigáveis”³⁴.

³² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 967-968.

³³ Conforme tratamento conferido por Pierre Bordieu, em *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Notícias. *STJ edita recorde de súmulas no ano de 2009*. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=95162>.

Acesso em: 14 dez. 2009. Ainda, o Ministro Aldir Passarinho Júnior, à mesma ocasião, esclareceu que “não se pode confundir a súmula vinculante com “engessamento” do pensamento jurídico, já que sempre seria possível, desde que apresentados novos fundamentos plausíveis, a revisão das súmulas, como de resto acontece com as não vinculantes, no âmbito do STJ. O ministro conta que, ultimamente, em razão do novo rito dos recursos repetitivos (Lei 11.672/2008), o Tribunal tem igualmente transformado em súmula as questões decididas com

Desta feita, diante da repercussão causada pela publicidade do enunciado, o rigor na formatação da súmula se acentua, uma vez que a padronização que irá alcançar, atraindo para um mesmo ponto de convergência inúmeras demandas, poderia, na prática, acabar por inibir a concretização de um direito que, a rigor, é plenamente possível de ser protegido e realizado pela via judicial. É, de fato, um perigoso risco que se corre, de modo que a articulação do procedimento de edição sumular tem que ser guiado com a preocupação de se estar em conformidade com os pressupostos que lhe cabem. Os escopos que são buscados com a formatação de uma súmula, presos a um viés massificador, não podem desdenhar dos efeitos negativos que poderão ser causados com a emissão de um verbete vinculante viciado pela imaturidade da discussão a respeito da matéria e consequente desalinhamento da assertiva desenhada com os argumentos que vêm sendo trabalhados na dinâmica discursiva desenvolvida em tantos outros casos.

Menelick de Carvalho Netto, apoiado em Ronald Dworkin, destaca que:

Não levar a sério os direitos, ou seja, simplificar uma situação de aplicação de modo a simplesmente desconhecer direitos dos envolvidos por se focar a questão do ângulo de um único princípio aplicado ao modo do tudo ou nada, típico das regras, termina por subverter o próprio valor da segurança jurídica que se pretendia assegurar. Por isso mesmo, afirmamos a mera aparência de consistência de uma decisão deste tipo, ainda que apenas com um único princípio jurídico. [...] É tempo de nos conscientizarmos da importância não somente do que Pablo Lucas Verdú denomina sentimento da Constituição para a efetividade da própria ordem constitucional, mas que precisamente para se cultivar esse sentimento em um Estado Democrático de Direito, das decisões judiciais deve requerer-se que apresentem um nível de racionalidade discursiva compatível com o atual conceito processual de cidadania, com o conceito de Häberle da comunidade aberta de intérpretes da Constituição. Ou para dizer em outros termos, ao nosso Poder Judiciário em geral, ao Supremo Tribunal Federal em particular, compete assumir a guarda da Constituição de modo a densificar o princípio da moralidade constitucionalmente acolhido que, no âmbito da prestação jurisdicional, encontra tradução na satisfação da exigência segundo a qual a decisão tomada possa ser considerada

base naquele processamento, como meio de dar ainda mais destaque à uniformização e consolidar a interpretação do STJ a respeito”.

consistentemente fundamentada tanto à luz do Direito vigente quanto dos fatos específicos do caso concreto em questão, de modo a se assegurar a um só tempo a certeza do Direito e a correção, a justiça, da decisão tomada³⁵.

Nesta medida, a súmula de caráter vinculante, para ser legítima frente ao paradigma do Estado Democrático de Direito, não pode ser encarada como instrumento de inibição discursiva, ou nas palavras de Pollyanna Silva Guimarães, crítica do instituto, como mecanismo que visaria “retirar matérias jurídicas do âmbito da dialética social ocorrida no Judiciário, fixando-lhes interpretação unívoca e obrigatória”³⁶. Este não é o real sentido constitucional que lhe é dado, mesmo porque, sendo linguagem, como dito, não irá tolher a possibilidade de o magistrado do caso concreto ter que adequá-la às situações fáticas que lhe são postas, quando muito a afastando, o que faz, por certo, mediante toda a troca de argumentos apresentados no curso do processo.

A discursividade própria do trato das questões jurídicas perpetuar-se-á de forma qualificada. As matérias sumuladas poderão, ainda assim, ter coro nas instâncias originárias, até que, por mutações sociais e conseqüente evolução no entendimento jurisprudencial, chegue-se à conclusão de que a sumulação já não há mais de existir. Por certo, o texto constitucional não veda tal procedimento. Ao contrário, de modo bastante natural e esperado, estatui meios de impugnabilidade e revogação da súmula³⁷.

Certo é que a influência da súmula incidirá nos casos concretos que, já por demais decididos, mereçam um posicionamento prevalente do Pretório Excelso, corte que tem a competência para dar a “palavra final”, aqui reproduzida

³⁵ CARVALHO NETTO, Melenick. Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito. Coord. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 43-44.

³⁶ GUIMARÃES, Pollyanna Silva. Análise constitucional do instituto da súmula vinculante. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, n. 61, p. 257, out./dez.2007.

³⁷ Sobre a revisão e revogação da súmula vinculante, veja-se TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009.

não no sentido de imutabilidade do entendimento, mas sim na noção de estabilidade e segurança jurídica que deve impor ao sistema.

Todo este sentido é vivenciado no critério constitucional que determina que a súmula vinculante só deverá ser editada após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, de onde se depreende que sua existência não pode ser alheia à maturidade da discussão³⁸, público-privada³⁹, dos argumentos contrapostos que implicaram numa multiplicidade de demandas. Logo, a súmula respeitaria todo este processo discursivo e não impediria, noutro momento, sua constante reavaliação, revalidação e sua possível mutação. Funciona, em extrato, como filtro da racionalidade delineada em todo o traço histórico de enfrentamento da questão controversa.

A par de uma perspectiva diversa, Roberto Rosas chega a afirmar que a liberdade do magistrado, consectário-lógico do Estado Democrático de Direito, deve ser dirigida tão-somente “às novas questões, a novas leis, aos temas em aberto”. Nestes casos, o juiz, fazendo uso de sua liberdade de decidir, prestaria “notável serviço à Justiça”⁴⁰. Ou seja, ele entende que as matérias já por demais tratadas e resolvidas, como que imutáveis, declinar-se-iam ao entendimento sumular consolidado, sem que pudesse o magistrado fazer uso do seu livre convencimento e sua atividade hermenêutica para empregar nova nuance à sua decisão.

³⁸ Como alerta André Ramos Tavares, “pela sua ‘gravidade’ o conteúdo da súmula vinculante não pode representar apenas o pensamento imediato e isolado do STF. Deve ter sido objeto de discussões e maturação ao longo do tempo e das demais instâncias judiciais, o que sempre contribuirá para a formação do pensamento do STF”. In: *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009, p. 18.

³⁹ Não podemos decotar a interpretação constitucional à interpretação dos juízes, própria de uma sociedade fechada, consoante assevera Peter Häberle, que indica a necessidade de se indagar acerca dos participantes do processo de interpretação da Constituição de uma sociedade aberta. In: *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: SAFE, 2002, p. 12.

⁴⁰ ROSAS, Roberto. *Direito sumular: comentários às súmulas do supremo tribunal federal e do superior tribunal de justiça*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 09.

Não há como se concordar com dito posicionamento. Se assim fosse, todo o modelo sumular seria, de fato, avesso ao Estado Democrático de Direito, pois minguiaria a prática discursiva necessária à concepção de entendimentos jurisdicionais aliados à complexidade dos temas trazidos pela sociedade, que não cabem em enunciados herméticos e imutáveis. Esta prática, a rigor, tem que ser mantida mesmo diante de questões sumuladas, uma vez que os entendimentos judiciosos prestados a um caso concreto são limitados àquele momento histórico, de modo que devem, diante de uma metamorfose fática, necessariamente se amoldar ao novo quadrante, sob pena de o entendimento jurisprudencial estar sempre a um passo atrás da trama social.

Esta preocupação, no âmbito legislativo, tem sido minorada com a concepção de que as codificações, na ânsia de instituírem hipóteses fechadas para todas as situações da vida, como é o clássico exemplo do Código Napoleônico, não mais comportam as transformações sociais deflagradoras de situações sociais inéditas, vivificadas numa dinamicidade abrupta. A crença nas codificações enquanto consagradoras da completude e unicidade sistemática do Direito (dogma da onipotência do legislador ⁴¹) não mais se sustenta.

As leis foram plasmadas nas máximas de clareza e objetividade, de modo a encerrar em sua estrutura todos os elementos necessários à operação lógica de subsunção do fato à norma. Garantia-se, assim, uma pretensa segurança jurídica⁴². Porém, em contraponto negativo, orquestrou-se um modelo engessado

⁴¹ GALVÃO DE SOUSA, J. P. *A historicidade do direito e a elaboração legislativa*. São Paulo: Franciscana, 2001, p. 115.

⁴² Por oportuno, vale transcrever ensinamento de Karl Engisch: “Houve um tempo em que tranqüilamente se assentou na idéia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídica absolutas através de normas regularmente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os actos administrativos. [...] A desconfiança que haviam chamado sobre si os juizes no período da justiça de arbítrio e de gabinete [...] e, por outro lado, a adoração da lei animada por um espírito racionalista, fizeram com que a estrita vinculação do juiz à lei se tornasse no postulado central. Esta concepção da relação entre a lei e o juiz entrou de vacilar no decurso do século XIX. Começa então a considerar-se impraticável o postulado da estrita vinculação do juiz à lei, por isso que não é possível elaborar as leis com tanto rigor e fazer a sua interpretação em

e inflexível às transformações sociais, que ocasionou um verdadeiro déficit legislativo do Estado e a crise de fundamentos do direito positivo⁴³ por sua candente incapacidade reguladora, reconhecida por Norberto Bobbio que, nada obstante positivista, declarou a deficiência de um modelo que foi desenhado para manter a previsibilidade do *status quo* e sujeitava-se, naturalmente, aos altos e baixos da história⁴⁴, esvaecendo a cada rompimento de fronteiras.

Desenhou-se, a partir daí, uma maior preocupação com a melhor e mais adequada técnica legislativa a ser utilizada para uma ampla consagração normativa do mosaico de valores construído na contemporaneidade. Essa a preocupação externada por Judith Martins-Costa ao formular as seguintes indagações:

...como normatizar, de modo abstrato e geral, as plurais relações intersubjetivas na vida civil? Como ordená-las segundo padrões de uma *substantiva racionalidade*, que leve em conta as concretas características das situações jurídicas intersubjetivas a serem ordenadas?⁴⁵.

A par desta preocupação, pouco a pouco se consolidaram legislações dotadas de mais cláusulas abertas, aptas a lograr a incorporação das contingências que apresentam manifestação social recente, mas que não podem

comentários oficiais de modo tão exacto e esgotante que toda a dúvida quanto à sua aplicação seja afastada. A mais disso, com o tempo, deixa-se também de considerar como *ideal* aquela exigência da vinculação à lei. À medida que os tribunais se foram libertando do poder dos senhores da terra e passaram a autonomizar-se como verdadeiras autoridades jurisdicionais 'independentes', com a objectividade e o sentido da justiça próprios da sua função, começou-se a pensar-se ser lícito desembaraçá-los também das andas da lei a fim de eles disporem daquela liberdade de decisão de que precisam para dominar a vida na pluralidade das suas formas e na sua imprevisibilidade. In: *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 206-207.

⁴³ Sobre o fracasso do positivismo, Michel Villey declara que "a teoria positivista não vingou. Dela só restou uma fachada, aliás ciosamente conservada; uma série de princípios e de categorias gerais aos quais nos agarramos, embora elas devam ser desmentidas na seqüência". In: *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Tradução de Marcia Valeria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 394.

⁴⁴ *Apud* COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução ao direito: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 208.

⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo código civil. *Reflexos do novo código civil no direito processual*. Coord. Fredie Didier Júnior e Rodrigo Reis Mazzei. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 2.

ficar ao largo do tratamento jurídico. As leis, assim, podem se tornar mais próximas dos indivíduos e, portanto, do “direito vivente”⁴⁶.

Diferente não pode se dar com as súmulas, cujo procedimento de edição deve erigir a preocupação de se consubstanciar sem a eliminação das contingências dos casos concretos. Deve-se entender que a súmula alia-se aos pressupostos do Estado Democrático de Direito por extrair a racionalidade embutida nos processos discursivos associados a questões constitucionais sensíveis e que não podem, por uma necessidade de segurança jurídica e efetiva concretização de direitos, permanecerem *ad eternum* num debate alheio a qualquer orientação ilustradamente efetiva. Logo, a súmula se presta para qualificar o procedimento de formação da decisão, elencando, de forma racional, os argumentos que conseguiram vencer o debate e foram, ao final, extraídos para serem utilizados nos casos aos quais melhor se amoldem.

1.3 Dos critérios demarcados no texto constitucional para edição de súmula vinculante. Reiteradas decisões e controvérsia atual sobre matéria constitucional.

Para que a súmula vinculante corresponda ao seu propósito constitucional, critérios têm que ser estabelecidos para sua efetiva edição.

Da leitura do artigo 103-A da Constituição Federal, associado ao seu §1º, extraem-se como critérios especiais para a aprovação de uma súmula vinculante a existência de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, bem assim a existência de controvérsia atual (sobre normas determinadas) entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 120.

Tais critérios – reiteradas decisões e controvérsia atual – não podem ser dissociados, desfalecendo de legitimidade a súmula que estiver baseada na singularidade de um dos requisitos ensejadores. Isto porque é da essência da súmula a existência de uma pluralidade de decisões sobre aquela mesma matéria constitucional⁴⁷, sendo esta, com efeito, sua *ratio essendi*. Integra-se, a isso, a necessidade de que os órgãos judiciários e a administração pública estejam a aplicar entendimentos conflituosos sobre aquela mesma matéria. Logicamente, diante da convergência na aplicação de entendimentos, não exsurge a necessidade de pacificação sumular. Logo, há que se combinarem os critérios⁴⁸.

A dificuldade apresenta-se, no entanto, na caracterização destes marcos. O que se poderia vislumbrar com reiteradas decisões sobre matéria constitucional? Seria possível parametrizar tal critério? E, ainda, qual o grau de divergência que deve existir para que se lance mão da súmula vinculante? Tais indagações não possuem resposta fechada. O dimensionamento dos critérios e consequente combinação devem ser verificados em cada caso sob exame, mas principalmente diante da compreensão de que a súmula não pode tolher a prática discursiva necessária à consolidação do Estado Democrático de Direito.

No que toca, em específico, ao critério de repetibilidade das decisões não há como se estabelecerem limites quantitativos mínimos. Marcelo Alves Dias de Souza assevera que “quanto à ocorrência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, evidentemente, não há um número predeterminado de decisões

⁴⁷ Como afirmado por Patrícia Perrone Campos Mello, “Os precedentes que deram origem às sumulas deverão ter efetivamente examinado e decidido a questão jurídica correspondente ao enunciado vinculante, sob pena de não decorrer o último de reiteradas decisões sobre a matéria, representando, por conseguinte, um exercício ilegítimo do poder normativo”. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Operando com súmulas e precedentes vinculantes*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil. livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁴⁸ Este não parece ter sido o entendimento afiançado por Ives Gandra da Silva Martins no seu artigo Duas hipóteses para Súmula vinculante. *ADV - Advocacia dinâmica* - informativo. Rio de Janeiro, v.28, n.44, p. 746, out. 2008, ao empreender separação entre a hipótese que decorra de reiteradas decisões sobre matéria constitucional e a hipótese de eliminação de divergência dentro do Poder Judiciário ou entre este e a Administração Pública. Com tal posicionamento, pretendeu dar legitimidade à Súmula Vinculante das algemas (n. 11), que teve grande repercussão na mídia.

que implique, objetivamente, o preenchimento desse pressuposto”⁴⁹. O que há é a necessidade do debate exaustivo e consistente. Na lição de Roberto Rosas:

Para a vinculação dessa súmula a julgados futuros há necessidade de processo especial, de maior debate, porque aquele verbete será aplicado automaticamente. Então, a chamada ‘súmula vinculante’ não pode ser, e, acredito, não será, fruto de uma decisão aligeirada, rápida, e, muito menos, será a vinculação de qualquer decisão de um tribunal. Não basta ao Supremo Tribunal reunir-se, decidir, que automaticamente todas essas decisões serão vinculantes. Se as súmulas atuais decorrem de um lento e burocrático procedimento, imagina-se mais ainda para a súmula vinculante⁵⁰.

Já no que toca à controvérsia entre órgãos, jurisdicionais e administrativos, o texto constitucional traz como diretrizes de sua afirmação a possibilidade de haver insegurança jurídica decorrente do conflito e relevante multiplicação de processos. Neste caso, em específico, nada obstante a indeterminação dos conceitos trazidos, é mais palpável, nos dias atuais, estabelecerem-se as matérias ensejadoras de maior repercussão e maior volume de demandas individuais ou coletivas trazidas ao Poder Judiciário, que podem ser dirimidas e mesmo inibidas com a edição de súmula de caráter vinculante.

O ponto nodal do presente estudo, no entanto, está ligado ao critério de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, eis que se alia ao paradigma do Estado Democrático de Direito enquanto requisito que impõe a necessidade de instrumentalização do discurso a fim de se alcançar uma assertiva geral sobre determinada questão sensível. Não se entende como possível, portanto, a edição de súmula fundada na singularidade de um julgado, haja vista que não refletiria uma sucessividade e maturidade de posicionamentos sobre a mesma matéria. Este o entendimento da doutrina especializada, que destaca que:

Outro requisito para edição da súmula vinculante refere-se à preexistência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Exige-

⁴⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 267.

⁵⁰ ROSAS, Roberto. *Direito sumular: comentários às súmulas do supremo tribunal federal e do superior tribunal de justiça*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 09-10.

se aqui que a matéria a ser versada na súmula tenha sido objeto de debate e discussão no Supremo Tribunal Federal. Busca-se obter a maturação da questão controvertida com a reiteração de decisões. Veda-se, desse modo, a possibilidade da edição de uma súmula vinculante com fundamento em decisão judicial isolada. É necessário que ela reflita uma jurisprudência do Tribunal, ou seja, reiterados julgados no mesmo sentido, é dizer, com a mesma interpretação⁵¹.

Portanto, o critério de reiteradas decisões se mostra como premissa essencial para a edição da súmula de caráter vinculante, nele estando inserta a possibilidade de concretização do discurso enquanto meio de legitimidade do enunciado.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 967.

2. O DISCURSO COMO CRITÉRIO LEGITIMADOR DAS SÚMULAS VINCULANTES

2.1 A pluralidade humana e a necessidade do discurso como instrumento de legitimação do Estado Democrático de Direito.

O ato discursivo, que pressupõe elementos que desbordam do simples ato de comunicação, não teria força ou mesmo existência não fossem as diferenças que distanciam cada ser humano em suas mais estritas particularidades, cujas acepções, em seu todo, radicam a espécie humana do mais absoluto pluralismo⁵² e que detém um grau de alteridade mais agudo do que o observado em seres simplesmente orgânicos⁵³⁻⁵⁴. Com efeito, o homem, de forma singular, detém a capacidade de se afirmar, exprimir suas sutilezas e se diferenciar em relação aos demais.

Todavia, enquanto seres eminentemente plurais, certo é que as diversidades humanas não se equacionam sem a prévia intervenção do diálogo e do lance de argumentos pelos sujeitos envolvidos em uma interlocução, a não ser quando, por critérios de autoridade e imposição, queira se impingir uma vontade ou razão alheia ao consenso, tal qual se dá, *v. g.*, em regimes autoritários e de exceção, se se está num âmbito político; pela imposição rigorosa do poder paternal, num núcleo familiar no qual o pai ostenta o papel indelegável de

⁵² Como doutrina Hannah Arendt, “Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender. Com simples sinais e sons, poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas”. In: *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 188.

⁵³ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 189.

⁵⁴ Mais do que uma alteridade maximizada, o homem tem como marca distintiva de sua existência o fato de que sua mortalidade não está atrelada a um elo retilíneo entre início e fim, numa ordem cíclica. Ao contrário dos outros seres, “os homens perseguem seus objetivos, lavrando a terra rude, forçando em suas velas o vento que flui livre e cruzando vagas constantemente encapeladas, eles seccionam transversalmente um movimento que é desprovido de objetivo e encerrado dentro de si mesmo”. Logo, o homem é ser de transformação. ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução de Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva: 2005, p. 71.

pontífice⁵⁵; numa sociedade de castas, na qual as tradições e os costumes de um povo são herdados por sucessivas gerações sem que se permita qualquer espécie de questionamento ou arguição; ou mesmo nos tribunais, com o emprego de decisões judiciais revéis ao contraditório e a ampla defesa ou mesmo escudadas em fundamentação insuficiente.

Senão por uma autoridade, amplamente reconhecida pelos atos de imposição que lhe são marcantes⁵⁶, também a argumentação racional perde espaço diante da quase invisibilidade dos poderes simbólicos⁵⁷ – quando manipulados, ou seja, quando os símbolos não são simplesmente tratados como instrumentos de integração social, enquanto mecanismos de conhecimento e comunicação que permitem o consenso “acerca do sentido do mundo social que contribui fundamentalmente para a reprodução da ordem social”⁵⁸ - que, não raras vezes, impõem à nossa razão, num momento de cegueira criada, argumentos oportunistas ao ente titular do poder dominante (ideologias), tal como se passa com a religião. Em passagem inicial, Pierre Bourdieu comenta a transparência, aos olhos de alguns (falsa consciência da classe dominada), do poder simbólico, ao alinhavar que:

[...] num estado do campo em que se vê o poder por toda a parte, como em outros tempos não se queira reconhecê-lo nas situações em que ele

⁵⁵ O poder paterno, segundo Fustel de Coulanges, “decorreu das crenças religiosas universalmente aceitas na idade primitiva desses povos e reinando sobre a inteligência e as vontades”. In: *A cidade antiga*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martins Claret, 2006. p. 93.

⁵⁶ Sobre a autoridade, Hannah Arendt aponta que “... a autoridade sempre exige obediência, ela é comumente confundida como alguma forma de poder ou violência. Contudo, a autoridade exclui a utilização de meios externos de coerção; onde a força é usada, a autoridade em si mesmo fracassou. A autoridade, por outro lado, é incompatível com a persuasão, a qual pressupõe igualdade e opera mediante um processo de argumentação. Onde se utilizam argumentos, a autoridade é colocada em suspenso. Contra a ordem igualitária da persuasão ergue-se a ordem autoritária, que é sempre hierárquica”. In: *Entre o passado e o futuro*. Tradução de Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 127.

⁵⁷ Para Pierre Bourdieu, o “poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem ‘gnoseológica’: o sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social) supõe aquilo a que Durkheim chama o ‘conformismo lógico’, quer dizer, uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências”. In: *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 9.

⁵⁸ BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 10.

entrava pelos olhos dentro, não é inútil lembrar que – sem nunca fazer dele, numa outra maneira de o dissolver, uma espécie de ‘círculo cujo centro está em toda parte e em parte alguma’ – é necessário saber descobri-lo onde ele se deixa ver menos, onde ele é mais completamente ignorado, portanto, reconhecido: o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível, o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem⁵⁹.

Afora os regimes excepcionais, certo é que as diferenças humanas, que se refletem em diferenças de pensamento e ação, precisam encontrar ponto comum para a viabilização do convívio numa sociedade, diga-se lá numa sociedade que tem por estandarte o ideal democrático e participativo. Como expõe Jürgen Habermas:

[...] é só na qualidade de participantes de um diálogo abrangente e voltado para o consenso que somos chamados a exercer a virtude cognitiva da empatia em relação às nossas diferenças recíprocas na percepção de uma mesma situação⁶⁰.

Antes, porém, de se conseguir que as diferenças individuais possam ser sintonizadas e chegar ao estágio final precisam elas, necessariamente, ser expostas amplamente, discutidas e racionalizadas, sob pena de se perpetuarem contingências não diluídas nos processos iterativos sociais forçosos, que deságuam nas formas de vida praticadas nas mais diversas áreas, como é o caso de decisões políticas, de normas jurídicas e de jurisprudência. Se essas temáticas não forem amplamente discutidas, os gargalos que apresentam provavelmente continuarão presentes de geração em geração, fazendo com que posições não internalizadas-aceitas por um maior número de pessoas desemboquem numa crise de legitimação de decisões tidas como sensíveis numa sociedade, sobretudo numa sociedade complexa.

Conforme Habermas, as condições necessárias a esta interação e intercompreensão das diferenças, que traçam uma fundamentação intersubjetiva e

⁵⁹ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 7-8.

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipola. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 10.

racional das normas, impescindem da adoção do paradigma da intersubjetividade, ao revés do simples paradigma kantiano da consciência, que se encontra apoiado, primordialmente, no sujeito enquanto ser centrado no ego⁶¹. Sem se desprender da figura do sujeito, sua autoconsciência e sua autocompreensão, a discussão de questões centrais, sobretudo, deve necessariamente extrapolar a órbita individual e permitir um procedimento de argumentação suficiente, no sentido de amplamente exercido, bem assim pautado na audição de um maior número possível de vozes interlocutoras, inclusive para se permitir a participação efetiva daquelas vozes representativas de categorias minoritárias, como é próprio do Estado Democrático de Direito.

Na lição de Peter Häberle, para quem a interpretação constitucional é uma “atividade’ que, potencialmente, diz respeito a todos”⁶²:

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ [...] e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade [...] Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade⁶³.

Também, nas palavras de Marcelo Neves:

Diante do exposto, pode-se concluir que o Estado democrático de direito, ao pressupor reciprocamente uma esfera pública pluralista, legitima-se

⁶¹ Na discussão travada entre o professor francês Alain Renaut e Jürgen Habermas, à ocasião de um debate na Universidade de Sorbonne, em 1 de fevereiro de 2001, o filósofo alemão deixa claro que o incursionamento na intersubjetividade não afasta a autoconsciência de cada participante. Na verdade, há que existir uma complementariedade da subjetividade e da intersubjetividade. In: *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipola. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 11.

⁶² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: SAFE, 2002, p. 24.

⁶³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: SAFE, 2002, p. 13.

enquanto é capaz de, no âmbito político-jurídico da sociedade supercomplexa da contemporaneidade, intermediar consenso procedimental e dissenso conteudístico e, dessa maneira, viabilizar e promover o respeito recíproco às diferenças, assim como a autonomia das diversas esferas de comunicação.⁶⁴

Malgrado, nos dias atuais, parecer ser de maior naturalidade a afirmação da prática discursiva aberta e de sua necessidade na conformação das decisões capitais de um Estado (em que pese, às vezes, não ser posta em prática), é de se reconhecer que essa ideia encontrou coro pomposo já sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, que, associado à complexidade das sociedades, inaugurou uma verdadeira guinada de pensamento, justamente por se dar maior valor ao homem enquanto ser plural e singular, que se afirma perante os demais mediante o uso da comunicação, seja no âmbito privado, quando, na presença de seus pares, pode se afirmar e aprimorar a sustentabilidade dos direitos fundamentais que lhe cabem⁶⁵, seja no âmbito público-político, onde o processo democrático destinado a resolver os problemas coletivos e sociais, garantido pela tematização e negociação de todas as questões relevantes, é dotado de maior aceitabilidade racional⁶⁶.

Esta articulação de vozes em busca de uma assertiva geral sobre determinado tema se desvela a par de uma razão própria, a qual Jürgen Habermas denomina de razão comunicativa, desenvolvida a partir da teoria do agir comunicativo⁶⁷.

Ao final de todo o procedimento inerente à razão comunicativa, o que se põe à frente como meta não é a verdade em função de uma justificabilidade ideal, mas sim a busca de uma aceitabilidade racional das assertivas derivadas do

⁶⁴ NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: o Estado democrático de direito a partir e além de Habermas. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001a, p. 154.

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 301.

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 213. v. 1.

⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 19 v. 1.

discurso⁶⁸. Logo, diante de uma situação de conflito, de dúvida e de controvérsias, o que se tem como palpável é, em condições tidas por quase ideais, segundo Habermas, o esgotamento de todas as razões disponíveis a favor e contra a proposição em foco, consolidando-se, deste modo, sua aceitabilidade racional⁶⁹ e a possibilidade legítima de seu uso, por mais que se saiba não ser tal conclusão discursiva imutável e indene de novos processos discursivos. Adota-se, portanto, um “ideal regulativo”, de sorte que a segurança do problema da heterovalidação de procedimentos interpretativos depende, necessariamente, do procedimento a ser adotado⁷⁰.

A mutabilidade das suposições incondicionais da verdade, quando se está diante do discurso racional, é permitida diante da assunção de uma postura ativa em relação à proposição em análise, que é de antemão julgada como falível e, portanto, fadada a justificações, a não ser que a pretensão de validação incondicional que lhe queiram dar transcenda ao contexto dado de justificação⁷¹.

Tal postura depende de um comprometimento dos partícipes da discussão, que devem, necessariamente, adotar um enfoque performativo e a aceitar determinados pressupostos diante da busca de seus fins ilocucionários da fala. Assim, segundo Habermas:

A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no *telos* lingüístico do entendimento, formando um *ensemble* de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo,

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipola. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 60.

⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipola. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 61.

⁷⁰ Conforme lição de Marcelo Neves, traçada em artigo destinado a sintetizar a evolução da interpretação jurídica, ressaltando, em especial, a interpretação no Estado Democrático de Direito. In: *A interpretação jurídica no estado democrático de direito*. In: *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Orgs.). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 367.

⁷¹ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipola. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 62.

limitadoras. Qualquer um que se utilize de uma linguagem natural, a fim de entender-se com um destinatário sobre algo no mundo, vê-se forçado a adotar um enfoque performativo e a aceitar determinados pressupostos. Entre outras coisas, ele tem que tomar como ponto de partida que os participantes perseguem sem reservas seus fins ilocucionários, ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticável, revelando a disposição de aceitar obrigatoriedades relevantes para as conseqüências da interação e que resultam de um consenso. E o que está embutido na base da validade pela via do agir comunicativo. A racionalidade comunicativa manifesta-se num contexto descentrado de condições que impregnam e formam estruturas transcendentemente possibilitadoras; porém, ela própria não pode ser vista como uma capacidade subjetiva, capaz de dizer aos atores o que devem fazer.⁷²

Veja-se que é a partir deste compromisso ético que os sujeitos participantes de uma discussão coerente e suficiente sentem-se autorizados a aceitar como verdadeira uma proposição que seja, de início, controversa, mas que, ao ser filtrada em seus aspectos racionais, torna-se perene por um certo tempo, por mais que, a rigor, ainda exista uma penumbra no campo de sua verdade. É o que Habermas denominou de racionalidade procedural encarnada na práxis da argumentação⁷³.

O resultado da colocação em prática deste modelo discursivo é a maior legitimidade das proposições decorrentes, eis que diante, não raras vezes, da impossibilidade de se alcançar o desfecho ideal de um duelo de argumentos, ou seja, sua proximidade umbilical com a verdade, certo é que se permite uma maior contiguidade com o que se tenha como verdade .

Portanto, sem desconsiderar por inteiro as dificuldades inerentes à prática discursiva, o que se faz com a consciência da falibilidade dos resultados e da necessidade de reflexões reiteradas, sobretudo diante das peculiaridades do caso concreto (inigualável por natureza) e da complexidade da sociedade moderna⁷⁴,

⁷² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. Ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 20. v. 1.

⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 99.

⁷⁴ NEVES MARCELO. A interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Orgs.). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 368.

as vantagens deste modo de proceder à conformação de decisões sensíveis traz, de forma inerente, critérios relevantes de legitimidade e segurança jurídica, permitindo, por consequência, que aquele modelo comunicativamente (e democraticamente) conquistado possa ser aplicado sem maiores insurgências, até quando, por motivos próprios à mutabilidade social e jurídica, entenda-se pelo avanço.

Nada obstante a associação mais específica feita com os processos políticos, que se “desenrolam nas formas constitucionais”⁷⁵, a aplicação deste emblema também pode ser afirmada nos processos jurisdicionais de formação de decisões judiciais, resultado da interpretação e aplicação empenhadas aos frutos normativos das políticas legislativas e constitucionais. Nas arenas em que irão ser discutidos casos concretos ou mesmo interpretações meramente objetivas da norma jurídica (sobretudo diante da tendência de objetivação ressaltada com o implemento da repercussão geral e dos recursos repetitivos), seja lá numa turma, conselho, pleno, ou mesmo na singularidade do gabinete de um magistrado de primeira instância, aqueles tidos como aptos a participar da discussão devem preservar, em sua racionalidade argumentativa, elementos que darão, às decisões consecutórias, a legitimidade esperada pela sociedade, sobretudo por parte daqueles diretamente afetados com os efeitos da ordem emanada.

2.2. Reiteradas decisões enquanto critério constitucional densificador da prática discursiva

Com efeito, esta dinâmica argumentativa pode ser sentida no registro normativo da necessidade de existência de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, a qual deve ter sido objeto de amplo debate e discussão no seio do Supremo Tribunal Federal e, conseqüentemente, em toda a prática discursiva

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 10. v. 2.

modulada nos casos originários que deram origem às insurgências constitucionais decorrentes do controle difuso ou concentrado de constitucionalidade.

A maturação da questão controvertida, portanto, e sua conseqüente transformação em súmula vinculante, depende, necessariamente, da reiteração de decisões⁷⁶ ou, em outras palavras, da reiteração institucionalizada do debate. Neste sentido, de acordo com Marcelo Alves Lima Souza, a conclusão que se chega é a de que:

Basta a reiteração que demonstre estar a questão jurídica suficientemente debatida e, portanto, madura no Supremo Tribunal Federal para uma solução cristalizada. Assim, o enunciado da súmula sobre determinada questão será sempre resultado de amplo debate ocorrido nas decisões anteriores e não simples criação de regra jurídica pelo Tribunal para disciplinar divergência ocasional⁷⁷.

É de se observar, assim, que a própria legitimidade da súmula depende do procedimento observado para sua construção, o qual deve se marcar pela necessidade de suficiente discussão sobre a matéria constitucional envolvida, inclusive nos casos originários, nos quais, dentro dos limites legais, devem ter sido observadas as garantias processuais atribuídas às partes⁷⁸, o que envolve, ainda, a participação ativa (ou sua efetiva oportunização) dos sujeitos para tanto legitimados (nomeadamente o Ministério Público e, agora, com maior vigor, o *amicus curiae*).

Portanto, neste sentido, faz-se necessária uma maior preocupação com a abrangência histórica dos precedentes que deram substância ao entendimento constitucional que hoje se pretende sumular. A rigor, é insuficiente, por exemplo, ter-se como justificativa sumular uma dúzia de precedentes formados num ambiente de arraigado dissenso, materializado em decisões formadas por maioria

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 967.

⁷⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 267.

⁷⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 49.

ou que efetivamente não se embrenharam no mérito da questão constitucional discutida. De fato, estas hipóteses não bastam para a satisfação do requisito constitucional de reiteradas decisões.

É o viés discursivo, associado à formação de súmulas sobre matéria constitucional, que será idôneo à conversão da pluralidade e produção de assertivas aceitáveis democraticamente, das quais se extrai uma discursividade produtora de sentidos jurídicos e, portanto, precursora de uma legitimidade das ordens emanadas. Consoante lição de Marcelo Cattoni:

o Direito democraticamente produzido seria um meio de integração social que poderia controlar os riscos de dissenso, garantindo a estabilização de expectativas de comportamento e, a um só tempo, produzindo legitimidade [...]⁷⁹

Nas palavras de Habermas, “a criação legítima do direito depende de condições exigentes, derivadas dos processos e pressupostos da comunicação, onde a razão, que instaura e examina, assume uma figura procedimental”⁸⁰. Logo, diante da análise acerca da edição de súmula de caráter vinculante há que se observar a prática discursiva enquanto critério legitimador da ordem, e tal demanda, sem ser qualquer espécie de inovação, já vem registrada no texto constitucional ao fixar a exigência de reiteradas decisões sobre a matéria.

Há que se entender que a formulação de um enunciado de tamanha repercussão não pode estar alheia à suficiência da esgrima de argumentos, ao ponto de se constatar que o procedimento formador da assertiva geral (extrato dos inúmeros argumentos contrapostos) desenrolou-se de forma satisfatória, com a assunção do compromisso de que os possíveis e cabíveis argumentos, mesmo advindos das vozes minoritárias, foram escutados e efetivamente considerados para a formulação derradeira.

⁷⁹ CATTONI, Marcelo de Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 59.

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 9. v. 2.

Não fosse assim, estar-se-ia a perpetrar uma ordem absolutamente oligárquica, potencialmente destoante dos diversos argumentos articulados pelos participantes da formação de decisões sensíveis a uma sociedade, cuja pluralidade, que dever ser preservada no Estado Democrático de Direito, não pode ser compreendida no espaço produzido por poucas vozes.

Diante desta compreensão, a premissa de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional de pretendida sumulação deve ser considerada como instrumento densificador da prática discursiva, eis que preserva todo o debate e racionalidade empenhada nos julgamentos que precederam as respectivas decisões, impedindo que a sumulação seja fruto de um momento ou de um corpo minoritário de entendimentos, o que fatalmente levaria a uma crise de legitimação do enunciado formulado.

CAPÍTULO III – PRÁTICA DISCURSIVA E O EXEMPLO DA SÚMULA VINCULANTE N. 05

3.1 Construção procedimental do enunciado sumular n. 05

Como exemplo de análise e aplicação da teoria acima descrita, estudar-se-á, no presente capítulo, o procedimento de edição da súmula vinculante n. 05, que está redigida nos seguintes termos: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”⁸¹.

Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 434.059-3⁸², do Distrito Federal, no qual figurava como parte recorrente o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e, como parte recorrida, Márcia Denise Farias Lino, instaurou-se a discussão, em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, acerca da questão relativa à falta de defesa técnica por advogado em processo administrativo disciplinar.

Tinha-se, como problema constitucional em análise, o texto do artigo 5º, inciso LV e artigo 133⁸³, os quais prescrevem, respectivamente, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, bem assim que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Este o substrato constitucional em análise à ocasião do julgamento do extraordinário.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 05. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_da_Sumula_Vinculante_1_a_24.pdf>. Acesso em: 25 out. 2009.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 434.059-3/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2247139>. Acesso em: 25.10.2009.

⁸³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 out. 2009.

Na origem, cuidou o feito de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, que, por força da Portaria n. 7.249, de 14 de julho de 2000, exonerou a impetrante do cargo que então ocupava. Esta, por sua vez, impetrou o *writ* com base no argumento de violação de seu direito líquido e certo de ter advogado constituído no processo administrativo de exoneração, o que lhe permitiria oferecer defesa técnica.

Em consonância à tese fomentada pela impetrante, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão lavrado à unanimidade, entendeu por bem declarar nula a Portaria acima referenciada, reintegrando a servidora ao cargo público dantes ocupado. Um dos fundamentos decisórios, dentre outros, foi o de ausência de advogado ou defensor constituído nos autos administrativos. A saber, eis a ementa do acórdão recorrido via extraordinário:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO CONSTITUÍDO E DE DEFENSOR DATIVO. 1. A presença obrigatória de advogado constituído ou de defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral. 2. Ordem concedida⁸⁴.

Como argumento de insurgência, o INSS ressaltou que a própria Lei n. 8.112/90, em seu artigo 156, não exigia a defesa exclusiva por advogado, porquanto estabelecia a opção de defesa pessoal, consoante se afere do dispositivo normativo, senão vejamos:

Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS n. 7.078-DF, Relator Ministro Hamilton Carvalho. Terceira Seção. DJ de 09.12.2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200000658642&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 25 out. 2009.

Posto o problema jurídico, no mérito, e com parecer do Ministério Público Federal pelo conhecimento e provimento do recurso extraordinário, o Ministro Relator, Gilmar Mendes, entendeu que, a rigor, o direito de defesa é observado quando garantidos o direito à informação, à manifestação e à consideração dos argumentos manifestados. Logo, no caso em julgamento, entendeu inexistir ofensa aos artigos 5º, inciso LV e 133, da Constituição Federal.

Aberta a discussão, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito acompanhou o Ministro Relator, afirmando que:

a jurisprudência do Supremo é claríssima, com essa orientação, sem ser necessário acrescentar que a lei especial de regência expressamente faz a indicação dessa possibilidade do próprio servidor manifestar sua defesa.

Ato contínuo, foi dada a palavra para a Ministra Carmen Lúcia, que também acompanhou o Ministro Relator, ressaltando a discussão que tem sido travada na doutrina de direito administrativo, cujo entendimento aponta que só em dois casos poder-se-ia falar em necessidade inescusável de defesa técnica, que seria o caso de questão complexa, na qual se exigiria certo conhecimento que escaparia ao administrado, e em casos especificados, nos quais essa opção não seria suficiente para não se ter mais do que um simulacro de defesa.

Sem maiores digressões, o Ministro Ricardo Lewandowski também acompanhou o Relator, orientação seguida pelo Ministro Joaquim Barbosa que, de especial, sugeriu a adoção de súmula vinculante sobre a matéria.

A partir deste momento, portanto, para além do mérito enfrentado, surgiu a discussão sobre a possibilidade de edição ou não de súmula vinculante sobre a dispensabilidade de advogado em processo administrativo disciplinar.

Lembrou, o Ministro Gilmar Mendes, a existência de verbete sumular do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário, que estabelece justamente que

“É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”. Neste sentido, o Ministro Cezar Peluso também manifestou entendimento pela aprovação de súmula vinculante sobre a matéria, do que foi seguido pela Ministra Ellen Gracie e pelo Ministro Marco Aurélio.

Este último, de peculiar, suscitou preocupação quanto à observância fiel do texto constitucional, que pronuncia pela necessidade de reiterados pronunciamentos do Supremo sobre a matéria discutida. De fato, ponderou que:

Presidente, só teria uma ponderação, até para nos mantermos fiéis ao texto constitucional. Concordo que devemos avançar de imediato, para editar um verbete ou um enunciado a integrar a súmula da jurisprudência predominante do Tribunal. Só que para chegarmos à eficácia maior, como querido pela Constituição Federal, é indispensável, segundo o texto da Carta, da Emenda nº 45, que tenhamos reiterados pronunciamentos do Supremo. A minha óptica seria no sentido de editarmos, mas sem proclamarmos a eficácia, apenas para homenagearmos, aí, a Constituição.

Em resposta, o Ministro Gilmar Mendes afirmou ter procedido à verificação da existência de repercussão geral sobre a matéria, não logrando identificá-la. Mas nada obstante, havia, como ressaltou, súmula do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário, o que ensejaria a sumulação. Nesta mesma linha de pensamento, o Ministro Cezar Peluso argumentou que, por si só, a existência de súmula contrária do Superior Tribunal de Justiça seria motivo idôneo e suficiente à edição de enunciado vinculante:

Nesse caso, Senhor Presidente, a existência da súmula do STJ justifica a edição de uma súmula vinculante em caráter excepcional. Exatamente por isso, acho que devemos afirmar o contrário do que está na súmula do STJ, dizendo que não é obrigatória a defesa técnica de advogado em processo administrativo.

Em complemento, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito asseverou que o termo reiteradas decisões se referiria a decisões das turmas e que, no caso em exame, a decisão seria advinda do plenário e, ainda, à unanimidade. Veja-se:

Mesmo porque, como observou o Ministro Marco Aurélio, de fato a Emenda nº. 45 faz essa referência a pronunciamentos reiterados. Mas isso na hipótese das decisões saírem das Turmas. Como é uma decisão de Plenário, disse o Ministro Cezar Peluso muito bem, unânime, diante de uma circunstância específica de súmula contrária de um Tribunal Superior, tenho a sensação de que poderíamos aprovar, sim, uma súmula com efeito vinculante, porque esse é objetivo da segurança jurídica.

Feita a proposta e sugerida a redação sumular, o Ministro Marco Aurélio, mais uma vez, externou sua preocupação com o descumprimento do texto constitucional e da excepcionalidade que estava a se criar, argumentando no sentido de que:

Senhor Presidente, devo ser coerente com o que veiculei inicialmente. Vossa Excelência alude ao Verbete nº 5. Pela numeração, então, tem-se um verbete vinculante. Reafirmo, não posso desconhecer o que se contém na Constituição Federal, que submete a todos, inclusive ao Supremo, principalmente a ele como guarda da própria Constituição. A premissa para chegar o Supremo, no âmbito da competência que lhe está reservada pela Carta, à edição de um verbete vinculante, praticamente normativo, é que existam, conforme está em bom vernáculo, como está em bom português, reiterados pronunciamentos do próprio Supremo. E não há reiterados pronunciamentos sobre a matéria. Dir-se-á: a situação é excepcional. E afirmo: não vivenciamos um regime de exceção.

No entanto, em seguida o Ministro Cezar Peluso informou a existência de precedentes do Supremo sobre a matéria, especificamente o MS n. 24.961/DF e o RE 244.027/RS. A par desta constatação, o Ministro Marco Aurélio cedeu à edição.

Ainda sobre a polêmica instaurada, o Ministro Cezar Peluso ressaltou que:

Senhor Presidente, não é pelo prazer da polêmica, mas por questão de ordem prática que eu gostaria de fazer a seguinte ponderação à Corte. Se não admitíssemos a possibilidade, em casos excepcionais, como este, em que há uma multidão de causas idênticas, baseadas até em súmula de outro Tribunal Superior, de dar interpretação larga à norma constitucional que exige reiteradas decisões, não poderemos aprovar a Súmula nº 6, porque, na verdade, embora contassem no julgamento doze causas, nós emitimos um único pronunciamento. [...] Um único pronunciamento. Isto é um problema de números. Se nós tivéssemos acrescentado a este caso mais onze números, nós teríamos reiterados pronunciamentos. De outro modo, nós não vamos poder aprovar a proposta.

Retocando o argumento de que existiria, no entanto, existência de súmula do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário, o Ministro Gilmar Mendes destacou que:

Mas me parece que, no caso específico - destacou o Ministro Joaquim – já a existência da Súmula do STJ estava a propiciar. Em muitos casos – sabemos – os processos eram encaminhados ao STJ e não chegavam ao Supremo, às vezes por razões de técnica do próprio recurso extraordinário. Daí não termos recursos suficiente para esse pronunciamento, mas, no caso específico, o tema está resolvido. Eu concordo com o Ministro Cezar Peluso que, em algum momento, nós temos encontro marcado com essa questão.

Postas estas discussões, a matéria restou sumulada.

3.2 A inobservância da prática discursiva na edição da súmula n. 05 pelo Supremo Tribunal Federal

Como visto, a edição da súmula vinculante n. 05 se materializou a par de circunstâncias excepcionais, uma vez que foi eleito como elemento principal para sua formulação a existência de súmula de Tribunal Superior de conteúdo contrário ao entendimento exposto, à unanimidade, pelo Plenário.

De toda a discussão travada, no entanto, indaga-se se realmente a prática discursiva e todo o comprometimento com o debate da matéria constitucional em destaque foi observado, de modo a se permitir que a súmula conseqüente realmente atendesse ao critério constitucional de reiteradas decisões e, assim, pudesse ser dotada de legitimidade. Ao que se extrai das notas de julgamento, não foi o que se sucedeu.

Isso porque o sentido que gira em torno do termo reiteradas decisões vai muito além da simples análise da existência numérica de precedentes sobre

aquele determinado tema⁸⁵. Além, é claro, de se verificar a pré-existência de julgamentos outros, é necessário que se proceda a um enfrentamento conteudístico do objeto tratado nas decisões que irão servir de fundamento, a fim de se saber se no bojo dos processos respectivos a matéria constitucional foi desenvolvida, apreciada e discutida de forma suficiente, bem assim para se conhecer dos motivos históricos que levaram àquele pronunciamento, que logicamente se pautou diante de uma determinada circunstancialidade, que pode muito bem (e facilmente) ser diversa daquela enfrentada na atualidade e que não pode, por estas razões, ser desconsiderada.

Na súmula em exame, foram dois os processos citados: o MS n. 24.961/DF e o RE 244.027/RS. Veja-se que pouco se discutiu a respeito da matéria e do caso versado em referidas demandas a propósito de se conhecerem realmente os argumentos levantados àquelas ocasiões. Já não houve, portanto, a adoção de uma postura comprometida com todos os argumentos cabíveis à discussão, mostrando-se, aí, falho e insuficiente o procedimento.

Ainda, ao contrário do raciocínio firmado, a existência de súmula do Superior Tribunal de Justiça seria, a rigor, causa de discussão ainda mais acentuada sobre a matéria, eis que um Tribunal Superior, composto por outras trinta e três vozes, cada qual externando uma diversidade e um pensamento peculiar, estaria a eleger como assertiva geral, diante de uma práxis discursiva arraigada, um entendimento absolutamente distinto daquele então sustentado.

A desconsideração do enunciado patrocinado pelo Superior Tribunal de Justiça não poderia ser simplesmente abanado sem que uma intensa e madura discussão fosse instituída sobre o tema constitucional, uma vez que a Constituição e sua consectária interpretação, em que pese o papel primordial dado ao Supremo

⁸⁵ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 267.

Tribunal Federal, não é atividade que lhe é exclusiva, como não poucas vezes pontuado por Peter Häberle⁸⁶.

Em verdade, o posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, diante das centenas de casos que lhe chegam a julgamento em momento prévio à cognição do Supremo Tribunal Federal é, pode-se dizer, fruto de inúmeros julgados formados acerca da matéria, como se verifica de rápida consulta ao site do Tribunal, que destaca os seguintes precedentes: MS n. 12.823/DF, de Relatoria do Ministro Félix Fischer, MS n. 12.262/DF, de Relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, MS n. 10.160, de Relatoria do Ministro Paulo Gallotti, MS 6911/DF, de Relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, dentre outros.

A prática discursiva alinhada nestes julgados não pode ser desconsiderada, porquanto sua completude depende necessariamente da dinâmica que se procedeu nas instâncias e casos originários, não podendo ser compreendida e restringida tão somente àquela existente no bojo das Turmas e do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Nesta hipótese, estar-se-ia a limitar excessivamente o âmbito de debate do tema controverso, de modo que o pluralismo, participação e abertura ínsitos ao Estado Democrático de Direito não restariam preservados. Via de consequência, a segurança jurídica que se pretenderia imperar restaria comprometida com a crise de legitimidade que a súmula irá enfrentar.

Noutro giro, não se pode, de igual forma, pretender que uma única ou escassas decisões do Plenário sejam causas suficientes a autorizar a não observância do critério de reiteradas decisões, eis que o posicionamento sobre um ou poucos casos específicos poderá não espelhar a real conformação dos elementos argumentativos traçados em outros processos que versam sobre questão idêntica, que podem trazer em seu bojo novas perspectivas jurídicas

⁸⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: SAFE, 2002, p. 24.

sobre a causa de pedir trazida nos autos. Logo, fiar-se num momento isolado, mesmo que seja diante de entendimento do Pleno, não é prática que vai ao encontro do comprometimento comunicativo que se deve ter com temas de salutar importância. Veja-se que, no entanto, tal argumento foi utilizado pelo Ministro Carlos Alberto de Menezes Direito, a se referir que o pronunciamento seria decorrente de decisão plenária, fato que legitimaria a sumulação.

Porém, como visto, a legitimação do enunciado não decorre da autoridade daqueles que a editam (sobretudo por não se restringir a interpretação da Constituição a uma casta), senão do comprometimento e efetivo empenho do debate enquanto meio de se atingir a convergência procedimental das razões que serviram de base para a colocação em jogo e discussão de inúmeros argumentos pró e contra a formação de uma decisão sensível à sociedade, que irá, sobretudo no caso de se ter um efeito vinculativo, a força de influenciar demais demandas e inibir, inclusive, suas aparições, de modo que a heterodoxia de sua formação pode significar, ao final e ao cabo, uma crise de legitimidade dos enunciados correspondentes.

Desta feita, denota-se que o julgamento perpetrado pelo Supremo Tribunal Federal esteve mais comprometido com a possibilidade de multiplicidade de processos (o que não é de todo criticável, diante, inclusive, do escopo racionalizador da súmula), sem se apegar ao critério de reiteradas decisões como instrumento realmente densificador da prática discursiva que deve necessariamente preceder a instituição de decisões sensíveis à sociedade, seja qual for sua natureza e destinação.

CONCLUSÃO

Diante da vivência de um cenário de agigantamento de demandas e da insuficiência da estrutura judiciária brasileira em dar vazão a elas, circunstância que naturalmente ocasiona insatisfação social, não são poucos os mecanismos que têm sido instituídos em nosso ordenamento com o fito de minorar o problema. Com efeito, sobretudo na área processual, maximizou-se a atenção para as possibilidades iniciais conciliatórias, instauram-se nossos requisitos de admissão de recursos (repercussão geral), bem assim empenhou-se na padronização dos entendimentos jurisprudenciais como um caminho para se permitir uma uniformidade geradora de maior racionalidade.

Neste quadrante, a sumulação tem ganhado força, sobretudo nos Tribunais Superiores, cuja função primordial tem sido desvirtuada com a soma de processos que cada dia mais abarrotam os gabinetes. A súmula de caráter vinculante veio embutida deste propósito, tornando-se virtuoso instrumento de racionalização, permitindo, de uma só vez, a conquista de uniformidade dos julgados, celeridade processual e segurança jurídica.

No entanto, sua vivência tem sido alvo de constantes ataques, mormente por se considerar ser ela inibidora da prática discursiva e engessadora do livre convencimento do magistrado, que estaria restrito à sua determinação. Mais que uma orientação, a súmula vinculante traria uma verdadeira vertente normativa, que não poderia ser afastada.

A questão, como se viu, passa pela necessária compreensão, todavia, que a súmula vinculante, diante do atual paradigma do Estado Democrático de Direito, que é reconhecidamente participativo, plural e aberto, exigindo, portanto, que as decisões capitais da sociedade que a ele se subjeta sejam constituídas sobre um

viés ampliativo, no sentido de nele ser incorporadas todas as vozes participantes deste processo, não é avessa a este modelo.

Ao contrário, o próprio texto constitucional lhe preserva esta essência ao preceituar que a edição da súmula está atrelada à necessidade de existirem reiteradas decisões sobre a matéria constitucional a ser sumulada, o que, de fato, implica em se dizer que o enunciado só poderá ser o extrato, o resumo de todo um constructo jurisprudencial, garantindo-se, dessa forma, que a dinâmica de argumentos traçados nessas demandas originárias possa ser levada em conta. Deste modo, o debate sobre questões sensíveis ao jurisdicionado e à sociedade não ficaram ao largo da apreciação final do Supremo Tribunal Federal.

É, importante, portanto, que se respeitem os critérios, sobretudo a premissa de reiteração de decisões, na qual está inserta a essência do debate.

Porém, como se apercebeu da análise da formação da súmula vinculante n. 05, tal pressuposto não foi observado com rigor pelos Ministros que compunham o Plenário do Supremo Tribunal Federal à ocasião, eis que diminuiram o respeito a este critério frente à existência de uma súmula do Superior Tribunal de Justiça em sentido diametralmente oposto. Ora, esta simples argumentação não encerra a preocupação com o debate e a representatividade de posicionamentos nele inserido. Ao contrário, a existência de uma súmula em um Tribunal Superior com conteúdo contrário ao qual se pretende ser sumulado demanda, na verdade, um posicionamento mais cauteloso e comprometido com todo o jogo de argumentos utilizados em sua fundamentação.

Certo é que não se respeita esta prudência quando se atesta uma súmula vinculante, diante desta peculiaridade, sem que, no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, existam reiteradas decisões sobre a matéria constitucional. Longe de se pretender impor um número mínimo de julgados, deve-se sentir a

suficiência do debate, como não poucas vezes ressaltado pelo Ministro Marco Aurélio ao dizer que não lhe parecia existir julgados a respeito da temática.

Logo, o que se viu foi a criação de um argumento de exceção, ou mesmo de autoridade, no qual o resultado seguiu o caminho da preocupação isolado com a multiplicação de processos que poderia haver com a manutenção da súmula do Superior Tribunal de Justiça, desdenhando-se do critério constitucional de reiteradas decisões, cuja essência, pela proximidade que tem dos elementos do Estado Democrático de Direito, não pode ser afastada diante de consideradas excepcionalidades. Aí, ao contrário, esta forçada padronização vinculativa arraiga um sentimento de ausência de legitimação da decisão, bem assim de insegurança jurídica.

A legitimidade da súmula vinculante só pode ser alcançada mediante o critério discursivo, sob pena de carregar a pecha de instrumento de imposição de entendimentos e impedimento de novas interpretações sobre os textos jurídicos e sobre o caso concreto, fato que, como se sabe, não por ser aceito diante do entendimento de ser o direito simples linguagem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. *Entre o passado e o futuro*. Tradução de Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva: 2005.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Notícias. *STJ edita recorde de súmulas no ano de 2009*. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=95162>.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfllet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 2002.

CARVALHO NETTO, Melenick de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Coord. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CORTÊS, Osmar Mendes. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução ao direito: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martins Claret, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

GALVÃO DE SOUSA, J. P. *A historicidade do direito e a elaboração legislativa*. São Paulo: Franciscana, 2001.

GUIMARÃES, Pollyanna Silva. Análise constitucional do instituto da súmula vinculante. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, n. 61, out./dez.2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: SAFE, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipola. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 2.

_____. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

KUNS, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Duas hipóteses para súmula vinculante. *ADV - Advocacia dinâmica* - informativo. Rio de Janeiro, v.28, n.44, out. 2008.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Racionalização judicial. *Revista LTr*. Legislação do Trabalho. São Paulo, v.73, n.2, fev. 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo código civil. Coord. Fredie Didier Júnior e Rodrigo Reis Mazzei. *Reflexos do novo código civil no direito processual*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1988.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Operando com súmulas e precedentes vinculantes*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil. livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1979.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Renovar.

NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Orgs.). São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Do consenso ao dissenso: o Estado democrático de direito a partir e além de Habermas. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001a.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. *Legitimidade e interpretação nas súmulas jurisprudenciais: um estudo a partir da súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho*. Unb: Brasília, 2006.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular: comentários às súmulas do supremo tribunal federal e do superior tribunal de justiça*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet... [et. al]. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. *Súmula vinculante*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas. In: *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. Coord. Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.