

# ***A constitucionalidade formal da súmula vinculante***

Sílvio N. Costa

Formalmente, a Constituição é lei, a lei fundamental do Estado, um instrumento jurídico formalizado, ponto de apoio de todas as pretensões de direitos (MIRANDA, 1996, p.32). Do ponto de vista hierárquico, esse instrumento ocupa o ápice do sistema normativo, vinculando o legislador ordinário e mesmo o constituinte derivado, mas também a todos os demais órgãos do Estado, assim como a todos os particulares. Isso implica que, sem exceção, todas as normas (concretas ou abstratas, privadas ou públicas) e sua interpretação devem a ela adequar-se, servindo a Constituição, assim, de parâmetro e limite normativo-interpretativo de todo o sistema<sup>1</sup>. Ademais, a elaboração das outras modalidades de normas públicas deve seguir os preceitos formais expressos na lei fundamental, sob pena de invalidade<sup>2</sup>. Valendo-nos das palavras de um dos grandes Professores de Heidelberg, podemos enfim estabelecer que “Constituição em sentido formal será uma lei formal qualificada essencialmente através de características formais (...), ou também uma pluralidade de tais leis: corresponderá, portanto, ao conteúdo global (...) das disposições escritas da Constituição” (BACHOF, 1994, p. 605).

A propósito, observe-se que, vista sob sua forma ou segundo sua substância, a Constituição (assim como outras modalidades normativas) será sempre um instrumento jurídico<sup>3</sup>. Em outras palavras: o que con-

Sílvio N. Costa é Professor de Direito Constitucional e Introdução ao Direito; Mestre em Direito Público (Constitucional) pela UFRGS.

fere *juridicidade* a uma norma não é seu aspecto formal, mas sua fonte e seu objeto. Por isso, não se concorda com o entendimento doutrinário que vê no exame formal da Constituição o genuíno “olhar jurídico”, nem com identificar-se por político ou sociológico o “prisma material” da Carta. Também materialmente, a Constituição é jurídica.

No Direito brasileiro, as principais modalidades normativas encontram-se previstas no art. 59 da CF, e o processo legislativo vem regrado nos artigos 60 a 69. Destarte, a Constituição enumera a competência, os tipos normativos do sistema e estabelece os procedimentos regulamentares de sua criação.

Assim, a constitucionalidade formal das leis (*lato sensu*) pode ser vista sob três ângulos: *procedimental* (referindo-se à adequação ao rito legiferante determinado pela lei fundamental), *atributiva* ou *orgânica* (concernente à competência do órgão expedidor) e *normativa* (relacionada à compatibilidade com estabelecido no texto fundamental). Possui vício de *inconstitucionalidade formal* a norma que infringe o procedimento previsto na Constituição, que é expedida por órgão ao qual a Carta não atribui tal poder legiferante ou que afronta expressa previsão da lei fundamental<sup>4</sup>.

Diferente do que possa parecer num primeiro exame, porém, a existência de Constituição escrita não é condição necessária para a verificação da constitucionalidade das leis<sup>5</sup>. Escrita ou não, a Constituição sempre serve de paradigma de validade da ordem jurídica<sup>6</sup>.

Os sistemas sem Constituição escrita valem-se de métodos e técnicas próprios, mas, de qualquer sorte, não se inviabiliza a fiscalização constitucional — seja política ou judiciária, seja preventiva ou repressiva. Tampouco pode considerar-se prejudicado o controle em função do órgão que o realiza ou da extensão de seus efeitos. Não se vê razão que impeça nem o controle difuso, nem o concentrado, pois em nenhuma dessas modalidades há qualquer relação necessária com a forma de apresentação do paradigma de verificação de validade.

Todavia, o conceito de controle de constitucionalidade dilui-se grandemente quando se trata de *Constituições flexíveis*<sup>7</sup>, espécie virtualmente inexistente nos tempos de hoje. O controle material, todavia, resta salvaguardado, ao menos em alguns aspectos<sup>8</sup>. Considerando que essas Constituições podem alterar-se pela via ordinária comum, sem necessidade de mecanismos ou maiorias especiais, a incompatibilidade da lei será vista como derrogação do texto constitucional conflitante. Todavia, a fiscalização de constitucionalidade pode ainda manter-se em relação a atos normativos secundários, que, sem possuir a hierarquia das leis formais, devem submeter-se às disposições constitucionais e legais vigentes. Mas, aí, trata-se de controle de menor relevância jurídica.

Afora esse aspecto, o controle constitucional pode verificar-se ainda com relação a aspectos procedimentais e concernentes à competência para edição dos atos legislativos. Mesmo em se tratando de Constituições flexíveis, a violação de dispositivos que determinam o *iter* do processo legislativo ou estabelecem o órgão competente para a edição da norma implicará *inconstitucionalidade formal*<sup>9</sup>.

Em suma: a realização do controle de validade das normas infraconstitucionais — em qualquer das modalidades desse controle — tem por única *condição* a existência de Carta Política sob as formas rígida ou semi-rígida<sup>10</sup>.

Nas propostas de emenda à Constituição sob exame e em trâmite no Congresso, *não se identificam vícios de inconstitucionalidade formal*.

Do ponto de vista *procedimental*, encontram-se sob o rito regulamentar determinado no §2º do art. 60 da CF. Depois de completado o *iter* constitucional, a emenda aprovada deverá ser promulgada pelas Mesas da Câmara e do Senado, para, então, ser publicada e alcançar efeitos.

Quanto à *competência*, deve essa ser examinada sob dois enfoques: competência *para*

*propor e competência para decidir.* O PEC 54/95 foi proposto no Senado, enquanto o PEC 96/92 e o PEC 96-A/92 foram apresentados na Câmara Federal, todos nos termos do art. 60, I, da CF. Atendido, pois, o requisito de competência originária. Por outro lado, encontrando-se todos sob o exame e para a deliberação do CN, órgão ao qual a CF destina exclusivamente tais atribuições, satisfeito também o requisito da competência decisória.

Por fim, no que tange ao aspecto *normativo* (constitucionalidade atributiva) — de verificação mais extensa que os anteriores —, a situação se repete.

Desde logo, registre-se que não ocorre qualquer dos impedimentos expressamente previstos nos §§1º, 4º e 5º do art. 60<sup>11</sup>.

Por outro lado, não se identifica na Carta qualquer dispositivo que entre em expresso conflito com o poder vinculante estabelecido pelas emendas às súmulas dos tribunais superiores.

Por conseguinte, *as propostas de emenda não apresentam vícios formais invalidantes.* Vale dizer: são formalmente compatíveis com a Constituição vigente, por seguirem o *iter* procedimental previsto na Carta, respeitarem as normas de competência nela estabelecidas e não afrontarem expressamente o texto constitucional.

### Notas

<sup>1</sup> Por isso, não pode ser acolhido o entendimento jurisprudencial, já delineado pelo STF, no sentido de inadmitir o controle concentrado de constitucionalidade sobre lei concreta (lei formal). Tal posição não encontra suporte lógico ou jurídico bastante e implica a possibilidade de resguardar-se um campo normativo à parte do sistema, inafectado às determinações constitucionais. Para mais considerações a respeito, veja-se Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 161-163) e Silvio Nazareno Costa (2001, ponto 3.3, § 16, β).

<sup>2</sup> “Na qualidade de *norma primária sobre a produção jurídica* a Constituição tem três importantes funções: (1) identifica as fontes de direito do ordenamento jurídico português; (2) estabelece os crité-

rios de validade e eficácia de cada uma das fontes; (3) determina a competência das entidades que revelam normas de direito positivo” (CANOTILHO, 1998, p. 605).

<sup>3</sup> “(...) também são ‘normas jurídicas’, ‘leis’, as declarações da Constituição sobre as ‘decisões políticas concretas’ (...). O fato de a decisão política preceder a norma em nada modifica as coisas: não é a decisão, mas a declaração da decisão, que é norma jurídica. Ao fim e ao cabo, a toda a norma estabelecida autonomamente subjaz uma decisão, não se podendo compreender porque haveria de recusar-se justamente às declarações das decisões entre todas as mais fundamentais o carácter de norma jurídica” (BACHOF, 1994, p. 38).

<sup>4</sup> A respeito, assim leciona Jorge Miranda (1996, p. 345): “Se a inconstitucionalidade resulta de a lei ser publicada sem terem sido seguidos na sua elaboração os trâmites estabelecidos pela Constituição ou sem revestir a forma que, para cada caso, ela prescreva, diz-se que há *inconstitucionalidade formal*. A esta pode juntar-se o vício resultante de a lei provir de um órgão que na hipótese era constitucionalmente incompetente, e que se chama *inconstitucionalidade orgânica*, como sucede quando o governo publica um decreto-lei sobre matéria que a Constituição reserve em exclusivo à autoridade legislativa do Parlamento” (Cf. tb. CLÈVE, 2000, p. 30-41).

<sup>5</sup> Clève parece manter entendimento diverso. Confira-se a seguinte passagem: “(...) a fiscalização da constitucionalidade exige mais do que uma Constituição. Exige uma Constituição compreendida como instrumento jurídico, por isso escrita e formalizada” (2000, p. 29).

<sup>6</sup> Os *Estados Unidos da América* têm uma Constituição parcialmente escrita, parcialmente não-escrita, jurisprudencial e histórica. Naquele país, existe uma Carta Fundamental escrita (sete artigos) e vinte e cinco emendas, também escritas, além de inúmeras decisões, regulamentos e legislação esparsa de natureza constitucional, ao lado, ainda, de costumes de mesma natureza. Trata-se, pois, de um híbrido jurídico (Cf. CAETANO, 1995, p. 66-91). Na *Inglaterra*, por outro lado, não há Constituição escrita. Para um exame mais detalhado do sistema constitucional da Grã-Bretanha, veja-se também Marcelo Caetano (p. 45-65). Ainda da doutrina portuguesa, busque-se apoio nas seguintes palavras: “A Constituição flexível e a Constituição rígida — se são de um Estado de Direito — reconduzem-se a uma substância comum não afectada pela forma divergente. (...) Damos por exacto que exista inconstitucionalidade material e formal, quer em Constituição rígida quer em Constituição flexível.” (Jorge Miranda, 1996, p. 40-41).

Examinando o problema do controle de constitucionalidade nos países de *common law*, assim se

expressou Cappelletti: “Este insucesso [insucesso do controle difuso de constitucionalidade nos países de *civil law*] e as acima lastimadas graves consequências de conflito e de incerteza foram evitados nos Estados Unidos da América, como também nos outros Países de *common law*, em que vige o sistema de controle judicial ‘difuso’ de constitucionalidade. Ali vale, de fato — e ainda que com muitas atenuações (...) — o fundamental princípio do *stare decisis*, por força do qual ‘a decision by the highest court in any jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction’. O resultado final do princípio do vínculo aos precedentes é que, embora também nas Cortes (estaduais e federais) norte-americanas possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema das impugnações a questão de constitucionalidade poderá acabar, porém, por ser decidida pelos órgãos judiciários superiores e, em particular, pela *Supreme Court*, cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários” (CAPPELLETTI, 1984, p. 80-81).

No mesmo sentido, Rui Barbosa, citado por Bonavides: “(...) desta sorte, [nos sistemas de *common law*] nunca se sentencia mais que um litígio; mas desde então, graças às normas do *common law*, a decisão proferida estabelece jurisprudência, que leva ulteriormente, assim as justiças inferiores, como a própria Corte Suprema, a conformar com o aresto os seus julgados. Exautorada assim (*superse- ded*), a lei da legislatura (*the legislative law*) vem a ficar praticamente anulada (*practically annulled*), tornando-se como não existente (*non existent*)” (Rui Barbosa apud BONAVIDES, 1999, p. 273).

<sup>7</sup> “Exemplo de Constituição flexível foi o Estado Albertino, o documento político que presidiu a unificação italiana. Seus preceitos poderiam ser alterados pelo mesmo processo utilizado para a elaboração das leis comuns” (CLÈVE, 2000, p. 31).

<sup>8</sup> A respeito, assim se manifesta Jorge Miranda: “A ser conservada então a Constituição flexível, não se posterga nem é mais diluída a incidência material das suas normas sobre as leis, as quais lhes ficam logicamente subordinadas. Não obstante serem criadas e revogadas de igual forma e ser comunicável o objecto, mais geral ou menos geral, são inconfundíveis as funções. Há limites intrínsecos a que se sujeitam as normas e os actos jurídico-públicos e também por isto é a Constituição e não a lei, dentro do Estado, a norma jurídica (ou, sob outro aspecto, o acto jurídico) superior. Damos por exacto que exista inconstitucionalidade material e formal, quer em Constituição rígida quer em Constituição flexível. Contudo, mesmo que se refute o nosso raciocínio, uma coisa é certa: que não pode subsistir uma lei, que não seja ou constitucional ou inconstitucional. E se não encontrarmos a inconsti-

tucionalidade, será apenas porque o acto, que seria inconstitucional — se a Constituição não fosse flexível — se transmuda em criador de normas constitucionais. A inconstitucionalidade aí prende-se com a susceptibilidade de passagem à revisão” (1996, p. 40-41).

<sup>9</sup> Nesse passo, andou bem Clève ao dizer: “Não seria impensável, todavia, a existência da indicada fiscalização nos Estados regulados por Constituições flexíveis. Com efeito, se a inconstitucionalidade material é dependente da rigidez constitucional (incompatibilidade entre os conteúdos da lei ordinária e da lei fundamental), a inconstitucionalidade formal pode perfeitamente manifestar-se ainda que em face de uma Constituição flexível. Isto porque, estabelecido, embora em normativa constitucional despida de rigidez, determinado procedimento para a elaboração das leis, qualquer violação desse procedimento consistirá em inconstitucionalidade. O mesmo ocorre quanto à violação da norma que dispõe sobre o órgão competente para a produção da lei” (2000, p. 31).

Bonavides parece também perfilhar esse entendimento, segundo se depreende da seguinte passagem: “Não há dúvida de que exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadecerá melhor com a natureza das Constituições rígidas (...) (1999, p. 272).

<sup>10</sup> Não se acolhe aqui, portanto, o entendimento comumente difundido de que a rigidez, e, por conseguinte, também a semi-rigidez, são atributos exclusivos das Constituições escritas. A *rigidez deve ser entendida como a maior dificuldade estabelecida para a modificação constitucional, desimportando se se trata de norma escrita ou não*. Evidentemente, não se pode falar em “maiorias especiais” para modificação de norma consuetudinária não-escrita [a propósito, lembre-se que “a versão escrita do costume não o priva de seu peculiar caráter de norma consuetudinária”, nas palavras de Antonio Gordillo Cañas, citadas por Bonavides, 1999, p. 262]. Entretanto, o respeito venerativo e o conservadorismo na aplicação e na interpretação constitucional podem conferir um alto grau de rigidez a uma Constituição não-escrita — como no caso inglês. “As Constituições costumeiras, históricas, flexíveis sob o ponto de vista jurídico, são de notável rigidez, consideradas na realidade da vida. A Constituição britânica, por exemplo, não escrita, flexível, sob o ponto de vista jurídico, é, entretanto, sob o ponto de vista sociológico, de maior rigidez que a Constituição americana, que é rígida, sob o ponto de vista jurídico” (VELLOSO, 1997, p. 148). O texto constitucional brasileiro — classificado como rígido, pois dificulta sobremaneira sua modificação, exigindo quórum e maiorias superiores e procedimentos mais complexos do que os estabelecidos para as leis em

geral — por certo não alcançou o mesmo grau de estabilidade alcançado na Inglaterra. Desde sua promulgação, em 05.10.88, até 12/8/2000, o texto rígido brasileiro já sofreu vinte e oito modificações (todas significativas), alcançando a média surpreendente de uma emenda a cada cinco meses! Veja-se o seguinte comentário de Jorge Miranda sobre a Constituição inglesa: “Nenhuma Constituição europeia goza da autoridade da britânica e esta, como sabemos, é entendida no sentido material: sem embargo do que exerce indiscutível supremacia na vida política da Nação. É que a eficiência das normas políticas resulta muito mais do acatamento assente na veneração geral do que da eloqüência do estilo em que sejam redigidas ou da lógica das doutrinas nelas desenvolvidas” (1996, p. 343-344).

<sup>11</sup> A saber: as emendas não se apresentam na vigência de intervenção federal, estados de defesa ou de sítio, nem afrontam diretamente alguma cláusula pétrea; tampouco versam matéria rejeitada ou prejudicada na mesma sessão legislativa.

### *Bibliografia*

- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. t. 1.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula vinculante, sentença normativa e precedente: leis do judiciário? 2001*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional – UFRGS).
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 1996.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997.