



**Universidade de Brasília**  
**Faculdade de Direito**  
**Programa de Pós-Graduação**  
**Mestrado em Direito, Estado e Constituição**

**Ricardo Antonio Rezende de Jesus**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS**  
**DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO BRASIL:**  
**Necessidade, possibilidade e crítica à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

**Brasília**  
**2012**

**Ricardo Antonio Rezende de Jesus**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS  
DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO BRASIL:**

**Necessidade, possibilidade e crítica à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração – Direito, Estado e Constituição, sob orientação do Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins.

**Brasília**

**2012**

**Universidade de Brasília**  
**Faculdade de Direito**  
**Programa de Pós-Graduação**  
**Mestrado em Direito, Estado e Constituição**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS**  
**DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO BRASIL:**  
**Necessidade, possibilidade e crítica à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

**RICARDO ANTONIO REZENDE DE JESUS**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração – Direito, Estado e Constituição, sob orientação do Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_

**Banca Examinadora**

---

**Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins**  
**Faculdade de Direito – UnB (Orientador)**

---

**Prof. Dr. Claudio Pereira de Souza Neto**  
**Faculdade de Direito – UGF (Membro externo)**

---

**Prof<sup>a</sup>.Dr<sup>a</sup>. Cláudia Rosane Roesler**  
**Faculdade de Direito – UnB (Membro)**

---

**Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa**  
**Faculdade de Direito – UnB (Membro)**

## AGRADECIMENTOS

Ao leitor enfadado, sugiro que pule esta parte. Ela, para muitos, poderá ser longa e piegas. Para mim, representa um necessário interlúdio sentimental após uma sobrecarga de racionalidade.

Há uma passagem de *Água Viva*, de Clarice Lispector, em que a autora exclama: “Ah força do que existe, ajudai-me, vós que chamam de o Deus!”. Tal passagem sempre me fez pensar que mesmo o mais racional dos mortais, em algum momento de dor, desespero ou dúvida, apelou para uma força transcendental que lhe pudesse orientar. Ao fim desta etapa, apesar da minha séria desconfiança nesse ser onipresente e onisciente, reconheço que em alguns momentos difíceis da construção desta dissertação, busquei conforto em algo intangível, fora do meu alcance. Seja esse algo Deus, Jeová, Javé, força universal, espiritualidade, agradeço pelo momento de paz que, ao admitir a minha fragilidade, essa súplica me proporcionou.

Minha mãe e meu pai (*in memoriam*), mesmo com as limitações econômicas, da distância, do tempo, das gerações que nos separam, fizeram esforços desmedidos para que eu fosse o que hoje sou. Meu reconhecimento diário disso é o meu modo de agradecê-los.

A vida me ensinou, desde muito cedo, a importância que os amigos teriam no meu desenvolvimento. Através dos amigos, aprendi, penosamente, a ser adulto e, por vezes, voltar a ser criança. Agradeço, de modo sincero, aos amigos de ontem, hoje e sempre, que estão muito bem representados por Márcia Torres, Maíse Feitosa, Luiza Oliveira, Euler Lopes e João Batista Júnior.

Em meados dos anos 1990, fiz parte de um grupo de estudantes universitários que se reuniam todas as quintas-feiras em frente ao mar das praias de São Luís do Maranhão. Éramos o PET/Direito da UFMA, conhecidos como “petianos”. Discutíamos sobre poder, política, violência e até sobre Direito. Mas também conversávamos sobre amor, paixões, amizade, sexo, sobre a vida, enfim! Éramos conduzidos/arrebatados por uma mulher “desviante”: Lígia Cavalcanti. Como disse o Prof. Luis Alberto Warat, no posfácio de uma de suas obras, Lígia tem o dom de mostrar os espinhos onde só se veem flores. Infelizmente, o tempo nos fez perder o contato, mas mesmo que ela nunca vá ler esse trabalho, ou sequer saber dessa referência, quero deixar registrado que muito do que está escrito aqui ainda é resultado das suas provocações. Lígia, muito obrigado por ter ajudado a me constituir em um ser humano melhor!

A Dennis Monteiro de Barros, agradeço o apoio fundamental no início do presente projeto.

Aos meus colegas de trabalho, que o tempo e os ideais comuns transformaram em amigos: Sandra Couto, Paulo Neto e o recém-chegado Ricardo Nascimento. Obrigado por tudo, mas, principalmente, por terem me desincumbido de minhas tarefas na PGE-AM. O agradecimento, evidentemente, se estende também aos funcionários e estagiários da Procuradoria, uma vez que, sem a ajuda deles – Neusa, Nubia, Augusto, João, Iran, Luciana e Simone –, nada naquele lugar funciona.

Aos colegas do PPGD-UNB, que a convivência também transformou em bons amigos: Alex Potiguar, Mariana Cirne, Raphael Peixoto, Milene Santos, meus sinceros agradecimentos pelo convívio e pelas discussões sempre produtivas.

Ao pessoal administrativo da Secretaria do PPGD-UnB, na pessoa de Helena e Lia, que, pelo menos no âmbito da sua atuação, tem o dom de descomplicar a nossa vida.

Aos professores do Programa, que contribuíram para transformar a antiga paixão pelo Direito Constitucional em um grande amor; nomeadamente, Menelick de Carvalho Netto e Juliano Zaiden Benvindo.

Um destaque especial para o Professor Alexandre Bernardino, o nosso ABC. Foram suas palavras de incentivo que não me deixaram esmorecer após duas tentativas frustradas de ingressar no Mestrado. E foram as lembranças de suas aulas instigantes que estimularam uma pergunta a qual, longe de ter uma resposta, ecoa por todo este trabalho: Afinal, o que o Direito é?

*Last but not least*, aos professores Argemiro Martins e Cláudia Roesler. Eles se revezaram como orientadores/co-orientadores da presente dissertação ou apenas ouvintes das minhas angústias. Ouso dizer que as ideias do trio que formamos realmente se complementavam, tornando um processo que poderia ser doloroso, em um grande prazer. Além do agradecimento, um pedido: que a amizade extramuros universitários que construímos possa durar muito tempo.

*Terás gloria!*

*Eu não sei o que queres dizer com 'gloria' – retorquiu Alice.*

*Humpty Dumpty sorriu com superioridade: É claro que não sabes – até que eu diga! Eu quis dizer 'um belo e irrefutável argumento!'*

*Mas 'gloria' não quer dizer "um belo e irrefutável argumento!" – protestou Alice.*

*Quando eu emprego uma palavra – disse Humpty Dumpty num tom desdenhoso – ela significa o que eu quero, nem mais nem menos.*

*A questão é se tu podes pôr palavras e significar coisas tão diferentes, disse Alice.*

*A questão é, disse Humpty Dumpty, quem é o chefe - isto é tudo.*

**Lewis Carroll – Alice no País dos Espelhos**

## RESUMO

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 80, o Supremo Tribunal Federal reafirmou uma antiga jurisprudência de que as súmulas formuladas pelos Tribunais Superiores não podem ser objeto de controle de constitucionalidade por ausência de normatividade. A presente pesquisa parte dessa afirmação para chegar à conclusão contrária. Nesse desiderato, analisa o desenho institucional das súmulas no Direito brasileiro e, com base em aportes da Teoria do Direito e da análise do discurso, demonstra que as súmulas funcionam como normas nas práticas decisórias do Judiciário brasileiro. Expõe que a visão paradigmática que conforma o conhecimento e a prática do Direito na atualidade permitiu enxergar o deslocamento do centro da produção de normas e decisões do Legislativo para o Judiciário. Observa que tal paradigma, o Estado Democrático de Direito, tem como pedra angular o respeito aos direitos fundamentais e, nesse contexto, o controle de constitucionalidade das espécies normativas serve como resguardo dos direitos das minorias. Daí que se torna muito relevante que todas as espécies normativas que concedam ou restrinjam direitos possam ser submetidas ao crivo do controle de constitucionalidade como forma de verificar sua compatibilidade com os princípios constitucionais. Assentadas essas bases, o estudo passa a uma crítica das decisões do Supremo Tribunal Federal relativas ao tema. A análise revela que as decisões acerca do controle de constitucionalidade das súmulas assentam-se em conceitos dissociados dos usos que os Tribunais fazem das mesmas. Enquanto as súmulas são usadas como normas todos os dias pelos diversos operadores jurídicos, o Supremo Tribunal Federal as desqualifica, tratando-as apenas como orientações. Servindo-se da concepção de Direito como integridade de Ronald Dworkin, em diálogo com a teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick, a Dissertação demonstra que a posição da Corte Constitucional não é a correta. Na medida em que se obriga os cidadãos a aceitarem decisões fundamentadas em súmulas, também deve lhes ser permitido opor argumentos que demonstrem a possível violação a direitos fundamentais por parte dessas súmulas. Assim, em contraposição, afirma que é possível encontrar elementos, dentro da própria narrativa jurisprudencial da Corte, que levem a uma solução mais adequada aos princípios do Estado Democrático, qual seja, admita o controle de constitucionalidade das súmulas dos Tribunais Superiores Brasileiros.

**Palavras-chaves:** Súmulas. Normatividade. Discursos jurídicos. Estado Democrático de Direito. Controle de Constitucionalidade.

## ABSTRACT

At trial the Claim of Breach of Fundamental Precept n. 80, the Supreme Court reaffirmed an old case that the summaries made by the High Courts can not be subject to judicial review for lack of normativity. The research part of this statement to reach the opposite conclusion. In this goal, analyzes the institutional design of the Brazilian Law and precedents on the basis of contributions of legal theory and discourse analysis shows that the summaries serve as standards in decision-making practices of the Brazilian Judiciary. Exposes the paradigmatic vision that shapes the knowledge and practice of law today allowed him to see the displacement of the center of production rules and decisions of the legislature to the judiciary. Notes that such a paradigm, the democratic state, is the cornerstone of fundamental rights and in this context, the control of constitutionality of normative species serves as a shield for minority rights. Hence it becomes very important that all species regulations that grant or restrict rights may be subject to the scrutiny of judicial review as a way to verify its compatibility with the constitutional principles. Settled these bases, the study goes on to critique the decisions of the Supreme Court relating to the subject. The analysis shows that decisions about the control of constitutionality of the summaries are based on concepts dissociated from uses that the courts do the same. While the summaries are used as standards every day by many legal practitioners, the Supreme Court to disqualify, treating them only as guidelines. Serving up the conception of law as integrity of Ronald Dworkin, in dialogue with the theory of legal argument by Neil MacCormick, the dissertation shows that the position of the Constitutional Court is not correct. To the extent that it requires citizens to accept decisions based on precedents, they should also be allowed opposing arguments that demonstrate the possible violation of fundamental rights by these precedents. Thus, in contrast, argues that it is possible to find elements within the narrative jurisprudence of the Court, leading to a more appropriate solution to the principles of a democratic state, namely, to admit of judicial review of the dockets of the Superior Courts Brazilians.

**Keywords:** Dockets. Normativity. Legal discourses. Democratic state. Judicial review.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	- Ação Direta de Constitucionalidade
ADIn	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AM	- Amazonas
art.	- Artigo
CE	- Ceará
CF	- Constituição Federal
Cf.	- Conferir
CLT	- Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	- Conselho Nacional de Justiça
CNTI	- Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria
CPC	- Código de Processo Civil
DF	- Distrito Federal
n.º.	- Número
p.	- Página
PMDB	- Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PPGD	- Programa de Pós-Graduação em Direito
Prof.	- Professor
RE	- Recurso Extraordinário
RISTF	- Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RISTJ	- Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
RITST	- Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho
ss.	- Seguintes
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
STM	- Superior Tribunal Militar
TJ	- Tribunal de Justiça
TRT	- Tribunal Regional Eleitoral
TSE	- Tribunal Superior Eleitoral
TST	- Tribunal Superior do Trabalho
UFMA	- Universidade Federal do Maranhão

UnB - Universidade de Brasília

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>1 A DESCRIÇÃO DO CASO: A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....</b>	<b>22</b>
<b>2 RUPTURAS E DESLOCAMENTOS PARADIGMÁTICOS: O PODER JUDICIÁRIO NO CENTRO DA PRODUÇÃO NORMATIVA.....</b>	<b>29</b>
<b>3 DISCUTINDO O SENTIDO E OS USOS DAS SÚMULAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO BRASIL.....</b>	<b>47</b>
<b>4 ANÁLISE DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS.....</b>	<b>73</b>
<b>4.1 Diálogos entre Ronald Dworkin e Neil MacCormick: coerência e integridade como elementos-chave da avaliação da argumentação jurídica.....</b>	<b>73</b>
<b>4.1.1 Considerações introdutórias.....</b>	<b>73</b>
<b>4.1.2 Por que a coerência justifica? .....</b>	<b>76</b>
<b>4.1.3 Integridade, coerência e consistência: diferentes e complementares.....</b>	<b>78</b>
<b>4.2 A postura do Supremo Tribunal Federal em relação ao controle de constitucionalidade das súmulas dos Tribunais Superiores: integridade no Direito? .</b>	<b>88</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>113</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>117</b>
<b>ANEXO.....</b>	<b>129</b>
<b>ANEXO “A” .....</b>	<b>130</b>

## INTRODUÇÃO

Numa época em que se observam no Brasil as chamadas súmulas vinculantes serem tomadas como uma solução para a propalada “crise do Poder Judiciário”<sup>1</sup>, o presente estudo quer, propositadamente, dar um passo atrás. Quer voltar o olhar para outro tipo de súmula que, aparentemente relegada a segundo plano, continua a dar o tom das inúmeras decisões judiciais que são proferidas diariamente: as súmulas que, autorizadas pela Legislação brasileira para serem uma condensação de um entendimento reiterado de um Tribunal<sup>2</sup>, ganharam força graças às diversas alterações legislativas e às práticas dos operadores

---

<sup>1</sup> Em recente entrevista a *Revista Veja*, a Ministra aposentada do STF e ex-Presidente da Corte, Ellen Gracie, fez a seguinte declaração: “Até 1988, o Supremo podia escolher os casos que iria analisar. Isso mantinha o número de processos em um patamar manejável. A Constituição de 1988 tirou essa prerrogativa da Corte. Além disso, por ser muito detalhista, a Carta permite que os advogados sempre encontrem uma raiz constitucional para os seus pleitos. Desde a faculdade, eles são orientados a incluir questões constitucionais em suas petições, de modo que a causa possa mais tarde subir até o Supremo. Tudo isso acarretou uma explosão do número de causas que tramitam na Corte. Em meados da década passada, chegou a haver 150 000 processos distribuídos entre os gabinetes dos ministros. Isso torna inviável o trabalho de uma Corte constitucional. Houve, no entanto, um divisor de águas que nos levou de volta ao bom caminho. Estou falando da Emenda [Constitucional nº] 45 e das leis que a regulamentaram, permitindo o uso da repercussão geral e da súmula vinculante. Depois disso, houve uma clara redução de números. Em 2010, apenas 15 000 processos foram distribuídos. É muito, em comparação com outros países, mas um avanço inegável para nós.” A força da afirmação da Ministra foi diminuída logo no parágrafo seguinte, dado que passou a considerar os problemas que envolvem a aplicação da súmula vinculante: “Sou uma defensora da adoção das súmulas vinculantes há trinta anos. Sou também muito restritiva no uso dessa ferramenta. Não há contradição aí. As súmulas diminuem o número de processos que chegam ao Supremo na exata medida em que aumentam a segurança jurídica. Para que desempenhem esse papel, é fundamental que sejam muito precisas. Se a súmula não é feita com cuidado e enseja uma nova dúvida, ela não cumpre o seu papel de estabelecer uma jurisprudência que permita que processos semelhantes ao analisado sejam julgados com mais rapidez e não cheguem mais às instâncias superiores. Isso às vezes acontece. Há súmulas que os próprios ministros quiseram reescrever já no dia seguinte à publicação. Por isso, o tribunal está certo em não se apressar na edição de súmulas” (NORTHFLEET, 2011, p. 7) (grifo nosso). Dado que são textos carentes de interpretação, é questionável a pretensão de viabilizar a segurança jurídica isoladamente através das precisão/correção textual das súmulas, sejam elas vinculantes ou não. Ao contrário da improvável precisão semântica, a qualidade da argumentação que insere a súmula no caso, parece ser mais relevante para a segurança jurídica dos jurisdicionados. De todo modo, esse será um tema abordado no curso do trabalho.

<sup>2</sup> Essa é uma primeira aproximação conceitual. Um dos objetivos deste trabalho é mostrar que, no contexto brasileiro atual, as súmulas são muito mais que uma orientação sobre o entendimento de cada Tribunal. Igualmente, sejam elas formalmente vinculantes ou “apenas” uniformizadoras de jurisprudência, parece consenso que em nosso Direito as súmulas têm origem histórica nos assentos de Portugal. Esses assentos eram atos do Poder Judiciário que visavam dar uma interpretação autêntica à Lei. Não decidiam casos concretos, mas determinavam o sentido da Lei, quando a seu respeito ocorriam divergências nas sentenças judiciais. Em que pese a importância histórica, optou-se aqui por não elaborar uma digressão sobre o instituto dos assentos, dado que foram utilizados em outro contexto e, ainda, as especificidades da Legislação e da utilização atual das súmulas no Brasil. De todo modo, faz-se importante remeter o leitor para a obra clássica de Castanheira Neves (1983). No Brasil, Lenio Streck (1998) e Jorge Amaury Nunes (2007) desenvolveram pesquisa histórica relevante que merece ser conferida. Sobre a temática da (in)constitucionalidade dos assentos em Portugal, é fundamental a obra de Castanheira Neves (1994).

jurídicos, passando a ser fundamento das decisões judiciais, seja dos juízes de primeira instância seja da mais alta Corte do País. E, muito provavelmente graças a tal força operativa, foram aumentando em quantidade, sendo certo que hoje há cerca de 1500 (um mil e quinhentas) súmulas de Tribunais Superiores dispendo sobre os mais variados assuntos atinentes ao cotidiano da sociedade.

Com efeito, ainda que não se trate das chamadas súmulas vinculantes, desde a Lei nº. 8038/90 e da Lei nº. 9756/98, que alterou o art. 557 do CPC (Código de Processo Civil), as súmulas editadas pelos Tribunais Superiores passaram a ter relevante papel na concretização do direito de acesso ao Judiciário. Segundo tal legislação, “o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula, ou com jurisprudência dominante no respectivo tribunal [...]”<sup>3</sup>. Além disso, determina que “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”<sup>4</sup>. Assim, uma vez que as súmulas podem impedir o acesso aos Tribunais Superiores e mesmo ao Supremo Tribunal Federal (STF), definindo quem tem ou não direito a determinado bem, parece clara a importância da referida Corte, que institucionalmente tem a função de guardião da Constituição, poder examinar diretamente a adequação das súmulas à Carta Magna.

O presente estudo parte do pressuposto que a elaboração e o uso que se faz dessas súmulas na fundamentação da decisão judicial as aproximam das normas em geral. E, assim como qualquer norma, os afetados por tais súmulas deveriam poder formular discursos demonstrando que seu uso implica em violação constitucional. O STF, contudo, apegado a

---

<sup>3</sup> Art. 557 do CPC, com a redação dada pela Lei nº. 9756/98.

<sup>4</sup> § 1.º do Art. 557 do CPC, com a redação dada pela Lei nº. 9756/98.

conceitos desconectados da prática dos operadores jurídicos e a argumentos de nítido caráter decisionista<sup>5</sup> não admite que essas súmulas sejam objeto de controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade no Brasil tem se tornado cada vez mais complexo. Há dois sistemas (controle difuso e controle concentrado) que se sobrepõem, além de uma infinidade de decisões jurisprudenciais que, ao solver problemas de natureza processual, tornaram o sistema confuso e, por vezes, de difícil compreensão. A ideia que moveu a pesquisa aqui apresentada foi a demonstração de que no meio de tal “disciplinamento processual”, não se pode perder de vista o fato de que o processo de controle de constitucionalidade configura-se apenas como um meio para atingir um objetivo maior: o resguardo de direitos fundamentais. Pretendeu-se, pois, desde a elaboração do projeto de pesquisa, escolha da bibliografia e das estratégias de abordagem, deixar claro que conhecer as técnicas de decisão é importante, mas não se mostra suficiente para o estudo do controle de constitucionalidade. A pesquisa quer, assim, resgatar a ideia, primária e relevantíssima, mas por vezes esquecida, do controle de constitucionalidade como a possibilidade de um contradiscurso em face de um discurso que, apesar de majoritário, pode estar ferindo direitos fundamentais daqueles que foram vencidos ou não participaram do processo decisório.

A intenção é, pois, inserir o controle de constitucionalidade dentro de um contexto paradigmático denominado Estado Democrático de Direito.

A noção de paradigma, proveniente dos estudos de Thomas Kuhn sobre a evolução do conhecimento científico, acompanhará todo o desenvolver do trabalho. Segundo esse autor, a ciência não tem um desenvolvimento lento e gradual – ao contrário, se desenvolve através de grandes rupturas. Tais rupturas – que Kuhn denominou de revoluções científicas – rompem

---

<sup>5</sup>A partir da publicação das obras *Teoria da Constituição* e *Teologia Política* de Carl Schmitt, o termo decisionismo passou a estar, no âmbito da teoria constitucional, comumente associado a esse autor. Advertimos o leitor, de saída, que não é pretensão do trabalho fazer uma discussão a partir da obra de Schmitt. Numa abordagem introdutória podemos dizer que o termo, o qual aparecerá muitas vezes na dissertação, é utilizado para qualificar uma ação baseada em um ato de vontade, sustentado no fato de que o prolator do ato é uma autoridade, mas que não expõe as bases de sua fundamentação ou, dito de outro modo, não se preocupa com a sua justificação. No pensamento de Schmitt, o termo torna uma categoria muito mais complexa e base para inferências que ultrapassam os limites deste trabalho. Cf. Macedo Júnior (1997).

exatamente com os paradigmas, ou seja, com “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, 1996, p. 13).

Faz-se importante, particularmente, a apropriação do conceito de paradigma feita por Carvalho Netto (2004), o qual observa dois aspectos do termo. De um lado, como pré-compreensões e visões de mundo articuladas no pano de fundo naturalizado das práticas sociais, tornando possível a linguagem e a comunicação, mas também limitando ou condicionando o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. Além disso, os paradigmas são simplificações modelares da realidade permitindo apresentar recortes seletivos e gerais, os quais estão pressupostos nas visões de mundo tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados. Assim, o paradigma, ao mesmo tempo em que molda o olhar do observador, ajuda-o a solucionar os problemas que se colocam em sua pesquisa.

De fato, pressupõe-se como pano de fundo do estudo aqui proposto o contexto paradigmático do Estado Democrático de Direito, mais precisamente de acordo com a formulação de Habermas, ou seja, “como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito” (HABERMAS, 2003b, p. 181). Por essa ótica, os cidadãos participam da construção do Direito por intermédio da sociedade civil no contexto de uma esfera pública o mais desenvolvida possível<sup>6</sup>. Tal participação não se dá apenas em termos de formação de opinião

---

<sup>6</sup> Os conceitos de sociedade civil e esfera pública são distintos, mas conexos. De acordo com Habermas (2003b, p. 92), “a esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos”. A sociedade civil é apontada como um setor relevante na construção da esfera pública democrática, na medida em que está ancorada no mundo da vida e, portanto, apresenta maior proximidade com os problemas e demandas do cidadão comum e um menor grau de contaminação pela lógica instrumental. A recuperação do conceito de sociedade civil em Habermas, pauta-se no reconhecimento de que, no atual contexto histórico, seu caráter ou núcleo definidor não está mais centrado na esfera econômica e/ou no “sistema de necessidades” como em Marx e Hegel, mas em um conjunto de

pública influenciadora dos órgãos decisórios; vai além, na medida em que as pessoas fazem valer, por meios processuais administrativos, judiciais e legislativos, suas reivindicações ou interesses<sup>7</sup>. De forma conexa, é possível afirmar que nesse paradigma, as instâncias de poder – aquelas criadoras/aplicadoras do Direito – devem assumir que a legitimação de seus atos não é pressuposta, mas requer uma demonstração – junto ao fluxo comunicativo aberto de uma sociedade – das razões que sustentam seus discursos.

Nesse contexto, faz sentido recorrer à teoria da argumentação jurídica como ferramenta para análise dos discursos judiciais; justamente porque, como bem pontua Neil MacCormick (2008), formular uma teoria da argumentação jurídica só é possível em um ambiente em que se insiste na apresentação pelo Governo de base jurídica adequada para qualquer ação, completada pelo direito de todos os indivíduos de questionar as bases jurídicas apresentadas pelo Governo para suas ações. O campo da teoria da argumentação jurídica é o do Estado Democrático de Direito, onde se insiste no direito de defesa de questionar e rebater a causa que lhe é apresentada – tudo por meio do melhor argumento.

---

instituições de caráter não-econômico e não-estatal, que, a exemplo dos movimentos sociais, caracterizam-se por “ancorar as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida” (HABERMAS, 2003b, p. 99). Cf. Souza Neto (2006, p. 126 e ss.).

<sup>7</sup> Cf. Habermas (2003b, p. 293-295). Apesar de se colocar como crítico, uma das melhores reconstruções da noção de Estado Democrático de Direito em Habermas, foi concretizada por Marcelo Neves. Articulando os conceitos fundamentais da teoria de Habermas – sistema e mundo da vida – com o de Estado Democrático de Direito, aquele autor assim se expressa: “[...] no Estado Democrático de Direito, os procedimentos constitucionais possibilitam que os diversos valores, expectativas e interesses conflitantes que se expressam, em primeiro grau, na linguagem cotidiana do mundo da vida ganhem um significado político e jurídico generalizado. É nesse segundo plano, da intermediação procedimental e pretensão de generalização desses valores, interesses e expectativas como normas vigentes ou decisões vinculantes, que emerge a esfera pública pluralista. Ela é arena do dissenso. O pluralismo significa que, em princípio, todos os valores, interesses e expectativas possam apresentar-se livre e igualmente no âmbito dos procedimentos políticos e jurídicos. É claro que as normas jurídicas vigentes e as decisões políticas vinculantes envolvem a seleção sistêmica. Esta, contudo, só se legitima, no Estado Democrático de Direito, na medida em que não se privilegia ou exclui a inserção de valores e interesses de determinados grupos, indivíduos ou organizações nos procedimentos constitucionais” (NEVES, 2008, p. 132-133). Cf. Souza Neto (2006).

Como guia para enfrentamento do problema proposto, adotou-se a Teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin<sup>8</sup>. Esta teoria entende o Direito como uma prática construtiva, de cunho eminentemente interpretativo, que busca sempre a melhor resposta possível para a solução dos casos judiciais, pondo em relevo os ideais de liberdade e igualdade e exigindo que, na busca pela melhor decisão possível, todos os cidadãos sejam tratados com igual respeito e consideração<sup>9</sup>. A teoria destaca, assim como pretende fazer o presente estudo, o papel do intérprete<sup>10</sup> (no caso, o Juiz ou Tribunal) como esfera relevante para assegurar os direitos dos cidadãos.

Dworkin se propõe a fazer uma análise a partir do ponto de vista da pragmática, da interconexão entre os textos (discursos) e seus produtores e/ou destinatários. Parte-se do princípio de que, em uma sociedade desnaturalizada, na qual se reconhece que os processos sociais são construídos historicamente, não se pode mais qualificar textos, determinar conceitos, de maneira metafísica. Ou seja, eles não se bastam, tampouco se pode impor uma “definição essencial” que lhes seja pressuposta. A questão do uso que se faz das palavras não pode ser desconsiderada. Os conceitos são relacionais na medida em que se legitimam em função dos usos e significados que os diferentes partícipes das relações sociais se lhes atribuem e compartilham.

---

<sup>8</sup> A junção de autores como Dworkin e Maccormick pode, a princípio, parecer contraditória visto que ambos mantinham conhecida divergência teórica, exposta nas primeiras obras de Maccormick. No entanto, conforme será exposto nesta dissertação, os últimos escritos de Maccormick revelam uma aproximação com Dworkin, de modo que suas posições se tornaram, em muitos pontos, complementares.

<sup>9</sup> “Para Dworkin, a interpretação do Direito significa ver o Direito como um corpo coerente, integrado e articulado a uma intencionalidade (que não se confunde com a intenção dos legisladores). Para ele, a descrição da normatividade do direito pressupõe e requer a incorporação de uma dimensão interpretativa” (MACEDO JUNIOR, 2010, p. 5). Ou nas palavras do próprio Dworkin: “[...] a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam” (DWORKIN, 2003, p. 63-64).

<sup>10</sup> Esta teoria adota uma visão interna do Direito, aquela do participante, com uma especial ênfase à prática judicial e ao ponto de vista do juiz. Isto ocorre porque Dworkin considera importante o modo como os juízes decidem os casos e destaca que “a estrutura do argumento judicial é tipicamente mais explícita, e o raciocínio judicial exerce uma influência sobre as outras formas de discurso legal que não é totalmente recíproca” (DWORKIN, 2003, p. 19). Cf. Chueiri (1995, p. 102).

Dworkin aproxima ainda a interpretação jurídica da interpretação literária, comparando a construção do sentido das normas com um romance em que cada capítulo tem um autor diferente. No entanto, a acumulação dos capítulos precedentes diminui a margem de escolha do participante, uma vez que a concepção de Direito como “cadeia” remete a uma ideia de coerência e racionalidade narrativa que reintegra o sentido dos episódios anteriores, e ajuda, assim, a construção do texto. Tal necessidade de coerência restringe, mas não paralisa a interpretação jurídica. Uma justificação plausível e ancorada nos princípios reconhecidos pela comunidade poderá romper com as interpretações anteriores de modo a se tornar coerente com esse princípio maior – o da identificação entre as decisões judiciais e os ideais de igualdade e liberdade.

Além disso, a teoria de Dworkin propõe-se a lidar com o Direito de uma perspectiva deontológica – a pressupor a possibilidade e a necessidade de fundamentação racional das decisões em termos de correção normativa – atribuindo ao ordenamento jurídico a dupla tarefa de garantir simultaneamente os requisitos de segurança jurídica (*fairness e due process* – imparcialidade e respeito aos procedimentos e às regras pré-estabelecidas) e de justiça.<sup>11</sup> Insere-se em tal contexto a discussão sobre a única resposta correta que, segundo Dworkin, deve ser perseguida pelo julgador. Assim, ao decidir os chamados *hard cases*, o juiz deve buscar em algum conjunto coerente de princípios a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade, de modo a encontrar uma única resposta correta para cada caso singular e irrepetível.

---

<sup>11</sup> Cf. Dworkin (2003, p. 271 e ss.). Habermas, dialogando com a obra de Dworkin, assim se manifesta sobre o tema: “De um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. [...] A história institucional do direito forma o pano de fundo de toda a prática de decisão atual. [...] De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e como sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente” (HABERMAS, 2003a, p. 246).

A única decisão correta não significa obviamente uma única decisão verdadeira, como se a verdade imutável existisse e fosse irrefutável<sup>12</sup>. Percebe-se que a melhor interpretação da afirmação do teórico americano é a de que a única resposta correta é aquela construída argumentativamente, levando em consideração as falas das partes envolvidas, os princípios atinentes ao caso e o fato de que cada situação é um evento histórico irrepitível (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011; ATIENZA, 2010). Tal resposta deve ser vista ainda como situada no tempo, construída a partir de “argumentos por enquanto coerentes, construída provisoriamente, a qual se vê exposta a crítica ininterrupta” (HABERMAS, 2003a, p. 282).

A integridade, por fim, repudia os atos estatais arbitrários, injustificados, ao exigir que “o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns” (DWORKIN, 2003, p. 201).

A busca por uma resposta correta para o problema do controle de constitucionalidade das súmulas, que revele uma postura de integridade, que trate igualmente os atingidos por tais verbetes e que seja construída com argumentos coerentes e não por decisões arbitrárias, é o norte que move a presente dissertação.

Contudo, mais do que apontar um autor como marco teórico, a pesquisa em curso pretende ter como referencial teórico uma postura que une, em muitos momentos, os diversos autores com os quais se dialoga. Assim, faz-se perceptível que autores como Habermas, Dworkin, Maccormick e, entre nós, Tercio Sampaio Ferraz Jr. e Luis Alberto Warat, apesar de divergirem em diversos pontos de análise, partem de alguns pressupostos semelhantes. Todos

---

<sup>12</sup> Mesmo a concepção de Ciência que tradicionalmente está sobrecarregada com uma expectativa de certeza, atualmente deve ser entendida apenas como uma forma de conhecimento precário, temporal e sujeito à constante refutação. Emblemática, nesse sentido, é a afirmação de Boaventura de Sousa Santos: “[...] para esta forma de conhecimento [conhecimento científico], a verdade é retórica, uma pausa mítica numa batalha argumentativa contínua e interminável travada entre vários discursos de verdade; é o resultado sempre provisório de uma negociação de sentido realizada num auditório relevante” (SANTOS, 2007, p. 96).

se inserem em um contexto pós-giro lingüístico-pragmático, o que coloca a dimensão da linguagem, em todas as suas formas, como objeto central de suas investigações. Ademais, inseridos no pano de fundo paradigmático do Estado Democrático de Direito, preocupam-se em enfatizar a perspectiva intersubjetiva, ou seja, com o “ouvir o outro” (alteridade).

Do ponto de vista da dogmática jurídica<sup>13</sup>, não se poderá dispensar o diálogo com autores nacionais e estrangeiros que há muito vem se destacando nos debates de Direito Processual Constitucional, entre os quais, Luiz Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Elio Fazzalari, entre outros.

Em termos metodológicos, a presente dissertação segue uma estratégia reconstrutiva, combinando tanto elementos descritivos quanto prescritivos. Assim, à descrição dos fatos, das práticas, segue-se uma proposta prescritiva que, por sua vez, se ancora na normatividade que está subjacente àquelas práticas, em um movimento contínuo de retroalimentação. O trabalho se insere, pois, na tensão entre descrição e prescrição ou, caso se prefira, entre facticidade e validade (normatividade)<sup>14</sup>.

Seguindo essa linha, a pesquisa em curso, ao tempo em que se propõe a investigar e analisar as decisões formalizadas pelo STF a respeito da problemática apresentada, espera proceder a uma “análise de conteúdo” (GUSTIN; DIAS, 2002, p. 112), confrontando os fundamentos (ou ausência deles) que serviram de sustentação às decisões, com as práticas dos diversos afetados por tais decisões, de modo a propor uma solução que seja coerente com aquelas práticas e com a normatividade principiológica constitucional.

---

<sup>13</sup> Identificando dogmática jurídica a uma ideia de Ciência que, trabalhando com o Direito positivo vigente em um dado tempo, “tem por tarefa metódica a construção de um sistema de conceitos elaborados a partir da interpretação do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna” e por finalidade “ser útil a vida, isto é, à aplicação do direito” (ANDRADE, 1996, p. 27-28).

<sup>14</sup> “[...] a teoria do direito não exerce apenas uma função descritiva da realidade jurídica já dada. Com a reabilitação da razão prática na metodologia jurídica, a elaboração teórica exerce, também uma função normativa. [...] A pretensão de uma teoria crítica é justamente conjugar elementos descritivos e prescritivos. Dessa pretensão fundamental decorre a estratégia reconstrutiva. Uma teoria crítica busca reconstruir as práticas sociais em curso de modo a identificar a normatividade que lhes é subjacente. Tal normatividade por seu turno, é utilizada como referencial para a crítica das dimensões dessas próprias práticas sociais que sejam incoerentes com aqueles pressupostos normativos” (SOUZA NETO, 2006, p. 9).

Articulado no ambiente descrito até aqui, o estudo encontra-se dividido em quatro capítulos, a saber:

- O primeiro capítulo expõe o caso, ou seja, evidencia as decisões do STF em que a Corte deixa explícito o seu posicionamento sobre o tema. O capítulo é eminentemente descritivo e serve para situar o leitor na problemática, do ponto de vista do próprio Tribunal.
- No segundo capítulo apresentar-se-ão, de modo resumido, as principais características dos paradigmas que conformam o olhar que se tem do Direito, com o desiderato de demonstrar os saltos paradigmáticos que conformaram/possibilitaram a visão que desloca o Poder Judiciário para o centro de produção normativa.
- No terceiro capítulo, a discussão terá seu direcionamento no conceito de norma jurídica, estabelecendo comparação entre diversas teorias que tentaram explicá-lo. O capítulo procurará demonstrar que só uma teoria que observe as normas jurídicas como discurso normativo e as analise do ângulo pragmático, conseguirá alcançar a especificidade do fenômeno súmula no Direito brasileiro. Após tal discussão teórica, travar-se-á um diálogo entre leis, acórdãos e o discurso doutrinário correspondente, de modo a demonstrar como se dá a construção e a aplicação das súmulas na prática judicial.
- O quarto capítulo fará a análise da argumentação entabulada nos acórdãos do STF para impedir o controle de constitucionalidade das súmulas dos Tribunais Superiores. A partir do conceito-chave de coerência – central para boa parte das teorias da argumentação jurídica – o texto pretende demonstrar que a argumentação da Corte não se sustenta em um Estado Democrático de Direito, e que controlar a constitucionalidade das súmulas dos Tribunais Superiores é necessário e, a partir de argumentos formulados pelo próprio Supremo, viável.

## **1 A DESCRIÇÃO DO CASO: A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

No Brasil, convivem duas técnicas de controle de constitucionalidade. De um lado, a Constituição Federal (CF) prevê a possibilidade de qualquer dos Juízes e Tribunais constituídos declararem, caso a caso, a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo (art. 97 da CF de 1988), o que é característica do controle difuso. De outro lado, a Carta Magna afirma que o Supremo Tribunal Federal (STF) é o guardião da Constituição e lhe dá competência para controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos, processando e julgando ações que são tipicamente expressões do controle concentrado, quais sejam: ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, *a*); ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, *a*, *in fine*); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2.º); ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1.º).

Nesse bojo, o conceito de “ato normativo” como objeto do controle de constitucionalidade, surge como algo especialmente problemático. Observa-se que, para definir o que seja ato normativo, termos como “normatividade”, “generalidade” e “abstração” sempre aparecem nos discursos dos Ministros ao pretenderem afastar/incluir um ato do Poder Público como objeto de controle de constitucionalidade. Tratando-se de conceitos fluidos, é até esperado que a avaliação do que seja ato normativo só seja determinada no caso específico considerado. Em termos de coerência da jurisprudência, o problema surge quando espécies assemelhadas de atos do Poder Público são diferenciadas como sendo passíveis de controle de constitucionalidade ou não; e isso sem que haja justificativa plausível ou sem que se examine os argumentos das partes que possam demonstrar que aquela espécie de ato carrega uma

normatividade que merece ser passível de controle<sup>15</sup>. A discussão, pois, sobre o que é ou não um ato normativo está, como se verá, no centro da problemática sobre a necessidade e a possibilidade de controlar a constitucionalidade das súmulas.

A primeira vez que o STF se posicionou sobre a questão do controle de constitucionalidade das súmulas dos Tribunais Superiores foi no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº. 594. A ação foi proposta pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) em face da súmula nº. 16 do Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>16</sup>.

O acórdão restou assim ementado:

CONSTITUCIONAL. SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO. SÚMULA 16 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

I – A súmula, porque não apresenta as características de ato normativo, não está sujeita à jurisdição constitucional concentrada.

II - Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida (BRASIL, 1994).

O voto vencedor, relatado pelo Ministro Carlos Veloso, está fundado na afirmação de que “as súmulas não obrigam, simplesmente predominam”. Daí decorre a ilação de que “a súmula da jurisprudência predominante não tem as características de ato normativo. Ela simplesmente dá maior estabilidade à jurisprudência, conferindo maior segurança aos julgamentos, porque propicia decisões uniformes para casos semelhantes” (BRASIL, 1994).

---

<sup>15</sup> Um exemplo interessante é o fato de que o STF já admitiu, como ato normativo passível de controle de constitucionalidade, resoluções administrativas dos Tribunais de Justiça (TJs) e Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) que versavam sobre aumentos de servidores (Cf. os acórdãos da ADIn nº. 1352 e ADIn nº. 682, disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br>>). Todavia, não admite controle concentrado de constitucionalidade sobre as Resoluções Interpretativas do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que podem, muitas vezes, disciplinar todo um processo eleitoral. Nesse caso, o STF salienta que se trata apenas de atos normativos secundários visto que explicitam o conteúdo de uma Lei. A Corte, portanto, não considera os argumentos de que o TSE, a pretexto de interpretar a Lei pode, muitas vezes, inovar no sistema jurídico. (Cf. acórdão da ADIn nº. 2243, disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>).

<sup>16</sup> A súmula nº. 16 do STJ dispõe que “a legislação ordinária sobre crédito rural não veda a incidência da correção monetária.” Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

De outro lado, é interessante resgatar o voto minoritário do Ministro Marco Aurélio, que ponderava:

O art. 38 da Lei nº. 8038/90 confere, ao meu ver, não a quase normatividade mencionada pelo Relator, mas uma verdadeira normatividade aos verbetes das súmulas do Supremo Tribunal Federal e, especificamente, do Superior Tribunal de Justiça. Este artigo contém a utilização do verbo ‘negar’ de forma, até mesmo, a revelar que, no caso, defrontando-se o relator do recurso, no STJ, com razões de recurso que contrariem verbete de súmula deve ele – é imposição decorrente do art. 38 – negar seguimento ao pedido formulado, que é de trânsito do próprio recurso (BRASIL, 1994).

Os demais Ministros, todavia, acompanharam o relator e sequer conheceram aquela ADIn. O tema permaneceu consolidado na jurisprudência do STF, sendo reagitado quando da entrada em vigor da Lei nº. 9882, de 3 de dezembro de 1999, que disciplinou o processo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Ocorre que o desenho institucional da ADPF indicava que ela completaria o sistema de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, fazendo com que o STF analisasse, em controle concentrado, demandas que até então só chegavam ao Tribunal pela demorada via do controle difuso. Em tese, a violação a preceito fundamental representaria um gravame tão acentuado ao sistema jurídico que os limites à interposição das ações de controle de constitucionalidade perderiam o sentido. O STF estaria, então, obrigado a analisar qualquer ato do Poder Público tendente a violar preceito fundamental (TAVARES, 2001, p. 162 e ss.).

Assim, em 9 de agosto de 2005, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) ajuizou arguição de descumprimento de preceito fundamental indicando, como ato lesivo à Carta Magna, o enunciado nº. 666 da súmula do próprio STF que tem o seguinte teor: “A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, CF de 1988, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo”.

A arguente alegou que referido enunciado, ao excluir “da obrigação de contribuir para os sindicatos e conseqüentemente para as federações e confederações, todos aqueles que, embora integrando a categoria representada, não se filiaram à entidade classista”<sup>17</sup>, lesa o preceito fundamental contido no inciso II do art. 8º da CF, vez que “a cobrança de contribuições apenas dos associados é inerente ao sistema da pluralidade sindical, repellido por nossa Lei Maior”<sup>18</sup>.

Em face dessa arguição, o relator do caso, Ministro Eros Grau, assim decidiu monocraticamente:

[...] 4.4. Os enunciados de Súmula nada mais são senão expressões sintetizadas de entendimentos consolidados na Corte. Não se confundem com a súmula vinculante do artigo 103-A da Constituição do Brasil. Esta consubstancia texto normativo, aqueles enunciados não. Por isso não podem ser concebidos como ato do Poder Público lesivo a preceito fundamental. Esta circunstância afasta irretorquivelmente o cabimento da presente arguição. 5. A arguente pretende, em verdade, a revisão do entendimento desta Corte --- que lhe é desfavorável ---, emitido no exercício da competência atribuída pelo artigo 102 da Constituição do Brasil. Ante o exposto, nego seguimento a esta arguição de descumprimento de preceito fundamental [RISTF, artigo 21, § 1º] e determino o seu arquivamento (BRASIL, 2006a) (grifo nosso).

Insurgindo-se contra tal decisão monocrática, houve um recurso de agravo regimental, por meio do qual a CNTI levou a questão para ser decidida pelo Plenário do STF. Nesse recurso, a parte arguente sustentou: [I] que “a emissão de Súmula não torna imutável e intocável a matéria nela contida”; [II] que “na prática, os enunciados do Supremo Tribunal Federal já vinham funcionando como verdadeiras súmulas vinculantes”; [III] “que o enunciado atacado consubstancia ato lesivo a preceito fundamental”; [IV] que “o enunciado 666 do STF merece ser anulado, revogado ou tornado sem efeito, visto que dá à norma legal significado diferente e, até antagônico, do sentido da norma que visou interpretar” e [V] que “é cabível a arguição para a impugnação de qualquer ato que, emanado do Poder Público, venha a causar prejuízos aos interessados.”

---

<sup>17</sup> Consoante o relatório do acórdão proferido na ADPF n.º. 80, disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

<sup>18</sup> Idem.

Diante do referido recurso, o plenário do STF confirmou a decisão monocrática atacada e negou provimento ao recurso, nos seguintes termos:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ENUNCIADOS DE SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DA ARGUIÇÃO. 1. O enunciado da Súmula desta Corte, indicado como ato lesivo aos preceitos fundamentais, não consubstancia ato do Poder Público, porém tão somente a expressão de entendimentos reiterados seus. À arguição foi negado seguimento. 2. Os enunciados são passíveis de revisão paulatina. A arguição de descumprimento de preceito fundamental não é adequada a essa finalidade. 3. Agravo regimental não provido (BRASIL, 2006a) (grifo nosso).

Do voto do Relator, Ministro Eros Grau, deve-se destacar os seguintes trechos:

Os enunciados de Súmula, como destaquei na decisão hostilizada, nada mais são senão expressões sintetizadas de entendimentos consolidados na Corte. Tal qual afirmou o Ministro CARLOS VELLOSO no julgamento da ADIn n.º 594:

[...]

As Súmulas não obrigam, simplesmente predominam.

[...]

Ela simplesmente dá maior estabilidade à jurisprudência, conferindo maior segurança aos julgamentos, porque propicia decisões uniformes para casos semelhantes, além de acelerar o andamento dos processos [...].

Assim, os enunciados da Súmula desta Corte não podem ser concebidos como atos do Poder Público lesivos a preceito fundamental. Não se pode afirmar que o entendimento deste Tribunal a respeito de qualquer questão constitucional possa ser qualificado como lesivo a preceito da própria Constituição, que atribui a esta Corte a função de resguardá-la (BRASIL, 2006a).

No que toca ao controle difuso de constitucionalidade, a jurisprudência do STF inclina-se a não admitir Recurso Extraordinário (RE) contra decisão fundada em súmula de Tribunal Superior, uma vez que se trataria, quando muito, de ofensa reflexa à CF, matéria de índole infraconstitucional, ou então, um conflito de legalidade entre a súmula e a Lei que ela está interpretando. Para exemplificar, servimo-nos de um acórdão proferido em RE no qual se alegava a inconstitucionalidade da Súmula n.º 331, inciso IV do TST:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS TRABALHISTAS – CONFRONTO DA LEI Nº 8.666/93 COM O ENUNCIADO Nº 331/TST (INCISO IV) – CONTENCIOSO DE MERA LEGALIDADE - RECURSO IMPROVIDO.

- O debate em torno da aferição dos pressupostos de admissibilidade da ação rescisória não viabiliza o acesso à via recursal extraordinária, por envolver discussão pertinente a tema de caráter eminente infraconstitucional. Precedentes.

- Situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição não viabilizam o acesso à via recursal extraordinária, cuja utilização supõe a necessária ocorrência de conflito imediate com o ordenamento constitucional. Precedentes.

- A discussão em torno da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, por débitos trabalhistas, fundada no confronto da Lei nº 8.666/93 com o Enunciado nº 331/TST (inciso IV), não viabiliza o acesso à via recursal extraordinária, por tratar-se de tema de caráter eminentemente infraconstitucional. Precedentes<sup>19</sup> (BRASIL, 2006 b) (grifo nosso).

Do exposto, portanto, o quadro que se extrai das decisões do Supremo é o seguinte: as súmulas dos Tribunais superiores, incluindo aquelas produzidas pelo STF, não podem ser objeto de controle de constitucionalidade. Os motivos alegados são variados. Sustenta-se que súmulas não consubstanciam atos normativos, simplesmente predominando e não obrigando. Afirma-se também que não são sequer atos do Poder Público, inviabilizando sua discussão por via da ADPF. De outra sorte, não se possibilita a discussão da constitucionalidade das súmulas por via do controle difuso dado que implicam no máximo um conflito de legalidade entre si e a Lei a que fazem referência.

É possível identificar nos argumentos supracitados um fundo decisionista, arbitrário. Eles são fruto de uma postura que, ao se atribuir a função de guardião da CF, afasta-se da ideia de que qualquer decisão judicial no Estado Democrático de Direito não pode ser apenas um ato sustentado pela força da autoridade constituída, mas deve ser pautada por argumentos que examinem os diversos discursos expostos pelo atingidos por tais decisões. O principal fundamento da decisão do Supremo sobre a (im)possibilidade de examinar a constitucionalidade das súmulas – a ausência de normatividade das mesmas – está, na

---

<sup>19</sup> De fato, podem ser citados inúmeros precedentes com o mesmo teor. Cf. AI 582.457-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 20.10.2006; AI 546.775-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 16.12.2005; AI 507.214-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 2.12.2005; e AI 524.958-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 29.4.2005, disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br>>.

verdade, divorciado das práticas dos vários partícipes das relações jurídicas, inclusive do próprio STF que, quotidianamente, utiliza as súmulas como normas ao decidir os processos sob sua jurisdição.

A comprovação da afirmação sobre o decisionismo do STF e a proposta de uma outra possibilidade de enfrentamento da questão, mais consentâneo com os princípios do Estado Democrático de Direito, é o trabalho que desafia a presente Dissertação.

## **2 RUPTURAS E DESLOCAMENTOS PARADIGMÁTICOS: O PODER JUDICIÁRIO NO CENTRO DA PRODUÇÃO NORMATIVA**

A noção de paradigma está associada ao pano de fundo que informa e conforma nossa visão de mundo. No que concerne ao campo jurídico, conforme demonstra Habermas (2010, p. 469 e ss.), “a doutrina e a prática do direito tomaram consciência de que existe uma teoria social que serve como pano de fundo”. Ademais, “a compreensão paradigmática do Direito não pode mais ignorar o saber orientador que funciona de modo latente”, o que implica no reconhecimento de que os paradigmas também conformam a concepção existente sobre o Direito.

O presente estudo servir-se-á da noção de paradigma com o fim de compreender o processo de transformação pelo qual o Poder Judiciário passou a estar no centro da discussão jurídico-política e a ser visto também como um produtor de normas. Como se poderá perceber, está imbricada em tal discussão a formação dos conceitos de Constituição, Estado e direitos fundamentais que, portanto, perpassarão de alguma maneira a análise que se segue.

Com efeito, para o Direito e também para a política, a transição entre os paradigmas é alavancada pelas rupturas com as premissas do paradigma anterior e o salto para novas maneiras de se entender o papel do Direito, do Estado e da Constituição. A distinção entre os paradigmas reside, sobremaneira, na ênfase ora na autonomia privada (Estado de Direito Liberal), ora na autonomia pública (Estado Social), chegando-se à constatação de que em ambos os modelos, tal relação entre a autonomia pública e a privada apresentava-se desequilibrada, requerendo-se uma tentativa de harmonização (Estado Democrático de Direito). No caso do Estado Liberal, tal desequilíbrio decorre de uma esfera privada formalmente garantida e indiferente às desigualdades econômicas e sociais, enquanto no Estado Social de uma esfera estatal autônoma que, por um lado, procura compensar as

desigualdades sociais e, por outro, retira dos cidadãos o poder decisório, condenando-os à adaptação e obediência passiva (HABERMAS, 2010, p. 512-513).

Assim, os saltos paradigmáticos não decorrem simplesmente de acréscimos geracionais ao elenco de direitos, como podem fazer crer algumas visões muito difundidas nos estudos sobre Direito Constitucional<sup>20</sup>. Os saltos paradigmáticos decorrem – muito mais do que de acréscimos de direitos – da alteração no modo de ver o próprio papel da Constituição, também em relação aos direitos já nela existentes. Trata-se da brusca ruptura com ideias antigas e a promoção de novos pensamentos em torno da interpretação de direitos tradicionais, da função do Estado e do alcance de sua atuação, dos contornos do público e do privado, do conceito de democracia e da participação democrática<sup>21</sup>.

Nessa perspectiva, dividiu-se primeiramente a história do Direito em dois grandes paradigmas: o paradigma pré-moderno e o paradigma da modernidade.

A pré-modernidade era caracterizada por um “amalgama normativo indiferenciado” nas qual diversas ordens normativas paralelas (religião, direito, moral, tradição e costumes) essencialmente não se discerniam (CARVALHO NETTO, 2004). No que tange o discurso jurídico, sabe-se que a sociedade tradicional acolhia ordens jurídicas paralelas (direito canônico, direito dos senhores feudais; estatutos da nobreza) mas, o Direito enquanto um único ordenamento de normas gerais e abstratas não existia, mas tão somente “ordenamentos

---

<sup>20</sup> Tal perspectiva geracional está reproduzida em diversos textos, Dissertações e Teses, geralmente baseadas na obra célebre de Norberto Bobbio, *A era dos direitos*. Além da perspectiva paradigmática investida no presente estudo, outros autores têm demonstrado que a divisão em gerações de direitos não faz sentido no mundo contemporâneo. Assim, por exemplo, para fazer valer os chamados direitos individuais clássicos que – por essa visão – exigiam uma abstenção do Estado, atualmente o mesmo tem que, no mínimo, arcar com o aparato judicial disponibilizado aos indivíduos para que venham a tutelar os direitos eventualmente violados: “Praticamente falando, o governo ‘emancipa’ os cidadãos, fornecendo os meios legais, tais como mesas de voto, sem os quais não poderia exercer os seus direitos. O direito de voto não tem sentido se as autoridades do local de votação não aparecem para trabalhar. O direito a uma compensação justa para os bens apreendidos é uma falácia se a Fazenda Pública deixa de desembolsar. O direito de pedir reparação de injustiças, previsto na Primeira Emenda, é um direito, aliás, que assume que o governo pode contribuir para o benefício dos cidadãos lesados” (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 13) (tradução nossa).

<sup>21</sup> É preciso, contudo, atentar para a advertência de Menelick de Carvalho Netto, para quem “aspectos relevantes dos paradigmas anteriores, inclusive o da antiguidade, ainda possam encontrar, no nível fático, curso dentre nós, a condicionar leituras inadequadas dos textos constitucionais e legais” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 236).

sucessivos e excludentes entre si, consagradores dos privilégios de cada casta e facção de casta (...)” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 236).

Vários fatores de ordem política, econômica e social que influenciaram/foram influenciados pela crescente complexidade social, culminaram com a distinção e separação das diversas esferas normativas (religião, moral, ética social e direito) e levaram à erosão do paradigma pré-moderno. Com efeito, a modernidade foi gestada a partir da disjunção dos valores medievais que, gradativa, mas acentuadamente, foram abalados pelos novos interesses de um embrionário capitalismo mercantil. O homem moderno passou a reconhecer valores dessacralizados e interesses materiais. Rompe-se o consenso numa sociedade mantida, até então, por um sentido de pertencimento que homogeneizava a ordem.

As profundas alterações supracitadas, implodindo aos poucos o paradigma pré-moderno, concorreram para o surgimento dos paradigmas jurídicos da sociedade moderna, qual seja: o do Estado de Direito, o do Estado Social e o do Estado Democrático de Direito.

Na passagem do paradigma pré-moderno para o da modernidade, dois fatores entrelaçados merecem destaque e ganham relevância para a análise do tema em curso. De início, observa-se que é decisiva para a formação desse paradigma a participação de um novo ator no cenário político: o Estado Moderno. De fato, tal construção formada pelo soberano e seus serviços – mais tarde transformados em burocracia – justificada ora com apelo às teorias do direito divino, ora com base no despotismo esclarecido, significou um marco referencial para a noção de Direito e também de direitos fundamentais, posto que tais direitos surgiram como limite aos excessos do Estado.

Além disso, é interessante observar que, se todo grupo social, mesmo nas sociedades Antiga e Medieval, possuía uma ordenação material, que justificava e ordenava o exercício do poder – uma constituição material – a modernidade traz como novidade a questão da forma constitucional:

[...] De qualquer modo está em movimento uma intenção de confiar a um acto formal a definição das bases da comunidade política. Esse acto será a criação duma lei, porque a lei, pela sua generalidade e abstração, participa nos elementos racionais, manifesta o mais alto grau de racionalidade. A palavra lei perdeu o sentido tradicional de 'o direito' e alcança outro: o preceito positivo com uma especial estrutura formal (SOARES, 1986, p. 39) (grifo nosso).

A articulação dinâmica entre o Estado e a Constituição formal está diretamente conectada com a(s) concepção(ões) de direitos fundamentais que doravante se afirmarão. Influenciados pelo Liberalismo, os direitos humanos dessa fase – o paradigma do Estado Liberal – foram direitos que propugnavam pela limitação da intervenção do Estado na vida do cidadão, exaltando suas liberdades individuais e deixando-o livre para negociar, comerciar, contratar; ao Estado, cabia somente a administração dos conflitos e as atividades de polícia. A limitação do poder do Estado deveria estar inscrita numa Constituição – documento escrito que representava a essência do pacto entre governantes e governados.

Vê-se que a positivação do Direito, ou seja, sua elaboração pelo Estado soberano sob a forma de documentos escritos, foi um traço marcante da época. O fenômeno foi uma característica do paradigma do Estado de Direito Liberal o qual tinha por pressuposto que a declaração de direitos sob a forma escrita seria mais uma garantia de que aqueles direitos seriam respeitados. Tal foi a importância desta positivação dos direitos que as grandes revoluções burguesas da época – Revolução Gloriosa, Revolução Americana e Revolução Francesa – tiveram como marco a elaboração de documentos escritos, declarando os direitos do cidadão frente ao Estado e repudiando a Monarquia Absolutista.

O Direito moderno, portanto, é um direito positivado; um direito reconhecido pelo Estado; um direito que, apresentando-se sob a forma escrita e obrigatória, busca estabilizar, de forma generalizada, expectativas de comportamento (HABERMAS, 2010, p. 200). Além disso, no mais tardar, a partir das grandes codificações do século XIX, o Direito válido vigente torna-se essencialmente cognoscível na forma de textos: os preceitos normativos

codificados enunciam as normas válidas e constituem a base da prestação jurisdicional (HABERMAS, 2010, p. 469).

Nesse ponto, faz-se importante realizar uma intersecção com a teoria da separação dos poderes construída a partir do modelo liberal. Com a função de limitar o poder do Estado, a doutrina liberal construiu uma teoria da separação dos poderes que visava não concentrar todas as funções do Estado nas mãos de um só órgão. É possível afirmar que os contornos sobre a teoria da separação dos poderes foram delineados a partir dos textos de John Locke – *Segundo Tratado sobre o Governo Civil* – e desenvolvidos, sobremaneira, por Montesquieu na obra *O Espírito das Leis*.

O pressuposto básico da abordagem de Montesquieu é o estabelecimento de uma correlação de forças entre o Poder Legislativo, em que “um príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas”; o Poder Executivo “das coisas que dependem do direito das gentes”, que “faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as inovações”; e Poder “Executivo das [coisas] que dependem do direito civil”, ou o poder de julgar, “que pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos” (MONTESQUIEU, 1982, p. 187).

Um dos aspectos que costuma ser apontado como nuclear das ideias de Montesquieu é o da necessidade de que um poder pudesse, efetivamente, limitar outro, numa correlação de forças. Tal correlação é necessária por que a autoridade impessoal das leis, por si só, não garantiria a liberdade dos indivíduos contra o abuso de poder de outros, em especial, de seus representantes. Logo, “é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder” (MONTEQUISTEU, 1982, p. 186-88).

Em relação ao Poder Judiciário, é preciso compreender que, na obra de Montesquieu, o Judiciário é visto como um poder nulo, com tribunais temporários, formados por juízes oriundos do povo, sem formação específica<sup>22</sup>. Remete-se, ao contrário, a uma extrema competência e superioridade da atividade legislativa<sup>23</sup>, sendo que “os juízes de uma nação não são mais do que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor” (MONTESQUIEU, 1982, p. 193).

Ao paradigma liberal apresentado, encontra-se associado o modelo interpretativo do positivismo jurídico<sup>24</sup>. Por essa ótica, o modelo de regras é o adequado para explicar a estrutura de um sistema jurídico, uma vez que se deve entender o termo “regras” como as normas que conectam de forma “clara” a descrição dos fatos com a solução normativa. Trata-se de um ideal regulativo de tipicidade supondo normas gerais e fechadas, cuja aplicação não exige, e até mesmo deve evitar, qualquer deliberação ou justificação valorativa. Almeja-se a adoção do esquema subsuntivo em que a uma premissa maior (norma geral), segue-se uma premissa menor (fatos concretos), encerrando-se na solução do caso (REGLA, 2007, p. 669;671)<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> “O poder de julgar não deve ser outorgado a um senado permanente, mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo, num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário” (MONTESQUIEU, 1982, p. 188).

<sup>23</sup> “Quando um cidadão viola a lei, [...], o Poder Legislativo só pode ser acusador. Mas diante de que ele acusaria? Rebaixar-se diante dos tribunais da lei que lhe são inferiores...?” (MONTESQUIEU, 1982, p. 193).

<sup>24</sup> É certo que não existe somente um, mas vários positivismos jurídicos. Todavia, uma vez que aqui apresentam-se modelos paradigmáticos, a intenção é demonstrar as ideias que, multicitadas, findam por se tornar um quadro caracterizador tendencialmente hegemônico acerca do conceito. Cf. Bobbio, 1995.

<sup>25</sup> “*Congruentemente con el modelo de las reglas, el arquetipo de razonamiento jurídico es el razonamiento subsuntivo. La justificación por subsunción consiste centralmente en mostrar que el caso concreto que se trata de resolver encaja (es subsumible) en el caso genérico descrito (regulado) por la regla. La subsunción (el encaje) de casos concretos en casos genéricos puede generar desajustes entre unos y otros. Si miramos el desajuste desde la perspectiva del caso concreto, entonces el desajuste se nos presenta como un problema de calificación (¿cómo se califican estos hechos?); y si lo miramos desde la perspectiva de la regla, del caso genérico, entonces el desajuste se nos presenta como un problema de interpretación (¿qué dice la regla?). Esto quiere decir que los desajustes entre casos y reglas (entre casos concretos y casos genéricos formulados por las reglas) son esencialmente de naturaleza semántica, de relación entre las palabras y sus significados, entre los términos y sus referencias. La lealtad a las reglas es, pues, lealtad a su expresión y a su significado; es decir, es una cuestión centralmente semántica*” (REGLA, 2007, p. 671).

Nesse contexto, entende-se que criar e aplicar normas são operações bem distintas. A criação de normas é uma atividade política e/ou moral e, portanto, extrajurídica. A aplicação das normas, por outro lado, é uma atividade técnica e estritamente jurídica. Assim, o legislador cria o Direito novo, que deve apenas ser aplicado pelos profissionais juízes e administradores<sup>26</sup>.

Observa-se, assim, que o Judiciário está subjogado em relação ao Legislativo – Poder que, ao representar o povo, detém a legitimidade para criar e organizar um Governo das Leis, tido como geral, impessoal e apto a opor-se aos desmandos de um soberano opressor, característico do Antigo Regime Absolutista.

O século XIX, no entanto, trouxe profundas transformações que gestaram uma relevante mudança de paradigma. Com efeito, o referido período foi marcado, em termos econômicos, pelo industrialismo crescente. Houve uma expansão do mercado que, se antes era realizado em nível local, passava a nível nacional e internacional. Tal expansão mercantil foi responsável pela crescente demanda de produção, contribuindo para a chamada Revolução Industrial que percorreu todo o século. Ocorre que, em proporção à demanda, um número cada vez maior de empregados foi sendo necessário e, conforme Huberman (1980, p. 119-128), não se hesitava em contratar mulheres, crianças e idosos para trabalhar numa jornada de trabalho diária de quase 18 (dezoito) horas. A exploração do trabalho humano tornou-se, pois, excessiva.

---

<sup>26</sup> “Tradicionalmente e tal como decorrente da concepção de Estado Liberal, o Poder Judiciário fora compreendido como um poder que aplicaria as normas postas pelo Poder Legislativo, representante da vontade geral e legitimado pelo sistema democrático a intervir na vida social e determinar os rumos que a coletividade deveria seguir. Assim, os legitimados a realizar juízos de valor e de conveniência política eram os membros do Poder Legislativo, aos quais se assinalava exatamente o papel de sopesar os interesses e valores da sociedade que os elegera e elaborar as leis a partir desses juízos e valores” (ROESLER, 2008, p. 10).

Os direitos individuais consagrados pelo Estado Liberal e inscritos nas declarações de direitos mostraram-se insuficientes para garantir condições de vida dignas à população. A exploração abusiva de crianças, mulheres e idosos levou à classe social emergente – o proletariado – a reivindicar a concretização de tais direitos (à vida, à liberdade, à igualdade) por parte do Estado. Em síntese, as opressivas condições de vida impostas aos trabalhadores europeus durante o século XIX levaram os sindicatos e partidos operários a reivindicarem a intervenção na vida econômica e social, visando a regulamentação do mercado de trabalho e postulando novos direitos, como por exemplo, o direito de greve e a limitação de jornada de trabalho (DORNELLES, 1993, p. 28).

No plano teórico, a crítica marxista apontou a enunciação apenas formal dos direitos do homem, e seu caráter exclusivamente individualista, uma vez que refletiam somente o egoísmo do homem enquanto membro da sociedade burguesa, isto é, o indivíduo voltado para si mesmo, para seu interesse particular, e sua arbitrariedade privada, dissociada da comunidade (MARX, 1981, p. 45).

As críticas de ordem teórica, as constantes greves e as péssimas condições de vida da população influenciaram na construção de um elenco de direitos que busca assegurar as condições para o pleno exercício dos direitos individuais de cunho liberal. São direitos que exigem a atuação estatal como promotora de políticas que, ao assegurar os direitos sócio-econômicos-culturais do cidadão, contribuem, por via reflexa, para a efetivação substantiva dos direitos individuais.

O Estado capitalista interventor, promotor de políticas de assistência social, de educação e de saúde pública, é conhecido como Estado de Bem Estar Social (Welfare State - WFS) e começa a ser delineado principalmente nos textos constitucionais do México (1917) e da Alemanha (Constituição de Weimar – 1919).

Contudo, é na Inglaterra que se encontra a afirmação explícita do Welfare State: “independentemente de sua renda, todos os cidadãos têm direito de ser protegidos, com pagamento em dinheiro ou com serviços, contra situações de dependência de longa ou curta duração” (BOBBIO et al, 1995, p. 417). É com este caráter de universalidade no atendimento e com o intuito de redistribuição da riqueza que o Estado mostra-se na Europa, principalmente na segunda metade do século XX.

De fato, o que caracterizaria o WFS em relação a outros tipos de Estado “não é tanto a intervenção direta das estruturas públicas na melhoria do nível de vida da população quanto o fato de que tal ação é reivindicada pelos cidadãos como um direito” (BOBBIO et al., 1995, p. 416). Observou-se, no entanto, que tal aspecto gerador de cidadania se tornou muito mais uma promessa do que uma prática. O Estado de Bem Estar conseguiu criar, quando muito, clientes, acostumados a receber os serviços do poder público independente da qualidade dos mesmos (HABERMAS, 2010, p. 487).

Os novos desafios impostos pelo paradigma do Estado Social trouxeram importantes consequências no âmbito dos sistemas jurídico/político. O conceito de separação dos poderes formulado sob a ótica liberal se vê abalado. As tarefas sociais assumidas pelo Executivo reforçaram-lhe a autonomia e seu poder discricionário. De outro lado, a intervenção do Estado em vários setores gerou também um incremento da atividade legislativa do Poder Executivo. Se outrora tal atividade era admitida como exceção, passou à regra, não somente nos regimes totalitários e ditatoriais, mas também nas democracias.

Verifica-se também uma mudança significativa na técnica legislativa. A técnica tradicional, que implicava em uma descrição de regras de conduta, acompanhada de uma previsão de punição (sanção) pelo seu descumprimento, não se mostrou suficiente em um contexto que exigia múltiplas e variadas intervenções em diferentes setores por parte dos organismos estatais. As leis – elaboradas pelo Poder Legislativo – passaram a indicar

finalidades, princípios e conceitos jurídicos indeterminados que seriam especificados e desenvolvidos pelos administradores quando da execução de suas tarefas (CAPELLETTI, 1999, p. 40-41).

O crescimento exagerado do Estado e de sua burocracia levou ao questionamento de tal paradigma. A crise econômica iniciada desde a segunda metade do século XX, de um lado, indicava a impossibilidade de o Estado arcar com as demandas crescentes, e de outro, denunciava o abuso do gasto público e colocava em cheque a racionalidade e eficiência dos burocratas. Ademais, passou-se a perceber que o Estado interventor transformara-se em empresa acima de outras empresas. Nessa condição, dado a abrangência de sua atuação, seguiu-se a constatação que o Estado passara a não apenas garantir direitos, mas também violar direitos de pessoas em um número que muitas vezes não pode ser objetivamente quantificado. Assim, era possível observar que o Estado, quando não diretamente responsável pelo dano verificado fora, ao menos, “negligente no seu dever de fiscalização ou de atuação, criando uma situação difusa de risco para a sociedade” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 236-37).

Gesta-se, portanto, um novo paradigma, que passa a concorrer com os demais: o Estado Democrático de Direito.

A nova visão do mundo e do Direito reclama uma cidadania ativa que vai além do direito de votar e ser votado. A reivindicação dos direitos e a participação popular no curso do processo democrático passam a ser constantemente tematizadas. A percepção de que o Estado foi privatizado por uma burocracia, faz crescer a crítica aos governantes, de modo a enfatizar que não é possível utilizar-se do público para interesses particulares.

O enfoque sobre os direitos do homem modificou-se. Uma nova percepção acerca dos direitos fundamentais – algo típico do Estado Democrático de Direito – é marcada, entre outras coisas, por uma ruptura com a titularidade individual anteriormente demarcada pelo paradigma liberal. O gigantismo do Estado, a complexidade das relações econômicas, dada a produção em larga escala, o crescimento desordenado das cidades, o êxodo rural, a explosão demográfica, a degradação ambiental etc., foram fatores responsáveis pela eclosão de uma série de litígios que não envolviam apenas o indivíduo isolado – como no esquema tradicional de ordem liberal –, mas coletividades inteiras, grupos ou classes. Agora, os sujeitos de direitos não são apenas os indivíduos considerados em sua singularidade, “mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade” (LAFER, 1988, p. 131).

Os novos direitos que se buscam são conhecidos como “direitos transindividuais” (MORAIS, 1996, p. 125), pois ultrapassam a titularidade individual e constituem sujeitos coletivos. De efeito, nos dias atuais, é usual vermos as reivindicações pelos direitos humanos serem feitas em âmbito grupal: mulheres, consumidores, ambientalistas, crianças, adolescentes etc. Desta forma, o sujeito, antes de lutar contra uma lesão a direito próprio, o faz enquanto parte de um grupo.

Desde o estabelecimento do paradigma do Estado de Bem Estar Social e, principalmente, no curso da transição para o paradigma do Estado Democrático de Direito, a concepção sobre a função judiciária passou por uma importante modificação, exigindo-se do Poder Judiciário muito mais do que o poder nulo dos tempos de Montesquieu:

[...] a teoria da tripartição dos poderes que, no modelo de Montesquieu entendia a função jurisdicional como secundária, sendo o Judiciário um poder invisível e nulo, não mais encontra guarida. [...] O Estado constitucional exige uma redefinição do papel do Poder Judiciário, porquanto, com a evolução do Estado das leis para o Estado das políticas públicas, resta ao Judiciário a função de assegurar a implementação dos direitos fundamentais e a progressiva marcha da sociedade para um ideal de justiça substancial (CRISTOVAM, 2004, p. 458-459).

Nesse processo, deve-se destacar a centralidade que as Constituições e o catálogo de direitos fundamentais por elas albergado passaram a ter como necessária referência de legitimidade e validade dos demais atos normativos, tanto os editados pelo Legislativo quanto pelo Executivo. E a abordagem contemporânea sobre a atividade do Poder Judiciário tende a lhe atribuir o papel de guarda da Constituição e das instituições democráticas, além do dever de assegurar a implementação dos direitos fundamentais. O desenvolvimento e a importância que ganharam os sistemas de controle de constitucionalidade das normas comprovam tal afirmação<sup>27</sup>.

Assim, por um lado, as inúmeras atribuições que foram cometidas ao Poder Executivo e a conseqüente produção de atos regulamentadores de tais atribuições, passaram a exigir controle em face da possibilidade de um Estado opressor e autoritário. E ao Judiciário, foi designada essa função específica de controle através da competência de dar a última palavra sobre a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados e fixar qual interpretação está de acordo com a Constituição. Ao lado, pois, do “gigantismo do ramo administrativo, profunda e potencialmente repressivo”, percebe-se o “crescimento sem precedentes do controle Judiciário da atividade do executivo e de seus derivados” (CAPELLLETI, 1999, p. 46)<sup>28</sup>.

De outra sorte, faz-se importante recordar que o Legislativo foi sobrecarregado, durante muito tempo, como portador da Legitimidade de representação do povo. Tal condição, impôs-lhe também, em um Estado cada vez mais interventivo, uma contínua e crescente produção legislativa, fenômeno que Capelletti chamou de “poluição legislativa”

---

<sup>27</sup> A ideia de controle de constitucionalidade e o seu significado para a sociedade contemporânea é pressuposto fundamental do presente estudo. Não está entre seus objetivos, contudo, discorrer sobre o desenvolvimento dos vários sistemas de controle de constitucionalidade. Existe vasta literatura sobre o tema em questão: as multicitadas obras de Kelsen (2003), Capelletti (1984), Mendes (2004) e Barroso (2006). Além disso, para um estudo sobre o desenvolvimento do constitucionalismo inglês e norte-americano e, neste último caso, sobre o controle de constitucionalidade no regime de Common Law, cf. Paixão e Bigliuzzi (2008).

<sup>28</sup> Para o tema aqui proposto, faz-se importante observar que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) considera passível de controle de constitucionalidade, os atos do poder executivo, materializados em Decretos, ou mesmo, em Resoluções, justamente quando extrapolam sua competência de regulamentar leis (passando a ser considerados decretos autônomos) e invadem a seara própria do Legislativo (violação ao princípio da reserva legal). Cf. os acórdãos proferidos na ADIn nº. 1.999 e na ADIn nº. 3.936, disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br>>.

(1999, p. 52). Mais uma vez, o salto paradigmático que colocou a Constituição e os direitos fundamentais como núcleo do sistema jurídico importou em uma relevante mudança de perspectiva:

Enquanto os parlamentos nacionais eram aceitos como ‘supremos’, nenhuma *lex superior* e assim, nenhuma declaração de direitos com força vinculativa também para o Legislador, podia considerar-se necessária. Na verdade, exatamente em razão da supremacia dos Parlamentos, nem sequer era concebível. [...], tornaram-se, ao contrário, concebíveis ou absolutamente necessários no próprio momento em que os povos sentiram que certas normas e princípios, exprimindo valores fundamentais e irrenunciáveis, podiam ser ameaçados, e de fato se encontravam ameaçados, pelos próprios poderes legislativos (CAPELLETTI, 1999, p. 65).

Tomar a Constituição como parâmetro de legitimidade e de densificação de normas tidas como vagas e imprecisas causou, contudo, um problema para o Judiciário. Ocorre que as próprias normas constitucionais são, na sua maioria, formadas por princípios abstratos. Assim, exigiu-se daquele Poder o manejo dos princípios enquanto normas abertas que se amoldam às particularidades do caso concreto, uma vez que regras – aplicadas à maneira do tudo ou nada<sup>29</sup> – não dão mais conta de resolver os conflitos que se apresentam<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Costuma-se afirmar que os contornos do debate atual acerca da distinção entre regras e princípios foram estabelecidos a partir da intervenção de Dworkin em um texto datado de 1967 - *The model of rules* – onde se expõe que há uma distinção de natureza lógica entre regras e princípios. Segundo aquele autor, em uma regra estão caracterizados os fatos que, em ocorrendo, deverão acarretar sua incidência. No que concerne aos princípios, não há uma especificação do fato ao qual determinada consequência deverá seguir (DWORKIN, 2002, p.39 e ss.). Dworkin ainda observa que os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão do peso ou da importância. Assim, quando princípios se chocam no exame do caso concreto, o aplicador deve se perguntar o quão importante cada um deles é. Mas, como adverte o autor supracitado, “[...] esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política em particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia” (DWORKIN, 2002, p. 42). As regras não possuem tal dimensão. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida, devendo-se utilizar os critérios de especialidade, hierarquia ou temporalidade para decidir qual das regras deve prevalecer. A distinção entre regras e princípios, assim como suas implicações, é tema atual e relevante na teoria do Direito e no Direito Constitucional, sendo retrabalhada por diversos autores que procuraram problematizar/reconstruir o tema a partir da contribuição de Dworkin. Destacam-se, assim, os escritos de Alexy (2008), Habermas (2010) e Ávila (2009).

<sup>30</sup> “[...] no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, como na segurança jurídica, entendida como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto (CARVALHO NETTO, 2004, p. 238).

Uma dimensão de tal problema já começa a se colocar mesmo em um contexto anterior. Apesar da ênfase dada ao Poder Legislativo e às normas produzidas por este, o positivismo jurídico teve que lidar com o fato de que nenhum ordenamento – entendido como conjunto de normas produzidas pelo Legislativo ou delegadas ao Administrador – poderia ser considerado completo e dispensar algum nível de atividade criadora por parte do Juiz. Em face da hipercomplexidade da sociedade moderna, sempre há possibilidade de que a situação trazida à apreciação do aplicador não esteja prevista pelo Direito positivado pelo Estado. Reconhecendo o déficit, o positivismo do século XX<sup>31</sup> aponta que naqueles casos ao qual nenhuma regra pode ser aplicada – as comumente chamadas de “lacunas do Direito” –, o juiz decidiria, de acordo com suas próprias convicções, ou seja, possuiria discricionariedade para estabelecer uma nova regra e, inclusive, aplicá-la retroativamente (REGLA, 2007, p. 671; DWORKIN, 2002, p. 28).

Há então duas questões importantes a serem resolvidas e sua solução depende, certamente, do referencial teórico a ser adotado. Primeiro, o que significa tal discricionariedade para o Judiciário? Depois, reconhecido que em determinadas situações o Direito positivado pelo Estado não contempla solução para o caso posto a exame, a solução que se dará poderá ser considerada jurídica?

A teoria jurídica de Dworkin enfrenta a questão da discricionariedade e, na medida em que reconhece o papel fundamental dos princípios jurídicos, tenta equacionar o problema.

---

<sup>31</sup> “O Positivismo jurídico do século XX, bem representado nas versões de Hans Kelsen e Herbert Hart, assume, então, a presença do Poder Judiciário como criador de normas jurídicas, ainda que não da mesma natureza do que aquelas apresentadas pelo Legislador, e passa-se a um novo plano de discussão do papel do Poder Judiciário na criação do Direito. A distinção entre normas gerais e individuais evidenciada por Kelsen e, posteriormente, a distinção entre regras primárias e secundárias realizada por Hart, são a tradução do momento em destaque, e implicam em um acréscimo de complexidade na teoria jurídica” (ROESLER, 2008, p. 10).

Aquele autor parte do pressuposto de que o conceito de poder discricionário está ligado ao fato de alguém ser “encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade” (DWORKIN, 2002, p. 50). O uso do conceito implica, portanto, na inserção em um contexto, e um condicionamento relativo a uma adequação a padrões anteriores.

Mas a discricionariedade pode se dar em dois sentidos: forte e fraco, sendo este último dividido em duas versões: um primeiro sentido fraco é utilizado apenas para deixar claro que os padrões utilizados para decisão não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem uso da capacidade de julgar. Dworkin exemplifica a questão por meio do seguinte exemplo: um tenente que ordenasse a um sargento que escolhesse seus cinco homens mais experientes para levar em patrulha (DWORKIN, 2002, p. 51). É certo que, para cumprir tal ordem, o sargento precisará exercer o seu poder de julgamento (discricionário) para escolher aqueles que reputar mais experientes. Um segundo sentido fraco para o uso do conceito de discricionariedade se refere ao *status* de um funcionário que decide questões nas quais tal definição não mais pode ser questionada. Utiliza-se o referido conceito quando se verifica, por exemplo, num quadro de servidores públicos, uma disposição hierárquica que permite que aquele que estiver em uma posição superior, tenha o poder de decisão final.

Utiliza-se o sentido forte de discricionariedade, ao contrário, quando se quer dizer que funcionário que decide não se encontra frente a qualquer limitação imposta por uma autoridade. Retomando o exemplo de Dworkin, o sentido forte seria empregado quando for ordenado ao sargento que escolha quaisquer homens para formar a patrulha, sem limitações condicionadas pela autoridade que lhe é superior. Assim, o uso da expressão não se associa ao caráter vago dos padrões estabelecidos ou sobre quem tem a palavra final na aplicação deles,

mas serve “para comentar sobre seu âmbito de aplicação e sobre as decisões que pretendem controlar” (DWORKIN, 2002, p. 52)<sup>32</sup>.

Estabelecidas tais distinções, Dworkin passa a desenvolver sua crítica, sustentando que a visão apresentada pelo positivismo acerca do Direito utiliza o termo discricionário no sentido forte ao se reportar às situações em que não há uma regra explicitada para solução do caso. Daí decorre a conclusão que o Juiz – para o positivismo – não está obrigado a decidir de acordo com os princípios jurídicos adequados ao caso, tendo livre escolha para adoção de critérios a seu arbítrio<sup>33</sup>.

Em síntese, para o positivismo, havendo uma situação na qual o Direito vigente não abarca um determinado fato, a decisão deverá ser tomada por uma autoridade pública que, usando seu discernimento pessoal, declarará uma resolução “indo além do direito na busca de algum outro tipo de padrão que o orienta na confecção da nova regra jurídica” (DWORKIN, 2002, p. 28). Para Dworkin, o outro padrão que orienta o Magistrado refere-se, na verdade, aos princípios jurídicos, os quais, mesmo que não explicitados pelo Direito positivo, devem ser considerados tão obrigatórios quanto as regras. A ideia aqui expressa é, em suma, uma marca de sua crítica, uma vez que este insiste que os positivistas incorrem em erro ao entenderem discricionárias as escolhas dos Juízes naquele sentido forte.

---

<sup>32</sup> Dworkin resalta uma questão importante: mesmo o sentido forte de discricionariade não equivale à ausência de crítica. “O poder discricionário de um funcionário não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão do poder discricionário. [...] Alguém que possua poder discricionário nesse terceiro sentido [forte] pode ser criticado mas não por ser desobediente [...]. Podemos dizer que ele cometeu um erro mas não que tenha privado um participante de uma decisão que lhe era devida por direito” (DWORKIN, 2002, p. 53-54).

<sup>33</sup> “É o mesmo que dizer que, quando um Juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos Juízes não impõem obrigação a estes” (DWORKIN, 2002, p. 52).

Do até aqui exposto, certo é o fato de que em determinadas situações, os Juízes decidem de acordo com padrões distintos daqueles positivados pelo Legislador ou, quando for o caso, daqueles inscritos na legislação formulada pela Administração Pública. Assim, os Magistrados acabam criando um direito que pode até ser “fora da lei”, mas não necessariamente será “extra-jurídico”<sup>34</sup>.

O percurso desenvolvido até aqui já posiciona o estudo numa ambiência que tem sido chamada de pós-positivista. De fato, como bem observa Regla (2007, p. 666), a crise do paradigma do Estado de Direito Liberal levando ao Estado Democrático de Direito implicou, paralelamente, a uma crise do paradigma positivista na cultura jurídica e ao trânsito até um paradigma pós-positivista. Em tal paradigma, que implica várias mudanças de perspectiva<sup>35</sup>, observa-se a crescente importância que a atividade judicial passou a ter na defesa dos direitos fundamentais, tomando o lugar que antes era dado aos parlamentos<sup>36</sup>. Desloca-se, também, o

---

<sup>34</sup> “Num sentido trivial, é inquestionável que os juízes ‘criam novo direito’ toda vez que decidem um caso importante. Anunciam uma regra, um princípio, uma ressalva a uma disposição [...] nunca antes oficialmente declarados. Em geral, porém, apresentam essas ‘novas’ formulações a partir de relatos aperfeiçoados daquilo que o direito já é se devidamente compreendido” (DWORKIN, 2003, p. 9).

<sup>35</sup> Albert Calsamiglia, em texto publicado na *Revista Doxa* (1998) intitulado, justamente, *Postpositivismo*, pretende estabelecer um panorama comparativo entre o positivismo e o que vem sendo chamado de pós-positivismo. Segundo aquele autor, as duas teses principais do positivismo são: 1) a defesa de uma teoria das fontes sociais do direito, segundo a qual é possível determinar o que é o direito (estabelecer seus limites) examinando o sistema normativo ditado pelo homem e institucionalizado (reconhecido) pelo Estado; 2) Pregar a autonomia do direito, pressupondo que não há uma conexão necessária entre direito, política e moral. Os pós-positivistas, a seu turno, deslocam a agenda de problemas porque passam a prestar a atenção na indeterminação do Direito. “[...], el postpositivismo acepta que las fuentes Del derecho no ofrecen respuesta a muchos problemas y que se necesita conocimiento para resolver estos casos. [...] Si eso es cierto, entonces se diluye La rígida distinción entre la descripción y la prescripción. Las teorías [contemporâneas] del derecho tienden a ofrecer no sólo aspectos cognoscitivos referidos a hechos sociales del pasado sino que tienen también pretensiones prescriptivas, en el sentido de ofrecer criterios adecuados para resolver problemas prácticos [...]” (CALSAMIGLIA, 1998, p. 212). Em relação à questão da relação entre direito e moral, tem-se que os pós-positivistas, ao chamarem atenção para o fato de que em muitas constituições modernas existem princípios morais incorporados como direitos fundamentais, demonstram que não é mais possível negar a conexão entre estas duas instancias normativas. Além disso, o reconhecimento da centralidade dos princípios jurídicos como fundamento de solução dos casos difíceis altera a forma como é pensada a relação entre direito, moral e política. Não há mais uma separação absoluta, mas uma articulação complementar “em que se procura respeitar as especificidades desses três âmbitos, mas se reconhece a impossibilidade de tratá-los de forma segmentada” (MAIA, 2009, p. 23).

<sup>36</sup> Convém destacar a seguinte advertência: no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário é apenas uma das instâncias onde o tema dos direitos fundamentais é debatido. As diversas vezes que emergem ora da sociedade, partindo seja de indivíduos, seja de sujeitos coletivos, ora das várias instâncias do poder estatal, são obviamente co-partícipes do processo de busca por reconhecimento, institucionalização e implementação de direitos. Se por conta das especificidades do presente estudo há uma ênfase no papel do Judiciário, sabe-se que é

centro de análise tanto da Ciência do Direito como da Teoria e Filosofia do Direito, passando a produção judicial a ser objeto de inúmeros estudos, mormente por parte da chamada teoria da argumentação jurídica<sup>37</sup>.

Estabelecido, pois, que o Judiciário não mais pode ser visto apenas como reprodutor das normas elaboradas pelo Legislativo<sup>38</sup>, e que certa dose de criatividade normativa, limitada pelos princípios jurídicos, deve lhe ser reconhecida, o capítulo a seguir discorrerá sobre como se dá tal “produção normativa” no âmbito do Judiciário brasileiro, especificamente no que tange aos Tribunais Superiores. Para isso, contudo, não será possível prescindir de um diálogo com a Teoria do Direito e com aportes das teorias da análise do discurso e da argumentação jurídica a fim de melhor esclarecer como se dá a relação entre as súmulas e os diversos operadores jurídicos.

---

preciso evitar a tentação de transformar-lhe no desaguadouro de todos os anseios da sociedade, aproximando-se da figura do “pai” ou “superego coletivo” de uma sociedade órfã e carente de tutela (cf. MAUS, 2000).

<sup>37</sup> Sobre o desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica, cf. ATIENZA (2000; 2007). O tema será objeto de discussão no capítulo IV do presente estudo.

<sup>38</sup> Com base nos pressupostos da Teoria dos Sistemas, Luhmann chega a conclusões semelhantes, procurando demonstrar como os Tribunais passaram a ocupar a posição de centro do sistema jurídico. Luhmann parte do fato de que o próprio sistema jurídico coage os Tribunais à decisão através da norma que proíbe a recusa da prestação jurisdicional. “Assim surge por intermédio da atividade sentenciadora dos Tribunais um direito judicial, que, no decorrer da sua reutilização constante, é, em parte, condensado, isto é formulado com vistas ao reconhecimento e, em parte, confirmado, isto é visto como aproveitável também em outros casos. Parece ser universalmente reconhecido hoje que essa espécie de desenvolvimento do Direito não pode ser antecipada, nem produzida, nem impedida pelo legislador. [...] Ela resulta da proibição da recusa da Justiça [proibição da não decisão]” (LUHMANN, 1990, p.163) (grifo nosso). Cabe aqui a advertência de que, segundo aquele autor, tal centralidade do Poder Judiciário não implica em hierarquia. Por um lado, “não podemos mais compreender a legislação como uma instância hierarquicamente superior à administração da Justiça, como uma instância que dá instruções a serem seguidas pelos Tribunais” (LUHMANN, 1990, p. 164). Por outro lado, “a dominância da distinção entre periferia e centro mostra claramente que o sistema total não pode ser estruturado hierarquicamente. Ele é excessivamente complexo para tal e, do ponto de vista temporal, excessivamente dinâmico. Só o próprio centro, só a jurisdição pode ser constituída hierarquicamente. Ela conhece várias instâncias que interligam os Tribunais Superiores e as Cortes Comuns. Assim a coerção para a decisão é desdobrada e a área problemática é tendencialmente deslocada para cima. A diferenciação de periferia e centro possibilita assim uma hierarquização no centro sob a condição de não ser estendida ao sistema total” (LUHMANN, 1990, p. 165).

### 3 DISCUTINDO O SENTIDO E OS USOS DAS SÚMULAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO BRASIL

Conforme exposto no primeiro capítulo do presente estudo, extrai-se das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que o motivo principal para a impossibilidade de submeter a controle de constitucionalidade as súmulas emanadas pelos Tribunais Superiores é a ausência de normatividade. Diz-se que não é possível impor seu cumprimento aos seus destinatários. E, em face do seu descumprimento, não se prevê nenhuma sanção. Por conta disso, as súmulas não podem ser consideradas atos normativos.

De fato, as tradicionais teorias sobre a norma jurídica costumam diferenciá-las das demais normas de conduta levando em consideração a previsão de obrigatoriedade descrita em outra norma, ou ainda, a possibilidade de imposição de uma sanção em face do seu descumprimento.

Para Kelsen (1986, p. 176), o que distingue a norma jurídica das demais normas de convívio social – como, por exemplo, a moral e a religião – é a existência de uma sanção, ou seja, a previsão de um ato de força pelo qual o Estado, servindo-se de seu monopólio da violência regulada, pune os sujeitos que tenham incorrido em uma conduta tida como ilícita por uma outra norma jurídica.

Com a categoria formal do ‘dever ser’ ou da norma, só se conseguiu, porém o gênero próximo, não a diferença específica do direito. A teoria jurídica do século XIX concordou, de modo geral, que a norma jurídica seria uma norma coercitiva, no sentido de que é uma norma de coação e, por isso mesmo, se distingue das outras normas. Neste ponto, a Teoria Pura do Direito segue a teoria positivista do séc. XIX. Para ela, a consequência decorrente da proposição jurídica, contida em determinada condição, é o ato coercitivo estatal, isto é, a pena e a execução coercitiva civil ou administrativa e somente por isso a situação de fato condicionadora é qualificada de antijurídica, e a condicionada, de consequência da antijuridicidade<sup>39</sup> (KELSEN, 2007, p. 69-70) (grifo nosso).

---

<sup>39</sup> Faz-se importante estabelecer algumas distinções. Conforme Sgarbi (2007, p. 157), sanção é uma “técnica de controle prevista por um ordenamento jurídico com vistas a reforçar a observância e prevenir e remediar os efeitos da inobservância de suas normas, seja com medidas de índole positiva ou negativa”. A coercibilidade, por sua vez, “é a legítima possibilidade de se utilizar a força socialmente organizada com vistas a se obter o

Segundo Bobbio (2001, 152-160), outro autor positivista, o que diferencia a norma jurídica das normas morais ou sociais é a existência de um tipo singular de sanção. Por sanção, deve-se entender uma resposta à violação da norma. É certo que, mesmo no caso de outras normas – como, por exemplo, a norma moral e a norma social – sempre há uma resposta em face da sua violação. Contudo, na moral, o que se observa é uma sanção interior – a violação de uma norma moral causa, no máximo, uma angústia, um incômodo de natureza privada. A sanção social – decorrente da quebra de regras de “boa-educação” ou de costume – por sua vez, é uma sanção externa que se manifesta por uma reprovação ou até mesmo por um isolamento ou expulsão por parte do grupo em que se está inserido. A sanção jurídica, a seu turno, é também uma sanção externa, mas, diferente da sanção social, é institucionalizada. Tal aspecto significa ser uma resposta do grupo social regulada por outras regras semelhantes às normas que prescrevem condutas. Esse tipo de sanção resolveria os inconvenientes dos demais na medida em que distintamente da sanção interna seria provida de maior eficácia, posto que conseguiria que as normas fossem menos violadas. Além disso, ao contrário do que acontece com a sanção social, a proporção entre a violação e a resposta seria controlável, uma vez que estaria formalizada e, conseqüentemente, publicizada entre os integrantes do grupo.

H. L. Hart (2009) levanta, contudo, a crítica de que a previsibilidade da punição é um aspecto importante das normas jurídicas, mas não é suficiente para caracterizá-las. Segundo aquele autor, existem dois tipos de regras: primárias e secundárias. São regras primárias aquelas que fixam comportamentos aos indivíduos. Já as regras secundárias têm por objeto a regulamentação acerca da origem, modificação ou extinção das regras primárias<sup>40</sup>.

---

cumprimento da norma”. Já a coatividade designa o uso real, concreto, da força. Daí que “supõe a aplicação material da sanção”. Dessa forma, a coercibilidade é a sanção em potencial e a coatividade a “sanção em ato”.

<sup>40</sup> Esta diferenciação mostra-se importante para que se determine, no modelo de Hart, como as regras podem ser consideradas válidas. Quando desenvolvida uma regra secundária fundamental, que tem por objetivo determinar como as regras jurídicas devem ser identificadas, esta recebe a denominação de regra de reconhecimento, que terá por finalidade identificar os elementos normativos que são, de fato, o Direito (HART, 2009, p. 103 e ss.).

A leitura de Hart denota que o modelo de Kelsen, por exemplo, está mais voltado para a identificação da norma penal. Pouco tem a esclarecer, contudo, sobre as demais normas que compõem o sistema jurídico, mormente aquelas que, apesar de não dotadas de sanção, desempenham função relevante no sistema, como a de, por exemplo, conferir poderes jurídicos.

Tais teorias sobre a norma jurídica foram formuladas em outro contexto, mormente como parte do paradigma liberal<sup>41</sup>. Todavia, basta ler os acórdãos que servem de mote para o presente estudo, para observar que as referidas teorias influenciam/conformam a visão que muitos juristas têm sobre a norma jurídica. Tais teorias, contudo, não conseguem alcançar a especificidade do caso brasileiro em relação às súmulas. Em face das diversas alterações na legislação e também em razão das práticas dos diversos operadores jurídicos, as súmulas, no contexto brasileiro, ganharam contornos complexos e, conforme se pretende demonstrar, não apenas orientam, predominam, mas se impõem. São fruto de decisões emanadas do Judiciário e servem como fundamento de decisões judiciais vindouras. São redigidas em termos abstratos justamente para ajustar-se a cada caso concreto futuro pretensamente similar.

Essa complexidade das súmulas no Direito brasileiro foi notada por Wambier (1985). Segundo aquela autora, as Teorias do Direito de viés positivista – como as de Hart, Kelsen ou Bobbio –, tampouco as teorias jusnaturalistas, ambas apoiadas em uma visão semântica das normas jurídicas, tem condições de fornecer explicações sobre o fenômeno da súmula no Direito nacional. Somente uma teoria que examinasse as normas do ângulo pragmático na sua relação com os sujeitos afetados e na função que exercem no contexto de aplicação, poderia lançar melhores luzes ao intrincado problema.

A discussão merece algum esclarecimento.

---

<sup>41</sup> Cf. capítulo anterior do presente estudo. Vale destacar que tais teorias ainda não punham em relevo a questão dos princípios jurídicos.

De fato, é preciso explicitar sobre qual conceito de súmula e de norma está se tratando e sob que perspectiva está se conduzindo o olhar sobre tal conceito. Tratando-se de um conceito que se expressa em linguagem humana, faz-se necessário a utilização dos pressupostos das teorias da linguagem para enfrentar o problema da noção de súmula e de seus usos no discurso jurídico.

A modernidade trouxe como novidade, no âmbito filosófico, um deslocamento do objeto do conhecimento antes centrado na relação sujeito/objeto. Atualmente, é inegável a centralidade que ocupa a linguagem nos estudos sobre o conhecimento humano:

[...] A reviravolta linguística do pensamento filosófico do século XX se centraliza, então, na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é o momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infra-estrutura linguística (OLIVEIRA, M., 2006, p. 13) (grifo nosso).

Por conseguinte, os estudos sobre a linguagem no mundo contemporâneo têm demonstrado que: a) imerso na própria linguagem, o ser humano não tem como lhe “escapar”, olhar de fora; a linguagem constitui o ser humano<sup>42</sup>; b) uma vez que o intérprete carrega consigo uma vivência, uma história que não pode ser eliminada e interage, dialoga com o objeto interpretado, as interpretações são necessariamente parciais, afastando-se, assim, das pretensões de neutralidade (OLIVEIRA, M., 2006, p. 230)<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Vale destacar aqui a presença fundamental da filosofia hermenêutica de Gadamer. Segundo as ideias desse autor, “a linguagem não é nenhum instrumento, nenhuma ferramenta. Pois, uma das características essenciais do instrumento é dominarmos o seu uso, e isso significa que lançamos mão e nos desfazemos dele assim que prestou o seu serviço. Não acontece o mesmo quando pronunciamos as palavras disponíveis de um idioma e, depois de utilizadas, deixamos que retornem ao vocabulário comum de que dispomos. Esse tipo de analogia é falso porque jamais nos encontramos como consciência diante do mundo para, num estado desprovido de linguagem, lançarmos mão do instrumental do entendimento. Pelo contrário, em todo conhecimento de nós mesmos e do mundo, sempre fomos já tomados pela nossa própria linguagem” (GADAMER, 2004, p. 176).

<sup>43</sup> Sobre esse aspecto, a obra de Gadamer também é tida como referência. Segundo Manfredo Oliveira (2006, p. 226), a pergunta nuclear do pensamento de Gadamer é: “que significa para a compreensão e autocompreensão do homem saber-se carregado por uma história, que se articula para nós como linguagem dada pela tradição?”. Ainda conforme aquele autor, para Gadamer, “nossa historicidade não é uma limitação, mas antes uma ‘condição de possibilidade’ de nossa compreensão: compreendemos a partir de nossos pré-conceitos que se gestaram na história e são agora condições transcendentais de nossa compreensão” (OLIVEIRA, M., 2006, p. 227).

Servindo-nos da semiótica e da semiologia, entendidas como teoria geral da significação<sup>44 45</sup>, o estudo dos signos divide-se em três partes: a sintaxe, que possui como objeto o estudo das relações entre os signos e das regras que os regem; a semântica, que visa averiguar o sentido das proposições, a partir das relações dos enunciados com as coisas a que se referem; e, a pragmática, dirigida ao uso e as intenções das proferências discursivas, estudando o signo em sua relação com os usuários (WARAT, 1995) (CAPELLA, 1968, p. 22).

A partir da chamada virada linguístico-pragmática, que tem como ponto de referência a obra do ‘segundo Wittgenstein’<sup>46</sup>, os estudos baseados na pragmática ganharam relevo. Aqui Wittgenstein desenvolve sua teoria sobre os jogos de linguagem, demonstrando que uma mesma expressão linguística poderá ser utilizada de forma diversa em duas situações distintas, adquirindo significações completamente diferentes. Segundo Manoel de Oliveira (2006, p. 139), a filosofia de Wittgenstein rompe com o pensamento tradicional para quem a linguagem

---

<sup>44</sup> Conforme afirma Warat (1995, p. 25-39), apoiado nos estudos de Rudolf Carnap e de Saussure, a unidade de análise de qualquer sistema linguístico é o signo, que por sua vez, é composto de dois elementos: indicador ou significante, localizado no plano da expressão, de natureza sempre material (som, grafia, gesto), e o indicado ou significado, constituído pela situação significativa (fenômeno, fato, situação no mundo), que conseguimos comunicar mediante o indicador. O signo seria “uma realidade bifásica e seu estatuto lógico seria o de uma relação” (WARAT, 1995, p. 39), ou ainda, “o ponto de articulação indissociável entre o indício material (significante) e o seu conteúdo conceitual (significado). [...], uma realidade bifásica, como o verso e o averso de uma folha de papel” (WARAT, 1995, p. 25).

<sup>45</sup> O interesse por tornar os signos objeto de um conhecimento científico originou-se das investigações realizadas pelos linguistas, em face da linguagem natural, e pelos lógicos-matemáticos, em relação às linguagens artificiais formalizadas. Pelo lado dos linguistas, Ferdinand de Saussure, na Europa, sugeriu que o nome dessa Ciência deveria ser Semiologia. Por outro lado, Charles Peirce, nos Estados Unidos da América (EUA), propôs-lhe o nome de Semiótica. Conforme pontua Warat (1995, p. 15), a Semiologia e a Semiótica, apesar da diferença de enfoque e, em parte do objeto temático, apresentam traços epistemológicos similares. Em face de seu contexto originário, ambas podem ser vistas como essencialmente formalistas e “partindo de uma concepção de objetividade exterior à história”. O presente estudo serve-se de categorias formuladas por tais correntes teóricas, mas a partir de uma releitura do que se entende por semiologia, mais adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Assim, com Warat (1995, p. 13), a Semiologia “deve ser compreendida como uma prática complexa que, no interior de cada discurso, deve mostrar-nos, em um processo contra-discursivo, as funções sociais dos diferentes âmbitos e modos de significar”.

<sup>46</sup> A referência ‘segundo Wittgenstein’ dá-se para marcar um ponto de virada entre o primeiro momento do autor, expressado pelo seu *Tractatus Logico-Philosophicus*, e o segundo momento, com a obra *Investigações Filosóficas*, onde o mesmo desenvolve sua teoria sobre os jogos de linguagem. Naquele primeiro momento, tem-se a concepção de linguagem que diz serem as palavras significativas na medida em que designam objetos. Para essa concepção, semântica, “as palavras têm sentido porque há objetos que elas designam: coisas singulares ou essências” (OLIVEIRA, M., 2006, p. 121). Radicalizando tal noção, Wittgenstein procura, no seu *Tractatus Logico-Philosophicus*, guiar-se pela possibilidade de uma linguagem perfeita “capaz de reproduzir exatamente a estrutura ontológica do mundo” (OLIVEIRA, M., 2006, p. 121).

é, em última análise, puro meio de descrição do mundo, “sem a percepção de que a significação de uma palavra resulta das regras de uso seguidas nos diferentes contextos de vida”.

Em síntese, demonstrou-se que o significado das palavras não é apenas dependente da relação com outras palavras. Também não se pode perquirir sobre o sentido das palavras (semântica) como especulação *a priori*, sem considerar o uso que os participantes do discurso fazem delas; daí que o significado somente pode ser construído a partir da compreensão do uso da palavra dentro de uma forma de vida (pragmática) (OLIVEIRA, M., 2006, p. 132).

Diante do exposto, é possível retomar a afirmação de Wambier. Segundo aquela autora, as teorias de viés positivista estudam o signo (norma jurídica) de uma perspectiva sintática, em face da sua relação com outros signos (outras normas jurídicas)<sup>47</sup>. As teorias jusnaturalistas, por sua vez, preocupam-se com a relação semântica entre a norma jurídica (signo) e o objeto a que se referem (o justo, o bem...). Daí tem-se a conclusão de que “só uma visão pragmática é apta a absorver o fenômeno Súmula [...]”. Dessa perspectiva, “o ponto de onde se enfoca o direito não é a norma (...); mas o usuário dos signos, usando-os – a experiência jurídica” (WAMBIER, 1985, p. 232).

Assim, o presente estudo procura compreender as súmulas do ponto de vista pragmático, a fim de examinar a função que elas tomam no discurso jurídico, especialmente no discurso das decisões judiciais, enfatizando sua relação com os diversos usuários (Juízes, partes do processo, público em geral).

---

<sup>47</sup> Sob a ótica da teoria jurídica de Dworkin, as teorias positivistas também veem o Direito de uma perspectiva semântica. Segundo a crítica de Dworkin, o positivismo enxerga o direito como uma simples questão de fato, sendo que o papel do jurista é tão somente, como observador imparcial, descrever o que foi decidido pelas autoridades competentes e formular critérios semânticos para distinguir o que seja ou não direito, diferenciando-o da moral e da política (DWORKIN, 2001, p. 38 e ss.). Assim, tem-se uma visão bastante ampliada em relação àquela mostrada por Wambier, que foca apenas o olhar do positivismo sobre a norma jurídica – ao estabelecer necessárias relações de encadeamento sequenciais entre as normas apresentadas, o que caracterizaria uma perspectiva sintática.

Observa-se que a teoria mais adequada para compreender a função das súmulas no sistema jurídico brasileiro é o construto teórico sobre as normas jurídicas formulado por Ferraz Júnior, o qual passa-se a reconstruir, ainda que de forma breve.

Aquele autor analisa as normas enquanto linguagem, ou seja, discursos normativos<sup>48</sup>. Ademais, as observa sobre o ângulo da pragmática, o que implica dizer que o modelo operacional apresentado se ocupa primordialmente dos aspectos comportamentais da relação discursiva, tendo como norte de análise o chamado princípio da interação, ou seja, o ato de falar enquanto uma relação entre emissor e receptor mediada por signos linguísticos. Encara-se a norma como fato linguístico, incorporando à sua análise uma “dimensão lúdica” que se refere aos jogos de linguagem, entendidos como jogos estratégicos de pergunta e resposta/ação e reação (FERRAZ JUNIOR, 1986, p. 4-5). Investiga-se, pois, a norma jurídica na sua interação com os emissores e receptores e também acerca da sua função no discurso jurídico.

Tratando sobre os discursos, Ferraz Junior (1986, p. 31) distingue entre os aspectos relato e cometimento do ato de comunicar. Dado o seu caráter interacional, o ato de falar sempre implica uma ordem, isto é, quem fala (ou decide), não só transmite uma informação (apela ao entendimento de alguém), mas, ao mesmo tempo, impõe um comportamento. O aspecto-relato é a informação transmitida. O aspecto-cometimento é uma informação sobre a informação, que diz como a informação transmitida deve ser entendida. “No discurso normativo, o aspecto-relato – por exemplo: “não pise na grama” – está sempre acompanhado do aspecto-cometimento – “obedeça” (FERRAZ JUNIOR, 1986, p. 113).

---

<sup>48</sup> “Esforçamo-nos em ver a norma como a expressão abreviada de uma forma particular de relação em curso. Dá-se uma redução do âmbito de investigação ao plano do discurso – falamos preferencialmente em discurso normativo ou em norma como seu sinônimo” (FERRAZ JUNIOR., 1986, p. 38).

Aquele autor também introduz em seu modelo o importante conceito de imunização, que está diretamente relacionado ao de controle. Sob o ângulo pragmático, a noção de controle está ligada a uma característica central do discurso normativo enquanto decisão, qual seja, sua capacidade de por um fim nos conflitos. Normas jurídicas são decisões cuja função é determinar outras decisões. A norma cumpre a tarefa de determinar quais as decisões, ou seja, quais alternativas decisórias devem ser escolhidas. Assim, a imunização torna-se um processo racional que capacita o editor [da norma] a controlar as reações do endereçado [da norma] eximindo o discurso normativo de crítica, estabelecendo fim ao conflito. A imunização (contra a crítica) pode ser alcançada de diversos modos e o discurso normativo jurídico não é o único que se utiliza de tal técnica. Assim, por exemplo, num texto em que se expõe uma hipótese científica, é possível imunizar certas afirmações contra crítica recorrendo a presunções, postulados, axiomas (FERRAZ JUNIOR, 1986, p. 106).

Tomando os conceitos apresentados como premissas, Ferraz Junior aduz que, por validade da norma, deve-se entender uma relação entre o aspecto cometimento de uma norma e o aspecto relato de outra norma que a imuniza. Validade, assim, é uma propriedade do discurso normativo que exprime uma conexão de imunização. A imunização do discurso normativo jurídico se caracteriza, pois, por ser conquistada a partir de outro discurso normativo, o que faz da validade uma relação pragmática entre normas, em que uma imuniza a outra contra as reações do endereçado. Assim, aquele autor considera válida a norma cujo aspecto-cometimento está imunizado contra críticas através de outra norma.

É importante entender que a validade – do ângulo pragmático – não expressa mera relação entre normas, mas entre normas enquanto interações, pois a relação de imunização inclui os comportamentos comunicantes e os sujeitos envolvidos. Por isso, a validade não é conceito monádico, não se limitando, pois, a uma relação linear entre a norma “A” e a norma “B”, mas leva em consideração a relação da norma “B” sobre a norma “A”. O princípio da

interação – que rege a análise pragmática – exige que se observe a validade, não como uma cadeia linear e progressiva que tem um começo e um fim, mas como uma relação, cujo padrão é a circularidade, o que obriga a abandonar a noção, por exemplo, de que a norma “A” ocorre primeiro e a norma “B” é determinada pela ocorrência de “A” (FERRAZ JUNIOR 1986, p. 124).

No contexto da situação analisada, contudo, é possível identificar “normas origem”<sup>49</sup> – que iniciam uma cadeia de normas derivadas – funcionando como medida de validade ou invalidade das seguintes.

É bom que se esclareça, contudo, que não há de se confundir tal conceito com aquele de norma fundamental de Kelsen. Para Ferraz Junior, é preciso romper com o pressuposto de que o ordenamento jurídico constitui um sistema enquanto ordem linear, unitária e hierárquica, que culmina numa única norma fundamental<sup>50</sup>, reconhecendo, ao contrário, que o “sistema normativo” admite a presença de várias cadeias com diversas “normas-origem”, até mesmo entre si incompatíveis.

---

<sup>49</sup> O termo é apropriado por Ferraz Junior da obra de Capella (1968, p. 131).

<sup>50</sup> Como bem adverte Ferraz Junior, a noção de norma fundamental na Teoria do Direito de Kelsen opera em dois planos: um lógico-transcendental e outro empírico-positivo (KELSEN, 2007, p. 97-98). No primeiro plano, ela corresponde a uma proposição do dever-ser hipotética, que fornece às demais normas o seu caráter de validade. “Assim, a norma fundamental é não só responsável pela possibilidade do conhecimento jurídico, mas também pela própria experiência objetiva do direito. Sem o pressuposto *a priori* de uma proposição que manda obedecer a autoridade constituída, não só não há conhecimento das normas vigentes, como também não se pode sequer reconhecer quais normas estão na relação de validade e constituem o sistema” (FERRAZ JUNIOR, 1986, p. 135). No sentido empírico-positivo, a norma fundamental se confunde com a Constituição, em termos técnicos jurídicos (KELSEN, 2007, p.98). A crítica de Ferraz Junior se dirige à tensão originada entre ambos os planos, dado que em seu modelo a noção – central – de imperatividade, se distingue fundamentalmente da noção de Kelsen. Com efeito, a imperatividade se revela, para Ferraz Junior, como um conjunto de regras responsáveis pelas relações entre editores e endereçados. Estas regras, em primeiro lugar, não constituem um corpo, por exemplo, no sentido de uma Constituição, não se confundindo com esta. Tal aspecto limita a ideia de que o sistema normativo, como um todo, tenha a forma de uma ordem escalonada, unitária, repousando num princípio único e último, capaz de determinar originariamente o sentido da validade das demais normas num movimento linear e descendente. Ao contrário, pressupõe-se o padrão circular, que não exclui o escalonamento, mas o relativiza como um dos relacionamentos possíveis; ou seja, “no sistema normativo jurídico, visto do ângulo pragmático, é impossível determinar-se o sentido do sistema apenas pelo seu estado inicial ou sua origem, por exemplo, a partir de uma Constituição estabelecida, ocorrendo, outrossim, interrelação entre as normas que se acumulam e modificam continuamente o sistema; este é, então, independente até certo ponto das suas decisões iniciais, sendo mais importante, para sua compreensão, mais que a sua origem, a sua organização atual. Assim, o jurista se preocupa, na captação do sistema, não só com o escalonamento das normas, em termos de hierarquia de competências, compatibilidade de conteúdo, mas também com relacionamentos cruzados, que podem até desconfirmar as hierarquias, ditadas por regras doutrinárias, princípios de interpretação, regularidades de aplicação (jurisprudência), etc.” (FERRAZ JUNIOR, 1986, p. 136).

O sistema, nestes termos, não tem, necessariamente, um ângulo superior, como na pirâmide kelseniana. Assim, por exemplo, uma Constituição imuniza as normas legais votadas pelo Legislativo e as decisões de um Tribunal constitucional que julgue da constitucionalidade das leis, sendo estas decisões, por sua vez, imunizantes (no sentido de imunização finalística) das próprias leis. Mas ele [o sistema jurídico] pode ter outras normas-origens, paralelas à Constituição, que se tenham efetivado no desenvolvimento do sistema, como seria o caso de uma norma legislada, declarada inconstitucional pelo Tribunal, que, entretanto, não tem o poder de revogá-la, sendo assim, mantida pelo editor, o que faz dela nova norma-origem, produzindo efeitos próprios, iguais ou diferentes dos previstos pela própria Constituição [...]. O sistema normativo tem, assim, centros de referência que são dados pelas diversas normas-origens (FERRAZ JUNIOR, 1986, p. 148).

No modelo construído por Ferraz Junior – e para os fins que ele é aqui reconstruído –, mostra-se central entender a relação entre efetividade/validade, nos termos da configuração do próprio modelo.

Conforme o exposto, a validade é relação de imunização do aspecto-cometimento de uma norma pelo aspecto-relato de outra norma. A efetividade, por sua vez, exprime uma relação de adequação entre o aspecto-cometimento e o aspecto-relato da mesma norma. “Se não é possível saber se uma norma isoladamente é válida ou não, é possível dizer se ela é efetiva” (FERRAZ JUNIOR, 1986, p. 114).

Para melhor entender sua noção de efetividade, Ferraz Junior parte para o seguinte exemplo: compare-se a norma pronunciada pelo capitão de um navio em alto mar: “em caso de perigo, os marinheiros devem pôr-se à disposição de seus superiores imediatos” e a mesma norma pronunciada, depois de um naufrágio, de que só marinheiros sobreviveram. “Neste caso podemos admitir que ambas as normas sejam válidas, a segunda, porém, tem um grau de efetividade nitidamente inferior (FERRAZ JUNIOR, 1986, p. 114). Tal conclusão é possível porque se está observando a norma jurídica como discurso (decisório), e discurso é ação linguística cuja análise envolve a consideração não somente dos signos utilizados, mas também dos sujeitos que os emitem e ouvem, e de suas respectivas reações. Sob o ângulo pragmático, o discurso é, pois, um procedimento em que os sujeitos em determinada situação servem-se de signos, produzindo determinado entendimento.

Dizer, pois, que o aspecto-relato e o aspecto-cometimento da norma são adequados implica dizer que a informação transmitida, o seu relato, pode ser objeto de questionamento daqueles que se lhe destinam, ajustando-os as atuais condições dos sujeitos e da própria situação em análise. Assim, persegue-se um equilíbrio entre o editor da norma e o endereçado de tal modo que o aspecto cometimento seja entendido e os efeitos pretendidos possam ser produzidos.

[...] Ao contrário, se pelo relato se exprime mal o cometimento ou se o faz de modo limitado (a norma faz referência a sujeitos ou condições de aplicação que ela não especifica), o seu cometimento fica intrinsecamente afetado em diversos graus. Isto, evidentemente, pode ocorrer por uma falha, mas, também, por motivo de controle de modo intencional. Uma norma pode assim, ser plenamente eficaz, se a possibilidade de produzir os efeitos previstos decorrem dela imediatamente (por exemplo, uma norma revoga outra: o efeito extintivo é imediato), contidamente eficaz, se a possibilidade é imediata, mas sujeita restrições por ela mesma previstas (por exemplo, normas que preveem regulamentação delimitadora), limitadamente eficaz, se a possibilidade de produzir os efeitos é mediata, dependendo de normação ulterior (por exemplo as normas programáticas)<sup>51</sup> (FERRAZ JUNIOR, 1986, p.118) (grifo nosso).

Assim, Ferraz Junior finaliza sobre a relação entre normas-origem, validade e efetividade, que a validade de uma norma se apoia em outra norma, que a imuniza, até a hipótese de normas-origens que, em si não são válidas nem inválidas (porque são origem e não têm outra norma que as valide), mas que podem ser efetivas ou inefetivas, concluindo que o critério de validade de uma norma é a efetividade e não a validade da norma que regula o ato de sua edição (FERRAZ JUNIOR, 1986, p. 142).

Para o desenvolvimento do tema do estudo em curso, como aquele autor afirma, as súmulas dos Tribunais Superiores funcionam como normas-origem imunizando uma série de outras decisões delas decorrentes e eliminando outras que não tem condições de fazer frente à sua efetividade (FERRAZ JUNIOR, 1986, p. 148). Para compreender tal afirmação, é preciso demonstrar como se dá, na prática, a dinâmica apresentada. Com esse desiderato, faz-se

---

<sup>51</sup> Ferraz Junior serviu-se da tese de José Afonso da Silva, numa classificação que distingue entre normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada, que podem ser de princípio programático e de princípio institutivo. Cf. Silva (1999, p. 123).

importante articular o discurso do Direito positivado – que atualmente rege o instituto da súmula – com a aplicação das súmulas nas decisões judiciais e, de maneira conexa, o discurso da doutrina jurídica sobre os efeitos das referidas súmulas.

Do ponto de vista legal, o art. 479 do Código de Processo Civil (CPC) assim preceitua:

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

O art. 557 do CPC, alterado pela Lei nº. 9756/98, por sua vez está assim redigido:

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 (grifo nosso).

Além disso, o parágrafo 1º.-A do mesmo Código assim determina:

Art, 557 [...]

§ 1o-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.

[...] (grifo nosso).

Já o art. 518 § 1º. do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 11.276/06 está assim redigido:

Art. 518 [...]

§ 1o 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.

[...] (grifo nosso).

No âmbito da Justiça Trabalhista, de acordo com o art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Decreto-Lei nº. 5452/1943:

Art. 896. Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte;

[...] (grifo nosso).

E, o § 5º do mesmo art. 896, assim estabelece:

Art. 896 [...]

§ 5º - Estando a decisão recorrida em consonância com enunciado da Súmula da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, poderá o Ministro Relator, indicando-o, negar seguimento ao Recurso de Revista, aos Embargos, ou ao Agravo de Instrumento. Será denegado seguimento ao Recurso nas hipóteses de intempestividade, deserção, falta de alçada e ilegitimidade de representação, cabendo a interposição de Agravo.

[...] (grifo nosso).

Vale ainda acrescentar que o § 1.º do art. 557 do CPC, faculta ao interessado recorrer contra a decisão do Magistrado que se utilizar da súmula para prover/negar provimento ao pedido original. No entanto, o § 2.º do referido artigo determina que, se o Tribunal considerar tal recurso infundando, protelatório, aplicará multa de até 10% do valor da causa contra o recorrente. Na prática, tem-se que, se a parte atingida insurgir-se contra a aplicação da súmula ela poderá ser penalizada.

Para os fins da presente pesquisa, este é o quadro legislativo brasileiro pertinente às súmulas na atualidade.

Desde o ano de 1964 até o dia 31 de julho de 2011, o STF já produziu 736 (setecentas e trinta e seis) súmulas, sendo que 13 (treze) destas já foram canceladas ou revogadas<sup>52</sup>. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), desde a sua criação, em 1988, já publicou 471 (quatrocentas e setenta e uma) súmulas, cancelando 14 (quatorze) destas<sup>53</sup>. O Tribunal Superior do Trabalho (TST), por seu turno, criado em 1946, editou, também até 31 de julho

<sup>52</sup> A informação pode ser confirmada no site do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

<sup>53</sup> A informação pode ser confirmada no site do STJ, disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

de 2011, um total de 429 (quatrocentas e vinte e nove) súmulas, cancelando 127 (cento e vinte e sete) destas<sup>54 55</sup>.

Ressalte-se que o grande número de cancelamentos das súmulas do TST não significa que todas desapareceram do mundo jurídico. Ocorre que de forma semelhante a outros atos que são, sem contestação, considerados atos normativos, muitas dessas súmulas tem incisos e alíneas. Assim, algumas súmulas são canceladas como súmulas autônomas, mas na verdade se tornam um inciso ou alínea de outra súmula. Um exemplo é o da Súmula nº. 6<sup>56</sup>, que está dividida em 10 (dez) incisos – muitos deles formados por aglutinação de outras súmulas.

---

<sup>54</sup> A informação pode ser confirmada na *home page* do TST, disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>.

<sup>55</sup> A opção por dar atenção prioritária às súmulas do STF, TST e STJ motiva-se na repercussão prática que as decisões proferidas por tais Cortes tem, quantitativamente falando, no cotidiano da sociedade brasileira. Ocorre que as matérias mais comuns pelas quais o cidadão pugna por decisão judicial são enfrentadas por esses Tribunais, e as súmulas por eles produzidas refletem o referido fato. Há matérias de todo tipo, tanto de natureza penal, quanto comercial, civil, processual e trabalhista. Os demais Tribunais Superiores – leia-se Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e Superior Tribunal Militar (STM) – lidam com matérias pontuais que atendem a uma classe específica – no caso dos militares no STM – ou que tem maior repercussão em um período limitado de tempo – no caso do TSE, referindo-se ao período eleitoral. Tanto assim que, ao consultar a *home page* do STM, a pesquisa não encontrou catalogada nenhuma súmula. No caso do TSE, o sítio fornece a informação de que havia apenas 20 (vinte) súmulas vigentes ao tempo da consulta (31 de julho de 2011) – número reduzido em comparação à produção dos demais Tribunais Superiores.

<sup>56</sup> “SÚMULA N. 6- EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT; I - Para os fins previstos no § 2º. do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, excluindo-se, apenas, dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade competente. (ex-Súmula nº. 6 – alterada pela Res. 104/2000, DJ 20.12.2000); II - Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego. (ex-Súmula nº. 135); III - A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação. (ex-OJ da SBDI-1 nº. 328 - DJ 09.12.2003); IV - É desnecessário que, ao tempo da reclamação sobre equiparação salarial, reclamante e paradigma estejam a serviço do estabelecimento, desde que o pedido se relacione com situação pretérita (ex-Súmula nº. 22); V - A cessão de empregados não exclui a equiparação salarial, embora exercida a função em órgão governamental estranho à cedente, se esta responde pelos salários do paradigma e do reclamante (ex-Súmula nº. 111); VI - Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto se decorrente de vantagem pessoal, de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior ou, na hipótese de equiparação salarial em cadeia, se não demonstrada a presença dos requisitos da equiparação em relação ao paradigma que deu origem à pretensão, caso arguida a objeção pelo reclamado; VII - Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos.; VIII - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. (ex-Súmula nº. 68); IX - Na ação de equiparação salarial, a prescrição é parcial e só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento. (ex-Súmula nº. 274); X - O conceito de “mesma localidade” de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana”.

No que concerne ao TST, tal peculiaridade das súmulas foi bem analisada por Paulo Blair Oliveira (2006), em sua Dissertação de Mestrado. De acordo com aquele pesquisador, o referido Tribunal parece ter a pretensão de que as súmulas abarquem todas as possibilidades significativas que cada tema geral – por elas analisado – possa produzir. Assim, sempre que uma nova leva de casos relacionados ao tema principal chega àquele Tribunal, ocasionando novas indagações, as decisões que respondem a essas novas demandas são aglutinadas ou em um inciso da súmula, ou formando nova súmula (explicativa da anterior), justificando-se tal atitude por se tratarem de situações pretensamente semelhantes. Uma vez que as súmulas são enunciados linguísticos, estas jamais terão o poder de abarcar todas as situações que podem se configurar a partir dos termos que empregam. Na verdade, uma vez que as súmulas funcionam como normas, os diversos atores se esforçarão para demonstrar que tal situação fática se enquadra ou não se enquadra no texto genérico sumulado. Em síntese, a produção do texto sumular, antes de findar o problema da decisão judicial, inicia um novo problema: o de justificar a inserção do caso concreto no enunciado sumular. Em suma, tem-se texto produzindo mais texto.

A análise destes precedentes [referindo-se aos acórdãos que deram origem à súmula 90 do TST] já revela que o Tribunal, após editar o enunciado (e, posteriormente, súmula) de número 90, passou a ter a necessidade de tratá-lo, por si só, como norma, cujas hipóteses de cabimento não poderiam estar de antemão esgotadas ou clarificadas pelo uso da linguagem. Ao contrário: a edição de verbetes jurisprudenciais ‘explicativos’ não apenas revelava isto na sua formação, como também abria as portas a novas e mais complexas indagações (OLIVEIRA, P., 2006, p. 24) (grifo nosso).

Parece interessante fazer um paralelo entre o processo de elaboração das súmulas e a tese formulada por Klaus Günther sobre a distinção entre discurso de justificação e discurso de aplicação das normas. Günther (2011, p. 25 e ss.) sustenta que é possível distinguir entre um discurso de justificação, relacionado ao momento de elaboração das normas, e um discurso de aplicação das normas já fundamentadas ao caso concreto. Cada um desses discursos opera com critérios distintos. O discurso de justificação procura considerar todos os

interesses e os diversos fatores que estão envolvidos no âmbito de abrangência da norma. “A polêmica da justificação de uma norma é pautada pela antecipação de possíveis casos pertinentes, considerados em aspectos gerais e exemplares” (MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p. 243). Em outras palavras, selecionam-se fatos com traços comuns com o intuito de elaborar uma norma geral que não considere o aspecto singular de uma situação específica.

Considerando, no entanto, não ser possível – dadas as condições de tempo e de conhecimento – que uma norma consiga abarcar todas os interesses relacionados ou todos os fatos que lhe possam influenciar, Gunther defende ser possível compensar tal déficit no momento de aplicação da norma ao caso concreto. O discurso de aplicação toma como premissa a existência de normas válidas e aplicáveis *prima facie*, mas que deverão ser adequadas às especificidades da situação concreta. No que tange à aplicação, a norma adequada ao caso será construída a partir da consideração de todas as normas *prima facie* relacionadas bem como dos fatos relevantes que podem, por exemplo, excepcionar uma regra geral.

No caso das súmulas, vê-se que o processo de construção destes verbetes se aproxima muito de um processo de justificação para elaboração de normas gerais. Tomam-se em consideração os diversos casos semelhantes, procurando abarcar todos os possíveis interesses envolvidos, de modo a produzir um texto geral e abstrato que funcione como ponto de partida para solução de outros casos a serem individualizados.

[...] a despeito de se apresentarem como a consolidação de debates jurisprudenciais, tais súmulas, porque carregam a pretensão de incidência também em casos futuros à sua elaboração, ganham um grau mínimo de generalidade e irão requerer, nesta futura incidência, a sua reinserção argumentativa em um discurso de aplicação adequado a cada caso específico (OLIVEIRA, P., 2006, p. 69) (grifo nosso).

Voltando, então, os olhos para tal momento de aplicação no âmbito da decisão judicial, vale utilizar como exemplo a aplicação da Súmula nº. 331 do TST. Trata-se de uma súmula que possui um tema geral (terceirização das relações trabalhistas) e se desdobra em vários incisos. A súmula teve sua redação alterada recentemente, mas, para o presente estudo, tem serventia o inciso IV, cuja matéria atualmente foi deslocada para o inciso V<sup>57</sup>.

Na estrutura judicial brasileira, os Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) funcionam como a segunda instância da Justiça Trabalhista. Julgam, através da análise de recurso ordinário, o possível inconformismo da parte com as sentenças proferidas pelo Juiz de Primeira Instância. Para tanto, tome-se, pois, a análise de um recurso ordinário cuja discussão girava em torno da responsabilidade subsidiária dos entes públicos pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte das empresas por si contratadas. Na parte de interesse do presente estudo, a argumentação judicial assim se desenvolve:

[...] Não se conforma a segunda Reclamada [empresa pública estadual] com a condenação subsidiária que lhe foi imposta pela sentença recorrida. Alega que a Lei 8.666/93 exclui a responsabilidade da Administração Pública pelo adimplemento das obrigações de suas contratadas. Sustenta que inexistente, no ordenamento jurídico, qualquer lei que ampare a condenação imposta. Aduz que não há como se caracterizar a culpa no presente caso, seja na forma in eligendo ou in vigilando, por se tratar de contratação precedida de licitação. Sustenta, ainda, a inaplicabilidade da Súmula 331, IV, do TST.

Razão, contudo, não assiste à Recorrente.

Ao contrário do afirmado pela segunda Ré, não há como se afastar a sua responsabilização subsidiária pelo pagamento dos créditos trabalhistas devidos ao Reclamante, sendo que, da análise do conjunto probatório, verifica-se que a Recorrente beneficiou-se dos serviços prestados pelo Autor.

---

<sup>57</sup> Até o dia 27 de maio de 2011, data da publicação da Res. 174/2011/TST, o item IV da Súmula nº. 331 tinha a seguinte redação: “O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993).” Referida Resolução desdobrou tal inciso em IV e V, sendo que atualmente estão assim redigidos: “IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.”

Em sua defesa e nas razões recursais, a 2ª Reclamada, ora Recorrente, afirma que celebrou contrato com a 1ª Demandada, fato comprovado às fls. 49/101.

Ocorre que, uma vez que a Recorrente se beneficiou dos serviços prestados pelo Reclamante, a sua responsabilização se impõe, sendo irrelevante o fato de ser ou não lícita a terceirização havida entre as partes, ou seja, se a prestação dos serviços recaiu sobre a atividade-fim ou meio da empresa. Figurando como tomadora dos serviços do Autor, a teor do item IV da Súmula 331 do c. TST, esta deve responder, subsidiariamente, pela satisfação dos direitos do trabalhador, arcando com todas as obrigações decorrentes da sua prestação, se a real empregadora deixar de cumpri-las.

No caso em exame, perfeitamente aplicável o inciso IV da Súmula n. 331 do TST, a recorrente é a responsável subsidiária pelo pagamento das obrigações trabalhistas, por ter se beneficiado da prestação de serviços do autor. O entendimento sumulado do TST teve por objetivo assegurar o pagamento das obrigações trabalhistas aos empregados sempre que o empregador for inadimplente.

Segundo o inciso IV da Súmula nº 331 do TST, o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações.

Não se trata de discutir a legalidade da terceirização. O mencionado verbete é bastante claro ao excepcionar os entes estatais da terceirização ilícita, qual seja, do reconhecimento do vínculo com o tomador dos serviços (inc. II). No entanto, não os exclui da responsabilidade pelas verbas trabalhistas, ainda que lícita a terceirização (inc. IV), sendo inválida qualquer previsão contratual de isenção de responsabilidade do ente público pelos créditos trabalhistas dos empregados de empresa terceirizada, inadimplidos por esta, não se esquecendo que a justificativa para a existência da responsabilidade subsidiária na órbita trabalhista é a indiscutível índole tutelar do Direito do Trabalho da qual a Administração Pública não pode ser excluída, sob pena de privilegiar o capital em detrimento do trabalho, valor social eleito pela Constituição

[...]

Deste modo, observados os termos da Súmula 331 do c. TST, deve ser mantida a r. sentença, no que diz respeito à responsabilização subsidiária da segunda Reclamada, razão pela qual nego provimento ao recurso por ela interposto.” (BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA TERCEIRA REGIÃO. 00059-2010-142-03-00-1. MARIA LÚCIA CARDOSO DE MAGALHÃES DESEMBARGADORA RELATORA, PUBLICADO EM 25.08.2010) (grifo nosso).

Conforme o exposto, percebe-se que a força das súmulas tem um alcance para além dos Tribunais que a criaram. O acórdão da “instância inferior” adota a súmula do TST como razão de decidir e passa a dissertar sobre a mesma, pouco se servindo das Leis que se relacionam com a matéria. Demonstram-se os desdobramentos da súmula e discorre-se sobre seus fundamentos, mas, em nenhum momento, considera-se que pode haver uma incorreção normativa – conforme apontado pela parte recorrente – nas próprias razões que justificam a súmula. O argumento de que há um desacordo entre a Lei (em sentido formal) que pode reger o tema a ser decidido e a súmula é sumariamente descartado. A súmula é tomada como um

dado contra o qual não se deve opor inconformismo. Ela é, portanto, usada com a pretensão de imunizar contra a crítica a nova decisão. Convém dizer que, de fato, pouco adiantaria que as instâncias inferiores se insurgissem, posto que, da forma como está a legislação, a decisão dissidente logo seria “adequada” ao teor da súmula.

Com efeito, no caso descrito anteriormente, caso o recorrente não se curve a força da súmula, lhe é facultado, em termos abstratos, recorrer ao TST por meio de um recurso de revista. A tentativa, contudo, provavelmente será infrutífera, face ao poder atribuído aos Ministros dos Tribunais Superiores pelo art. 557 do CPC e pelo art. 896 da CLT. Veja-se, por exemplo, o acórdão proferido pelo TST em julgamento de Recurso de Revista interposto pelo Estado do Amazonas (AM). Também aqui se discutia a questão da responsabilidade subsidiária dos entes públicos pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas. O acórdão, na parte que interessa ao presente estudo, ficou assim redigido:

[...] RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. I - O item IV da Súmula nº. 331 do TST estabelece: “Contrato de prestação de serviços. Legalidade. IV - O inadimplemento de obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração pública, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (Lei nº. 8.666/93, art. 71)”. II - Não se vislumbra a afronta aos arts. 37, *caput* e incisos II e XXI, da Constituição Federal e 71 da Lei nº. 8.666/93, tendo em vista que a decisão regional fora proferida com lastro na Súmula nº. 331, IV, do TST, alçada à condição de requisito negativo de admissibilidade do recurso, na esteira da alínea “a”, *in fine*, do artigo 896 da CLT. III - Registre-se a competência legal atribuída a esta Justiça Especializada na elaboração e na uniformização de jurisprudência em matéria trabalhista, sendo certo que a edição de súmulas do TST precede rigoroso crivo de legalidade e constitucionalidade. IV - Recurso não conhecido [...] (BRASIL, 2007) (grifo nosso).

Observe-se que o fundamento para negar seguimento ao recurso e, conseqüentemente, decidir quem seria o ganhador da pretensão foi a Súmula nº. 331, IV<sup>58</sup>, do próprio TST. É certo que ainda seria facultado ao eventual prejudicado um recurso de agravo que levasse a questão ao colegiado, nos termos do art. 557, § 1.º do CPC. No entanto, ao utilizar tal faculdade, o recorrente sujeitar-se-ia a receber uma multa de até 10% sobre o valor da causa, caso o Tribunal entendesse, por exemplo, que o insurgente estaria “apenas” revelando inconformismo acerca da aplicação da súmula<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> A Súmula nº. 331, IV (atualmente V) do TST é emblemática no que tange ao problema de se discutir a (in)constitucionalidade das súmulas. Ocorre que esta tem redação diametralmente oposta à da Lei que visa a interpretar. De efeito, o art. 71 da Lei nº. 8666/93 afirma que “o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato”. Já o § 3.º do mesmo artigo consigna: “A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. A súmula, ao contrário, atribui responsabilidade subsidiária aos entes da Administração Pública, quando do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada. Uma vez que não é permitido pelo STF discutir diretamente a constitucionalidade das súmulas, o Governador do Distrito Federal (DF) usou um artifício engenhoso: ingressou no STF com uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) (nº. 16) para ver declarada a constitucionalidade do art. 71, § 3.º da Lei nº. 8.666/93, o qual, segundo argumentou, estava sendo continuamente desconsiderado pelo TST e pelos demais Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) sempre que se serviam da Súmula nº. 331, IV, para fundamentar suas decisões. O STF julgou procedente a ADC nº. 16 apenas para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 3.º da Lei nº. 8.666/93, sem adentrar na questão da (in)constitucionalidade da súmula. Cf., a propósito, a *home page* do STF: <<http://www.stf.jus.br>>, onde se pode, inclusive acessar a petição inicial da ADC. O artifício usado pelo Governador legitimado, contudo, não obteve o resultado pretendido pois a súmula não foi cancelada ou considerada inconstitucional, sendo apenas objeto da revisão textual já assinalada na nota anterior. O verbete, contudo, não deixou de atribuir responsabilidade à Administração Pública, mantendo redação oposta ao art. 71, § 3.º da Lei nº. 8.666/93.

<sup>59</sup> Um exemplo de como os Tribunais se servem de tal mecanismo de preservação de suas súmulas pode ser conferido no acórdão proferido pelo STJ no Recurso Especial nº. 1.482-RS: a recorrente, após ter seu recurso negado por decisão monocrática, insurgiu-se contra a aplicação das Súmulas nºs. 5 e 7 daquele Tribunal, interpondo o recurso previsto de agravo regimental. Em resposta, o Ministro Relator, sem analisar os argumentos trazidos pela parte, reitera os termos da decisão monocrática e conclui: “[...] nego provimento ao agravo regimental e, cuidando-se de recurso manifestamente improcedente, em desafio à jurisprudência pacífica e reiterada deste STJ, aplico ao agravante multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao recolhimento do respectivo valor, na forma do art. 557, §2º, do CPC” (BRASIL, 2011) (grifo nosso).

Poder-se-ia destacar aqui inúmeros outros acórdãos semelhantes aos exemplificados<sup>60</sup>. No entanto, faz-se importante perceber que os acórdãos reproduzem uma estrutura parecida, qual seja: reformam decisões das instâncias inferiores que estejam em desacordo com as súmulas ou mantém aquelas que estão em sintonia com as mesmas, muitas vezes, sem avaliar as razões, os argumentos das partes que eventualmente possam se opor aos termos das súmulas.

Por meio dos exemplos supracitados, observa-se que a afirmação anterior de Ferraz Junior pode ser bem compreendida. As súmulas imunizam contra crítica as normas individualizadas dos casos específicos cuja decisão as toma como razão de decidir. Nesse sentido elas funcionam como norma origem de todas essas decisões que são, ao fim, a norma do caso concreto. De outra sorte, qualquer decisão que lhe tente fazer oposição esbarra em algum momento na força de sua eficácia.

[...] esse dispositivo [art. 557, CPC], ao dar poderes ao relator de negar seguimento a recurso cujo objeto seja colidente com disposto em Súmula do STJ ou STF, deixa claro o efeito vinculante cometido às Súmulas dos tribunais superiores. Assim, o que é negado *lato sensu* – tal seja, o caráter vinculativo das Súmulas – é praticado *stricto sensu*, ou seja, a posição assumida pelo Tribunal Superior passa a ter efeito *erga omnes*, eis que adquire o condão de impedir, de plano, a subida de recurso para rediscussão da interpretação dada à lei federal ou à própria Constituição da República. Dito de outro modo: ao editar uma Súmula, o STJ e o STF [e o TST] passam a ter poder maior que o do legislador, pois, primeiro, “legislam”, ao conceberem a interpretação ‘correta’ de determinada norma; depois, quando existe discordância de tal interpretação, no bojo de qualquer processo em qualquer unidade da federação, tal discordância é impedida de prosperar, pela exata razão de que o relator negará seguimento ao recurso ‘que contrariar, nas questões predominantemente de direito’, Súmula do respectivo Tribunal. (STRECK, 1998, p. 148-149) (grifo nosso).

<sup>60</sup> Muitos exemplos podem ser citados, mas é suficiente a apresentação deste acórdão, proferido pelo STJ, em que todos os temas objeto de recurso são resolvidos por referência às súmulas do Tribunal e não à lei: “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. BANCÁRIO. REVISÃO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. MULTA MORATÓRIA. COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1 - Tendo o contrato em revisão sido firmado em data anterior à edição da MP 2.170-36/2001, é incabível a capitalização dos juros em periodicidade mensal. 2 - A cobrança da comissão de permanência somente é permitida quando não cumulada com correção monetária (Súmula n.º 30/STJ), juros remuneratórios, moratórios e multa contratual. 3 - Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte. (Súmula n.º 306/STJ). 4 - Não há equívoco na redução da multa para 2%, pois o contrato é posterior à edição da Lei n.º 9.298 de 1º/08/1996, que alterou o Código de Defesa do Consumidor (Súmula n.º 285/STJ), devendo ser mantido o percentual contratado. 5 - A repetição de indébito é admitida, em tese, na forma simples, independentemente da prova do erro (Súmula n.º 322/STJ), ficando relegado às instâncias ordinárias o cálculo do montante, a ser apurado, se houver (REsp n.º 440718/RS). 6 - AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO” (BRASIL, 2011) (grifo nosso).

Se a lei determina que o Juiz (ou Ministro) deverá negar seguimento ao recurso contrário à súmula, não se abre espaço para discussão. Daí porque Streck afirma que a súmula tem a função de produzir um sentido “clausurado” da norma, evitando-lhe ao máximo a discussão, como uma forma de fechamento do sistema de decisão.

Tal prática, contudo, já merece uma crítica a partir da necessária inserção das decisões expostas no paradigma do Estado Democrático de Direito. Ocorre que sendo o referido paradigma caracterizado pelo constante debate de argumentos, pelo “ouvir do outro” e pela atitude reflexiva, a decisão judicial precisa analisar e acatar ou refutar fundamentos. Ademais, retomando a distinção entre argumentos de justificação e aplicação, o momento de aplicação é aquele no qual se pode, por exemplo, demonstrar que há exceções na fórmula geral que a súmula institui.

Outro exemplo significativo sobre o uso e a importância das súmulas, atualmente, no Direito brasileiro é o caso das Súmulas nº. 512, do STF, e nº. 105, do STJ. A primeira foi publicada em 10 de dezembro de 1969 e encontra-se assim redigida: “Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança”. A segunda, publicada em 03 de junho de 1994, determina que “na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios”.

Ambas, portanto, impõem uma exceção à regra geral dos chamados “honorários de sucumbência”, prevista no art. 20 do CPC, o qual determina que a sentença condenará o vencido a pagar, ao vencedor, os honorários advocatícios. Quando da edição de tais verbetes, a lei de ritos do mandado de segurança, então vigente – Lei nº. 1.533/51 – não dispunha sobre tal exceção. A situação já gerava uma aparente anomalia no sistema, considerando o princípio da legalidade já acolhido na Carta Magna de 1967-1969, do qual se extrai que as restrições de

direitos – no caso, da classe dos advogados de receber os honorários de sucumbência – deveriam estar previstas em lei formal<sup>61</sup>.

Na esteira do presente entendimento sumulado, os Tribunais e mesmo os Juízes de primeiro grau, quase que invariavelmente, ao julgarem mandados de segurança ou reformarem decisões de instâncias inferiores, anotavam, ao final da decisão, que os honorários advocatícios não eram devidos em face das Súmulas n.º 512, do STF, ou n.º 105 do STJ<sup>62</sup>.

Ocorre que em 10 de agosto de 2009, publicou-se a nova Lei que regulamenta o processo de mandado de segurança. A Lei n.º 12.016/2009, em seu art. 25, acolhe tal entendimento jurisprudencial e determina que não são cabíveis honorários advocatícios nas ações de mandado de segurança. Era de se esperar, então, em um sistema regido pelo princípio da legalidade (art. 5.º, II, da CF de 1988), que a partir da entrada em vigor desta Lei, as sentenças/acórdãos/decisões proferidas pelos Juízes, ao deixar de condenarem as partes ao pagamento de honorários de sucumbência, o fizessem em função da Lei. Não é o que se observa. Vale transcrever, por exemplo, o dispositivo da decisão proferida pela Ministra Laurita Vaz, do STJ, no RMS 25.908:

---

<sup>61</sup> STRECK (1998, p. 182 e ss.) adverte para a existência de súmulas que, conforme avaliação, podem ser consideradas *extra legem* ou mesmo como *contra legem*. No primeiro caso, exemplifica com a Súmula n.º 400 do STF – “Decisão que deu razoável interpretação à Lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra do art. 101, III, da Constituição Federal”. Sustenta o autor que, nessas situações, os Tribunais, a pretexto de interpretar um dispositivo legal, extrapolam dele e criam regras que servem, no mais das vezes, para dificultar o acesso aos Tribunais Superiores. Em outros casos, súmulas *contra legem*, observa-se uma inovação na ordem jurídica constituindo “autênticas criações legislativas” (STRECK, 1998, p. 193). Crê-se que o caso das Súmulas n.º 512, do STF, e n.º 105, do STJ, pode ser enquadrado nesta última classificação. Afirma aquele autor, contudo, que tal classificação tem um cunho metodológico e serve, com fins didáticos, para demonstrar a função das súmulas no sistema jurídico brasileiro. Isto porque, “quando uma Súmula é posta no sistema em contrariedade a uma lei e, em face do art. 38 da Lei n.º 8.038/90 [e também do art. 557 do CPC] e do próprio poder de violência simbólica que exerce, seu enunciado passa a substituir um texto normativo, então é razoável afirmar que essa Súmula é uma ‘nova lei’. Em consequência, em sendo uma ‘nova lei’, não pode ser contra lei, pela simples razão de que seu sentido é ab-rogante do sentido da norma considerada ‘contrariada’”. (STRECK, 1998, p.193) (grifo nosso).

<sup>62</sup> Um exemplo entre os muitos possíveis: “PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DA AÇÃO. PEDIDO DE RENÚNCIA DO DIREITO EM QUE SE FUNDA A AÇÃO. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANDADO DE SEGURANÇA. SÚMULA 105/STJ. 1. A sentença deferiu o pedido e homologou a desistência do recurso, bem como da renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação. 2. Cuida-se de mandado de segurança impetrado na origem, razão pela qual é incabível a condenação em honorários advocatícios. 3. Apesar da adesão do contribuinte ao programa de parcelamento fiscal, descabe a condenação em honorários advocatícios, por força do entendimento jurisprudencial cristalizado nas Súmulas 105/STJ e 512/STF. (BRASIL, STJ, 2011, AgRg nos EDcl no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.285.868/SP, Rel. Min. Humberto Martins) (grifo nosso).

[...] Ante o exposto, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, CONHEÇO do recurso ordinário em mandado de segurança e DOU-LHE PROVIMENTO, para, cassando o acórdão recorrido, conceder a segurança pleiteada. Custas *ex lege*. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula 105 do Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de abril de 2011.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora (grifo nosso).

Constata-se, pois, que passado mais de um ano entre a publicação da nova lei de mandado de segurança e a prolação da referida decisão, a referência a justificar não condenar em honorários advocatícios continua sendo a “força” das Súmulas nº. 512, do STF, ou nº. 105 do STJ<sup>63</sup>.

Assim, diante da situação apresentada, é possível entender a afirmativa de Moura Rocha que, em estudo datado de 1977, afirmou que “no caso brasileiro, as Súmulas, nos seus enunciados, mesmo que pareça ousado afirmar, tendem a valer mais do que a própria lei” (ROCHA, 1977, p. 92).

Observando o discurso de alguns autores que se debruçaram sobre a temática das súmulas, vê-se que é patente a dificuldade de enquadrá-las em alguma das categorias tradicionais da ciência jurídica. Tampouco se tem uma unanimidade sobre os efeitos dessas súmulas ou ainda se elas obrigam algum ou alguns dos sujeitos atingidos pelo seu uso.

Botallo (1974, p. 19-20), dialogando com a obra de Kelsen, conclui que, em termos de Teoria pura do Direito, as súmulas emanadas dos Tribunais Superiores não são normas, dada a constatação de que inexistente regra no Direito positivo brasileiro que prescreva a vinculação dos juízos inferiores ao que elas dispõem. Tampouco há regra que institua conduta oposta a

---

<sup>63</sup> Também serve de exemplo para a situação apresentada o acórdão do STJ citado em nota anterior. Este foi proferido em 26 de abril de 2011 (publicado em 3 de maio de 2011). Portanto, 1 (um) ano e 8 (oito) meses depois da publicação da Lei nº. 12.016/2009. Mas não caberia aqui, obviamente, transcrever inúmeros acórdãos ou decisões monocráticas com o mesmo teor. O que se quer demonstrar é o significado (e o poder) de tais súmulas para os Juízes. Tratando de uma análise do discurso, faz-se importante perceber como essa força perpassa as decisões, muitas vezes sem que o Magistrado se dê conta. Assim, a quantidade de decisões transcritas não parece tão importante quanto a expressão textual de cada uma delas.

tal obediência, como pressuposto de uma sanção. Aduz, todavia, que se estas não possuem natureza normativa em relação aos juízos e Tribunais inferiores são, ao contrário, vinculantes para decisão de casos idênticos a serem julgados pelo próprio STF. Sustenta, ainda, aquele autor que, face aos efeitos processuais disciplinados pelo Regimento Interno do STF<sup>64</sup> (RISTF), as súmulas funcionam como “normas gerais, pressupostos necessários para que a decisão do caso precedente possa ser vinculante para decisão dos casos ‘iguais’” (BOTALLO, 1974, p. 20).

Em obra mais atual, Sifuentes, desenvolvendo tese sobre as súmulas vinculantes estabelecidas pela Emenda Constitucional (EC) nº. 45/2003, nomeia um dos subtítulos de determinado capítulo de seu estudo com o sugestivo título: “como os Tribunais já estavam vinculando sua súmula”. Analisando os efeitos da legislação brasileira sobre o assunto, aquela autora afirma que “se a súmula não é vinculante para o Juiz de primeiro grau, pelo menos ela o é para as partes” (SIFUENTES, 2005, p. 252), pois somente terão seu recurso apreciado pelo Tribunal quando comprovarem o descumprimento da súmula aplicável ao seu caso. Aduz, assim, “terem sido as Súmulas dotadas, pelo art. 557 do CPC, de vinculatidade média, ou quase – vinculação” (SIFUENTES, 2005, p. 152).

Examinados, pois, discursos advindos de diversos lugares de fala – o do legislador, o do intérprete/juiz, o do cientista do Direito - é possível concluir que, embora haja dificuldade em admitir, de forma peremptória, o caráter de obrigatoriedade ou, caso se prefira, de vinculatidade das súmulas dos Tribunais Superiores, não se nega os seus efeitos normativos. As súmulas sem dúvida funcionam como normas na formatação da decisão judicial, e a estrutura legislativa brasileira está construída de tal forma que não se possa opor-lhes resistência. Além disso, o uso que as súmulas vêm tendo nas práticas decisórias demonstra

---

<sup>64</sup> Interessante perceber que a redação do RISTF, no referido período, era muito semelhante à redação atual do CPC e da CLT, possibilitando ao Ministro Relator arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso, quando contrariarem os enunciados da Súmula, independentemente, inclusive, de tomar parecer do Procurador Geral da República.

que os Tribunais passaram a estar no centro da produção normativa, dado que tais verbetes passaram a se tornar mais frequentes e mais relevantes como razão de decidir do que as normas produzidas pelo Legislativo e Executivo.

## **4 ANÁLISE DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS**

### **4.1 Diálogos entre Ronald Dworkin e Neil MacCormick: coerência e integridade como elementos-chave da avaliação da argumentação jurídica<sup>65</sup>**

#### *4.1.1 Considerações introdutórias*

A análise das justificativas que fundamentam as decisões jurídicas é tema cada vez mais relevante nas democracias ocidentais. Segundo Atienza (2007, p. 15-19), pelo menos cinco fatores podem explicar o crescente interesse pela argumentação jurídica.

Primeiro, um fator de natureza teórica, decorrente do fato de que as diversas concepções de Direito – positivismo, jusnaturalismo, realismo jurídico, entre outras – não se ocuparam em sistematizar uma teoria da argumentação jurídica; a centralidade que o tema ganha na atualidade visa a preencher uma ausência anterior.

Segundo, há um fator de ordem prática. Ocorre que as representações que a sociedade tem do Direito são, em grande parte, de natureza argumentativa. Assim, o desenvolvimento de uma sentença judicial, a justificativa de uma Lei, ou ainda, as decisões da Administração Pública aparecem para os diversos partícipes de tais relações como um discurso fundado em razões. Assim, uma vez que o Direito se mostra de forma discursiva, segue-se, como

---

<sup>65</sup> Para um melhor desenvolvimento das ideias articuladas no presente capítulo, cf. a publicação conjunta de Martins, Roesler e Jesus (2011).

consequência, o interesse em refletir sobre a estrutura dos argumentos apresentados, até mesmo para poder criticá-los.

Tem-se ainda, segundo Atienza (2007), um fator relacionado com a mudança de perspectiva que se vem adotando em torno do ensino jurídico. Refere-se à conclusão de que o ensino jurídico resente-se de um conteúdo mais voltado para a prática. Para alterar a referida situação, é preciso adotar metodologias que se mostrem eficientes em capacitar os estudantes a atuarem com êxito nas diversas carreiras jurídicas. Daí decorre o interesse em aprofundar-se nos estudos de argumentação jurídica, uma vez que, conforme já foi dito, a prática do Direito, o manejo dos materiais jurídicos, se revelam eminentemente argumentativos.

O quarto e quinto fatores apontados por Atienza (2007), estão estreitamente relacionados e interessam particularmente ao presente estudo. Dizem respeito à ascensão da democracia como forma de Governo – e como forma de sociedade – bem como do Estado Democrático de Direito ou, caso se prefira, do Estado constitucional, como modelo de organização jurídica. Ocorre que, com a perda da força explicativa da tradição e da autoridade como justificativas do poder político, restou, como fonte de legitimidade, o argumento racional, a força persuasiva das razões, a possibilidade de demonstração do ponto de vista. Na verdade, é possível dizer que é constitutivo da ideia de democracia o debate de argumentos e pontos de vista contrários. Daí que o interesse pelo saber sobre bem argumentar mostra-se como uma consequência da vida nesse tipo de sociedade.

Também no que tange ao Estado Democrático de Direito, uma das características que lhe podem ser apontadas é a exposição pública das razões que justificam as decisões jurídicas. É preciso dar a conhecer o porquê de uma decisão reconhecer ou eventualmente restringir direitos. Nesse contexto, a preocupação com uma teoria da argumentação jurídica se revela importante na medida em que propõe estabelecer critérios que demonstrem estar uma decisão justificada ou não e, por isso mesmo, possibilitar aos afetados uma oposição.

Nesse quadro de crescente interesse pela reflexão sobre a argumentação jurídica, algumas contribuições podem ser consideradas como constitutivas de uma teoria *standard* da argumentação, compondo um contexto a partir do qual as discussões mais específicas, conceituais ou aplicadas, se desenvolvem. Ronald Dworkin, cuja teoria nos acompanha desde o início do presente estudo, apesar de não ter formulado uma teoria da argumentação jurídica, tem reflexões que motivaram vários outros estudos concernentes. Outro autor que certamente contribuiu para o perfil atual da teoria da argumentação jurídica é Neil MacCormick<sup>66</sup>.

Apesar das divergências iniciais entre Dworkin e MacCormick<sup>67</sup>, é possível dizer que nos últimos escritos deste último, encontram-se pontos de contato entre ambos, dentre os quais está a importância que dão à noção de coerência como expressão de uma racionalidade que deve transparecer na decisão tanto de maneira interna (racionalidade entre os argumentos utilizados na decisão) quanto externa (conexão racional entre os argumentos utilizados, e os princípios jurídicos que norteiam o Estado Democrático de Direito).

---

<sup>66</sup> Neil MacCormick foi professor da Universidade de Edimburgo, na Escócia. Em que pese vários escritos sobre temas como soberania e a questão da integração européia, sua reputação acadêmica deve-se, sobretudo, aos textos de Filosofia do Direito, com destaque para os trabalhos acerca da argumentação jurídica. Sua teoria está exposta em duas obras centrais: *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978), traduzida no Brasil por *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito* (2006), *Rhetoric and the Rule of Law* (2005), traduzida por *Retórica e Estado de Direito* (2008). Um considerável lapso temporal e muitas críticas separaram as duas obras. Assim, quando pertinente, o presente texto procurará demonstrar o que mudou e o que ainda restou válido no pensamento do autor supracitado.

<sup>67</sup> O primeiro esforço sistematizado de MacCormick para formular uma teoria da argumentação jurídica aparece na obra *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, lançada em versão inglesa em 1978. Aqui, além da detalhada exposição sobre sua teoria, também se pode constatar, como pano de fundo, uma defesa do positivismo baseado na obra de H. L. A. Hart, com temperamentos decorrentes das reflexões do próprio MacCormick, assim como uma resposta às críticas de Ronald Dworkin às teorias positivistas da decisão. Em seu livro mais recente sobre a teoria da argumentação jurídica, traduzido no Brasil por *Retórica e Estado de Direito*, aquele autor revisa várias das posturas adotadas nos trabalhos anteriores. Na entrevista que concedeu a Manuel Atienza em 2006, MacCormick declara que sua posição atual é pós-positivista, no sentido de reconhecer uma proximidade entre direito e moral (MACCORMICK, 2006, p. 485-488). Em *Retórica e Estado de Direito*, MacCormick afirma que uma visão pós-positivista é um pressuposto para a compreensão da teoria ali desenvolvida (MACCORMICK, 2008, p. 2).

Observa-se entre os estudiosos da teoria da argumentação jurídica que a preocupação com a coerência é um critério recorrente para auferir a correção das decisões judiciais<sup>68</sup>. Esta noção de coerência pode aparecer com outra denominação, ter importância ampliada ou reduzida – dependendo da linha de raciocínio articulada por cada autor. Não poderia ser diferente, pois, como bem pontua MacCormick:

O contexto jurídico é um contexto em que a ideia de coerência tem uma importância peculiar e óbvia. Em uma discussão jurídica, ninguém começa a partir de uma folha em branco e tenta alcançar uma conclusão razoável *a priori*. A solução oferecida precisa fundar-se ela mesma em alguma proposição que possa ser apresentada ao menos com alguma credibilidade como uma proposição jurídica, e essa proposição deve mostrar coerência, de alguma forma, em relação a outras proposições que possamos tirar das leis estabelecidas pelo Estado. Aqueles que produzem argumentos e decisões jurídicas não abordam os problemas da decisão e da justificação no vácuo, mas, em vez disso, o fazem no contexto de uma pletera de materiais que servem para guiar e justificar decisões, e para restringir o espectro dentro do qual as decisões dos agentes públicos podem ser feitas legitimamente (MACCORMICK, 2010, p. 31).

O presente item do capítulo em curso pretende estabelecer um diálogo entre Dworkin e MacCormick em torno do conceito de coerência na argumentação jurídica, de modo a fornecer elementos teóricos que, somados às conclusões dos capítulos anteriores, fundamentem a avaliação crítica que se pretende fazer das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) no item posterior. Antes, contudo, é preciso refletir sobre o questionamento exposto no item a seguir.

#### ***4.1.2 Por que a coerência justifica?***

Para responder tal indagação, é preciso remarcar que a teoria da argumentação jurídica tem um pano de fundo específico: o Estado de Direito ou, como aqui se prefere, o Estado Democrático de Direito.

---

<sup>68</sup> Além de Dworkin e MacCormick, cf. Günther (1995, p. 271-302), Levenbook (1984, p. 355-374) e Soriano (2003, p. 296-323).

Situadas nesse ambiente, espera-se que as decisões jurídicas estejam inseridas em um contexto em que – ainda que como um ideal a ser perseguido: a) haja certa previsibilidade de conduta, uma vez que as normas – pelo menos os princípios mais gerais – são conhecidas e compartilhadas; b) as normas espelhem certa sistematicidade decorrente de princípios gerais comuns.

Observe-se tudo isso está envolto em uma área de abstração que remete a uma zona perigosa. A justificação, com base na coerência, poderia chegar a ponto de, por exemplo, fundamentar um Direito nazista, baseado na conexão com um princípio anterior de pureza racial. Por isso é que, como adverte MacCormick, “a coerência, enquanto um valor puramente interno do Direito, do Direito efetivo de uma dada jurisdição, não é, por si só, uma garantia suficiente de justiça” (MACCORMICK, 2008, p. 264).

Tem-se, portanto, um desafio permanente. Lidando com conceitos, ideias e princípios abstratos, a tentativa é de que, no plano de sua aplicação às situações concretas, possa ser possível sempre por em relevo o ideal de preservar uma forma de vida em que todos os seres humanos sejam capazes de viver juntos “em razoável harmonia e com alguma percepção de bem comum do qual todos participam” (MACCORMICK, 2008, p. 253).

Em resumo, a coerência de um conjunto de normas é função de sua justificabilidade sob princípios e valores de ordem superior, desde que os princípios e valores de ordem superior ou suprema pareçam aceitáveis, quando tomados em conjunto, no delineamento de uma forma de vida satisfatória (MACCORMICK, 2008, p. 253).

Assim, parece mais produtivo entender a ordem jurídica como um projeto inacabado, sujeito a constante reflexão, diuturnamente refundamentado e relegitimado pela inclusão das diferenças. Tal característica de abertura para o futuro é bem explicada por Habermas:

Todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da Constituição. (...) O ato da fundação da Constituição é sentido como um corte na história nacional, e isso não é resultado de um mero acaso, pois, através dele, se fundamentou novo tipo de prática com significado para a história mundial. E o sentido performativo desta prática destinada a produzir uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, que se determinam a si mesmos, foi apenas enunciado no teor da Constituição. Ele continua dependente de uma explicação reiterada, no decorrer das posteriores aplicações, interpretações e complementações das normas constitucionais. (...). Sob essa premissa, qualquer ato fundador abre a possibilidade de um processo ulterior de tentativas que a si mesmo se corrige e que permite explorar cada vez melhor as fontes do sistema dos direitos (HABERMAS, 2003c, p. 164).

Portanto, a coerência corresponde a um elo que conecta decisões a outras decisões e, por sua vez, as interconecta a princípios gerais aceitos pela comunidade, mas sempre limitada pelos direitos fundamentais básicos que informam o Estado Democrático de Direito, qual sejam, a igualdade e a liberdade.

#### ***4.1.3 Integridade, coerência e consistência: diferentes e complementares***

A partir da leitura de Dworkin e MacCormick, tem-se a possibilidade de se afirmar que suas posições em relação à coerência são complementares. A coerência, para Dworkin, é uma dimensão de um desenvolvimento mais amplo, que é a sua Teoria do Direito como integridade<sup>69</sup>. Sua abordagem, contudo, é mais genérica e, ao desenvolvê-la, aquele autor não esmiúça detalhes até porque, em que pese a evidente preocupação com a argumentação jurídica, sua obra não pretende ser um roteiro para avaliação das decisões judiciais<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Na obra *O Império do Direito*, Dworkin condensa a argumentação desenvolvida nas obras anteriores, de modo a formular sua teoria do direito como integridade. O entendimento do direito como integridade, portanto, envolve várias dimensões que interagem sustentadas pela noção de que o direito é um conceito interpretativo. O debate sobre as facetas do pensamento de Dworkin (a distinção entre argumento de política e argumento de princípio, o papel contrafactual do Juiz Hércules na interpretação jurídica, entre outras), considerados os seus vários interlocutores, daria azo para um sem número de estudos monográficos. Daí que, para o fim do presente estudo, a noção de que o direito é um conceito interpretativo, e a dimensão da coerência, nos termos entendidos por Dworkin e refletida na metáfora do romance em cadeia – conforme será abordado no decorrer do presente item – parece ser suficiente para a crítica desenvolvida no decorrer do estudo.

<sup>70</sup> Sobre a dimensão genérica e globalizante da coerência no direito como integridade na teoria de Dworkin, cf., sob uma perspectiva crítica, Soriano (2003, p. 302-303).

MacCormick, ao contrário, integra a coerência dentro de um programa que pretende ser uma guia para a avaliação da qualidade da decisão judicial. Assim, no que tange ao requisito da coerência, sua argumentação é mais minuciosa, fazendo distinções relevantes, estabelecendo conexões importantes, como por exemplo, entre a coerência e a justificação por analogia e a baseada em princípios. Tudo isso com o intuito de auxiliar o intérprete na construção de uma boa decisão e de dar ferramentas para aquele que avalia tais decisões. De todo modo, acredita-se que as considerações de ordem mais genérica, formuladas por Dworkin, podem ser complementadas pelas contribuições específicas trazidas por MacCormick.

Dworkin estabelece distinções/relações entre coerência, consistência e integridade no Direito. Para aquele autor, a consistência pura (*bare consistency*) equivale apenas à ausência de contradição lógica entre duas formulações de Direito. O que interessa para o Direito como integridade é a coerência como uma consistência de princípio (*consistency in principle*), e não a simples consistência pura. Para entender tal distinção, faz-se importante o cotejo entre duas citações:

*Consistency in principle is a different matter. It requires that the various standards governing the state's use of coercions against its citizens be consistent in the sense that they express a single and comprehensive vision of justice [...] (DWORKIN, 1995, p. 134).*

*Is integrity only consistency (deciding like cases alike) under a prouder name? That depends on what we mean by consistency or like cases. If a political institution is consistency only when it repeats its own pas decisions most closely or precisely in point, then integrity is not consistency; it is something both more and less. Integrity demands that the public standards of the community be both made and seen, so far at this is possible, to express a single, coherent acheme of justice and fairness in the right relation. An institution that accepts that ideal will sometimes, for that reason, depart from a narrow line of past decisions in search of fidelity to principles conceived as more fundamental to the scheme as a whole<sup>72</sup> (DWORKIN, 1995, p. 219).*

<sup>71</sup> “A consistência de princípio é uma questão diferente. Ela exige que os vários padrões que governam o uso da coerção pelo Estado contra seus cidadãos sejam consistentes no sentido de expressarem uma visão única e abrangente de justiça” (tradução nossa).

<sup>72</sup> “Será a integridade apenas consistência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por consistência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é consistente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então, a integridade não é consistência, é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e imparcialidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal, às vezes, irá, por esta

As citações expostas estão relacionadas à discussão desenvolvida por Dworkin entre duas concepções de Direito: o convencionalismo e o Direito como integridade<sup>73</sup>. O convencionalismo é a versão interpretativa do positivismo jurídico. Defende que a melhor interpretação da prática jurídica resume-se a uma questão de respeitar e aplicar as convenções jurídicas do passado (GUEST, 2010, p. 192). Sustenta, ademais, que quando tal passado não for capaz de responder à indagação do presente, os Juízes têm o poder discricionário de decidir conforme o que lhes parecer correto (DWORKIN, 1995, p.163-164).

Assim, para o convencionalismo, a consistência é muito relevante e se torna consistência estratégica na medida em que se preocupa apenas em conservar o ideal das expectativas protegidas, reproduzindo decisões anteriores. No entanto, como bem afirma Guest, comentando a obra de Dworkin, a consistência estratégica “é uma concepção pobre de consistência no argumento jurídico” (GUEST, 2010, p. 194). Tal fato assim se expressa, pois, a consistência estratégica ignora que, por vezes, será necessário abandonar a convenção decidida no passado em face de novos fatos, novos argumentos ou mudanças de paradigma, que indicam os princípios hoje aceitos na comunidade.

A integridade no Direito, ao contrário, insiste que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro e que os Juízes devem tratar o sistema de normas jurídicas como um conjunto coerente de princípios. Assim, exige dos Juízes uma tarefa complexa e comprometida de interpretação do sistema jurídico que seja capaz de agir com boa-fé em relação à história institucional da comunidade política, mas que assuma a obrigação de permanente reinterpretação de tudo que

---

razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo” (tradução nossa). Assim, como bem sintetiza Guest, “a coerência captura o tom lógico da consistência, mas permite outros critérios de certo e errado” (GUEST, 2010, p. 47) (tradução nossa).

<sup>73</sup> Parte importante da tese da integridade do direito é construída por Dworkin a partir de uma crítica a outras teorias do Direito. Aquele autor, em *O Império do Direito*, analisa e combate duas concepções do direito: o convencionalismo e o pragmatismo, para demonstrar como a ideia de integridade oferece uma interpretação melhor da prática jurídica e, especificamente, do modo como os Juízes decidem os casos difíceis. Apesar de essenciais, tais considerações não serão trabalhadas de maneira detalhada, em razão da limitação dos objetivos propostos. A propósito da referida discussão, cf. Dworkin (1995, p. 114 e ss.) e Guest (2010, p. 192-198).

pareça já decidido. Através de tal salto interpretativo é que se chega à coerência de princípio que está afinada com o Direito como integridade<sup>74</sup>.

MacCormick, por sua vez, também interpreta a consistência como sendo satisfeita pela não contradição. Dessa forma, olhando para um grupo de proposições, seu conjunto é consistente quando não se observa contradição umas com as outras. É coerente quando o grupo de proposições, tomadas em seu conjunto, faz sentido como um todo (MACCORMICK, 2008, p. 248). Em outra passagem, aquele autor acrescenta uma importante característica que distingue a consistência e a coerência em termos lógicos: a ligação entre a ideia de coerência e caráter valorativo do ordenamento jurídico. Assim, enquanto a consistência é a ausência de contradição lógica entre duas ou mais regras, a coerência é a “compatibilidade axiológica entre duas ou mais regras, todas justificáveis em vista de um princípio comum” (MACCORMICK, 2008, p. 301)<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Inserindo-se no debate entre originalismo e não-originalismo na interpretação da Constituição americana, mas em um relato que parece calhar no presente estudo, Dworkin ressalta: “[...] A interpretação constitucional apropriada toma por seu objeto tanto o texto quanto a prática do passado: juristas e Juízes que se defrontam com um problema constitucional contemporâneo devem tentar formular uma interpretação baseada em princípios, coerente e convincente do texto de cláusulas específicas, da estrutura da Constituição como um todo e de nossa história sob a égide da Constituição – uma interpretação que, ao mesmo tempo, unifique essas fontes distintas, na medida do possível, e ofereça diretrizes à decisão judicial futura. Em outras palavras, eles devem buscar a integridade constitucional” (DWORKIN, 2010, p. 168).

<sup>75</sup> MacCormick trabalha com a ideia de que há uma sobreposição entre as noções de valores e princípios. “Princípios jurídicos dizem respeito a valores operacionalizados localmente dentro de um sistema estatal ou de alguma ordem normativa análoga” (MACCORMICK, 2008, p. 251). Para Atienza (2000, p. 187), MacCormick, na verdade, faz equivaler princípios e valores, pois “ele não entende por valor apenas os fins que de fato são perseguidos, e sim, os estados de coisas considerados desejáveis, legítimos, valiosos; assim, o valor da segurança no trânsito, por exemplo, corresponderia ao princípio de que a vida humana não deve ser posta em perigo indevidamente pelo tráfego de veículos”. Tem-se aqui uma ressalva importante. Segundo Habermas (2010, p. 277-80; 328), uma leitura da tese de Dworkin a partir de uma perspectiva deontológica deve considerar tanto as regras como os princípios enquanto normas. A partir daí, deve também considerar que todas as normas se aplicam ou não se aplicam ao caso, porque o direito, segundo essa perspectiva, trabalha com uma pretensão binária de validade (sim/não). Daí, conforme a ótica apresentada, não ser possível identificar princípios a valores, posto que esses são vistos como “mandatos de otimização” (ALEXY, 2008, p. 90), que admitiriam uma aplicação gradual, enquanto aqueles são mandatos obrigatórios de ação naquele caso concreto. A crítica de Habermas dirige-se a um contexto específico, qual seja, a utilização que o Tribunal Constitucional Alemão vem fazendo dos princípios jurídicos, fazendo-os equivaler a valores e aplicando-os de forma gradual em cada caso, com base na técnica de ponderação. O debate é extenso e não cabe nos limites do presente estudo. Pontua-se aqui apenas para esclarecer que os diversos autores apresentados no decorrer do escrito utilizam conceitos distintos de valores e princípios jurídicos para desenvolver suas teses, mas que tais conceitos não se tornam conflitantes no bojo da presente Dissertação, dado que em cada caso estão direcionados a um debate específico, ao qual, quando necessário, far-se-á necessária menção.

Com efeito, vê-se na teoria de MacCormick, uma cooriginalidade entre coerência e princípio. Se, por exemplo, ao observar o conjunto das regras de trânsito como um sistema que tem um sentido para além de cada regra tomada isoladamente, uma boa alternativa para sanar uma dúvida interpretativa em tal campo seria tomar esse sentido geral como norte. Assim, a regra geral, extraída da coerência percebida em um ordenamento, é o que MacCormick chama de princípio (MACCORMICK, 2006, p. 198). Identificar os princípios do ordenamento jurídico impõe o dever de investigar as normas gerais que se podem extrair do conjunto de regras isoladamente consideradas, dentro de cada uma das áreas do Direito, dotadas, por sua vez, de uma coerência própria.

A argumentação com base em princípios e também por analogia é uma importante aplicação da ideia de coerência na justificação das decisões em casos difíceis. A demonstração de que uma decisão está coerente com um princípio geral e que este princípio é coerente com o ordenamento jurídico como um todo, é necessária – mas não suficiente – para justificar tal decisão em um *hard case*. Da mesma forma, a analogia, como ato de estender uma regra ou princípio jurídico para regular uma outra situação, aparentemente sem solução específica, implica a demonstração, por parte do interprete, de que há conexão racional – semelhanças plausíveis – entre as situações em comparação. O certo é que, seguindo a teoria de MacCormick, seja argumentando com base em princípios, seja se servindo da analogia, é preciso justificar a solução conectando-a aos princípios e valores que constituem o sistema jurídico como um todo.

Até aqui se tem falado de coerência entre normas. Coerência entre a regra formada na decisão analisada e o sistema jurídico particular (daquele ramo do Direito) e geral; coerência ou consistência – para falar com MacCormick - entre as regras utilizadas para justificar a própria decisão. No entanto, aquele autor distingue entre coerência normativa e coerência narrativa.

A coerência narrativa diz respeito aos fatos e se revela um importante componente na justificação das decisões jurídicas. É preciso que, ao fundamentar uma decisão, os fatos narrados façam parte de uma sequência inteligível de eventos que façam sentido como um todo. O teste para verificar a coerência fática não pode prescindir dos elementos da experiência racional, juízos probabilísticos de senso comum, combinados com causalidades produzidas pelo conhecimento científico.

A coerência narrativa assim ilustrada é a nossa única base para sustentar conclusões, opiniões ou veredictos sobre fatos do passado. Uma certa ideia de racionalidade cumpre papel importante nisso. Nem a experiência intelectual nem a experiência prática são uma mera sucessão caótica de impressões. [...] Um corpo crescente de teorias científicas que, de certo modo, contam como elaborações especializadas dos princípios básicos, tornam o nosso mundo um mundo inteligível pra nós (MACCORMICK, 2008, p. 292-293).

Apesar da teoria construída por MacCormick decompor o critério de coerência entre coerência normativa e coerência narrativa, ele reconhece que, na análise das decisões judiciais, ambos os aspectos de coerência devem caminhar juntos. Se a coerência narrativa tem um caráter diacrônico (fatos narrados no tempo) e a coerência normativa caracteriza-se por ser sincrônica (um olhar sobre a norma vigente naquele momento), ambas devem refletir um ideal de sistematicidade que a ordem jurídica, se não revela, deve pelo menos perseguir.

Além disso, a análise das normas que vigoram no ordenamento jurídico, exhibe também, sob certo aspecto, um caráter diacrônico. Trata-se da constatação de que a interpretação que os teóricos e os próprios aplicadores do Direito fazem das normas é cambiante no tempo. Aqui se verifica uma tensão, uma vez que a análise da coerência de uma decisão deve perceber que, por vezes, a conexão com as decisões (e as interpretações) do passado deve ceder em face da necessidade de mudança imposta para preservar um princípio maior: a coerência com o sistema como um todo (com o sistema do Estado Democrático de Direito, por exemplo). Veja-se, pois, que aqui, como o próprio MacCormick reconhece, a proximidade com Dworkin é marcante. Apesar de não partir das distinções entre seu construto

teórico e outras concepções de Direito, MacCormick também deixa claro que a consistência lógica entre duas proposições não é suficiente para justificar uma decisão em um Estado Democrático de Direito, devendo-se atentar para uma coerência de princípio conformada pelos direitos de igualdade e liberdade.

Observando as duas obras centrais de MacCormick, é possível notar uma diferença significativa entre o desenvolvimento acerca do papel da coerência no processo de avaliação da qualidade das decisões judiciais. A análise ganha em detalhamento e complexidade<sup>76</sup>. No segundo momento de reflexão, representado pela obra *Retórica e Estado de Direito*, MacCormick, apesar de considerar a coerência ainda apenas como um elemento de análise da argumentação jurídica, deu-lhe um papel muito mais relevante dentro do seu modelo. Decorrente dessa centralidade, constata-se explicações mais detalhadas sobre o papel da coerência tanto no que se refere ao ordenamento jurídico como um todo, como em um olhar direcionado ao microsistema, que é a própria decisão a ser analisada.

Observa-se, também, uma clarificação sobre a função da coerência no ordenamento jurídico e no processo decisório. “A coerência impõe um constrangimento real e importante aos Juízes” (MACCORMICK, 2008, p. 265). Há um dever jurídico e moral de demonstrar que as decisões decorrem do direito pré-existente ou que, mesmo diante de uma situação absolutamente inédita, os fundamentos usados para solução de casos estão em sintonia com princípios gerais aceitos pela comunidade. Tal exigência, por sua vez, conecta-se com os ideais de igualdade de tratamento e de universalização dos fundamentos das decisões, na medida em que se espera que situações semelhantes gerem soluções semelhantes, tendo em vista o ideal maior: a busca para que seres humanos “vivam juntos em razoável harmonia e

---

<sup>76</sup> Em um preâmbulo à edição brasileira de *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, datado de 1994 – convém lembrar que o original em inglês data-se de 1978 – MacCormick advertia que, naquele momento, já sentia necessidade de fazer muitos acréscimos ao texto, principalmente no que se refere ao requisito de coerência (MACCORMICK, 1994, p. XVIII).

com alguma percepção de um bem comum no qual todos participam” (MACCORMICK, 2008, p. 253).

Analisando a elaboração teórica de MacCormick, comparando os delineamentos sobre a coerência em suas duas obras de referência, constata-se que é aqui que há uma maior aproximação de suas ideias com o pensamento de Dworkin. Num primeiro momento, o critério de coerência parecia estar satisfeito com um requisito formal de adequação entre Direito (e aqui incluídos, princípios, regras, e mesmo, decisões anteriores) existente e a decisão que se está analisando. Em *Retórica e Estado de Direito*, aparecem termos que identificam uma preocupação com a legitimidade em um sentido muito mais substancialista. Deixa-se claro que, para uma decisão ser considerada justificada, do ponto de vista da coerência, esta precisa estar sintonizada a princípios aceitos pela comunidade – princípios que reflitam um ideal de uma vida satisfatória, de mútuo respeito e busca por igualdade.

Há uma grande proximidade entre essa ideia e a relação entre integridade e comunidade de princípios proposta por Dworkin. Para Dworkin, uma questão que se impõe é saber por que obedecemos aos princípios jurídicos. Em outras palavras, de onde tais princípios tiram sua legitimidade? Segundo Dworkin, obedece-se porque se vive em uma comunidade de princípios:

[...] Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados. Também não presume que esses outros direitos e deveres estejam condicionados à sua aprovação integral e sincera de tal sistema; essas obrigações decorrem do fato histórico de sua comunidade ter adotado esse sistema<sup>77</sup> (DWORKIN, 2003, p. 254) (grifo nosso).

<sup>77</sup> A complementaridade entre as posições de Dworkin e MacCormick, no que tange a comunidade de princípios e a ideia de romance em cadeia, pode ser auferida na seguinte citação: “[...] Conforme isso sugere e, de qualquer modo, é verdade, as próprias regras, princípios e doutrinas jurídicas são vinculadas ao tempo, têm sua própria história de desenvolvimento crítico no decorrer do tempo. O ato de interpretação jurídica, especialmente um ato interpretativo proferido por uma corte superior, é um ato dentro de um processo de desenvolvimento de doutrinas ou princípios jurídicos. Ronald Dworkin propôs a iluminadora analogia do ‘romance em cadeia’. Cada Corte que se defronta com tarefa de interpretar o Direito, num caso de autodefesa, por exemplo, precisa considerar decisões prévias, os “capítulos” na história do desenvolvimento dessa doutrina. Então, a Corte deve pronunciar sua própria decisão como o melhor ou mais persuasivo capítulo da história que vai revelando, e deve fazê-lo com

Há, pois, uma complementaridade/tensão entre a comunidade de princípios e o ideal de integridade que se quer desenvolver. Os princípios acolhidos pela comunidade devem transparecer nas decisões políticas e jurídicas que afetam tal comunidade, de modo que lhe assegurem legitimidade. O ideal de integridade, por sua vez, na medida em que se baseia em uma relação de igualdade e mútua consideração entre os membros da comunidade, constitui um limite para a construção das decisões da comunidade.

Percorrendo a obra de Ronald Dworkin e Neil MacCormick, observa-se uma preocupação constante com a justificação das decisões judiciais, sempre no desiderato de que tais decisões, na medida em que implicam alterações relevantes na vida das pessoas, não descambem para o arbítrio. Sobressai a ideia de que o Direito é uma prática racional, sistemática e voltada para o bem-estar da sociedade. Assim, a decisão judicial deve ser pautada pelo debate argumentativo, que tem como fim o convencimento com base em boas razões.

No que tange ao requisito da coerência, observou-se que esta deve ser um ideal perseguido pelo ordenamento jurídico como um todo, e também pela decisão judicial, uma vez que a decisão, com potencial para se transformar em precedente, torna-se parte do ordenamento jurídico. Por conseguinte, vista como um microssistema, a decisão deve ser coerente internamente, de modo que as premissas que a fundamentam não entrem em contradição.

---

plena consciência de que outros, mais tarde, escreverão capítulos adicionais tocando a história adiante. [...] Como Dworkin diz, é importante para as instituições humanas que suas normas exibam um tipo de integridade. Ainda que o Direito não possa permanecer parado, a capacidade de reconciliação racional de uma decisão proferida num certo momento com outras tomadas posteriormente é uma questão de equidade. Um homem condenado à prisão após ter sido malsucedido no uso do argumento de autodefesa num caso de homicídio vai querer saber por que uma mulher acusada de homicídio é, mais tarde, tratada de maneira diferente. Poderia, entretanto, haver uma explicação coerente por meio da interpretação da ideia subjacente de equidade para a defesa, mostrando por que considerações diferentes se aplicam ao caso de mulheres e homens em tais questões. Se de fato é assim, pelo menos a diferença de resultado será mais aceitável para um espectador razoável, um cidadão interessado com nenhum envolvimento pessoal em qualquer dos casos. Tal explicação deverá, portanto, tornar a posição mais aceitável também para o detento que se sentiu injustiçado” (MACCORMICK, 2008, p. 305-306).

Se é certo que a coerência é apenas um dos critérios para qualificar uma “boa decisão”, não se pode negar a centralidade de tal requisito na justificação da decisão judicial. No entanto, ultrapassou-se a ideia de coerência apenas como um requisito formal de adequação entre o direito posto e o direito que aparece na solução de cada caso concreto. Passou-se a exigir a demonstração de que a solução construída é coerente com ideais de uma vida social voltada para o mútuo entendimento e respeito recíproco. A coerência do ordenamento passou, portanto, a estar mais próxima de um ideal de integridade do Direito.

Assim, tem-se que a coerência em um Estado Democrático de Direito: a) não se satisfaz com a mera ausência de contradição entre duas decisões sobre o mesmo caso; b) deve refletir o tratamento igual dado a situações iguais, mas desde que os argumentos dos envolvidos sejam considerados<sup>78</sup>; c) deve levar em conta as mudanças temporais e paradigmáticas que envolvem tais argumentos, fugindo, pois, do convencionalismo.

Mediante tais conclusões, crê-se possível a análise das decisões do STF no tocante ao controle de constitucionalidade das súmulas.

---

<sup>78</sup> No pensamento de Dworkin, é nuclear a ligação entre integridade e igualdade. Como bem pontua Guest (2010, p. 214), “o que faz a integridade é a sua capacidade de alcançar a coerência de princípio mantendo o compromisso de tratar as pessoas como iguais”. Tal ligação se distingue de concepções como convencionalismo e o pragmatismo, na medida em que estes são, consecutivamente, “rígidos demais ou arbitrários demais para exigir que o governo fale como uma só voz a todos os cidadãos” (GUEST, 2010, p. 214). Para além disso, é importante distinguir em Dworkin a ideia de tratar as pessoas como iguais e dar tratamento igual. Dar tratamento igual aos seres humanos significaria dar a mesma coisa, a título de recursos, por exemplo, a uma pessoa deficiente, tanto quanto a uma não deficiente. Em outras palavras, não seria sensível às diferenças entre as pessoas: “(...) Pode-se dizer que [os cidadãos] têm dois tipos diferentes de direitos. O primeiro é o direito a igual tratamento (*equal treatment*), que é o direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo. Todo cidadão, por exemplo, tem direito a um voto igual em uma democracia; este é o cerne da decisão da Suprema Corte de que uma pessoa deve ter um voto, mesmo se um arranjo diferente e mais complexo assegurar melhor o bem-estar coletivo. O segundo é o direito ao tratamento como igual (*treatment as equal*), que é direito, não de receber a mesma distribuição de algum encargo ou benefício, mas de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa. Se tenho dois filhos, e um deles está morrendo de uma doença que está causando desconforto ao outro, não demonstrarei igual atenção se jogar cara ou coroa para decidir qual deles deve receber a última dose de um medicamento. Este exemplo mostra que o direito ao tratamento como igual é fundamental, e que o direito ao igual tratamento é derivado. Em algumas circunstâncias, o direito ao tratamento como igual implicará um direito a igual tratamento, mas certamente não em todas as circunstâncias” (DWORKIN, 2002, p. 349-350) (grifo nosso). Para fins do presente estudo, interessa notar que a consideração dos argumentos das partes implica em reconhecer as distinções existentes entre os casos/indivíduos envolvidos, tratando como iguais as situações que argumentativamente se demonstrem assim.

## **4.2 A postura do Supremo Tribunal Federal em relação ao controle de constitucionalidade das súmulas dos Tribunais Superiores: integridade no Direito?**

O caminho trilhado até aqui procurou demonstrar que o protagonismo assumido pelo Judiciário na resolução dos conflitos obrigou a reconhecer-lhe a possibilidade de também produzir normas. É certo que, em um Estado Democrático de Direito, tais normas devem estar sintonizadas com os princípios jurídicos aceitos pela comunidade, de modo a transparecer que mesmo não sendo leis no sentido formal, estas fazem parte do Direito reconhecido socialmente. Dessa forma, no Brasil, as súmulas editadas pelos Tribunais Superiores aparecem como normas para os diversos partícipes dos discursos jurídicos, especialmente no texto das decisões judiciais, na medida em que fundamentam tais decisões como motivos, razões de decidir.

Diante do exposto, tem-se agora elementos para centrar a análise nas decisões do STF que envolvem o tema aqui tratado.

Toda a análise terá como norte a questão da coerência da argumentação jurídica nos termos em que foi posta no item anterior, no presente estudo. Coerência, no caso, sob diversas formas. Coerência interna, examinando os argumentos expostos no voto e também a relação de tais argumentos com outras decisões de casos distintos, mas conexos ao tema. Também em termos de coerência interna da decisão, examinamos a relação entre os argumentos explicitados e os pressupostos dogmáticos – dogmática jurídica – que os Tribunais sempre utilizam em suas decisões. Em termos de coerência externa, a crítica se pautará pelo confronto da decisão com os princípios do Estado Democrático de Direito, notadamente a) a necessária igualdade de tratamento entre os jurisdicionados, o que implica a necessidade de tratar como iguais situações que se demonstrem iguais; e, b) a necessidade de fundamentação das razões que justificam as decisões judiciais, sob pena de que as decisões descambem para o arbítrio.

Faz-se importante direcionar a análise para a decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 80, uma vez que os argumentos expostos pelos Ministros recuperam o caso anterior decidido na Ação Direta de Constitucionalidade (ADIn) nº. 594. De todo modo, no curso da exposição, interagir-se-á com os demais casos, tanto em nível de controle concentrado quanto de controle difuso, relacionados ao tema.

Num primeiro plano, contudo, é preciso enfrentar um argumento que se encontra na base de tais decisões: os julgadores insistem que não há necessidade de se submeter as súmulas ao controle de constitucionalidade porque elas podem ser simplesmente revogadas<sup>79</sup>. De fato, os Regimentos Internos dos Tribunais Superiores preveem a possibilidade de revisão ou cancelamento de suas súmulas. Ocorre que, na grande maioria dos casos, esta é uma faculdade atribuída a um dos órgãos do próprio Tribunal, ou seja, a um dos Ministros, Turmas, Comissões ou Seções<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> O Ministro Carlos Velloso, nos debates do julgamento da ADI nº. 594, lança expressamente tal argumento. Já o acórdão da ADPF nº. 80, ao desqualificar a força normativa das súmulas afirmando que estas apenas predominam, está, ainda que nas entrelinhas, ratificando o argumento na medida em que sugere que dada a suposta ausência de força normativa, as súmulas apenas orientam os operadores jurídicos, o que indica certa falta de estabilidade, podendo ser revogadas a qualquer momento.

<sup>80</sup> O art. 125 e seus parágrafos do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ), estabelece que qualquer dos Ministros poderá propor a revisão da súmula, que será discutida nas Seções e/ou na Corte Especial, órgão máximo do Tribunal. O Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho (RITST) disciplina a matéria em diversos dispositivos, atribuindo a iniciativa de revisão do cancelamento das súmulas daquele Tribunal à sua Comissão de Jurisprudência (arts. 52, 54, I), aos Ministros integrantes do Tribunal Pleno (art. 62), ou à Seção Especializada (art. 158). O STF, por meio da Emenda Regimental nº. 46/2011, publicada em 8 de junho de 2011, implementou salutar renovação ao permitir que quaisquer interessados, desde que fundamentadamente, tomem iniciativa no processo de criação, revisão ou cancelamento de suas súmulas, sejam as ditas vinculantes ou as demais. Tal inovação, digna de nota, não inviabiliza o argumento exposto no presente estudo – primeiro, porque se refere exclusivamente às súmulas do STF e, segundo, porque os efeitos da revogação das súmulas são distintos da declaração de sua inconstitucionalidade.

Todavia, a possibilidade do processo judicial de controle de constitucionalidade desloca a iniciativa argumentativa e insere os atingidos<sup>81</sup> pela norma no processo de discussão instaurando, fundamentalmente, o contraditório. Tal aspecto faz, pois, bastante diferença. Como bem ensina Fazzalari (2006, p. 119), o que distingue o procedimento do processo é justamente a formação do contraditório. Isso significa a participação dos destinatários dos efeitos do ato final desde a sua fase preparatória; consiste na simétrica paridade das suas posições e na mútua aplicação das suas atividades – destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento – de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar conta dos resultados.

De fato, os efeitos de uma revogação ou alteração de súmula são distintos de reconhecer sua inconstitucionalidade por violação a direitos fundamentais. Para fins do presente estudo, basta acentuar que uma declaração de inconstitucionalidade poderia anular a súmula desde a sua edição, o que, inclusive, poderia dar azo a ações de responsabilidade contra o Estado em face do prejuízo causado às partes. A revogação e o cancelamento das súmulas em procedimento previsto pelos Regimentos Internos dos Tribunais poderá, a

---

<sup>81</sup> Não se ignora que os arts. 103, da Carta Magna de 1988; 2º., Lei nº. 9868/99; e, 2º., Lei nº. 9882/99, limitam os Legitimados a propor ADIns e suas correlatas aos seguintes atores: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal (SF); a Mesa da Câmara dos Deputados (CD); a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal (CLDF); o Governador de Estado ou do Distrito Federal (DF); o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); partido político com representação no Congresso Nacional (CN); confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Se é certo que isso limita a iniciativa dos atingidos pelas normas em lhes opor o contra-discurso representado por tais ações, não se pode negar, por óbvio, que esses legitimados sendo distintos dos Ministros e seus órgãos, instauram a possibilidade de um contra-argumento externo aos Tribunais, dado que ampliam o rol de atores envolvidos no processo, implementando a possibilidade de dissenso. E nada impede que outros eventuais atingidos por determinada norma possam dirigir-se aos mesmos órgãos, demonstrando eventual violação constitucional, a eles pleiteando o ajuizamento de ação própria. Ademais, a recente inclusão dos *amicus curiae* no processo de controle concentrado, permitindo-lhes manifestação, inclusive sustentação oral por ocasião da sessão de julgamento, minimiza o déficit argumentativo. Falta, contudo, atribuir legitimidade a qualquer daqueles que se sentir atingido pela norma para ajuizar a ação respectiva. Sobre o tema, cf. a interessante discussão elaborada por Chai (2004).

princípio, ter efeitos apenas *ex nunc*, na medida em que os Tribunais deixem de utilizá-las na formulação de suas decisões<sup>82</sup>.

Ademais, as leis também podem ser revogadas; nem por isso deixam de ser objeto de controle de constitucionalidade. E o que as faz serem objeto de controle judicial, apesar de eventualmente serem revogadas? Justamente o fato de poderem estar ferindo direitos fundamentais no curso de sua vigência. Assim, é possibilitado aos atingidos discutir-lhes a constitucionalidade no foro judicial, não deixando ao alvedrio do legislador a oportunidade de revogá-las quando se lhe aprover.

Observe-se que o enfrentamento de tal questão está diretamente relacionado à questão da integridade no Direito e a igualdade de tratamento dos atingidos no processo decisório judicial. Ora, na medida em que os jurisdicionados devem aceitar a solução fixada pela súmula, implicará tratá-los como iguais, facultar-lhes o questionamento acerca da constitucionalidade – leia-se respeito aos direitos fundamentais – por parte dessas súmulas.

Urge, então, repisar sobre a importância do controle de constitucionalidade na sociedade democrática. Ocorre que, pela dinâmica das sociedades políticas modernas, o Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade, ocupa um lugar central de mediação social e de reconhecimento dos direitos das minorias.

Habermas, articulando as funções dos Poderes do Estado inseridos na sua concepção de democracia e relacionando com o controle de constitucionalidade, resume a questão com os seguintes argumentos:

---

<sup>82</sup> O tema dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é extenso, polêmico e também poderia ser objeto de diversas monografias específicas. A questão ganhou um incremento em sua complexidade dada a possibilidade atual de modulação temporal dos efeitos da declaração de constitucionalidade e inconstitucionalidade, conforme os arts. 27, Lei nº. 9868/99, e 11, Lei nº. 9882/99. Sobre o tema, cf. Ferrari (2004).

Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências da Corte constitucional que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de Direito: à Corte constitucional deve caber a guarda do sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. O esquema clássico de separação e interdependência dos poderes do Estado não mais corresponde a essa intenção porque a função dos direitos fundamentais não pode mais se fundar nos pressupostos teóricos-sociais construídos no paradigma liberal de Direito; ou seja, essa função agora envolve mais do que a proteção de cidadãos essencialmente autônomos no nível privado em face das ingerências do aparato estatal. A autonomia privada é também posta em risco por posições de poder econômico e social, e depende, por sua vez, da maneira pela qual, e da extensão, em que os cidadãos podem efetivamente exercer os direitos comunicativos e de participação gozados por cidadãos de um Estado Democrático. Assim, a Corte Constitucional deve examinar o conteúdo das normas controversas, acima de tudo em conexão com os pressupostos comunicativos e as condições procedimentais do processo legislativo democrático. Uma compreensão procedimental da Constituição desse tipo altera para um enfoque democrático a abordagem da questão da aquisição de legitimidade da jurisdição constitucional (HABERMAS, 2003a, p. 326).

Resgatando a ideia de democracia constitucional (DWORKIN, 2006, p. 26 e ss.), tem-se que para a referida versão da democracia, o mais importante é o tratamento que as decisões tomadas pelas instituições públicas dispensam aos cidadãos<sup>83</sup>. É preciso, para que tais decisões sejam consideradas legítimas, que estas reflitam uma postura que indique igual respeito e consideração aos envolvidos no processo decisório. Nestes termos, a concepção constitucional de democracia exige que decisões que não reflitam a igualdade de tratamento entre os cidadãos, cedam em face de outras que assim os tratem, mesmo que aquelas decisões sejam emanadas na forma de norma advinda do Legislativo, o qual detém forte grau de

---

<sup>83</sup> Sabe-se que os modelos de democracia preconizados por Habermas e Dworkin não são idênticos. Tampouco são incompatíveis. É possível até arriscar-se a dizer que podem ser complementares. Habermas aposta na ampliação de espaços públicos autônomos e informais, responsáveis por canalizar os diversos interesses sociais até o sistema político formal: “a teoria do discurso conta com a intersubjetividade mais avançada presente em processo de entendimento mútuo que se cumprem por um lado, na forma institucionalizada de aconselhamentos em corporações parlamentares, bem como, por outro lado, na rede de comunicação formada pela opinião pública de cunho político. Essas comunicações sem sujeito, internas e externas às corporações políticas e programadas para tomar decisões, formam arenas nas quais pode ocorrer a formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de temas relevantes para o todo social e sobre matérias carentes de regulamentação. A formação de opinião que se dá de maneira informal desemboca em decisões eletivas institucionalizadas e em resoluções legislativas pelas quais o poder criado por via comunicativa é transformado em poder administrativamente aplicável. Como no modelo liberal, respeita-se o limite entre Estado e Sociedade; aqui, porém, a sociedade civil, como fundamento social das opiniões públicas autônomas, distingue-se tanto dos sistemas econômicos de ação quanto da administração pública” (HABERMAS, 2007, p. 289). Tal proposta não se opõe a posição de Dworkin, até porque quanto maior a amplitude dos espaços de debate público, maiores serão as possibilidades de que os cidadãos, como membros iguais da comunidade, tenham possibilidade de marcar alguma diferença no processo político e, dessa forma sejam considerados/tratados com a mesma consideração e respeito. Dworkin, todavia, avança no sentido de que a ampliação do processo democrático não é suficiente para suprir as limitações do procedimento legislativo. Os Tribunais, portanto, surgem com o intuito de proteger interesses minoritários que podem não possuir força política suficiente para obter adesão às suas propostas na esfera política formal.

legitimidade baseada na representatividade eleitoral – conceito deveras relevante para as sociedades democráticas.

Para o contexto em análise, é certo que as súmulas se diferenciam das normas advindas do Legislativo ou do Executivo, dado que não são produzidas por representantes eleitos pelo voto. Mas, até por isso, sabendo-se que a legitimidade das decisões judiciais decorre da exposição dos argumentos que as sustentam, a possibilidade de controlar a constitucionalidade das súmulas agregaria um importante fluxo comunicativo discursivo que poderia dar mais legitimidade a tais súmulas ou demonstrar-lhes sua inviabilidade.

Ademais, na medida em que as súmulas são formuladas e aplicadas em uma operação semelhante às demais normas produzidas pelos outros Poderes, crescem em um ambiente democrático, precisam, também, passar por alguma espécie de controle, de modo a evitar a autonomização do próprio Judiciário, que passa a decidir casos futuros com base em textos que, atualmente, estão excluídos da avaliação do presente instrumento de crítica. É certo que o fato de o próprio Judiciário decidir sobre as arguições de inconstitucionalidade, diminui a possibilidade de crítica externa. Todavia, conforme já enfatizado, considerando também o fato de que os possíveis argumentos contrários às súmulas viriam de representantes dos outros poderes ou de setores da sociedade, esse déficit fica, em certa medida, compensado.

Esclarecidas as razões que tornam importante controlar a constitucionalidade das súmulas, pode-se agora, especificamente, tratar sobre as decisões proferidas na ADPF nº. 80.

Tanto a decisão monocrática que negou seguimento à petição inicial, quanto o voto do Relator e dos demais Ministros no acórdão que decidiu o recurso interposto contra essa decisão, não se sustentam, tomando como parâmetro uma teoria da argumentação jurídica que privilegie a coerência como critério de correção das decisões judiciais.

Inicialmente, faz-se importante analisar a coerência entre os argumentos expostos na decisão analisada e os pressupostos dogmático-jurídicos, como forma de saber que costumeiramente orienta tais decisões. Retomando a dogmática jurídica como ideia de ciência que, trabalhando com o Direito positivo vigente em um dado tempo, “tem por tarefa metódica a construção de um sistema de conceitos elaborados a partir da interpretação do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna”, e por finalidade, “ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito” (ANDRADE, 1996, p. 27-28), a opção por transitar temporariamente no referido viés epistemológico, não significa uma aceitação. Ao contrário, trata-se de uma opção crítica para demonstrar que, mesmo falando do interior desse discurso, a fundamentação da decisão e do acórdão não são coerentes. É o que se pode chamar de uma “crítica por dentro”, no sentido de que se usa dos próprios pressupostos do autor do discurso para mostrar suas falhas (WARAT, 1995).

A decisão monocrática, em princípio, deixa entrever que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente poderá ser arguida contra ato normativo. Tal conclusão extrai-se da distinção que se pretende fazer entre os vigentes enunciados de súmulas e as súmulas vinculantes editadas em conformidade com a Emenda Constitucional (EC) nº. 45/2004<sup>84</sup>. As últimas seriam normas; aquelas outras, não.

Ora, basta um olhar sobre a Lei nº. 9882/99, para perceber que a norma prevê dois tipos de arguição de descumprimento de preceito fundamental: a) arguição autônoma; e, b) a arguição incidental. A autônoma tem sua previsão no art. 1º., *caput*:

Art. 1º. A arguição prevista no § 1º. do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (grifo nosso).

---

<sup>84</sup> “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas Federal, Estadual e Municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

E a incidental decorre do mesmo art. 1º., parágrafo único, I:

[...]

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

[...].

Percebe-se que os requisitos para ajuizamento das duas ações são distintos. No caso da arguição de descumprimento autônoma, exige-se apenas que o ato impugnado seja emanado de autoridade pública. Difere-se, portanto, da arguição incidental, na qual se exige que a controvérsia constitucional gire em torno de ato normativo.

Cabe, pois, a questão: não seriam as súmulas emanadas dos Tribunais atos do Poder Público? Consultando qualquer manual de Direito Administrativo – que são muitas vezes utilizados como referência nas decisões de nossas Cortes –, a resposta parece, evidentemente, afirmativa. Ao tratar sobre os atos do Poder Público, o Direito Administrativo recupera as lições da Teoria Geral do Direito Civil para afirmar que os atos jurídicos distinguem-se dos fatos jurídicos na medida em que esses são provenientes de ações da natureza, enquanto aqueles são produzidos pelos seres humanos ou suas instituições (DI PIETRO, 2004, p. 183). As súmulas são certamente um ato, no sentido de configurar uma manifestação, uma expressão do pensamento do Tribunal, formado por seus Ministros. E os Tribunais Superiores, integrantes que são de um dos Poderes da República, são certamente órgãos do Poder Público<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> A Carta Magna de 1988, em seu art. 2º., dispõe que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” O art. 92, por sua vez, especifica que “são órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal; o Conselho Nacional de Justiça; o Superior Tribunal de Justiça; os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; os Tribunais e Juízes do Trabalho; os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares; os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios”.

Daí se conclui, numa interpretação até mesmo restrita da Lei da ADPF, que mesmo que as súmulas não tivessem qualquer eficácia normativa, elas poderiam ser objeto de controle de constitucionalidade por meio de ADPF, em sua versão “ação autônoma”.

Sobre a questão, Cunha Junior, em tese de doutorado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), manifesta-se:

A arguição de descumprimento de preceito fundamental presta-se, outrossim, a fiscalizar os atos ou omissões não normativos do Poder Público. Vale dizer, pode ser empregada para controle dos atos concretos ou individuais do Estado e da Administração Pública, incluindo os atos administrativos [...]. Todavia, talvez a maior novidade, sem precedentes no direito brasileiro, diz respeito ao controle abstrato de constitucionalidade dos atos judiciais, inclusive súmulas dos Tribunais (CUNHA JUNIOR, 2004, p. 590-591) (grifo nosso).

Em outro giro, a ementa do acórdão e o voto condutor, ao desqualificar as súmulas como atos que não obrigam, “apenas predominam”; se afasta, contudo, do uso que os verbetes vêm tendo na atualidade. Conforme já demonstrado no presente estudo, o desenho institucional que as súmulas ganharam a partir da publicação das Leis n<sup>os</sup>. 8038/90, 9756/98 e 11.276/2006, somado às práticas que os Tribunais Superiores conduzem ao decidirem as demandas com base nas suas súmulas, tornam inegável sua importância e sua força normativa. Tanto assim que, desde a edição daquelas até os dias atuais, os Tribunais passaram a produzir uma grande quantidade de súmulas, conforme visto anteriormente.

Observe-se que tal constatação – sobre a importância das súmulas para a prática atual do Direito – foi registrada pelos Ministros nos debates que se seguiram, conforme se pode observar nos seguintes votos:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Senhora Presidente, o tema terá de sofrer uma nova reflexão, não só em função da chamada “súmula vinculante”, mas também dos chamados “efeitos normativos” de qualquer súmula sobre a admissão, o processamento e o julgamento individual de recursos, a reserva de Plenário na declaração de inconstitucionalidade e de outras tantas inovações legislativas.

Por ora, acompanho a jurisprudência firmada na ADIn 594, relator o em. Ministro Carlos Velloso. Realmente, a súmula, na sua concepção original, a não ser a sua eficácia argumentativa, esgotava os seus efeitos no processo interno do Tribunal. Era, como dizia o saudoso mestre Victor Nunes Leal, “um método de trabalho” no Supremo.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Hoje, na verdade, essa tese já encontra dificuldades, como Vossa Excelência já percebeu, porque estamos na seara da súmula obstativa. Na medida em que se provê, ou não, recursos, a partir da súmula, ela adquire uma força normativa.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Há a decisão monocrática em outros tribunais e uma série de efeitos externos ao Supremo Tribunal.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Sim. Ela tem uma força normativa. Na época, afirmou-se que não cabia a ADIn porque ela não teria esse caráter normativo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – O que a súmula permitia quando ela surgiu? Apenas que o relator arquivasse agravos ou recursos extraordinários que a contrariassem. Nada mais.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Lembro-me de que, quando se discutiu, no Congresso Nacional, inicialmente, a reforma do Judiciário, na versão do relatório do Ministro Nelson Jobim, dizia-se, expressamente, que haveria a súmula vinculante – aqui falava-se de súmula vinculante – mas contra ela caberia, então, ação direta de inconstitucionalidade, admitindo já o seu caráter normativo. Isso é inequívoco.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITO – Caráter normativo e primário.

O SR. MINISTRO EROS GRAU (relator) – É aquela história de a norma se transformar em texto.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Sim, mas isso podemos deixar para momentos adequados.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITO – Sim, no devido tempo estudaremos (grifo nosso).

Analisando o acórdão, do ponto de vista da coerência interna,<sup>86</sup> vislumbram-se contradições entre os argumentos expostos pelos Ministros. De fato, enquanto os debates reconhecem a importância das súmulas e sua força normativa, a conclusão dos Ministros, sintetizada na ementa do acórdão, não condiz com a divergência do debate. Ao contrário, da leitura da ementa, deflui-se que todos os Ministros estão de acordo com a ideia de que súmulas não são normas e não necessitam de controle de constitucionalidade. Mesmo uma postura interpretativa de cunho positivista, que privilegiasse a estrutura premissa maior/premissa menor/conclusão, rechaçaria a forma como foi construída a decisão ora

---

<sup>86</sup> A distinção entre coerência interna e externa não pode ser vista de forma estática. Ao contrário ela é dinâmica e interrelacional. Dado que, a partir da visão conformada pelo paradigma pós-positivista, a interpretação jurídica quase nunca pode ser vista como de um silogismo simples; torna-se improvável avaliar uma decisão apenas olhando internamente a relação entre os argumentos expostos. Tal visão interna deve ser sempre complementada pelos fatos exteriores ou decisões anteriores em um movimento contínuo de ir e voltar. No presente caso, a referida distinção serve para orientar quando se está observando preponderantemente para os argumentos expostos no texto da decisão ou quando os mesmos estão sendo avaliados em relação a princípios mais abstratos. Fala-se, convém insistir, em termos de preponderância e não de exclusividade.

analisada, simplesmente porque as premissas tomadas são contraditórias entre si e delas não decorre a conclusão que o acórdão exprime.

Ainda do ponto de vista da coerência interna da decisão, mas voltando o olhar para os usos que os próprios Tribunais fazem das súmulas, observa-se que tal conclusão – ao dizer que as súmulas apenas predominam – está desconectada das práticas dos Tribunais. As súmulas se impõem através das inúmeras decisões que as utilizam como fundamento da obrigação imposta. Além disso, as mesmas eliminam a força de outras decisões que não tem condições de fazer frente à efetividade que o sistema jurídico lhes atribui (FERRAZ JUNIOR, 1986, p. 148). Ademais, todo o desenho institucional em torno das súmulas é feito para que os jurisdicionados não possam opor-lhes contra-argumentos. É interessante observar dos diálogos dos Ministros que há mesmo certa confusão entre as falas, não se sabendo ao certo quando se está falando das súmulas vinculantes ou daquelas outras produzidas por qualquer Tribunal Superior. Assim, constata-se que, na prática, as duas espécies estão aproximadas.

Para o viés adotado no presente estudo, muito relevante também é o fato de que a presente decisão rompe, sem justificativa plausível, a coerência do sistema de controle de constitucionalidade em sede de ADPF, construído pelo próprio STF. Vale observar como se deu a construção do referido sistema.

A ADPF é um dos meios de se controlar a constitucionalidade dos atos do Poder Público<sup>87</sup>. Está prevista desde a promulgação da Carta Magna de 1988, sendo que, a princípio, estava inscrita em seu art. 102, parágrafo único, mas, em face da renumeração ocorrida com a EC n.º 3/93, passou a constar no § 1.º do referido artigo.

---

<sup>87</sup> Sobre o desenvolvimento doutrinário da ADPF, cf. Tavares (2001), Chai (2006) e Mendes (2001).

O instituto da ADPF, contudo, não pôde ser usado imediatamente, pois, conforme decisão do próprio STF, tratava-se de norma de eficácia limitada<sup>88</sup>. Com efeito, o Tribunal decidiu nos autos do agravo regimental na PET 1140-TO, que “enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o STF não pode apreciá-la”. Assim, somente com a entrada em vigor da Lei nº. 9882, de 13 de dezembro de 1999, aquele Tribunal passou a admitir o processamento da ADPF.

Inicialmente, a ADPF foi vista com certa euforia pelos doutrinadores e pelos operadores do Direito, na medida em que completaria o sistema de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público. Assim, poderia fazer com que o STF analisasse, em controle concentrado, demandas que até então só chegavam ao Tribunal pela demorada via do controle difuso<sup>89</sup>. No entanto, na promulgação da Lei, já se percebeu que haveria freios no uso da medida. Assim, cumpre lembrar o veto do Presidente da República ao artigo que dava legitimidade a qualquer pessoa lesada ou ameaçada de lesão em decorrência de ato do Poder Público para ingressar com a ação. Além disso, a própria Lei estabeleceu, em seu art. 4º., que “não será admitida a ADPF quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.” Trata-se do que se convencionou chamar princípio da subsidiariedade.

A interpretação que o STF vem dando ao princípio da subsidiariedade é peça fundamental para a compreensão da tese que se defende neste item da presente Dissertação.

Observando as decisões do STF nas primeiras ADPFs ajuizadas, é possível concluir que o Tribunal foi, inicialmente, bastante exigente no cumprimento desse requisito de procedibilidade.

---

<sup>88</sup> Consoante a doutrina de José Afonso da Silva, numa classificação que distingue entre normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada, sendo que as normas de eficácia contida podem ser de princípio programático e de princípio institutivo. As de princípio institutivo caracterizam-se fundamentalmente por “indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação.” É o caso da norma hoje inserta no art. 102, § 1.º, da Carta Magna de 1988, que prevê a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Cf. Silva (1999, p. 123).

<sup>89</sup> Cite-se, como exemplo o conflito direto entre as normas municipais e a Constituição.

A ADPF nº. 3 – relator Ministro Sidney Sanches –, por exemplo, não foi conhecida em razão de não cumprimento do requisito. Cuidava-se de ADPF ajuizada pelo Governador do Estado do Ceará (CE), contra ato do Tribunal de Justiça daquela Unidade da Federação (UF), que deferira reclamação em mandado de segurança para determinar o pagamento de gratificações, sem a observância do preceito constitucional que proíbe a sua concessão em cascata. Ao presente estudo, interessa, particularmente, os seguintes trechos do acórdão:

É de se verificar, então, se as decisões, aqui impugnadas, poderiam ser atacadas por outros meios eficazes ao combate à lesividade delas decorrente.

No que concerne às decisões monocráticas dos Desembargadores-Relatores das Reclamações, poderiam elas ser impugnadas, não só mediante Agravo Regimental para o órgão colegiado competente, mas, também, em tese, por Mandado de Segurança impetrado perante o mesmo Tribunal estadual, com cabimento, também em tese, de medida liminar, que eventualmente poderia afastar a alegada lesividade de tais atos, pois, como é sabido, o Supremo Tribunal Federal abrandou a rigidez de sua Súmula nº. 267 (p. ex.: RTJs 54/681, 63/490, 70/504, 72/743).

No que tange à decisão proferida pelo órgão colegiado, que negou provimento a Agravo Regimental contra uma dessas decisões monocráticas (fls. 127/145 e 146), cabível seria, em tese, Recurso Extraordinário para esta Corte (art. 102, III, da Constituição Federal).

[....]

Vê-se, pois, que ainda há meios judiciais eficazes para se sanar a alegada lesividade das decisões impugnadas. E sem sua utilização pela parte interessada, não é admitida a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do referido § 1º do art. 4º da Lei nº. 9.882, de 03.12.1999.

[...]

Também assiste ao Governador, em tese, a possibilidade de promover, perante esta corte, Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 108, VII, “i”, da constituição do Estado, bem como do artigo 21, VI, “j” do Regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, que instituíram a Reclamação destinada à preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões (BRASIL, 2000) (grifo nosso).

O trecho exposto permite inferir que, segundo o Relator, o fato de existir algum meio processual que permita a revisão do ato atacado parece ser suficiente para fazer incidir o óbice do § 1.º, do art. 4.º, da Lei nº. 9882/99. Ademais, havendo meios de fazer chegar a questão ao STF, tanto pela via do controle concentrado, quanto pela via do controle difuso, o autor estaria impedido de utilizar a ADPF.

Tal interpretação excessivamente limitadora encontrou críticas dentro do próprio STF. Com efeito, o então Ministro Carlos Velloso, em artigo doutrinário, lembrava que sempre existirá, no controle concentrado ou difuso, a possibilidade de utilização de ação ou recurso a fim de sanar lesão a preceito constitucional fundamental. E concluía que “se o STF der interpretação literal, rigorosa, ao § 1.º do art. 4º., da Lei 9882/99, a arguição será, tal qual está ocorrendo com o mandado de injunção, posta de lado” (2002, p. 5).

Em verdade, se é certo que o principio da subsidiariedade destina-se a impedir a banalização da atividade jurisdicional constitucional, inviabilizando o funcionamento do Tribunal constitucional, o excessivo rigor na interpretação do requisito pode desprover de eficácia o instituto da ADPF. Tal hipótese certamente se revelaria um mal maior, na medida em que deixaria desguarnecida de meios de controle concentrado um grande número de relações jurídicas, que continuariam a violar preceitos fundamentais da Carta Magna de 1988.

Voltando às decisões do STF em sede de ADPF, observa-se que, em outra oportunidade, o Ministro Celso de Mello, ao relatar a ADPF nº. 17, afirmou que o principio da subsidiariedade

(...) condiciona o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional à observância de um inafastável requisito de procedibilidade, consistente na ausência de qualquer outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado (BRASIL, 2001).

Apesar de ainda bastante restritivo, na medida em que continua exigindo a inexistência de qualquer meio processual apto a sanar a lesividade, o entendimento parece ampliar as possibilidades dos legitimados de êxito no processamento da ação. Ocorre que, em comparação ao entendimento firmado na ADPF nº. 3, o Ministro adiciona que esse meio processual acaso existente deve fazer cessar prontamente a lesão ao preceito fundamental, da mesma forma que a ADPF poderia fazer. Neste caso, considerando que, sabidamente, a

solução de um Recurso Extraordinário (RE) costuma demorar muitos anos, cabe concluir que a possibilidade de se interpô-lo não é motivo suficiente para negar seguimento à ADPF.

É preciso reconhecer, no entanto, que a questão ainda se apresentava muito nebulosa. Não havia um critério preciso que pudesse orientar os legitimados de modo a lhes dar certeza de quando seria possível ingressar com uma ADPF. No julgamento da liminar postulada na ADPF n.º. 33, a questão pareceu ter sido finalmente dirimida. Pela sua importância para o deslinde do tema, transcreveu-se longo trecho do acórdão relatado pelo Ministro Gilmar Mendes:

[...] Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade ha de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade e, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata, ha de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. É o que ocorre, fundamentalmente, nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não ha como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento. Também e possível que se apresente arguição de descumprimento com pretensão de ver declarada a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que tenha sua legitimidade questionada nas instancias inferiores. Tendo em vista o objeto restrito da ação declaratória de constitucionalidade, não se vislumbra aqui meio eficaz para solver, de forma ampla, geral e imediata, eventual controvérsia instaurada. A própria aplicação do principio da subsidiariedade esta a indicar que a arguição de descumprimento ha de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição, alegação de contrariedade a Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário que não envolva a aplicação de lei ou normativo infraconstitucional. Da mesma forma, controvérsias concretas fundadas na eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo podem dar ensejo a uma pletora de demandas, insolúveis no âmbito dos processos objetivos. Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ate porque o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva. Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental [...]<sup>90</sup> (BRASIL,2003) (grifo nosso).

---

<sup>90</sup> Essa decisão monocrática, proferida na ADPF n.º. 33, foi referendada pelo Pleno do STF em 29 de outubro de 2003 (DJU de 06.11.2003). O Tribunal, ao julgar o mérito, confirmou as assertivas elencadas no acórdão que decidiu o pedido de liminar. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

A fundamentação do acórdão, portanto, estabelece balizas para que se tenha como preenchido o requisito da subsidiariedade. Admitindo ser a ADPF um típico instrumento de controle concentrado (objetivo) dos atos do Poder Público, é dentro de tal sistema que se deve perquirir a existência de outro meio capaz de sanar a lesividade arguida. Em síntese, cabendo ADI ou Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), não se deve admitir o ajuizamento de ADPF. Por outro lado, o só fato de se poder ajuizar um RE contra o ato inquinado de lesivo não deve obstar, de imediato, o conhecimento de uma ADPF.

Sob tal contexto, a possibilidade de ADPF contra a súmula se mostra perfeitamente possível. Ocorre que, conforme já se viu, não se admite ADIn ou ADC contra as súmulas. Essa é uma jurisprudência firmada desde a ADIn nº. 594, proposta pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) em face da Súmula nº. 16 do Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>91</sup>. Na ocasião, afirmou-se que “a súmula, porque não apresenta as características de ato normativo, não está sujeita à jurisdição constitucional concentrada” (BRASIL, 1994).

No que tange ao controle difuso de constitucionalidade, voltando os olhos ao caso específico do presente estudo e ao sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, de fato, se tornaria difícil assimilar que um Juiz de primeiro grau, por exemplo, pudesse, em controle difuso, declarar a inconstitucionalidade de uma súmula. Ocorre que sendo tais súmulas produzidas pelos Tribunais Superiores que, em grau de recurso, poderiam modificar a decisão, a declaração de inconstitucionalidade por parte do juízo inferior, de um lado, quebraria a hierarquia e a lógica do sistema, e de outro, se tornaria inócua, posto que rapidamente o próprio sistema lhe retiraria a validade. A questão, por fim, tenderia a chegar ao STF, que a resolveria em sede de RE.

---

<sup>91</sup> A Súmula nº. 16 do STJ dispõe que “a legislação ordinária sobre crédito rural não veda a incidência da correção monetária.” Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

De todo modo, a jurisprudência do STF inclina-se a não admitir RE contra decisão fundada em súmula de Tribunal Superior, uma vez que se trataria, quando muito, de ofensa reflexa à Constituição, matéria de índole infraconstitucional, ou então, um conflito de legalidade entre a súmula e a Lei que se esta interpretando<sup>92</sup>.

É bem verdade que a esse respeito, uma crítica aqui pode ser levantada: se a súmula é contrária à Lei, cabe bem o argumento da inconstitucionalidade por violação ao princípio da legalidade, que é o mesmo utilizado pelo STF para declarar a inconstitucionalidade dos chamados decretos autônomos do Poder Executivo. Tal linha de argumentação já era defendida por Kelsen, ao comparar os sistemas de controle de constitucionalidade austríaco e norte-americano:

A Constituição austríaca de 1920-30 estabeleceu garantias para assegurar a constitucionalidade não apenas de leis, mas também de decretos. Estes eram normas legais gerais promulgadas por órgãos administrativos, e não por um Parlamento, ou seja, um órgão legislativo. Na Áustria, assim como em outros países da Europa, esses decretos desempenhavam um papel muito mais amplo que nos Estados Unidos. Havia dois tipos de decretos: os baseados em leis, cuja função era executá-los, e os que, tal como as leis, eram promulgados diretamente ‘com base na Constituição’, isto é, editados no lugar das leis. A importância dos decretos deve-se à posição particular que as autoridades administrativas ocupam nos sistemas legais do continente europeu, onde possuem, na sua capacidade de órgãos aplicadores da lei, o mesmo grau hierárquico das cortes. O ato administrativo tem, em princípio, o mesmo efeito legal de uma decisão judicial. Além disso, as autoridades administrativas, em especial as mais altas, como o chefe de Estado e os ministros, têm o poder de editar normas legais gerais, sendo que tais normas – os decretos administrativos – têm o mesmo efeito legal das leis. As autoridades administrativas, portanto, são órgãos não apenas aplicadores, mas também criadores das leis, tendo uma competência da mesma natureza dos órgãos legislativos. Decretos editados ‘diretamente com base na Constituição’ podiam ser inconstitucionais do mesmo modo que as leis. Decretos editados ‘com base nas leis’ eram ilegais se não correspondessem à lei. Como a Constituição estabelecia que os decretos editados com base nas leis a elas deveriam corresponder, a promulgação de um decreto ilegal era uma violação da Constituição. A ilegalidade de decretos promulgados com base nas leis era uma inconstitucionalidade indireta. Num sistema legal como o descrito, a revisão judicial dos decretos é ainda mais importante que a das leis, pois o perigo de que os órgãos administrativos excedam os limites de seu poder de criar normas legais gerais é muito maior que o perigo de que se promulgue uma lei inconstitucional. Tão logo os órgãos administrativos dos Estados Unidos, no curso da evolução político-econômica atual, atinjam uma posição jurídica similar à de seus correspondentes europeus, o problema da inconstitucionalidade de decretos assumirá uma importância muito maior que a observada hoje em dia (KELSEN, 2003, p. 301-302).

---

<sup>92</sup> Cf. Capítulo I do presente estudo, em que se vê exemplos de julgados em que se demonstra a postura do STF ao analisar casos em que se discute, na via do recurso extraordinário, a constitucionalidade das súmulas.

Em que pese a pertinência de tal crítica, a posição do STF serve ao propósito aqui em curso: reforça o argumento de que, se não há, levando em conta a jurisprudência da própria Corte, meios, seja em controle difuso, seja em controle concentrado, para controlar a constitucionalidade das súmulas, o controle por via da ADPF é necessário e possível. No mais, ainda que fosse admitido ajuizar um RE contra decisão baseada numa súmula, tal recurso demoraria muito tempo para ser analisado, não sendo capaz de fazer cessar prontamente a eventual lesão arguida.

Diante do exposto, Streck posicionou-se:

Creio, de todo modo, que essa questão, agora, pode ser solucionada através do art. 4º da Lei nº. 9.882/99, que regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Assim, por entender que a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é, efetivamente, um remédio supletivo para os casos em que não caiba ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) ou ação declaratória de constitucionalidade, parece ser razoável afirmar que, na hipótese de não se verificar um meio apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata, há de se entender possível a utilização da ADPF, inclusive para declarar a inconstitucionalidade de uma Súmula, à semelhança dos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. [...] no caso de uma Súmula, tenho que a ausência de outros modos de solver a contenda, mormente porque o próprio recurso está impossibilitado de subir para as instâncias superiores em face do art. 38 da Lei nº. 8.038/90 e art. 557 do CPC, enseja o uso da arguição de descumprimento de preceito fundamental. (STRECK, 2004, p. 513-514) (grifo nosso).

Observe-se que em tal posicionamento, ocorre o que Streck (2004, p. 506) chama de fechamento do sistema. Fecha-se, porque se torna impossível discutir, no foro judicial, a constitucionalidade de determinadas matérias. Assim, ainda que as mesmas tenham índole constitucional, ficam a descoberto, não passam pelo crivo de constitucionalidade do Tribunal que a própria Constituição designou como responsável por verificar a violação de princípios constitucionais.

Ainda em um caminhar reconstrutivo do sistema de controle de constitucionalidade desenhado pelo STF em relação à ADPF, acresça-se o julgamento da liminar na ADPF nº. 79, quando o Plenário daquela Corte, referendando a liminar do então Presidente, Ministro Nelson Jobim, admitiu o cabimento de ADPF contra decisões judiciais de Tribunais de Segunda Instância. Leiam-se os seguintes trechos da decisão:

[...] A presente ADPF se insurge contra uma série de decisões judiciais do Estado de Pernambuco que, por via oblíqua, estão aumentando os salários dos professores do Estado.

O fundamento das citadas decisões judiciais é a equiparação de vencimentos a partir da interpretação do princípio da isonomia.

[...]

## 2.2. CABIMENTO DA ADPF.

A série de decisões judiciais do Estado de Pernambuco acabou por causar a vinculação dos vencimentos dos professores estaduais ao valor de salário mínimo do mês.

Não é difícil perceber que a medida acarretará graves prejuízos imediatos aos cofres públicos estaduais e comprometerão, de maneira irremediável, as contas orçamentárias e as finanças do Estado.

[...]

A própria situação de gravidade financeira suplanta uma eventual necessidade de divagações teóricas acerca do conteúdo normativo da expressão “preceito fundamental”.

A mesma situação deixa claro também que vários dispositivos constitucionais de importância estrutural em nosso sistema constitucional estariam sendo desrespeitados, tais como o princípio da legalidade, o princípio da moralidade administrativa, o princípio basilar da Federação, o princípio basilar da separação de poderes e a norma constitucional que proíbe qualquer tipo de vinculação ao salário mínimo.

Da mesma forma, o princípio da subsidiariedade para o cabimento da ADPF não oferece obstáculo à presente ação.

É que este SUPREMO vem entendendo que a subsidiariedade exigida pelo art. 4º, § 1º da L. 9.882/99 não pode ser interpretada com raciocínio linear e fechado.

A subsidiariedade de que trata a legislação diz respeito a outro instrumento processual-constitucional que resolva a questão jurídica com a mesma efetividade, imediaticidade e amplitude que a própria ADPF.

Em se tratando de decisões judiciais, não seria possível o manejo de qualquer ação de nosso sistema de controle concentrado.

Da mesma forma, o recurso extraordinário não daria resolução de maneira definitiva como a ADPF.

É que muito embora a tendência do SUPREMO em atribuir dimensão objetiva ao recurso extraordinário, a matéria ainda não é totalmente pacificada o que coloca o efeito vinculante da ADPF como instrumento processual-constitucional ideal para o

combate imediato dessas decisões judiciais<sup>93</sup> (art. 10, § 3º, da Lei nº. 9.882/99) (grifo nosso).

Ora se é cabível ADPF contra decisões judiciais isoladas, por que não contra súmulas que são a expressão de reiteradas decisões dos Tribunais? Mais uma vez constata-se a incoerência entre as posições do Tribunal. As decisões judiciais isoladas são atos do Poder Público tanto quanto o são as súmulas. A distinção mais relevante aí talvez seja que a de que, no caso da ADPF nº. 79, o ato controlado pelo STF originou-se dos Juízes de primeira e/ou segunda instância e não de Tribunais Superiores. Tal postura sugere, portanto, que o STF só aceita controlar os atos de juízos que lhe são inferiores, mas não aqueles que lhe podem atingir. Vale lembrar que se aceitasse controlar a constitucionalidade das súmulas de Tribunais Superiores, aquela Corte se veria na obrigação de enfrentar argumentos sobre a inconstitucionalidade de suas próprias súmulas.

Noutro passo, e agora pensando em termos de coerência externa, ou seja, coerência com os princípios do Estado Democrático de Direito, verifica-se que os Ministros, apesar de reconhecerem, no acórdão da ADPF nº. 80, que as súmulas têm uma função decisória que não deve ser desconsiderada, introduzem um elemento temporal que não condiz com as funções do Judiciário em um Estado Democrático de Direito. Com efeito, lê-se no acórdão que os Ministros entendem que “por ora” não se deve mudar a orientação do Tribunal e que, “no devido tempo”, tal aspecto será estudado. Pelo referencial teórico aqui adotado, o direito a ser declarado pelo Judiciário traduz-se em uma perspectiva deontológica, implicando em reconhecer o binômio direito/não direito. Na medida em que o Judiciário reconhece a importância de se discutir o tema, mas remete para um momento incerto tal discussão, retira a “certeza do direito” do jurisdicionado, que fica a mercê da vontade do poder.

---

<sup>93</sup> A decisão transcrita é da lavra do Ministro Nelson Jobim, que, no exercício da Presidência do STF, despachou pedido de liminar que posteriormente foi referendado pelo pleno. A decisão liminar foi publicada no DJU de 4 de agosto de 2005, e o referendo do pleno se deu em 18 de junho de 2007, com publicação no DJU de 26 de junho de 2007. Disponível no site do STF: <<http://www.stf.jus.br>>.

Ademais não se tem claro os motivos de aguardar um outro momento (quando?) para discutir se os jurisdicionados têm ou não o direito de questionar a constitucionalidade das súmulas. Torna-se um ato de autoridade, de nítido caráter decisionista, que não expõe as bases de sua fundamentação. Aqui, o STF retoma um tipo de interpretação característico do modelo positivista. Cabe ao Juiz, investido de sua autoridade estatal, escolher, de forma discricionária, a melhor interpretação, o melhor momento de decidir, desconsiderando sua obrigação de dar a resposta correta para o caso – pautada nos princípios jurídicos envolvidos e no enfrentamento dos argumentos das partes.

O STF, ao assim agir, toma a posição de guarda da Carta Magna, mas não no sentido de guardião dos princípios constitucionais que permeiam a sociedade – e que aliás, podem estar sendo afetados pelas súmulas. Mas sim, no sentido de “dono”, “senhor” da interpretação constitucional, o qual tem a autoridade de decidir o tempo certo para agir, a ocasião correta para intervir no debate constitucional, independente dos argumentos desenvolvidos pelas partes envolvidas na questão.

Em termos de coerência com os princípios do Estado Democrático de Direito, que tem no controle de constitucionalidade uma importante arma de manutenção/reafirmção, outra questão precisa ser abordada. Na verdade, ao deixar de admitir o controle de constitucionalidade das súmulas, a postura do STF parece justificar-se apenas em um contexto que vem se convencendo chamar, entre os diversos operadores jurídicos e os próprios Ministros da Corte, de “jurisprudência defensiva”<sup>94</sup>. Trata-se daquelas decisões que tem por função pretender evitar o acúmulo de processos no Tribunal que supostamente teria seu funcionamento inviabilizado caso tais demandas lá chegassem.

---

<sup>94</sup> Em entrevista ao site Consultor Jurídico, o Ministro Sepúlveda Pertence, então decano do STF, reconheceu a existência da jurisprudência defensiva e atribuiu a expressão a outro Ministro da Corte, o Ministro Gilmar Mendes (PERTENCE, 2006).

De fato, as recentes reformas em sede de processo constitucional, do qual são exemplos a súmula vinculante e a repercussão geral nos recursos extraordinários fazem parte de um movimento o qual, ao tempo em que pretende diminuir as contendas que chegam ao judiciário, mormente ao STF, quer se justificar em nome da celeridade processual. Tal “onda” de medidas, todavia, tem sido levada ao exagero, parecendo partir do pressuposto de que é mais relevante a rapidez e a quantidade da prestação jurisdicional do que o respeito aos demais direitos fundamentais e também à qualidade da prestação jurisdicional<sup>95</sup>. O que se tem visto é a retirada de muitas matérias da apreciação do Judiciário, sem que haja o devido cuidado em distinguir aquelas situações nas quais ainda se fazia necessária a intervenção do mesmo. Assim, os cidadãos não podem se ver alijados de seu direito de obter uma prestação jurisdicional (acesso à Justiça), que resguarde seus direitos fundamentais sem uma fundamentação coerente.

---

<sup>95</sup> Um exemplo de tal olhar sobre a Justiça é a publicação anual editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), intitulada *Justiça em Números*. A publicação já está na oitava edição (a primeira é datada de 2003), sendo que na edição de 2007, encontra-se na justificativa do relatório o propósito central para uma minuciosa análise numérica da atuação judiciária no Brasil: “Os indicadores do *Justiça em Números* têm por objetivo a obtenção de informações de gestão dos órgãos da Justiça bem como de subsídios para promover a rapidez dos processos, conhecer o perfil da litigiosidade visando à solução dos conflitos judiciais em prazos mais curtos de tempo” (BRASIL, 2007, p. 5) (grifo nosso). Em que pese o propósito de ir para “[...] além da contagem numérica de processos distribuídos e processos julgados, número de cargos de Juízes providos e números de cargos vagos ou ainda número de habitantes atendidos por Juiz”, tal análise ainda insiste na premissa de que “[...] os indicadores, permitem que seja traçado um perfil da Justiça como um todo e, por sua ampla abrangência de informações, permite a construção de métricas que avaliam os tribunais não somente no quesito litigiosidade, mas também nas matérias financeiras e de acesso à Justiça, além de relacionar tais dados com o perfil de cada região jurisdicional, com base nas informações sobre sua população e economia. A construção desses indicadores representa uma tentativa de criar uma cultura judicial de planejamento e gestão estratégica em um contexto político-econômico de recursos escassos” (BRASIL, 2007, p. 6) (grifo nosso). Segue a mesma lógica, a instituição pelo CNJ de um instrumento chamado “processômetro”, ou seja, um contador eletrônico de processos relacionados à chamada Meta 2 de nivelamento do Poder Judiciário, que se propunha a identificar e julgar no ano de 2009 todos os processos protocolados até 31 de dezembro de 2005 (BRASIL, 2009). Observe-se, pois que a linguagem em sede de avaliação da qualidade da prestação jurisdicional passa a ser permeada por termos retirados da economia, dada a centralidade que a questão numérica/estatística passou a ganhar. No entanto, é caso de refletir, se de um lado não se deve desprezar a importância de dados estatísticos na análise da atuação do Poder Público, tampouco é possível deixar de criticar uma postura que não se pergunta sobre qualidade discursiva das decisões que são numericamente computadas. Para uma análise pormenorizada do tema, cf. Blair (2011).

Ressalte-se ainda que a crítica que se está fazendo ao posicionamento do STF na ADPF nº. 80, contudo, não pode, sob pena de ingenuidade, deixar de observar uma questão importante. A ação foi interposta contra uma súmula do próprio STF, editada em data muito próxima à interposição da própria ADPF nº. 80<sup>96</sup>. Daí é possível pensar em pelo menos duas ordens de razões que poderiam ter levado o STF a não conhecer a ADPF: motivado por auto-proteção – no sentido de resguardar as súmulas criadas pelo próprio STF –, ou levado por uma lógica de que, se foi a própria Corte quem editou tal súmula, ela teria apreciado a constitucionalidade dos seus fundamentos. Primeiramente, vale dizer que a súmula em questão não foi analisada/criada no bojo de nenhuma ação ou incidente de inconstitucionalidade. Daí que os argumentos em favor de um possível desrespeito a direitos fundamentais podem não ter sido considerados. De outro lado, nenhum dos motivos apontados serve para negar trânsito às ADPF's contra súmulas de outros Tribunais ou mesmo contra as antigas súmulas do STF. O acórdão analisado, contudo, não fez a referida distinção e deixou claro que a posição da Corte era não admitir o controle de constitucionalidade em face das súmulas em geral.

Portanto, no caso descrito como objeto de estudo da presente Dissertação, entende-se que a decisão tomada pelo plenário do STF afastou-se do quadro teórico modelar composto pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, pela democracia constitucional e pela integridade no Direito. Na verdade, o Tribunal optou por uma posição convencionalista na medida em que preferiu reproduzir um entendimento do passado – proferido no ano de 1994, na ADIn nº. 594 – que se já era difícil de ser sustentado na época que foi proferido, muito menos sustentável se torna em tempos atuais, uma vez que: a) há uma legislação nova que não existia à época, qual seja, a Lei que disciplina a ADPF, permitindo expressamente arguir a inconstitucionalidade de qualquer ato do Poder Público que fira preceito fundamental da

---

<sup>96</sup> A Súmula nº. 666, objeto da ADPF nº. 80, foi aprovada na Sessão Plenária de 24 de setembro de 2003 e publicada no DJU de 13 de outubro de 2003. Cf. no site do STF: <<http://www.stf.jus.br>>.

constituição; b) o uso crescente que os Juízes e Tribunais tem feito das súmulas como razão de decidir de seus julgados, torna um sofisma o argumento de que as súmulas não são normas ou não tem eficácia normativa.

Pode-se até dizer que o Tribunal foi consistente, na medida em que decidiu de acordo com uma jurisprudência já assentada no passado. Mas aqui se impõe a distinção entre consistência e coerência, sendo esta última a característica que se persegue para qualificar como correta uma decisão judicial. A coerência impõe um dever de atentar para o que está acontecendo no momento, para as diferenças de legislação, para as novas decisões que se conectam com aquela que se está proferindo, para os novos argumentos trazidos pelas partes.

Assim, não foi a melhor decisão possível, tendo em conta os parâmetros de justificação das decisões judiciais que devem estar presentes um Estado Democrático de Direito<sup>97</sup>. Na verdade, desconsiderou-se, sem uma justificativa plausível, que o conjunto de decisões do Tribunal relacionadas ao tema possibilitava uma interpretação que, à luz de uma perspectiva de ampliar o acesso à Justiça – na medida em que possibilitaria um contra-discurso a muitos dos afetados pelas súmulas – concluiria que é possível utilizar a ADPF para examinar a constitucionalidade das súmulas dos Tribunais Superiores.

---

<sup>97</sup> Ronald Dworkin alerta para as decisões cujos argumentos não convencem e a responsabilidade da sociedade em demonstrar esses equívocos: “O vício das más decisões são as argumentações e as convicções equivocadas; tudo que podemos fazer a respeito dessas más decisões é mostrar como e onde os argumentos eram ruins ou as convicções inaceitáveis. [...] A integridade no Direito tem várias dimensões. Em primeiro lugar, insiste em que a decisão judicial deve ser uma questão de princípio, não de conciliação, estratégia ou acordo político. [...] Em segundo lugar, [...], a integridade se afirma verticalmente: ao afirmar que uma determinada liberdade é fundamental, o Juiz deve mostrar que sua afirmação é compatível com princípios embutidos em precedentes do Supremo Tribunal e com as estruturas principais de nossa disposição constitucional. Em terceiro lugar, a integridade se afirma horizontalmente: um Juiz que adota um princípio em um caso deve atribuir-lhe importância integral nos outros casos que decide ou endossa, mesmo em esferas do direito aparentemente não análogas. [...] Sem dúvida, nem mesmo a mais escrupulosa atenção à integridade, por parte de todos os Juízes de todos os Tribunais, irá produzir sentenças judiciais uniformes, assegurar decisões que você aprove ou protegê-lo daquelas que odeia. Nada poderá fazer tal coisa. O ponto central da integridade é o princípio, não a uniformidade: somos governados não por uma lista ad hoc de regras detalhadas, mas sim por um ideal, razão pela qual a controvérsia se encontra no cerne de nossa história. (DWORKIN, 2003, p. 203-205) (grifo nosso).

Noutro passo, o desenvolvimento mostrado até aqui procurou uma interpretação que desse integridade ao Direito. Desenvolveu-se um raciocínio demonstrando que nas próprias decisões do STF, somadas as articulações da dogmática jurídica e da teoria da argumentação jurídica, é possível encontrar a melhor resposta, qual seja: a de que o Direito brasileiro exige e tem instrumentos para controlar a constitucionalidade das súmulas.

## CONCLUSÃO

O presente estudo desenvolveu-se a partir da ideia de que, no Brasil, as súmulas produzidas pelos Tribunais Superiores funcionam como normas na dinâmica das decisões judiciais. Assim, demonstrou-se que não é possível entender que somente as espécies normativas produzidas pelos Poderes Legislativo e Executivo são dignas de serem tratadas como normas. Na verdade, na dinâmica processual contemporânea, as súmulas são muito mais frequentemente usadas como justificativa da decisão judicial do que as próprias leis. Assim o é porque as súmulas funcionam como normas-origem, imunizando contra crítica uma série de outras decisões delas decorrentes e eliminando outras que não tem condições de fazer frente à sua efetividade.

É certo, pois, que a prática do Supremo Tribunal Federal (STF) – e dos demais Tribunais Superiores – encontra cada vez mais apoio nas súmulas, uma vez que são redigidas em termos abstratos e gerais, e utilizadas para resolverem um sem número de casos pretensamente iguais que chegam a essas Cortes. Obrigam-se os jurisdicionados a aceitar decisões que negam ou reconhecem direitos com base em tais súmulas. Em face da presente constatação, o estudo proposto defendeu que se faz necessário, sob pena de violação ao princípio da igualdade, aceitar que se possa opor um contra-discurso (via controle de constitucionalidade) a tais súmulas, sob pena de perpetuar uma possível violação a direitos, dado que cristalizado o entendimento sumular, não há recurso hábil a desconstituí-las.

O estudo sustentou que, deixando de admitir o controle de constitucionalidade das súmulas, o Tribunal presta um desserviço à democracia porque, em primeira instância, resgatando a ideia de democracia constitucional, o controle de constitucionalidade tem a importante função de resguardar o direito de minorias que eventualmente estejam excluídas do processo decisório.

A posição do Tribunal também não é democrática a partir de uma compreensão da democracia não apenas como um processo eleitoral e que a pensa, na verdade, como um processo de convivência que inclui a possibilidade dos múltiplos discursos e o amplo debate de argumentos e contra-argumentos. Dado que, apoiado na legislação e na prática da sua atuação, o Judiciário criou uma estrutura semelhante às normas produzidas pelo Legislativo ou pelo Executivo; ao impedir o controle de constitucionalidade das súmulas, o Tribunal fecha um importante canal comunicativo com os afetados pelos verbetes sumulares, contribuindo para o isolamento do Judiciário e para um decréscimo de sua legitimidade, gerando uma pretensa autonomização que destoa de um paradigma no qual todos os poderes públicos estão submetidos a crítica.

Analisando especificamente o acórdão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 80, em que o STF ratifica sua antiga posição de julgar impossível o controle de constitucionalidade das súmulas, a pesquisa demonstrou a incorreção de tal decisão. Apoiando-se na ideia de integridade do Direito e na necessidade de coerência interna e externa das decisões judiciais, observou-se, primeiramente, que os argumentos do acórdão mostravam-se contraditórios entre si, além de não se coadunarem com as práticas judiciais em torno das súmulas. Ademais, concluiu-se que a postura do STF se mostra incoerente com o sistema que sua própria jurisprudência vinha construindo, qual seja, a ADPF se presta para os casos em que não é possível outras ações do sistema de controle concentrado, e ainda, para os casos em que a via do controle difuso se mostra demorada e incapaz de sanar prontamente a lesão. Assim, uma decisão que se pautasse pela integridade no Direito concluiria, ao revés, que dada a legislação hoje vigente, a construção jurisprudencial que se vem formando em torno do instituto da ADPF, somadas às práticas atuais do Judiciário em relação às súmulas, é possível e necessário o controle de constitucionalidade das mesmas.

A avaliação da decisão também evidenciou que a interpretação do STF em relação à Legislação e às práticas judiciais, nesse caso, se aproximou de um modelo positivista, nos moldes da crítica formulada por Dworkin. Os fundamentos expostos no acórdão tem nítido caráter decisionista, dado que apelam para argumentos sustentados apenas pelo fato da autoridade de quem o emite, mas desprovido de fundamentação que refute os argumentos sustentados pelas partes. Adiam para um momento indeterminado – a ser escolhido pela Corte – a relevante discussão sobre o controle de constitucionalidade das súmulas. Findam por atribuir a Corte o papel de senhor da interpretação constitucional, capaz de escolher o momento certo de quando intervir no debate ou mudar de posicionamento. Desconsideram o fato de que, em um Estado Democrático de Direito, o papel do Judiciário é declarar o Direito face aos argumentos que envolvem o problema posto naquele momento, em diálogo com as decisões do passado e com os argumentos postos pelos interessados – uma operação ao mesmo tempo diacrônica e sincrônica que revela a preocupação com a integridade no Direito.

Não se quer, todavia, que o presente item seja apenas uma repetição das conclusões que foram sendo construídas na Dissertação. Deseja-se muito mais evidenciar que tais conclusões, longe de serem fechamentos, devem ser vistas como abertura ou ponte para novas reflexões.

Nesse desiderato, não se pode deixar de atentar, por certo, que a admissão do controle de constitucionalidade de súmulas não tem o condão de tornar imediatamente legítimas as decisões emanadas com base nas mesmas. O que se espera, contudo, é que o controle de constitucionalidade e as decisões dele emanadas possa ser o início de outro debate em esferas distintas do Judiciário, provenientes da sociedade civil organizada, de modo a não tornar definitivo o teor de tais súmulas, evitando ou, ao menos diminuindo, a possibilidade de sua cristalização.

Tem-se consciência, também, que no desenvolvimento de cada um dos capítulos existentes, o estudo tocou em aspectos conexos, mas não devidamente explorados. Por exemplo, a própria sobrecarga de expectativas que se tem colocado em torno do Judiciário como solução dos problemas da sociedade. Diante da questão, é preciso assentar o ponto de vista de que o Judiciário é apenas uma das esferas de discussão, e outros canais, como a universidade e os meios de comunicação de massa, precisam ser estimulados a viabilizar aos grupos sociais a defesa de direitos estabelecidos e a reivindicação pelo reconhecimento de novos.

É certo, ainda, que a quantidade de processos que chegam ao Judiciário brasileiro influencia negativamente na qualidade das decisões tomadas. Daí a tendência a cada vez mais criar medidas que impeçam o acesso a Cortes superiores. O enfrentamento de tal problema, todavia, deve considerar que em uma democracia constitucional, a legitimidade das decisões judiciais está pautada pela exposição pública das razões que as sustentam. Assim, eventual restrição ao direito de acesso à Justiça, aqui expresso no acesso à Corte constitucional, deve vir acompanhado da devida fundamentação.

Diante do exposto, tem-se uma gama de questões complexas que possibilitam a construção de novos trabalhos ou mesmo o aprofundamento deste. A intenção, aqui, foi de colocar em pauta um problema que aparentemente parece estar adormecido entre os diversos operadores jurídicos que lidam quotidianamente com as súmulas dos Tribunais Superiores. Mesmo se vendo impossibilitados de discutir eventual inconstitucionalidade de tais súmulas, os diversos atores atingidos silenciam e acatam as decisões nelas fundadas. Assim, o texto quer ser, ele mesmo, um mote de reflexão que possa, de alguma forma, estimular o debate entre os diversos jurisdicionados, além de levar novamente a questão à discussão no STF.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de Andrade. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

\_\_\_\_\_. **El Derecho como argumentacion**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2007.

\_\_\_\_\_. Sobre La única respuesta correcta. In: AARNIO, Aulis; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco J. **Bases teóricas de La interpretación jurídica**. Madrid: Fundacion Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 47-80.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. **Direito Constitucional Contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: 2005, p. 563-594.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. Trad. e notas de Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2001.

\_\_\_\_\_. et al. **Dicionário de política**. 8. ed. Brasília: EdUNB, 1995. 2 v.

BOTALLO, Eduardo Domingos. A natureza normativa das súmulas do STF, segundo as concepções de Direito e de Norma de Kelsen, Ross, Hart e Miguel Reale. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 29, a. 7, p. 17-24, Mai./Jun. 1974.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Publicações. **Justiça em Números: uma breve análise do Poder Judiciário**. Brasília, 2007 Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/relatorios/justica\\_em\\_numeros\\_volume\\_2.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_em_numeros_volume_2.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº. 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Altera disposições do Código de Processo Civil relativas ao mandado de segurança**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L1533.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1533.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm)>. Acesso em: 2 fev. 2011.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm)>. Acesso em: 2 fev. 2011.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. Processamento vai informar andamento da Meta 02 a cada 02 segundos. **Agência CNJ de notícias**. Brasília, DF, 2 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/7332-processometro-vai-informar-andamento-da-meta-2-a-cada-dois-segundos>>. Acesso em: 1 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº. 1.285.868/SP, Agravante: BFB Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários S/A e Outros. Agravado: Fazenda Nacional. Relator Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, DJE 03.05.2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201000456181&pv=01000000000&tp=51>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1482/RS. Agravante: Brasil Telecom S/A. Agravado: Maria Dinorá Guimarães. Brasília, DF, DJE 25 nov. 2011 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201100355596&pv=01000000000&tp=51>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 539.814/RS. Recorrente: Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A. Recorrido: Raul dos Reis Steinmetz. Brasília, DF, DJE 08 jun. 2011 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200300680340&pv=01000000000&tp=51>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 25.908/SC. Recorrente: Maria Helena Cardoso. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, DJE 03 mai. 2011. Disponível em: <[www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200702944069&pv=01000000000&tp=51](http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200702944069&pv=01000000000&tp=51)>. Acesso em: 15 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Organizado pelo Ministro Diretor da Revista. Brasília, DF, Setembro de 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/3189/Regimento%20Interno%28vers%c3%a3o%20final%20-%2014-09-2010%29.pdf?sequence=10>>. Acesso em: 3 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 16. Requerente: Governador do Distrito Federal. Relator Ministro Cesar Peluso. Brasília, DF, 24 de Novembro de 2010. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=16&processo=16>>. Acesso em: 3 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 594. Requerente: Partido do Movimento Democrático Brasileiro. Requerido: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 15 de Abril de 1994. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=266432&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%20594>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº. 580049. Agravante: Distrito Federal. Agravado: Valéria Gonçalves Brandão. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 18 de Abril de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+580049%2ENUME%2E%29+OU+%28AI%2EACMS%2E+ADJ2+580049%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 3 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 80. Agravante: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria. Agravado: Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF, DJE, 20 jun. 2006. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2315848>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 33. Requerente: Governador do Estado do Pará. Requerido: Instituto do Desenvolvimento Econômico Social do Pará- IDESP. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 06 de Novembro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 79. Requerente: Governador do Estado de Pernambuco. Requeridos: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco e Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 18 de Junho de 2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=181623&tipo=TP&descricao=ADPF%2F79>>. Acesso em: 3 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: [atualizado até novembro de 2011] consolidado e atualizado até maio de 2011 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_Novembro\\_2011.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Novembro_2011.pdf)>. Acesso em: 3 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região. Recurso Ordinário nº. 00059-2010-142-03-00-1. Recorrente: Cemig Distribuição S.A. Recorrido: Elias Simão Vaz (1), Atlas Serviços Gerais Ltda (2). Relatora Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães. Belo Horizonte, MG, DJE 25 ago. 2010. Disponível em: <[http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1\\_0.htm?conversationId=2366413](http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=2366413)>. Acesso em: 15 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº. 12400-06.2005.5.11.0401. Embargante: Estado do Amazonas – Secretaria de Estado da Fazenda – Embargados: Jairo Jesus Souza (1) Unigel Unidos Serviços Gerais de Vigilância Ltda (2). Relator Ministro Barros Levenhagen. Brasília, DF, DJE, 08 jun 2007. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho: aprovado pela Resolução Administrativa nº. 1295/2008, com alterações dos Atos Regimentais nº. 1/2011 e 2/2011 e Emendas Regimentais nº. 1/2011 e 2/2011 – Brasília, DF, Setembro de 2011. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/DGCI/regimento\\_interno\\_tst/RegimentoAtualRA1295/RegimentoInternoRA1295\\_consolidadaparaimpresao-2.pdf](http://www3.tst.jus.br/DGCI/regimento_interno_tst/RegimentoAtualRA1295/RegimentoInternoRA1295_consolidadaparaimpresao-2.pdf)>. Acesso em: 3 jan. 2012.

CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de integridad em Dworkin. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 12, p. 155-176, 1992.

\_\_\_\_\_. Postpositivismo. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 21, p. 209-220, 1998.

CAPELLA, Juan-Ramon. **El derecho como language**. Barcelona:Ariel, 1968.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial das leis no Direito Comparado**. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.

\_\_\_\_\_. **Juízes legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 233-250.

\_\_\_\_\_; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos Supremos Tribunais.** Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

\_\_\_\_\_. **O problema da constitucionalidade dos assentos:** comentários ao Acórdão nº. 810-93 do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra editora, 1994.

CHAI, Cassius Guimarães. **Descumprimento de Preceito Fundamental:** identidade constitucional e vetos à democracia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHUEIRI, Vera Karam. **Filosofia do Direito e modernidade:** Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM Editora, 1995.

CRISTOVAM, Jose Sérgio da Silva. O controle jurisdicional de políticas públicas. **Revista Zênite**, a. IV, n. 41, p. 451-463, Dez. 2004.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público.** São Paulo: Saraiva, 2004.

DORNELLES, João Ricardo W. **O que são direitos humanos.** 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** Trad. de Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Law's empire.** Cambridge: Harvard University Press, 1995.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério.** Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Justice in robes.** Cambridge: Harvard University Press, 1995.

\_\_\_\_\_. **A Justiça de toga.** Trad. de Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio.** Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **A virtude soberana:** teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 15. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. de Elaine Nassif. Campinas, SP: Bookseller, 2006.

\_\_\_\_\_. **Instituzioni di Diritto Processuale**. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**: a responsabilidade do administrador e o ministério público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GUNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coherencia para uma teoria de la argumentacion jurídica. Trad. de Juan Carlos Velasco Arroyo. **Doxa**, v. 17/18, p. 271-302, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação no Direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. de Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. **The sense of appropriateness**: application discourses in morality and law. Trad. de John Farrel. Nova York: State University of New York Press, 1993.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. V. I. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003a.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. V. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

\_\_\_\_\_. **O Estado Democrático de Direito:** uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? Era das Transições. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003c.

\_\_\_\_\_. **Facticidad y validez:** sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. 6. ed. Madrid: Trotta, 2010.

\_\_\_\_\_. Três modelos normativos de democracia. In: \_\_\_\_\_. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. Trad. de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007, p. 277-292.

HART, Herbert. **O conceito de Direito.** Trad. de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The cost of rights:** Why liberty depends on taxes. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

HUBERMAM, Leo. **História da riqueza do homem.** 16. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** Trad. de Alexandre Crug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral das Normas.** Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do Direito:** versão condensada pelo próprio autor. Trad. de Cretella Júnior e Agnes Cretella. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KUHN, T. S. **A estrutura das revoluções científicas.** 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

LAFER, Celso. Os direitos humanos e a ruptura. In: \_\_\_\_\_. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 117-145.

LEFORT, Claude. Direitos do homem e política. In: \_\_\_\_\_. **A invenção democrática:** os limites do totalitarismo. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 37-69.

LEVENBOOK, Barbara Baum. The role of coherence in legal reasoning. **Law and philosophy**, v. III, p. 355-374, 1984.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o Governo civil**. 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1978. Coleção “Os Pensadores”.

LUHMANN, Niklas. A posição dos Tribunais no sistema jurídico. **Ajuris**, v. 17, n. 49, p.149-168, Jul. 1990.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e Teoria do Direito**. Trad. de Waldea Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006a.

\_\_\_\_\_. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 29, p.479-489, 2006b. Entrevista concedida a Manuel Atienza.

\_\_\_\_\_. The coherence of a case and the reasonableness of a doubt. **The Liverpool Law Review**, v. II, p.45-50, 1980.

\_\_\_\_\_. **Retórica e Estado de Direito**. Trad. de Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACEDO JUNIOR., Ronaldo Porto. Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt. **Lua Nova** [online]. 1997, n. 42, p. 119-144. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451997000300005>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Apresentação: como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco espinho em movimento. In: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos vinte anos da Constituição cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de et al. (Orgs.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 117-167.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Claudio Ladeira. A contribuição de Klaus Gunther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. **Direito GV**, v. 2, n. 1, Jan./Jun. 2006.

\_\_\_\_\_; ROESLER, Claudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil Maccormick: caracterização, limitações, possibilidades. **Revista NEJ**, v. 16, n. 2, p. 234-250, Mai./Ago. 2011. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

MARX, Karl. **A questão judaica**. São Paulo: Moraes, 1981.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Revista de Novos Estudos CEBRAP**, n. 58. Nov. 2000, p. 183-202.

MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: parâmetro de controle e objeto. In: ROTHEMBURG, Walter Claudius; TAVARES, André Ramos (Orgs.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº. 9882/99**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 128-149.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTESQUIEU, Charles. **O espírito das leis**. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

MORAIS, José Luís Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NEVES, Marcelo. **Entre Themis e Leviatã: uma relação difícil**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Não vejo no Supremo ninguém atrelado a linha do governo que o nomeou. 2 de setembro de 2011. **Veja**, São Paulo, 2011. Entrevista concedida a Carlos Graieb e Paulo Celso Pereira.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **A segurança jurídica à luz do poder normativo e coercitivo do judiciário: limites a decisão e à recorribilidade por meio de súmulas**. Tese (Doutorado em Teoria e Filosofia do Direito). Faculdade de Direito. São Paulo: USP, 2007.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. **Jurisdição, racionalidade e a construção de sentidos dos direitos fundamentais: riscos e possibilidades no uso da repercussão geral dos recursos extraordinários**. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição). Faculdade de Direito. Brasília: UnB, 2011.

\_\_\_\_\_. **Legitimidade e interpretação nas súmulas jurisprudenciais: um estudo a partir da Súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Faculdade de Direito. Brasília: UnB, 2006.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. UnB/FINATEC, 2008.

PERTENCE, José Paulo Sepulveda. 8 de março de 2006. **Conjur**, São Paulo, 2006. Entrevista concedida a Marcio Sheir. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-mar-08/tribunal\\_reescreve\\_constituicao\\_assume\\_papel?pagina=2](http://www.conjur.com.br/2006-mar-08/tribunal_reescreve_constituicao_assume_papel?pagina=2)>. Acesso em: 1 dez. 2011.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Uma teoria do raciocínio para a Teoria do Direito. **Revista Direito GV**, v. 3, n. 21, p. 331-338, Jul./Dez. 2007.

REGLA, Josep Aguiló. Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 30, p. 665-675, 2007.

ROCHA, José de Moura. A importância da súmula. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 25, 1977.

ROESLER, Cláudia Rosane. O Poder Judiciário e a criação do Direito: breve esboço de uma controvérsia e suas implicações atuais. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 22, p. 7-19, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito:** primeiras lições. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2007.

SIFUENTES, Monica. **Súmula vinculante:** um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999

SOARES Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de Constituição. In: **Revista de Legislação e Jurisprudência**, Coimbra, n. 3743-3744, 1986.

SORIANO, Leonor Moral. A modest notion of coherence in legal reasoning: a model for the European Court of Justice. **Ratio Juris**, v. III, p. 296-323, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de descumprimento de preceito fundamental.** São Paulo: Saraiva, 2001.

VILA, Vittorio. Il positivismo giuridico de Neil Maccormick. **Diritto & Questione Pubbliche**, n. 9, p. 29-52, 2009.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Arguição de descumprimento fundamental. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 12, Mar. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2011.

WAMBIER, Tereza Celina Arruda Alvim. A função das súmulas do Supremo Tribunal Federal em face da Teoria Geral do Direito. **Revista de Processo**, Guarulhos/Parma, n. 40, a. 10, p. 224-235, Out./Dez. 1985.

WARAT, Luís Alberto. **O Direito e sua linguagem.** 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995.

**ANEXO**

## ANEXO "A"

## Agravamento Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 80-7

## Distrito Federal

*Supremo Tribunal Federal*

1

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA  
D.J. 10.08.2006  
EMENTÁRIO Nº 2 2 4 1 - 1

12/06/2006

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 80-7  
DISTRITO FEDERAL

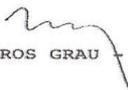
RELATOR : MIN. EROS GRAU  
AGRAVANTE(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA  
INDÚSTRIA  
ADVOGADO(A/S) : UBIRACY TORRES CUÓCO E OUTRO(A/S)  
AGRAVADO(A/S) : SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**EMENTA:** AGRAMENTO REGIMENTAL NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ENUNCIADOS DE SUMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DA ARGÜIÇÃO.

1. O enunciado da Súmula desta Corte, indicado como ato lesivo aos preceitos fundamentais, não consubstancia ato do Poder Público, porém tão somente a expressão de entendimentos reiterados seus. À argüição foi negado seguimento.
2. Os enunciados são passíveis de revisão paulatina. A argüição de descumprimento de preceito fundamental não é adequada a essa finalidade.
3. Agramento regimental não provido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agramento regimental nos termos do voto do Relator.  
Brasília, 12 de junho de 2006.

 EROS GRAU - RELATOR



12/06/2006

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 80-7  
DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EROS GRAU  
 AGRAVANTE(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA  
 INDÚSTRIA  
 ADVOGADO(A/S) : UBIRACY TORRES CUÓCO E OUTRO(A/S)  
 AGRAVADO(A/S) : SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento a argüição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, na qual indicado como ato lesivo o Enunciado n. 666 da Súmula desta Corte, cujo teor é o seguinte:

"A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo".

2. A argüente alegou que o enunciado, ao excluir "da obrigação de contribuir para os sindicatos e conseqüentemente para as federações e confederações, todos aqueles que, embora integrando a categoria representada, não se filiaram à entidade classista", lesa o preceito fundamental contido no inciso II do artigo 8º da Constituição do Brasil<sup>1</sup>. Isso porque "a cobrança de contribuições

<sup>1</sup> Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:  
 .....

apenas dos associados é inerente ao sistema da pluralidade sindical, repellido por nossa Lei Maior". Destacou que "o fato de tratar-se de um enunciado do próprio Supremo Tribunal Federal [...] não afasta [...] a possibilidade de descumprimento do preceito fundamental" e que "a violação do preceito fundamental constitui, no caso vertente, fato público e notório, que, nestas condições, independe de provas". Ressalta, por fim, não existir outro meio cabível para sanar a lesividade.

3. Neguei seguimento à arguição por entender que os enunciados de Súmula nada mais são senão expressões sintetizadas de entendimentos consolidados na Corte. Não consubstanciam atos do poder público lesivos a preceito fundamental [fls. 140/141].

4. Irresignada, a argüente agrava, sustentando: [I] que "a emissão de súmula não torna imutável e intocável a matéria nela contida"; [II] que "na prática, os enunciados do Supremo Tribunal Federal já vinham funcionando como verdadeiras súmulas vinculantes"; [III] que o enunciado atacado consubstancia ato lesivo a preceito fundamental; [IV] que "o Enunciado 666 do STF merece ser anulado, revogado ou tornado sem efeito, visto que dá à norma legal significado diferente e, até antagônico, do sentido da norma que visou interpretar" e [V] que é cabível a arguição para a impugnação de qualquer ato que, emanado do Poder Público, venha a causar prejuízos aos interessados [fls. 145/154].

5. O Procurador-Geral da República opina pelo não provimento do agravo [fls. 158/159].

---

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

ADPF 80-AgR / DF *Supremo Tribunal Federal*

4

É o relatório.

3

V O T O

O SENHOR MINISTRO Eros Grau (Relator): O recurso não merece provimento.

2. A argüente, ora agravante, objetiva, mediante a revogação de enunciado, a alteração do entendimento desta Corte no que tange à questão relativa à restrição da exigência da contribuição confederativa prevista no artigo 8º da CB/88<sup>2</sup> aos filiados aos sindicato respectivo.

3. Os enunciados de Súmula, como destaquei na decisão hostilizada, nada mais são senão expressões sintetizadas de entendimentos consolidados na Corte. Tal qual afirmou o Ministro CARLOS VELLOSO no julgamento da ADI n. 594<sup>3</sup>:

"[...]  
As súmulas não obrigam, simplesmente predominam.  
[...]  
Ela simplesmente dá maior estabilidade à jurisprudência, conferindo maior segurança aos julgamentos, porque propicia decisões uniformes para casos semelhantes, além de acelerar o andamento dos processos [...]"

4. Assim, os enunciados da Súmula desta Corte não podem ser concebidos como atos do poder público lesivos a preceito fundamental. Não se pode afirmar que o entendimento deste Tribunal a respeito de qualquer questão constitucional possa ser qualificado

<sup>2</sup> Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

.....  
IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo de representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;  
.....

<sup>3</sup> ADI n. 594, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ de 15/04/1994.

como lesivo a preceito da própria Constituição, que atribui a esta Corte a função de resguardá-la.

5. Nesse mesmo sentido, a manifestação do Procurador-Geral da República, para quem [fl. 159]:

"[...] não é em virtude do disposto no enunciado que as entidades sindicais ficam impossibilitadas de cobrar as contribuições a que acreditam ter direito; pois o entendimento então sumulado é apenas um reflexo da orientação reiteradamente assentada pela Suprema Corte. [...]"

6. Os enunciados da Súmula são passíveis de revisão. Essa revisão deve contudo ocorrer paulatinamente, qual se formam os entendimentos jurisprudenciais que culminam na edição dos verbetes. A arguição de descumprimento de preceito fundamental não é adequada a essa finalidade.

Nego provimento ao agravo regimental.

*Supremo Tribunal Federal*

7

12/06/2006

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 80-7  
DISTRITO FEDERAL

À revisão de apartes dos Senhores Ministros Gilmar Mendes, Carlos Britto e Eros Grau (Relator).

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhora Presidente, o tema terá de sofrer uma nova reflexão, não só em função da chamada "súmula vinculante", mas também dos chamados "efeitos normativos" de qualquer súmula sobre a admissão, o processamento e o julgamento individual de recursos, a reserva de Plenário na declaração de inconstitucionalidade e de outras tantas inovações legislativas.

Por ora, acompanho a jurisprudência firmada na ADIn 594, relator o em. Ministro Carlos Velloso.

Realmente, a súmula, na sua concepção original, a não ser a sua eficácia argumentativa, esgotava os seus efeitos no processo interno do Tribunal. Era, como dizia o saudoso mestre Victor Nunes Leal, "um método de trabalho" no Supremo.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES - Hoje, na verdade, essa tese já encontra dificuldades, como Vossa Excelência já percebeu, porque estamos na seara da súmula obstativa. Na medida em que se



ADPF 80-Agr / DF *Supremo Tribunal Federal*

8

provê, ou não, recursos, a partir da súmula, ela adquire uma força normativa.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Há a decisão monocrática em outros tribunais e uma série de efeitos externos ao Supremo Tribunal.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES - Sim. Ela tem uma força normativa. Na época, afirmou-se que não cabia a ADI porque ela não teria esse caráter normativo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - O que a súmula permitia quando ela surgiu? Apenas que o relator arquivasse agravos ou recursos extraordinários que a contrariassem. Nada mais.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES - Lembro-me de que, quando se discutiu, no Congresso Nacional, inicialmente, a reforma do Judiciário, na versão do relatório do ministro Nelson Jobim, dizia-se, expressamente, que haveria a súmula vinculante - aqui falava-se de súmula vinculante - mas contra ela caberia, então, ação direta de inconstitucionalidade, admitindo já o seu caráter normativo. Isso é inequívoco.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Caráter normativo e primário.



9

ADPF 80-Agr / DF *Supremo Tribunal Federal*

O SR. MINISTRO EROS GRAU (RELATOR)- É aquela história de a norma se transformar em texto.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, mas isso podemos deixar para momentos adequados.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Sim, no devido tempo estudaremos.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Apenas deixo a ressalva de que o Tribunal terá de se haver com esse novo plexo de eficácia das súmulas, particularmente das "súmulas vinculantes".



*Supremo Tribunal Federal*

10

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AG.REG.NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 80-7  
PROCED.: DISTRITO FEDERAL  
RELATOR : MIN. EROS GRAU  
AGTE.(S): CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA INDÜSTRIA  
ADV.(A/S): UBIRACY TORRES CUÓCO E OUTRO(A/S)  
AGDO.(A/S): SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski e, neste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 12.06.2006.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie.  
Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

  
†/ Luiz Tomimatsu  
Secretário