

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-068-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O livro Teoria Constitucional, resultado do esforço de jovens e veteranos constitucionalistas brasileiros, reúne pesquisas relevantes sobre as novas perspectivas da teoria constitucional. Muito embora o constitucionalismo encontre os seus fundamentos nos séculos XVIII, XIX e nas primeiras décadas do século XX, tem passado por inúmeras e consideráveis transformações no século XXI por conta do novo lugar que tem sido reservado à constituição em um mundo globalizado.

Se nos séculos anteriores os elementos que deram vazão à ideia de constituição estavam assentados na necessidade de criar instrumentos para limitar o exercício do poder no âmbito dos estados nacionais, como forma de garantir as condições para que os cidadãos pudessem usufruir dos direitos fundamentais, os quais passaram a se constituir em anteparo diante dos abusos do poder estatal, no século XXI a questão que se coloca é como estender essas conquistas para espaços que ultrapassem as fronteiras dos estados nacionais, como mecanismo adequado para evitar que as forças sem controle de âmbito transnacional ou multinacional oprimam os indivíduos, por meio da inviabilização dos seus direitos fundamentais, porquanto operando em um universo não sujeito a regras ou a regras pouco efetivas.

A superação desse quadro exige uma reflexão profunda das ideias matriciais da teoria constitucional como fundamento para análise e reanálise de categorias as quais devem ser moldadas para oferecer condições de reflexão para busca de alternativas e estratégias para manter o poder ainda sem controle do mundo globalizado dentro de certos limites, os quais devem se relevar como fronteiras para a garantia dos direitos elementares da pessoa humana.

Os trabalhos intitulados A(sobre)posição dos influxos da política sobre o direito e a (simbólica) concretização constitucional: o rompimento do acoplamento estrutural e o surgimento de um acoplamento artificial; A busca pela efetivação da justiça: breve análise metodológica da intervenção em situações de conflitos entre princípios constitucionais; A constituição de 1988 e sua fórmula política: notas sobre a legitimidade do poder estatal a partir da realização da fórmula política; A nova ordem constitucional e a situação jurídica dos empregados públicos não efetivos: análise jurídica da regularidade dos contratos de trabalho celebrados e seus reflexos jurídicos; A possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade sobre súmulas (não vinculantes) editadas pelos Tribunais Superiores; A

reclamação 4335/AC e seus reflexos para o direito brasileiro: novas perspectivas para a jurisdição e hermenêutica constitucional no Brasil; A redemocratização brasileira por meio da constituição brasileira de 1988: um paradoxo?; A interpretação das normas constitucionais de Häberle como alternativa ao positivismo jurisprudencial: análise do caso brasileiro; Acerca do poder constituinte decorrente: aplicação do princípio da simetria no processo legislativo; As questões institucionais e a estabilidade institucional; Constituição e racionalidade jurídica no contexto do neoconstitucionalismo; Matizes construtivas da supranacionalidade frente aos princípios e normas constitucionais; O controle de constitucionalidade das leis entre Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella; O controle de constitucionalidade das leis e a crítica de Jeremy Waldron; O diálogo institucional entre cortes constitucionais: a jurisdição constitucional justificada pelos diálogos transnacionais; O direito fundamental de liberdade no Brasil: limites e possibilidades frente à horizontalidade dos direitos fundamentais; O novo constitucionalismo pluralista latino-americano e o estado plurinacional da Bolívia; O perfil constitucional da saúde: reflexões teóricas se comparada acerca do reconhecimento do direito à saúde nas constituições brasileira e italiana; O poder executivo como intérprete imediato da Constituição: ensaio sobre os diálogos constitucionais travados a partir de políticas públicas; O positivismo jurisprudencial brasileiro: a judicialização da terra indígena Raposa Serra do Sol; O Welfare State na América Latina. A (in)efetividade das promessas da modernidade; O neoconstitucionalismo e o ser da constituição brasileira: entre simbolismo e substância normativa; Precedentes à brasileira: uma adaptação peculiar da Common Law; Reflexões para uma teoria da constituição adequada à proteção das pessoas portadoras de sofrimento mental, Pluralismo jurídico e plurinacionalidade na América Latina: lutas, limites e conquistas; Teoria da inconstitucionalidade por arrastamento na jurisprudência do STF e Uma (des) leitura da PEC 33/11: seria uma resposta (adequada) ao ativismo judicial? contribuem sobremaneira para esse debate, além de lançar luzes sobre peculiaridades do constitucionalismo brasileiro e de novos aspectos do constitucionalismo latino-americano.

**A POSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE SOBRE SÚMULAS (NÃO VINCULANTES) EDITADAS
PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

**THE POSSIBILITY OF THE IMPACT OF JUDICIAL REVIEW ON OVERVIEWS
(NON-BINDING) ISSUED BY THE SUPERIOR COURTS**

Adalberto Pinto De Barros Neto

Resumo

O controle de constitucionalidade no âmbito da Corte suprema brasileira tem se tornado, na atual torrente do ativismo judicial pela qual perpassa o ambiente jurídico- processual do país, um dos mais importantes instrumentos de implementação dos anseios democráticos nacionais. O aludido instituto emaranha-se em uma gama de teorias e construções jurídicas engendradas ao longo do desenvolvimento da ciência, motivo pelo qual a comunidade acadêmica tem se debruçado de modo mais minudente sobre o assunto. É de sabença geral que o controle constitucional não recai sobre todo e qualquer aparato legal, possui exceções, entre elas, as súmulas, porquanto não possuem caráter normativo. O presente trabalho perquiri acerca da idoneidade científica do argumento que sufraga a não incidência do controle de constitucionalidade (de competência do Supremo Tribunal Federal) sobre súmulas editadas por tribunais superiores, quando se sabe que a Corte Maior municiou-se de uma miríade de teses jurídicas e exercícios hermenêuticos para fazer estender o indigitado controle a atos jurídico antes não cingidos.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. súmulas não vinculantes. normatividade.

Abstract/Resumen/Résumé

The judicial review within the Brazilian Supreme Court has become, in the current torrent of judicial activism in which pervades the procedural-legal environment in the country, one of the most important implementation instruments of national democratic aspirations. The institute alluded gets entangled in a range of theories and legal arrangements engendered throughout the development of science, which is why the academic community has been addressing more minudente way about it. It is generally Sabença the constitutional control is not on any legal apparatus, has exceptions, among them the summaries, because there have normative character. This work perquiri about the scientific integrity of the argument that the suffrages no implication of judicial review (of competence of the Supreme Court) on overviews edited by higher courts, it is known that the Court Greater municiou is a myriad of legal arguments and hermeneutic exercises to extend the control designate the legal acts before not girded.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial review. precedents not binding. normativity.

1 Introdução

Cumpra a este autor, de antemão, sublinhar que o presente trabalho não irá abeberar-se no estudo das atuais nuances que tangem o controle de constitucionalidade no Brasil. O tema ora proposto tem por substrato uma abordagem assaz filosófica, distanciando-se, de certo modo, da tecnicidade que cinge o tema.

O esteio principal do controle de constitucional é a vetusta e cediça noção da supremacia constitucional. O itinerário histórico pelo qual singrou o ordenamento norte americano sufraga o que foi por último afirmado, quando rememorado o célebre caso

Marbury X Madison, julgado pela Suprema Corte em 1803. Neste singular julgamento, cujo detalhamento não se justifica neste artigo engendrar, fora confirmada a elevação da norma constitucional aos píncaros do ordenamento jurídico americano, marcado, desde então, pela ampla normatividade constitucional e pela judicialização das questões constitucionais. O berço da supremacia constitucional encontrou lugar também na Constituição austríaca, com sistematização confeccionada sob os auspícios da *Grundnorm*, fruto das percucientes e imortais lições kelsenianas. Esse apertado escorço histórico só denota que o controle de constitucionalidade, por ser uma das formas de instrumentalização da supremacia constitucional, seja no seu rebento ou nos páramos de seu desenvolvimento, carrega o dever de assegurar que quaisquer espécies normativas não ultrapassem os diques levantados pela norma fundamental.

Para Maria Helena Diniz (1989, p. 13), uma das funções que incumbe à supremacia constitucional é “manter a estabilidade social, bem como a imutabilidade relativa a seus preceitos, daí haver uma entidade encarregada da ‘guarda da constituição’, para preservar sua essência e seus princípios jurídicos.”

A ligação entre supremacia constitucional e controle de constitucionalidade é frugalmente granjeada por Slaibi Filho (1995, p. 56), entendendo que daquela decorrem os seguintes princípios:

O princípio da unidade, em que as normas inferiores deve-se adequar às normas superiores a Constituição:

- 1 O princípio da constitucionalidade, isto é, de verificação de compatibilidade das normas infraconstitucionais com as normas superiores;
- 2 O princípio da razoabilidade, segundo o qual as normas infraconstitucionais devem ser instrumentos ou meios adequados (razoáveis), aos fins estabelecidos na Constituição;
- 3 Princípio da rigidez para reforma da Constituição, que não pode ser feita pelo mesmo procedimento de elaboração da norma legislativa comum;
4. Distinção entre poder constituinte e poder constituído, que é a contribuição funcional a determinar quem pode criar os diversos níveis jurídicos;
5. Graduação do ordenamento jurídico em diversos níveis, desde a norma fundamental abstrata até o ato de execução pelo órgão público;
6. Garantia do Estado de Direito, pois os órgãos públicos se encontram limitados por determinações do poder constituinte.

Arregimentando argumentos com o fim de subsidiar o até então perfilado, nada mais salutar do que munir-se do escólio de Luis Roberto Barroso (2010, p. 67), que assim preconiza:

A constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível. Para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como jurisdição constitucional, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição. Parte importante da jurisdição constitucional consiste no controle de constitucionalidade, cuja finalidade é declarar a invalidade e paralisar a eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição.

Ora, sob o prisma alvitrado pelo professor, qualquer “ato jurídico” que venha a combalir o Texto Maior deve ser extirpado do ordenamento jurídico. Contudo, sabe-se que nem todos esses atos são suscetíveis de controle constitucional, tais como norma constitucional originária, respostas do Tribunal Superior Eleitoral, Convenções Coletivas e etc. Todas essas restrições são oriundas da mesma foz, qual seja, a construção jurisprudencial da lavra do Supremo Tribunal Federal, sob os mais diversos e variados argumentos jurídicos.¹

Um dos atos que se subtrai ao cerco do controle de constitucionalidade é o caso da Súmula² editada por Tribunais Superiores. A justificativa em qual se baseia o Tribunal Constitucional, em síntese, é a ausência do caráter normativo dos enunciados sumulares, logo, não há como provocar o processamento do controle constitucional.

Antes de adentrar no objeto fulcral deste trabalho, qual seja, os limites da jurisdição constitucional diante dos limites do controle de constitucionalidade, analisar-se-á, no tópico seguinte, algumas nuances acerca da amplitude do controle constitucional no Brasil relativo aos atos interna corporis do Poder Legislativo, orientando-se, para tanto, pelas proposições jurisprudenciais criadas ao longo dos últimos anos. Justifica-se tomar nota sobre esses atos, pois os fundamentos no quais se libram aqueles que defendem a necessidade/possibilidade do Judiciário de controlá-los decorrem, justamente, do constante expansionismo da jurisdição constitucional, exemplificadamente cite-se o MS/DF 26.915, onde ficou consignada a ingerência do Supremo Tribunal Federal em ato praticado pelo Congresso Nacional sob o fundamento de que, como se tratava de garantia fundamental ao devido processo legislativo do impetrante (no caso, se tratava de Mandado de Segurança impetrado por Deputado

¹ Afinal, na esteira do professor parisiense Michael Villey (1978, p. 127), as teses jurídicas se consolidam, precipuamente, por meio da argumentação, pois direito é senão “objeto de pesquisa teórica por meio de dialética”. Quando o assunto é controle de constitucionalidade, não remanescem exceções ao que é alvitrado por esse autor.

² Não se fará referência, em momento algum, às Súmulas Vinculantes, pois essas, com o advento da Lei nº 11.417/2006, mereceram tratamento específico para sua revisão, cancelamento ou edição. O Supremo

Federal), a despeito da natureza política do ato de coator, a Corte Suprema não poderia proscrever-se de sua função guardiã da Constituição. Portanto, por entender-se imprescindível ao desenvolvimento da tese neste trabalho embrechada, passa-se à análise dos argumentos jurídicos esposados pelo Tribunal Constitucional brasileiro quando na apreciação dos atos internos do Legislativo.

2 Limites do controle de constitucionalidade: atos *interna corporis* do legislativo

É notória a imbricação dos institutos do controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional. Não seria exagero asseverar que se tratam de conceitos interdependentes, tendo em vista que a pedra angular do controle é a própria amplitude da jurisdição constitucional, e essa, por meio do controle, manifesta-se materialmente na prática jurídica cotidiana (ações de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental e etc).

Vital Moreira (1995, p. 80) deixa assentada a importância da existência de uma jurisdição constitucional a fim de manter inconcussa a base democrática de um Estado, quando afirma que aquela tem se tornado um “requisito de legitimação de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos” e deduz que a jurisdição constitucional “passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de Direito Democrático”. Noutra banda, ao contrário do que pensa este autor, Dieter Grim preconiza que a jurisdição constitucional não é pré-condição para a democracia. A discussão acerca da necessidade de uma jurisdição constitucional é de natureza pragmática e não principiológica. (2006, p. 11). Em verdade, com o devido respeito a toda conspícua comunidade jurídica que se debruça sobre o tema, qualquer correlação feita entre jurisdição constitucional e democracia é decorrente da exegese kelseniana. O autor austríaco Kelsen (2003, p. 121) já prelecionava:

Ao lado dessa significação geral comum a todas as Constituições, a jurisdição constitucional também adquire uma importância especial, que varia de acordo com os traços característicos da Constituição considerada. Essa importância é de primeira ordem para a República democrática, com relação à qual as instituições de controle são condição de existência. Contra os diversos ataques, em parte justificados, atualmente dirigidos contra ela, essa forma de Estado não pode se defender melhor do que organizando todas as garantias possíveis da regularidade das funções estatais. Quanto mais elas se democratizam, mais o controle deve ser reforçado. A jurisdição constitucional também deve ser apreciada desse ponto de vista. Garantindo a

Tribunal, inclusive, prolatou a Resolução nº 388 que pormenoriza toda a sistemática estabelecida pela referida lei.

elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria.

Essas primeiras alterações acerca da jurisdição constitucional não é despicienda, pois foram justamente essas mesmas dissensões que fizeram com que o Supremo Tribunal Federal revesse seu posicionamento referente ao controle dos atos internos do Congresso Nacional. Havia, até certo momento da história constitucional, uma posição um tanto recalcitrante da Corte Suprema quanto a possibilidade de se controlar os ditos atos *interna corporis* do Legislativo, sob o fundamento de que não caberia ao Judiciário imiscuir-se em questões de cunho político de outros Poderes. Um cediço exemplo histórico fora o caso alvitado no HC nº 300, processado no Supremo Tribunal Federal. O referido julgado teve como um dos causídicos nada menos do que o constitucionalista Rui Barbosa, que protagonizou uma das defesas mais eloquentes já professadas na tribuna daquela Corte. Rui Barbosa propugnou pela intervenção daquela corte no caso concreto sob o fundamento de que, ainda que se tratasse de questões políticas, havia o envolvimento de direitos individuais que ensejavam apreciação judicial. O Supremo Tribunal Federal indeferiu o habeas corpus, por entender que não caberia ao Tribunal envolver-se em questões políticas do Poder Executivo ou Legislativo (RODRIGUES, 1898, p. 20). Tal posicionamento não poderia sustentar-se frente à torrente do ativismo judicial que hoje se apresenta no quadro do cotidiano jurídico nacional. Assim, alternando momentos de maior e menor ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição.

Na ADIN 3833/DF a Ministra Carmen Lúcia deixou assinalado, ao que parece, o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que toca ao controle constitucional dos atos internos do Congresso:

[...] uma questão pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política, fora dos domínios da justiça, e, contudo, em revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo ou legislativo, contra o qual se demande, fira a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado. (...) Noutras palavras: a violação de garantias constitucionais, perpetrada à sombra de funções políticas, não é imune à ação dos tribunais. A estes compete sempre verificar se a atribuição política, invocada pelo excepcionante, abrange nos seus limites a faculdade exercida. Em substância, exercendo atribuições políticas e tomando resoluções políticas, move-se o poder legislativo num vasto domínio, que tem como limites um círculo de extenso diâmetro, que é a Constituição Federal. Enquanto não transpõe essa periferia, o Congresso elabora medidas e normas que escapam à competência do Poder Judiciário.

Desde que ultrapasse a circunferência, os seus atos estão sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, que, declarando-os inaplicáveis por ofensivos a direitos, lhes tira toda a eficácia jurídica" (LESSA, 1915, p. 54) (ADIN3385/DF).

Ana Maria D' Ávila Lopes, em magnânimo trabalho conjunto com José Antônio Tirado (2006, p.42),, também destinaram algumas de suas argutas linhas ao estudo dos casos de controle jurisdicional realizado pelo Tribunal Constitucional espanhol sobre os atos internos do Legislativo. Os autores concluem que:

[...] para o Tribunal Constitucional espanhol o caráter interno de um ato parlamentar não é determinante para excluir sua competência. O decisivo não é o âmbito da aplicação do ato questionado (ou seja, se se trata de um ato com efeitos unicamente internos ou, pelo contrário, com relevância para terceiros), mas a possibilidade da incidência ilegítima desses atos sobre direitos fundamentais, parâmetro de validade e legitimidade de toda atuação no Estado de Direito.

Em suma, a “imunidade” do ato político cede espaço ao controle jurisdicional à medida que se fazem presentes questões que envolvam direitos fundamentais. Jungindo-se as orientações jurisprudenciais do Pretório Excelso com as contribuições doutrinárias esposadas neste trabalho, permite-se fazer a seguinte ilação: o controle constitucional dos atos *interna corporis* parametrizar-se-á pela existência ou não de direitos fundamentais envolvidos. Contudo, pergunta-se: esse critério pode ser estendido a outros atos jurídico que, em tese, estão escoimados do controle constitucional, como por exemplo, as súmulas? Diante da opulência de todos esses argumentos favoráveis a uma jurisdição constitucional mais ampla e atuante, a simples ausência de força normativa dos enunciados sumulares, seria o suficiente para esses atos subtraírem-se ao controle de constitucionalidade? São indagações que merecem ser objeto de uma acurada abordagem, o que se tentará fazer no tópico seguinte, conquanto não logrem obter uma resposta simples e objetiva.

3 Problematização do tema proposto face aos limites da jurisdição constitucional

O motivo que enseja a não incidência do controle de constitucionalidade sobre os enunciados sumulares é a sua ausência de normatividade. Mas e se estiverem “em jogo” questões afetas aos direitos fundamentais, estes cedem espaço ao motivo da ausência de normatividade das súmulas para efeitos de controle constitucional? Qual o sentido atribuído, então, ao termo “normatizar”? O tema merece ser, no mínimo, repensado.

No atual panorama jurídico, crê-se não muito cordato asseverar, de modo absoluto, que os enunciados sumulares são despidos de força normativa. À guisa de exemplo, cite-se o artigo 557 do Código de Processo Civil, cujas prescrições autorizam o Relator inadmitir, ou seja, não conhecer de plano o recurso interposto caso a matéria ventilada venha a contrariar súmula do Tribunal ou dos Tribunais Superiores. Percebe-se que há um acentuado desvalor das decisões que venham a contrariar o que já está sumulado.

São inúmeros os julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que limitam-se a anunciar que determinada matéria combali alguma súmula de sua lavra.

Há quem entenda, como Fernando Dias Menezes de Almeida (2006, p. 230), que as súmulas detêm de dois aspectos:

[...] a) em essência, é um enunciado propositivo- descritivo, expressando o fato de o tribunal haver consolidado entendimento jurisprudencial sobre determinado assunto; b) circunstancialmente, pode ter um sentido normativo geral, dirigido aos aplicadores do direito encarregados da produção das normas jurídicas.

Impende repetir a indagação feita no parágrafo que entabula este tópico: qual o significado atribuído à expressão “normatizar”, ou melhor, “efeitos normativos”? Miguel Reale, em uma de suas obras mais despretensiosas, porém de contribuição inefável à comunidade jurídica, intitulada *Lições Preliminares do Direito*, já elencava como uma das características da norma de direito a sua heteronomia, ou seja, a capacidade da norma ser posta por terceiros “aquilo que juridicamente somos obrigados a cumprir” (REALE, 2000, 49), configurando o Direito “como uma ordenação heterônoma e coercível da conduta humana” (REALE, 2000, 49). Kelsen, em uma de suas abordagens sobre as normas jurídica, perfaz a seguinte consideração:

[...] normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência. Em todo caso, não são – como por vezes identificando direito com ciência Jurídica, se afirma – instruções (ensinamentos). O direito prescreve, permite, confere poder ou competência não 'ensina' nada. (KELSEN, 1962, p. 137)

Sob os delineamentos realianos, tem-se, então, que normatizar é, em princípio, impor, determinar algo com efeitos mandamentais. Por mais desatenciosa que seja a leitura dos julgados de nossas Cortes Superiores, se notará que muitas dessas decisões limitam-se em declarar que a matéria jurídica ventilada na ação está em consonância ou

adversa a algum enunciado sumular e, desse modo, simplesmente deferem ou não o que está sendo pleiteado pela parte atuante em determinado processo.

Seria um ignomínia jurídica, um erro crasso, considerar que um enunciado sumular tem a força de impor ou proibir condutas, como o tem uma norma jurídica propriamente dita. Todavia, denota-se, nos acórdãos proferidos pelos Tribunais Superiores, uma sintomática pujança que reveste os verbetes sumulares, ficando cada vez mais alcantilada a tarefa de se distinguir “uniformização” da “normatização” de posicionamento.

Sublinhe-se que as súmulas editadas, tanto pelo Supremo Tribunal quanto pelo Superior Tribunal de Justiça, possuem o condão de vincular as decisões proferidas pelos tribunais de todas as unidades da Federação, o que já corrobora com o argumento de que os verbetes não possuem caráter meramente orientacional ou servem apenas como um padrão genérico que informará a decisão a ser prolatada. Diante desse quadro, é no mínimo temerário, dizer que a função da súmula se esgota na simples demonstração da corrente posição sedimentada da Corte acerca de um determinado assunto.

Sobre esse caráter “vinculante” dos verbetes, Fernando de Menezes (2006, p. 230) em trabalho cuja abordagem debruçou-se detidamente sobre a natureza jurídica das súmulas, entende que:

[...] a Súmula também possui, circunstancialmente, um sentido normativo, porém, não ligado à prescrição material de condutas às pessoas em geral, e sim à prescrição de condutas aos demais aplicadores (e, portanto, produtores) do direito. É um sentido normativo - e geral, pois dirigido indistintamente aos aplicadores do direito - apenas voltado ao processo de produção das normas jurídicas individuais.

Caio Guterres (2011, p. 130) convencendo-se do descrédito e do “vazio jurídico” que remanescerá nas decisões que, porventura, refratarem da direção apontada pela matéria sumulada, deduz que fica desmistificado a premissa “de que os precedentes apenas possuem teor interpretativos e declaratório das disposições constitucionais: representam, sim, fontes normativas diversas da Constituição.”

A digressão acerca da existência de normatividade contida nas súmulas não desaguará em foz unívoca. Contudo, mais importante do que se perquirir acerca do caráter normativo das súmulas, é questionar sobre o substrato material que as cimenta, pois, caso haja direito fundamental envolvido, requer-se uma análise mais cuidadosa.

E importante pinçar alguns exemplos existentes no ordenamento jurídico nacional para justapor a questão nos seus devidos termos. A súmula 363 do Tribunal Superior do Trabalho determina o seguinte:

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Em resumo, o Tribunal do Trabalho entende que mesmo que um trabalhador labore por décadas a fio em um dos órgãos da Administração Pública, exercendo funções típicas de um agente público, sem prévia aprovação em concurso, terá direito a apenas algumas comecinhas verbas laborais. Insta salientar que essas contratações são perpetradas pelo próprio Poder Público competente ao arrepio da lei e da Constituição, porém os efeitos deletérios dessa conduta administrativa são suportados apenas pelo administrado contratado, perfazendo uma transgressão escancarada à dignidade humana, instituto que mereceu previsão específica no artigo 1º da Constituição Federal. Não se faz necessário aprofundar-se nos aspectos específicos da referida súmula, sob pena de se distanciar por demais das questões que integram o cerne do tema ora trabalhado. O importante é notar e deixar assentado que, inobstante consistir em um vilipêndio aos direitos fundamentais, a súmula continua sendo aplicada, e mais, vem servindo de suporte hábil a librar decisões de outros tribunais trabalhistas, como se fosse um ato de maior autoridade e que não admite entendimento contrário, criando uma espécie de “regra comportamental” aplicável aos órgãos jurisdicionados.

A discussão é, doravante, muito mais profunda. Não se trata de perquirir acerca da normatividade da súmula (aspecto objetivo), mas sobretudo o que se está sendo decidido no bojo do verbete (aspecto material). Utilizando-se mais uma vez do escólio de Vital Moreira, em obra já alhures comentada, este autor comenta:

[...] afigura-se que não devem continuar livres do controle de constitucionalidade os actos do Estado, qualquer que seja sua natureza, normativa ou não, desde que afetem quaisquer dos interesses ou posições constitucionalmente garantidas [...].

O Superior Tribunal de Justiça editou a súmula de número 269, cujo teor determina que o magistrado, no momento da dosimetria na segunda fase, não poderá aplicar uma atenuante de modo a reduzir a pena abaixo do mínimo legal. Não se vergastará o mérito do enunciado, este não é o desiderato do presente trabalho. Também não se ira aqui propugnar pelo seu cancelamento, sob o argumento de que atenta contra

algum direito fundamental. Contudo, é irrefragável a afirmação de que a súmula envolve questões de direito fundamental (*status libertatis* e outros tantos conexos). Se porventura, em um dado momento, os Tribunais competentes convolarem sua opinião e entenderem que a súmula fere, sob algum aspecto, um direito individual? Algumas vozes poderão apregoar que bastará o simples cancelamento da súmula inconstitucional, nos moldes do que ocorreu com o verbete nº 394 do Supremo Tribunal Federal, cuja redação perdeu total aplicabilidade. Todavia, indaga-se: não seria por demais temerário deixar a um procedimento tão simplório a análise de atos jurídicos que possuem como objeto principal questões afetas aos direitos fundamentais? No momento em que o poder constituinte previu um extenso e complexo procedimento destinado a apurar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, não estaria conferindo um especial esmero quando a matéria envolvida fosse de cunho intrinsecamente constitucional?

Entende-se que há uma subversão na ordem dos fatores. A análise do caráter normativo ou não do ato jurídico inquinado -aspecto objetivo-, entende-se que deva ser um momento posterior à aferição se há, ou não, algum direito fundamental envolvido -aspecto material. O controle de constitucionalidade não é a única via formal apta a manter hígida a Lei Fundamental, mas o simples procedimento da revisão ou cancelamento de súmula não pode servir, de modo escamoteado e imperfeito, como sucedâneo de qualquer tipo de ação constitucional.

O singular procedimento destinado às ações que buscam aferir a compatibilidade do ato jurídico com a Constituição permite um amplo debate com diversos órgãos da comunidade jurídica e, principalmente, garante a participação de diversos setores da sociedade (por meio da figura do *amicus curiae*, por exemplo). O que, em verdade, se advoga, é a tese de não somente possibilitar a interação de múltiplos órgãos (Ministério Público, Advocacia Geral da União, instituições sociais etc.) na discussão das súmulas que envolvam matéria de direitos fundamentais por meio do controle de constitucionalidade, mas, de fato, discuti-las em outro jaez profundidade e, para tanto, o referido controle mostra-se meio mais hábil e seguro.

4 Conclusão

De fato, parece muito agressivo defender a incidência do controle de constitucionalidade sobre súmulas, mesmo porque, até o presente momento, o Supremo

Tribunal Federal há muito tempo posiciona-se pela impossibilidade desse controle. Os argumentos que defendem a não incidência do controle judicial relativo às súmulas tem muito mais adesão por parte da comunidade jurídica pátria. Mas, são só argumentos. E, por serem somente argumentos, não se excepciona ao que já tinha postulado Chaim Perelman em seu Tratado da Argumentação:

A edição de súmulas, em especial pelo Supremo Tribunal, assim como seus precedentes, são uma das formas por meio das quais essa Corte exerce sua nobilitada função guardiã da Constituição, outrossim, pode-se facilmente concluir que são reais manifestações do “monopólio da última palavra em exegese magna”, daí decorre sua prevalência diante do posicionamento de outros Tribunais. O teor do que é consignado pela Corte Suprema em cada um de seus verbetes traduz-se em uma proposição marcada pelo signo da hermenêutica constitucional e, por ser imbuída de preceitos constitucionais, possui força e função normativas, não podendo delas ser despojada, em nenhuma hipótese.

Atente-se, por fim, à questão do que é decidido no corpo do enunciado sumular, ao aspecto material. Obtemperou-se, neste trabalho, que o envolvimento de matéria atinente aos direitos fundamentais concita o exercício do controle constitucional sobre quaisquer atos jurídicos, seja lá qual for sua natureza. Há súmulas que repercutem diretamente em direitos individuais e estarão fora do alcance do controle de constitucionalidade em virtude de impasses argumentativos, com a devida *vênia*, questionáveis. Konrad Hesse (1984 apud, MOREIRA; VITAL, 1995) cujas lições não poderiam deixar de serem referidas e reverenciadas nesta obra, exalçando a atuação da Corte Suprema alemã em causas que resvassem em direitos fundamentais, já assinalava desde 1984:

Pois a mais importante função confiada ao TC- velar pela observância da Constituição, especialmente a proteção dos direitos fundamentais- pode exigir justamente o contrário da contenção, ou seja, uma decidida intervenção do Tribunal, mesmo com o risco de conflito com outra autoridade.

O mestre alemão refere-se, no contexto da citação retromencionada, a não autolimitação da Corte Maior na apreciação dos atos jurídicos de outros poderes componentes do Estado, o que em nada interfere na argumentação até então tecida. Ora, se o Tribunal Constitucional não deve ruborizar-se diante de atos de outras autoridades, quando estes afetem algum direito fundamental, quiçá de atos que emanem de sua própria autoria ou de outros órgãos integrantes do Poder Judiciário. Vale aqui a velha

máxima: quem pode o mais, pode o menos. De certo, as súmulas não podem ser objeto de controle de constitucionalidade e permanecerão por um longo período sem poder. Tudo dependerá do tempo, de exsurgir novas opiniões e posicionamentos sobre o tema. Não se pode olvidar que todos os pespegos impostos ao controle de constitucionalidade comprime a jurisdição constitucional, lhe fossiliza- o que é periclitante em um Estado Democrático de Direito-, e quando se tratar de transgressão a direitos fundamentais, com a absoluta certeza, não será o argumento de ausência de normatividade que obstaculizará a atuação do Supremo Tribunal Federal, e, oxalá, que não se assome outro.

The possibility of the impact of judicial precedents on (non-binding) issued by the Superior Courts

The control of constitutionality under the Brazilian Supreme Court has become, in the current torrent of judicial activism by which pervades the legal and procedural environment of the country, one of the most important instruments for implementing the national democratic aspirations. The institute alluded entangled in a range of theories and legal constructs engendered throughout the development of science, which is why the academic community has been addressing more minudente way about it. It is generally sabença the constitutional control is not imposed on any and all legal apparatus, has exceptions, among them the summaries, because there have normative character. This work perquiri about the scientific integrity of the argument that the non sufraga incidence of judicial review (jurisdiction of the Supreme Court) on dockets issued by superior courts when we know that the Highest Court municiou is a myriad of legal arguments and hermeneutic exercises to extend the control previously not-designate girded legal acts.

Keyword: Judicial Review. Not binding precedentes. Normativity.

Referências

ALMEIDA. Súmula do Supremo Tribunal Federal: natureza e interpretação. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v. 14, n. 57, out./dez. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRIM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n. 4, p. 3-22, out./dez. 2006.

GUTTERERES, Caio Márcio. Normatividade e compreensão determinativa dos precedentes do Supremo Tribunal Federal. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, p. 119-145, ago. 2011.

HESSE, KONRAD. *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*. Ausgewahlte Schriften: Heidelberg, 1984.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional: introdução e revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14790866/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3385-df-stf>>. Acesso em: 17 fev. 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1962. v. 1.

LOPES, Ana Maria D'ávila; TIRADO, José Antônio. Controle Jurisdicional dos interna corporia acta no Direito espanhol. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Paraná, n. 44, p. 29-42, jan./jun. 2006.

MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*. Colóquio do 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra, 1995.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Atlas, 2011.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

VILLEY, Michael. *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*. Buenos Aires: Gherzi, 1978.