

## É paradoxal uma SV dizer que uma lei é inconstitucional



Lenio que tramita no Supremo Tribunal Federal proposta de [duas novas](#)

súmulas vinculantes para sacramentar o resultado do julgamento do foro por prerrogativa de função. Como sempre, minha intenção é contribuir para o debate.

Primeiro, o que é uma SV? A par de ser uma coisa inusitada — só existe por aqui —, a SV tem um *plus* em relação a qualquer ato jurídico. É um superato. A SV cria um paradoxo: um juiz pode até desobedecer uma lei. Mas não pode desobedecer uma SV, porque dela cabe reclamação direta ao órgão emissor. Outra grande “vantagem” da SV é que por ela é possível emendar materialmente a Constituição. Se, para o parlamento, são necessários 3/5 dos votos do Congresso em dupla votação e nas duas Casas, no STF são necessários apenas 8 votos para aprovar uma SV e em votação única. Com a vantagem de que, como é o próprio Supremo que a edita, a chance de uma SV ser declarada inconstitucional é zero. Pior: nem cabe arguição de inconstitucionalidade contra SV. Cabe apenas pedido de revisão. Parece que até aqui não temos divergências, certo?

A única coisa “ruim” da SV (trata-se de um pequeno “incômodo”) é que ela necessita, para a sua edição, a obediência a alguns requisitos, que eu chamo de DNA da Súmula. E quem diz isso é a CF: “Decisão de dois terços dos seus membros, *após reiteradas decisões sobre matéria constitucional*” (103-A). Permite-me grifar parte do texto.

Um constitucionalista-raiz como eu ousa perguntar: mas uma SV pode exsurgir de uma QO — questão de ordem — como é caso em debate?

Segundo: se uma SV só pode ser produto de precedentes reiterados (já desde 1992 venho dizendo que súmula não é precedente), não seria necessário que, antes, tivéssemos alguns precedentes que, finalmente, pudessem vir a ser consolidados em um verbete sumular? Reiteradas quer dizer “várias vezes ter ocorrido uma determinada coisa”.

Terceiro: no caso do foro privilegiado, uma das duas SV propõe a extinção das possibilidades de foro privilegiado criadas pelas Constituições estaduais. Indago: mas em algum momento a suprema corte enfrentou a temática do foro constante nos estados-membros? Diz a PSV que são inconstitucionais os dispositivos da Constituições estaduais (e nem diz quais são, especificamente). Mas uma inconstitucionalidade não deve, antes, ser declarada? Todavia, se se declara a inconstitucionalidade de uma lei ou Constituição estadual, por qual razão seria necessário editar uma SV?

Portanto, com todas as vênias (para usar uma palavra cara à ministra presidente da suprema corte), parece-me que, para além do problema intrínseco que sustentou a decisão que reescreveu a Constituição sobre o tema foro por prerrogativa de função, há, agora, o problema extrínseco, *decorrente da falta de requisitos formais para a emissão de uma SV*. Sem esquecer do próprio paradoxo que exsurge: *uma SV dizer que algo é inconstitucional sem que esse “tal” tenha sido assim declarado*. E se tivesse sido, a SV seria despicienda.

No mais, preocupa-me, sobretudo, como constitucionalista-raiz, o papel de constituinte permanente assumido pelo STF e o silêncio eloquente da comunidade jurídica. Parcela considerável da doutrina, em vez de discutir as constantes redefinições do texto da Constituição feitas pelo STF, contenta-se em fazer glosas dos julgamentos (são os neoglosadores), aceitando a [institucionalização](#) daquilo que Mathias Jestaedt chamou tão bem de positivismo jurisprudencialista (o livro tem o título original *Positivismo do Tribunal Constitucional. A impotência do legislador constituinte ante a jurisdição constitucional do Estado*), temática que abordei aqui na **ConJur** já várias vezes. Nesse tipo de jurisprudencialismo, diz Jestaedt — quem, aliás, é um positivista-raiz —, o juiz cria o direito para o caso concreto *sem estar vinculado a nada antes dele*. Mais uma forma de realismo jurídico. Empíria. O juiz põe o Direito. Substituindo aquele que foi posto pelo legislador.

Eis um “bom” exemplo do conceito de Direito para o positivismo: é um fato social posto pela mão humana, que vale independentemente de seus pressupostos. Por aqui, na verdade, é um hiperpositivismo-jurisprudencialista: porque esse produto (SV) tem o condão de ser imune a qualquer questionamento *intra e extra* sistêmico. *Auctoritas nos veritas facit legim* pode também ser lido como *auctoritas non veritas facit sumula*.

Sei que o Supremo quer resolver logo isso. Mas algo me diz que isso é tarefa do legislador.

Eis minha contribuição para o debate. Claro, partindo de um olhar mais ortodoxo sobre o sentido da Constituição.

### **Date Created**

17/05/2018