

Nos diversos estudos ora publicados, seus autores não procuram fugir do exame de quaisquer dos três elementos que compõem o Direito, certos de que, por ser a Ciência Jurídica a mais “contaminada” de todas as Ciências Sociais, por regular todas as demais, a melhor interpretação há de ser aquela que apreenda os aspectos fenomênicos dessa realidade.

Esta visão de muitos dos juristas e economistas que compõem o quadro dos escritores deste 2º número merece, no Brasil, tão pioneiro nas escolas formalistas do Direito, meditação cada vez maior de sua intensidade. E aqueles que a apóiam ou não se lhe contrapõem, sabem, perfeitamente, que já não se pode mais desconsiderar sua existência e que tal forma de raciocínio amplificado é componente obrigatório dos estudos de direito tributário no presente.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

TEORIA GERAL

DA EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Titular de Direito Econômico e de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.

GILMAR FERREIRA MENDES

Procurador da República, requisitado. Consultor Jurídico da Secretaria-Geral da Presidência da República. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, Doutor em Direito pela Universidade de Münster — RFA (1990), com a tese *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal* (O controle abstrato de normas perante o Bundesverfassungsgericht e o Supremo Tribunal).

1. Considerações gerais

A Constituição de 1988 reservou um relevante papel para o Supremo Tribunal Federal, que ainda mais pode ser realçado, pela adoção de novos mecanismos institucionais ou o acionamento de antigos mecanismos que vêm sendo subutilizados. Temos em mente, por exemplo, a extensão da *eficácia erga omnes* (i.e. geral) de todas as decisões do STF em matéria de inconstitucionalidade com a abrangência da declaração de inconstitucionalidade no caso concreto. O reconhecimento do efeito vinculante das decisões do STF em relação a todas as demais outras matérias, e o uso sempre que necessário da Reclamação, referida no art. 102, I, *l*, da Constituição.

As atribuições conferidas à Corte Suprema pela Carta Magna comportam conteúdos e objetivos diversos que se distinguem em: 1ª jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade; 2ª jurisdição constitucional da liberdade (relativas aos remédios destinados à defesa dos direitos fundamentais) e 3ª Jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade (cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 8ª ed. São Paulo, 1992, pp. 486-487).

2. Sistemas de Controle de constitucionalidade

Coexistem hoje, no Direito brasileiro, três espécies de controle de constitucionalidade de normas: 1º o controle difuso, concreto, ou incidental, exercido pelos órgãos jurisdicionais nos processos de sua competência (CF. arts. 97, 102, III, *a, b e c*, e parágrafo único, 42, X, 105, III, *a, b e c*); 2º o controle direto de constitucionalidade para fins de intervenção da União no Estado (CF, 36, *c/ c* o art. 34, VI e VII) ou do Estado no Município (art. 35, IV); 3º o controle abstrato de normas federais e estaduais pelo Supremo Tribunal Federal, previsto na Constituição, art. 102, I, *a* instaurada por provocação dos agentes, órgãos e entidades mencionadas no art. 103, e o controle abstrato de leis ou atos normativos estaduais ou municipais pelo Tribunal de Justiça do Estado, em face da Constituição Estadual, previsto no art. 125, § 2º, na forma em que dispuser a Constituição de cada Estado.

A suspensão da execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal prende-se ao controle difuso, considerada que foi pelo legislador constituinte

a desnecessidade dessa suspensão no caso da ação direta.

2.1 Da eficácia da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF

Outrora, na busca de um mecanismo que assegurasse eficácia ampla à decisão definitiva da Corte Constitucional, o Constituinte de 1934 houve por bem confiar ao Senado Federal a competência para suspender a execução da lei ou de ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (CF de 1934, art. 91, IV). Esse mecanismo, incorporado às Constituições subsequentes (CF de 1946, art. 64, CF de 1967/69, art. 42, VII), foi preservado pelo Constituinte de 1988, art. 52, X.

Assinale-se que essa fórmula engenhosa, destinada a assegurar eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos casos concretos, traduzia uma solução de compromisso destinada a evitar polêmica sobre o papel do Judiciário no sistema da divisão de Poderes.

Não se tratava, à evidência, da única alternativa à disposição do constituinte. Nem se pode afirmar que o constituinte de 1934 tenha optado pela solução mais moderna. Na própria Assembléia Constituinte foi apresentada proposição que reconhecia a inexistência jurídica da lei, desde que fosse declarada a sua inconstitucionalidade “em mais de um aresto” do Supremo Tribunal Federal. Constava também de proposta de instituição de uma Corte Constitucional nos moldes do Tribunal Constitucional austríaco, formulada pelo Deputado Nilo Alvarenga, disposição que outorgava *eficácia erga omnes* às decisões proferidas nos processos de controle de normas. Por outro lado, a Constituição austríaca de 1920

já reconhecia *eficácia erga omnes* aos pronunciamentos da Corte Constitucional (Constituição austríaca, art. 140). E, mesmo aqui, não havia originalidade. Também as leis que disciplinaram o processo de controle abstrato previsto no art. 13, § 2º, da Constituição de Weimar (1919), outorgava força de lei à decisão judicial.

Mas, se à época em que foi introduzido no nosso ordenamento constitucional esse instituto já não se revelava criação das mais avançadas, é certo que se tornou manifestamente obsoleto sob o império da Constituição de 1988. Se se admite que a declaração de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato tem eficácia *erga omnes*, como, razoavelmente, justificar que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso concreto deva somente ter eficácia entre as partes. Se se admite possa o Supremo Tribunal Federal suspender liminarmente a eficácia de qualquer ato normativo, inclusive de uma emenda constitucional no processo de controle abstrato de normas, por que condicionar a eficácia geral de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle incidental a um ato do Senado Federal.

Sem dúvida, pode-se afirmar que, se a suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado teve sua razão de ser no passado, a sua manutenção no modelo de controle de constitucionalidade da Carta de 1988, assenta-se em fundamentos de índole meramente histórica.

Assim desde que se reconheça a eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso concreto, torna-se desnecessário o ato do Senado de suspensão da execução do Senado de norma declarada inconstitucional pelo controle concreto.

3. Do efeito vinculante das decisões do STF

O reforço do papel do STF mais consentâneo com a nova ordem constitucional, está a impor que, ao lado do reconhecimento do *efeito erga omnes* de todas as suas declarações de inconstitucionalidade, seja também reconhecido o *efeito vinculante* de todas as suas outras decisões.

Um dos aspectos que mais têm preocupado o País, pelo prisma da nova ordem constitucional, é a valorização dos juizados de 1ª instância — louvável conquista da cidadania — sem a contrapartida de um instrumento processual de uniformização célere, omissão incompreensível do constituinte na conformação do controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

A força outorgada aos Juizes de 1ª instância, sem um instrumental adequado de ação para os Tribunais Superiores, subverte a hierarquia necessária — e mais do que isto — a tranquilidade para a preservação da ordem jurídica, pois qualquer questão constitucional da maior relevância pode ser decidida de forma satisfativa, desde que o Tribunal imediatamente superior não suspenda a eficácia de decisões que garantam benefícios ou direitos.

Podendo um juiz de 1ª instância, na hipótese aventada, ofertar satisfação definitiva do direito pleiteado e não podendo um Ministro de Tribunal Superior agir se não quando na tramitação procedimental, as questões forem-lhe submetidas, não é desavisado dizer que hoje um juiz de 1ª instância, mormente na Justiça Federal, em determinadas circunstâncias, é mais forte que um Ministro do STJ ou STF, que só pode julgar os grandes temas, em ações diretas de inconstitucionalidade, ou nos processos em grau de recurso.

3.1 O efeito vinculante visto pela doutrina Jurídica e na prática de outras nações

Quanto ao efeito vinculante das decisões de tribunais superiores sobre os atos de instâncias inferiores, o fato não é novidade. Nelson de Souza Sampaio, por exemplo, apresenta-nos uma boa resenha da tendência para o precedente judicial vinculante (“Supremo Tribunal Federal e a Nova Fisionomia do Judiciário”, in *RDP* 75).

Segundo o autor, no desempenho de sua missão, o Judiciário pode praticar ato que vai desde a sentença clássica até atos propriamente legislativos. Assim é que quanto à crescente extensão de seus efeitos, os atos dos Juizes se escalonariam em sentença clássica, precedente, sentença normativa, jurisprudência vinculante, atos quase legislativos e plenamente legislativos.

É de Kelsen o esclarecimento de que a função criadora do direito dos tribunais, que existem em todas as circunstâncias, surge com particular evidência, quando um tribunal recebe competência por produzir também normas gerais por meio de decisões com força de precedentes. Conferir a tal decisão caráter de precedente é tão-só um alargamento coerente da função criadora de direito dos tribunais. Se aos Tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais mas também normas jurídicas gerais, eles estarão em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição e isso significará uma descentralização da função legislativa (*Teoria Pura do Direito*, 2ª ed., Armênio Amado, Coimbra, 1962, 2º/115-116).

O precedente vinculativo, que se caracteriza pelo fato de a decisão de um alto tribunal ser obrigatória, como norma, para os tribunais inferiores, tem as nações anglo-americanas, a exemplo da Inglaterra, Canadá e Estados Unidos,

como reputado ambiente natural, por serem elas de direito de criação predominantemente Judicial. Isso no entanto não impede de se ver o precedente vinculante também em países de tradição romanista embora aí mais formalizado.

É de se registrar a ocorrência de precedente vinculativo nos assentos da Velha Casa de Suplicação de Portugal por força de regras das Ordenações Manuelinas de 1521 (Liv. V., tit. 58, § 1º) continuadas nas Ordenações Filipinas (Liv. I, tit. 5, § 5º) com regulação minuciosa na Lei da Boa Razão, de 1769, e persistência no Direito hodierno, haja vista a disposição do Código Civil de 1966, art. 2º, no sentido de que: "Nos casos declarados em lei, podem os tribunais fixar, por meio de assuntos, doutrina (*sic*) com força obrigatória geral..." (cf. Nelson Sampaio, op. cit.).

Essa prática, de Portugal, transmigrou-se para o Brasil Império pela Resolução da Assembléia Geral sancionada pelo Decreto nº 2.684, de 1875, mas, pelo que nos informa Lenine Nequete (*O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência*, Sulina, Porto Alegre, 1973), não saiu do papel.

O traço vinculante dos precedentes dos tribunais superiores para a futura atuação das demais cortes de justiça é conhecido como o *stare decisis*, cuja expressão completa é *stare decisis et non quieta movere*: ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso (cf. Nelson Sampaio, op. cit.).

A Constituição argentina de 1949 abraçou o princípio do *stare decisis* nos termos do seu art. 95 de que: "A interpretação que a Corte Suprema de Justiça faça dos artigos da Constituição por RE, e dos códigos e leis por recursos de cassação, será aplicada obrigatoriamente pelos juízes e tribunais nacionais" (cf. Nelson Sampaio op. cit.).

O México é outro país do chamado direito escrito onde também se encontra

instituto de mesma natureza. Pela reforma constitucional de 1951, figura, no art. 107, XIII, o princípio da jurisprudência vinculante. "A lei determinará os processos e casos em que seja obrigatória a jurisprudência dos tribunais do Poder Judicial da Federação, bem como os requisitos para a sua modificação". A Lei de Amparo previa as hipóteses de jurisprudência vinculante nos arts. 193, 193 bis e 195 bis (cf. Nelson Sampaio, op. cit.).

Trata-se de instituto jurídico também desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados *fundamentos* ou *motivos determinantes* (tragende Gründe).

A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição do seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (*eficácia erga omnes*) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o *efeito vinculante*, que deflui dos *fundamentos determinantes* (tragende Gründe) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Conseqüência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C (cf. Christian Pestalozza, comentário ao § 31, I, da Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão (Bundesverfassungs gerichtsgesetz) in "Direito Processual Constitucional (Verfassungspozessrecht)", 2ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 1982, pp. 170-171, que explica o efeito vinculante, suas conseqüências e a diferença entre ele e a eficácia, seja *inter partes* ou *erga omnes*).

O reconhecimento do *efeito vinculante* das decisões do STF, teria resultado análogo ao que se pretende com a reintrodução da advocatória, que, no entanto, viria marcada pelo estigma do regime totalitário e que seria utilizada para suspender "decisões jurídicas", à luz de "argumentos políticos", como os de grave lesão à ordem pública, econômica ou financeira.

A favor do *efeito vinculante* militam as seguintes vantagens: a) a competência do STF será originária e não decorrencial; b) os motivos para sua proposição serão "jurídicos" e não meramente "políticos"; c) não haverá interferência direta nas decisões de 1ª instância suspendendo sua eficácia sem fundamentos jurídicos, mas decisão definitiva sobre a questão suscitada; d) em questões polêmicas, a uniformização far-se-á com rapidez, ofertando-se ao cidadão e ao Estado uma interpretação definitiva.

3.2 A Reclamação:

Em meio a todas essas medidas de reforço da competência do STF poder-se-ia também ajuntar a da *reclamação*.

A *reclamação*, conquanto somente alçada a instituto constitucional na Carta de 1988, é, no entanto, antiga no âmbito do Regimento Interno da Corte Suprema, estando contemplada no RISTF no Título V, dos Processos sobre Competência, do art. 156 a 162, que lhe define a natureza e o procedimento.

Tendo recebido guarida no texto constitucional de 1988, art. 102, I, I,

relativo a competência do Supremo Tribunal Federal, "a reclamação, para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões, é atribuída, pelo art. 156 do RISTF ao Procurador-Geral da República ou a qualquer interessado na causa".

A *reclamação* permite à Corte Suprema; I - avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência; II - ordenar que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto; ou III - cassar decisão exorbitante de seu julgado, ou determinar medida adequada à observância de sua jurisdição.

4. Conclusões

Desse modo, é de serem tomadas providências no sentido de conferir *eficácia erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade; introduzir no Direito brasileiro o conceito de *efeito vinculante* em relação aos órgãos e agentes públicos, e utilizar-se com mais freqüência da *reclamação*.

Essas medidas não só reforçaram o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Carta Magna, mas também contribuiriam para a celeridade e economia processuais na medida em que, com a decisão de um determinado caso e mediante aplicação da *eficácia erga omnes* e do *efeito vinculante*, propiciariam solverem-se todas as questões semelhantes ou idênticas.