

EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REFORMULAÇÃO DA TÉCNICA DE DECLARAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE.

RAUL MACHADO HORTA

SUMÁRIO: 1. Autoridade do precedente. 2. Súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal. 3. Jurisprudência constitucional, jurisdição difusa e jurisdição concentrada. 4. Regras inerentes à jurisdição concentrada. 5. Híbridismo do controle da constitucionalidade no Brasil. 6. Autonomia da jurisdição difusa e da jurisdição concentrada. 7. Necessidade de regras constitucionais de enquadramento.

1. É antiga a concepção sobre a autoridade do precedente nas decisões judiciais. Blackstone, (1) escrevendo em 1765, explicava a regra do *stare decisis* pela obediência aos precedentes, para que a balança da justiça seja estável e não sofra variação com a opinião de cada novo Juiz. Sustentava Blackstone que, na doutrina jurídica, os precedentes devem ser obedecidos, desde que não sejam claramente absurdos ou injustos. No sistema jurídico da *common law*, em sua vertente norte-americana, o prestígio da regra do *stare decisis* convive com abrandamentos, que se exteriorizam na afirmação do “caráter simplesmente relativo da autoridade do precedente” ou, em formulação mais avançada, na concepção do precedente como fonte persuasiva do direito, abandonando o entendimento da fonte imperativa. (2) O Juiz Holmes distinguiu-se na Suprema Corte pela posição crítica e até de hostilidade à regra do *stare decisis*. Roscoe Pound, em posição moderada, revitalizou na Suprema Corte a regra tradicional, que retocou, para associá-la à idéia do *standard*, isto é, de um princípio diretor geral. No “*The Spirit of the Common Law*”, Pound encarecia que na decisão, deve-se desenvolver o princípio e não as palavras

que nela se empregam. (3) A escola da Jurisprudência Sociológica, geralmente identificada com os Juízes Pound, Cardoso e Holmes, preconizava uma acomodação entre as velhas regras da *Common Law* e as novas realidades sociais e econômicas.

No sistema jurídico romanístico, ao qual pertence, na classificação de René David (4) a família romano-germânica, o precedente judiciário concebeu o instituto dos *assentos*, para limitarmos a referência ao Direito Português e à teoria nele utilizada para resolver “conflitos de jurisprudência” (5). Na caracterização da doutrina portuguesa, o assento é preceito geral e abstrato, proclamado em forma de disposição normativa. (6)

2. No direito brasileiro, o precedente oriundo de decisão reiterada difundiu-se na jurisprudência dos Tribunais, com maior ou menor eficácia, em função da natureza do órgão judicante e da extensão de sua competência jurisdicional.

A consolidação do precedente das decisões judiciárias conduziu à implantação da SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA, cujo modelo mais evoluído elaborou-se nas formulações do Supremo Tribunal Federal. O saudoso Ministro Victor Nunes Leal foi o inspirador da criação da SÚMULA e o mais autorizado intérprete de sua finalidade. Na análise das soluções aventadas para superar o congestionamento do Supremo, geralmente identificado com a “crise do Supremo Tribunal Federal”, o Ministro Victor Nunes (7) apontava como tendência dominante nos diagnósticos da crise a terapêutica da redução da competência do Supremo, o que não lhe parecia o caminho mais adequado, sob o entendimento de que a questão fundamental residia na melhor organização do trabalho do Supremo Tribunal. Com este propósito, promoveu-se Reforma do Regimento Interno, para nele introduzir a Comissão de Jurisprudência, que recebeu a atribuição de “velar pela publicação e atualização da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal”. A Súmula, como “método de trabalho” na concepção de seu idealizador, identificaria no seu enunciado os precedentes, afastando a perda de tempo consumido na pesquisa das decisões sumuladas. O que assoberba os Tribunais, dizia o Ministro Victor Nunes (8) são os casos que se multiplicam, seriadamente, “como se houvesse uma fábrica montada para fazer dos Juízes estivadores”. A reforma regimental de 23 de agosto de 1963, que acrescentou ao texto do Regimento Interno o capítulo XX do Título III, chegou a reconhecer efeito vinculante a jurisprudência compendiada na *Súmula*, quando negava provimento ao agravo para subida do recurso extraordinário, não conhecia dos embargos de divergência e rejeitava os embargos infringentes e autorizava o Relator arquivar o recurso extraordinário, por contrariedade da súmula (Art. 15, I, II, III, IV). A SÚMULA, como salientou o Ministro Aliomar Baleeiro (9) veio corrigir a *versatilidade*

dos julgamentos no Supremo, que era tão grande, conforme lembrou o Ministro Aliomar Baleeiro, “que eu próprio tenho em minhas coleções de julgados alguns acórdãos divergentes da mesma Turma sobre o mesmo dispositivo, no mesmo dia”. Buscando conciliar a permanência da jurisprudência com as exigências de sua mudança a norma regimental previa o cancelamento e a revisão da jurisprudência assentada. No primeiro caso, por deliberação da maioria absoluta do Plenário e, no segundo, por iniciativa de qualquer Ministro do Supremo Tribunal (Arts. 98, § 1º e 99). Para evidenciar a intensidade revisionista, Aliomar Baleeiro, (10) no período de sua presidência (1972), informou ao Plenário, quando o órgão examinava a revisão da SÚMULA nº 448 que “cerca de cem súmulas” estavam sendo objeto de análise na Comissão encarregada do processo de revisão.

Não residem na estratificação e na imutabilidade da jurisprudência os objetivos da SÚMULA. Na avaliação de Victor Nunes Leal (11), “a SÚMULA realizou o ideal do meio-termo, quanto à estabilidade da jurisprudência. Ela ficou entre a dureza implacável dos antigos *assentos* da Casa de Suplicação, “para a inteligência geral e perpétua da lei” e a virtual inoperância dos prejudgados.”

As mudanças no Direito Brasileiro, a partir da elaboração e vigência da Constituição de 1988, a pletórica promulgação de emendas constitucionais no período da transição para o Estado Democrático de Direito, a nova retomada de revisões e de Emendas, em intenso processo que se iniciou em 1993 e ainda perdura, os reflexos das mudanças constitucionais na alteração da legislação ordinária, impuseram a interrupção na organização e publicação regular de SÚMULAS, em anexos ao Regimento do Supremo Tribunal Federal. As mudanças que advirão de Emenda à Constituição, em curso de elaboração, como mencionaremos neste estudo, com a constitucionalização do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, certamente propiciarão fundamentos para o restabelecimento da edição periódica de *súmulas de jurisprudência*, da qual se beneficiarão os Tribunais, os Juízes, os Advogados, as Partes e os Cidadãos, de modo geral.

3. A manifestação culminante do precedente judiciário localiza-se nas decisões constitucionais do Supremo Tribunal Federal vinculou-se, originariamente, ao casos decididos na *jurisdição difusa*, proferidos nos julgamentos de recursos extraordinários, quando se questionasse contrariedade de decisão recorrida a dispositivos da Constituição Federal, validade de lei federal ou da lei local ou de ato de governo local em face da Constituição. (Constituição Federal de 1934 — art. 101 — III — b — c). Constituição Federal de 1946 — art. 101

— III — *b — c*). Posteriormente, a partir de 1946, a jurisdição concentrada do Supremo Tribunal despontou na arguição de inconstitucionalidade submetida ao seu exame pelo Procurador Geral da República, para os casos de observância dos princípios constitucionais enumerados. (Constituição Federal de 1946 — art. 8º, parágrafo único *c/c* art. 7º — VII — *a* até *g*). A Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, ampliou a incidência da jurisdição concentrada, para incluir na competência originária do Supremo Tribunal Federal a *representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual*, por iniciativa do Procurador Geral da República. Na ausência de norma constitucional, o que perdurou até a promulgação da Emenda Constitucional, nº 3, de 1993, a eficácia do precedente de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, formado por decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, ficou regulada no Regimento Interno da Corte Suprema. Na regra regimental, a formação do precedente, num ou noutro sentido, dependeria da maioria qualificada, e os efeitos do precedente ficaram circunscritos “ao novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário”. (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal — art. 97). No direito constitucional anterior à Emenda Constitucional nº 3, de 1993, prevaleceu o entendimento de que a eficácia *erga omnes* nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal dependeria da participação do Senado Federal, para suspender a execução, no todo ou em parte, de leis ou decretos declarados inconstitucionais pelo Supremo, como dispunha a Constituição de 1946 (art. 64), em regra que se reproduziu na Constituição de 1988, (art. 54 — X). A novidade adveio do entendimento jurisprudencial de que o efeito *erga omnes* seria alcançado, desde logo, nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade, no exercício da *jurisdição concentrada*. Como se vê, até a promulgação da Emenda nº 3, de 1993, as decisões do Supremo, em questões constitucionais ventiladas na jurisdição difusa e na jurisdição concentrada, experimentaram uma acensão progressiva, quanto aos seus efeitos, a saber: efeito jurisprudencial, regulado no Regimento Interno, com alcance restrito, que poderia se propagar aos Tribunais, de modo geral, pelo prestígio de sua fonte; efeito *erga omnes*, a partir da suspensão da execução de lei ou de ato declarados inconstitucionais em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, abrangendo os julgamentos na jurisdição difusa e na jurisdição concentrada e efeito *erga omnes*, desde logo, sem a participação do Senado Federal, para as decisões proferidas na ação direta de inconstitucionalidade (Constituição de 1988 — art. 102 — I — *a*), como também, para assegurar a observância dos princípios constitucionais enumerados. (Constituição de 1988 — art. 36 — III — *c/c* art. 34 — VII — *a — b — c — d*).

O efeito vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal não constituiu objeto de norma constitucional, legal ou regimental, até a promulgação da Emenda nº 3, de 1993. Poderia decorrer este efeito do prestígio da decisão nas fontes jurisprudenciais em que fossem inspirar-se outros Tribunais e Juízes.

A força vinculante das decisões proferidas na jurisdição concentrada por uma Corte Constitucional é decorrência necessária da competência suprema do Tribunal da Constituição. No estudo comparado do controle da constitucionalidade na Áustria e nos Estados Unidos, Kelsen (12) frisou o inconveniente da ausência da força vinculante nas *decisões de matéria constitucional*. A não vinculação permite que uma lei declarada inconstitucional em um caso, possa ser declarada constitucional noutro caso, pelo mesmo Tribunal. A eliminação dessa situação contraditória conduziu, na concepção de Kelsen, à jurisdição concentrada do controle da constitucionalidade das leis, para proteger a supremacia da Constituição.

O controle da constitucionalidade na jurisdição concentrada criou procedimentos e regras próprias, que não são necessariamente idênticas as que foram elaboradas na jurisdição difusa. A Emenda Constitucional nº 3, não obstante as impugnações que recebeu em sua tramitação, dentro e fora do Congresso Nacional, representou um avanço técnico na configuração da autonomia da jurisdição concentrada em relação à clássica jurisdição difusa, que decorreu da recepção da doutrina e jurisprudência norte-americana, enquanto a jurisdição concentrada proveio do Direito Constitucional europeu do Primeiro e do Segundo após-guerra. Como se sabe, a Emenda nº 3 estabeleceu que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade, terão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. A Emenda se impôs como solução para remediar o volume das “questões multitudinárias”, conforme a denominação que lhes deu o Ministro Sepúlveda Pertence (13), e descongestionar o Supremo do extraordinário volume de questões dessa natureza, responsáveis pela jurisprudência sucessiva e repetitiva, absorvendo 88% dos acórdãos publicados no primeiro semestre de 1995. O efeito vinculante das questões constitucionais proferidas na jurisdição concentrada não esgota a especificidade das técnicas decisórias dessa jurisdição, dentro da autônoma configuração que ela requer no sistema constitucional de sua adoção. Integram o conjunto das técnicas criadas, desenvolvidas ou aperfeiçoadas pela jurisdição concentrada, em soluções que guardam autonomia em relação à jurisdição difusa, a eficácia diferida da decisão constitucional, que o Tribunal poderá determinar, dentro do limite fixado na Constituição, como fez, originariamente, a Constituição da Áustria de 1920; a discricionariedade na

determinação do efeito *ex-tunc*, que se vincula ao caráter declaratório da decisão, atingindo situações pretéritas, quando a decisão vale como “acertamento retroativo” de nulidade preexistente ou como “anullamento o inefficacia *ex-nunc*”, para o futuro, preservando no passado a validade da lei, para utilizarmos a distinção de Calamandrei (14).

4. O hidridismo do controle da constitucionalidade no Brasil, que incorporou a jurisdição difusa e a jurisdição concentrada, realizou a absorção pela Constituição de soluções adotadas por sistemas de governos distintos, como o parlamentar e o presidencial. Há técnicas da jurisdição concentrada que refletem sua relação mais direta com o governo parlamentar, como me parecem se dessa índole o apelo ao legislador e a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, duas soluções adotadas pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha — *Bundesverfassungsgericht*, — com fundamento na lei federal.

5. A jurisdição constitucional concentrada, que tem no controle abstrato da norma sua tarefa fundamental, embora não se esgote nela, já dispõe de domínio próprio na Constituição Federal: a representação interventiva do Procurador Geral da República, para assegurar a observância dos princípios constitucionais enumerados (art. 36 — III — c/c 34 VII); a competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal (art. 102 — I — a); o efeito vinculante das decisões definitivas de mérito nas ações declaratórias de constitucionalidade (Emenda Constitucional nº 3, de 1993), a titularidade para propor a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103 — I — até — IX) e a ação declaratória de constitucionalidade (art. 103 — § 4º); a ciência ao poder competente da declaração de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e a defesa pelo Advogado Geral da União do ato ou texto impugnado na inconstitucionalidade, em tese (art. 103, § 3º).

O enquadramento autônomo da jurisdição concentrada, no domínio da controvérsia normativa em tese, recomenda que, além dos temas anteriormente citados, deveriam, também, constituir objeto de regra constitucional expressa, a previsão do efeito *erga omnes*, (15) do efeito declaratório *ex-tunc*, do efeito constitutivo *ex-nunc* e a fluência diferida no tempo da declaração de inconstitucionalidade, para permitir, como aconselhava Kelsen (16), que o legislador possa substituir a lei censurada por uma nova lei, conforme a Constituição, antes que a anulação atinja a lei. Com esses complementos, o processo constitucional ganharia apreciável sistematização e ficariam resguardadas duas autonomias jurisdicionais na Constituição Federal: a autonomia da jurisdição con-

centrada, no plano da controvérsia em tese, na defesa direta e objetiva da Constituição e a autonomia da jurisdição difusa no âmbito do caso concreto, em função da defesa de direitos feridos por ato ou norma inconstitucional.

6. Estão em curso no Congresso Nacional Propostas de Emendas à Constituição, que acolhem a reformulação da técnica do controle judiciário da constitucionalidade, para regular o efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores. No Substitutivo do Relator, Deputado Jairo Carneiro (17), às Propostas de Emendas nºs 96/92 e 112/95, o efeito vinculante é disciplinado no artigo 97, §§ 1º — 2º — 3º e 4º e no artigo 104 §§ 2º — e 3º. Na regra do artigo 97 e seus parágrafos, o Substitutivo do Relator, observadas as alterações nele introduzidas, dispõe que o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores, após decisões reiteradas da questão e mediante o voto de três quintos dos seus membros, poderão editar *Súmula* com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, submetidos à sua jurisdição e à administração pública direta, e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento, sujeitando-se os agentes da administração, em caso de desobediência, às sanções dos crimes de responsabilidade. Prevê-se a aplicação de súmula vinculante pelos Tribunais de Justiça dos Estados, no âmbito da autonomia e competência destes (Art. 97, § 3º). Consagra-se a irrecurribilidade das decisões de Tribunais e Juízos na aplicação da súmula vinculante e, em caso de contrariedade às decisões admite-se reclamação ao Tribunal que a instituiu (Art. 97, § 4º). As regras do artigo 97 figuram na Seção das Disposições Gerais do capítulo reservado ao Poder Judiciário, precedendo os casos incluídos na competência originária de processar e julgar. É neste domínio específico que se localizam as regras do artigo 104, § 2º, restritas ao Supremo Tribunal Federal e abrangendo as decisões proferidas na jurisdição concentrada e na jurisdição difusa. Com efeito, dispõe o artigo 104, § 2º do Substitutivo modificado, que as decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal, nos casos da ação direta de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, da súmula vinculante (Art. 104 — I — a), das causas e conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, incluindo as respectivas entidades da administração indireta, salvo as excluídas por lei complementar (Art. 104 — I — h) e nas causas do recurso extraordinário (art. 104 — III — a — b — c) serão oponíveis a todos e terão efeitos vinculantes, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, federal, estadual e municipal. Na concepção do Substitutivo, o efeito vinculante comporta duplo

tratamento: no artigo 97 cogita-se da edição de *súmula* com efeito vinculante, observados os requisitos das decisões reiteradas e a maioria qualificada de três quintos dos seus membros, e no § 2º do artigo 104 contempla-se a eficácia *erga omnes* e o *efeito vinculante* das decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal. O Substitutivo acolheu o diferimento da declaração de inconstitucionalidade, em tese, para os casos da jurisdição concentrada, quando o Supremo Tribunal determinar, por maioria de dois terços de seus membros, a perda da eficácia da lei ou do ato normativo, a partir do trânsito em julgado da decisão (Art. 105 — § 4º).

A Proposta de Emenda à Constituição nº 54, de 1995 (18), com a modificação introduzida por iniciativa do Senador Ronaldo Cunha Lima, em redação mais concentrada, limita-se a alterar o § 2º do atual artigo 102 da Constituição Federal, para, ampliando o seu conteúdo, dispor que “terão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, as decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, e as decisões definitivas de mérito, se o Supremo Tribunal Federal, assim ao declarar, por voto de dois terços de seus membros”. As decisões definitivas nas ações diretas de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, em julgamentos da jurisdição concentrada, serão alcançadas, desde logo, pela eficácia *erga omnes* — contra todos — e o efeito vinculante. As decisões definitivas de mérito, que provirão dos casos concretos da jurisdição difusa, só terão eficácia contra todos e efeito vinculante, se o Supremo Tribunal Federal assim dispuser, pelo voto de dois terços de seus membros. Nas ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade a decisão do Supremo, num caso e no outro, em competência da jurisdição concentrada, dependerá da maioria absoluta de seus membros. Nas decisões definitivas de mérito, proferidas nos casos concretos da jurisdição difusa, a eficácia *erga omnes* e o *efeito vinculante* subordinam-se ao atendimento da maioria qualificada de dois terços de seus membros, se o Supremo Tribunal assim dispuser. As cautelas de maiorias qualificadas demonstram a prudência na consagração da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante. A eficácia contra todos e o efeito vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, são peças fundamentais no coroamento lógico-jurídico da técnica brasileira do controle judiciário da constitucionalidade das leis.

NOTAS

(1) André Tunc — Suzanne Tunc — “Le Droit des États-Unis d’Amérique — Sources et Techniques” — Paris — Librairie Dalloz — 1995 — pág. 19 — nota 43 (2).

(2) André Tunc — Suzanne Tunc — obra citada — pág. 137.

(3) Roscoe Pound — “The spirit of the common law” — Boston — Marshall Jones Co. — 1921 — pág. 7.

(4) René David — “Les Grands Systèmes de Droit Contemporains” — 6ª edição — Dalloz — 1974 — pág. 33.

(5) A. Castanheira Neves — “O Instituto dos Assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais” — Coimbra — 1983 — pág. 2

(6) A. Castanheira Neves — obra citada — pág. 3, nota 6.

(7) Victor Nunes Leal — “Atualidade do Supremo Tribunal” — Revista Forense — 1964 — vol. 208 — pág. 15.

(8) Victor Nunes Leal — “Atualidade do Supremo Tribunal” — citado — pág. 16.

(9) Aliomar Baleeiro — “Diário da Justiça” — dezembro de 1972 — pág. 8651.

(10) Aliomar Baleeiro — “Diário da Justiça” de 18 de dezembro de 1972, pág. 8650.

(11) Victor Nunes Leal — “Passado e Futuro da Súmula do STF” — Revista Trimestral de Jurisprudência — vol. 553 — pág. 293.

(12) Hans Kelsen — “La Giustizia Costituzionale” — Giufreè Editore — Milano — págs. 297-298.

(13) Diário do Judiciário — Seção I — 3 de agosto de 1995 — pág. 22.267.

(14) Piero Calamandrei — “La illegittimità costituzionale delle leggi nel Processo Civile” — Cedam — 1950 — pág. 5.

(15) O Ministro Sepúlveda Pertence, expressando o entendimento de prestigiosa corrente, sustenta que o efeito *erga omnes* é aplicável às ações diretas de inconstitucionalidade e às ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal. A decisão que concluir pela improcedência da ação declaratória e, portanto, pela inconstitucionalidade da lei ou de ato normativo, objeto da ação, terá eficácia contra todos e efeito vinculante, tal como se daria se procedente a ação declaratória de constitucionalidade.

(16) Hans Kelsen — Obra citada — pág. 299.

(17) Câmara dos Deputados. Substitutivo do Relator às Propostas de Emenda à Constituição nºs 96/92 e 112/95, 25 de abril de 1996.

(18) Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 54, de 1995, de autoria do Senador Ronaldo Cunha Lima e outros. Parecer do Relator-Senador Jefferson Péres.