

EFEITO VINCULANTE DE DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES*

SAULO RAMOS

Diante do meu compreensível constrangimento de falar para tantos, e tão cultos, doutores em Direito, prefiro escolher a rápida via prática do advogado velho e enfrentar o tema desta conferência, polêmico e até certo ponto complexo, observando duas advertências íntimas: ser breve no resumo dos debates e sugerir imediatas soluções, deixando para os senhores a incumbência de gestá-las, aperfeiçoá-las ou repe-li-las.

É uma só a realidade: O Judiciário está atulhado de processos, acusado de morosidade e ineficiência. E os juízes, em todos os graus de jurisdição, estão produzindo o máximo, fantasticamente acima do possível, num formidável equilíbrio entre a quantidade e a qualidade. Dentre muitas e muitas outras razões, que concorrem para esta esdrúxula situação, debate-se agora, com maior ênfase, o número espantoso das causas repetitivas, sobretudo nos tribunais superiores.

Na minha opinião, esta aflitiva situação dos tribunais não será o motivo principal para a revisão do nosso direito constitucional, mas o direito em si mesmo e as enormes lesões causadas aos jurisdicionados, pelos quais existe e foi concebido.

Em face daquela realidade atual, das aflições do Judiciário e a necessidade de dar-se ao Direito a efetiva destinação de tutelar bens jurídicos do povo, surgiu a tese em defesa do efeito vinculante às decisões das últimas instâncias, que passariam a ter eficácia subordinativa para as jurisdições inferiores e para o Poder Executivo, considerada a idéia de vinculação como espécie de panacéia para todos os males atuais das atividades jurisdicionais.

Contra a solução, inicialmente proposta de forma simplista, insurgem-se os defensores da liberdade dos magistrados, da magna figura do juiz natural, alertando para o perigo de termos de colocar uma respeitável toga em nossos computadores. Embora outros países desenvolvidos consagrem a subordinação geral aos julgados superiores, a tradição brasileira a repele, por vários e respeitáveis fundamentos.

Mas, talvez, haja solução, desde que invoquemos a lição camoniana de nos colocarmos nem tanto à terra, nem tanto ao mar.

Para provocar as necessárias reflexões sobre o *in mesus virtus*, impõe-se um breve comentário sobre nosso sistema constitucional, neste particular. Todos reconhecemos que o Brasil tem um razoável sistema de controle de constitucionalidade, consubstanciado nas competências concentradas e difusas, isto é, da apreciação, em abstrato, das leis e atos normativos face à Constitui-

* Exposição feita no XIV Congresso de Magistrados, realizado em Fortaleza (CE) em setembro de 1995.

ção, bem como nos casos concretos em que se realiza o controle incidental.

Mas o sistema apresenta lacunas graves: o controle de constitucionalidade em abstrato não tem conseqüências práticas concretas, a não ser para recursos, quase sempre onerosos e fora do alcance de muitos brasileiros, literalmente sem recursos (...). E o controle da legalidade somente se processa na competência difusa. Não temos nada para impedir a prática da ilegalidade através de decisões concentradas, circunstância que faz deste país o paraíso dos economistas e dos burocratas, grandes legisladores por portarias, fator que multiplica ao infinito as lesões individuais e os conseqüentes pedidos de socorro ao Judiciário.

Nosso sistema constitucional consagra a ação direta de inconstitucionalidade, para o controle de leis e de atos normativos em face das Cartas Políticas, federal e estaduais, mas sem eficácia subordinante. Juizes e tribunais inferiores não estão obrigados a aplicar a decisão do órgão judicial superior. Esta rebeldia tem sido justificada contra o que se convencionou chamar de perigo da ditadura do Supremo Tribunal Federal.

Nem os burocratas se comovem com aqueles julgamentos, sobretudo os pronunciados pela Corte Constitucional. Ao contrário: cometem conscientemente várias inconstitucionalidades, estimulados pelo cálculo cinicamente contábil sobre quantos cidadãos lesados recorrerão ao Judiciário e quantos deixarão de recorrer.

Obviamente, a maioria não recorre e, assim, a prática da inconstitucionalidade torna-se vantajosa para a arrecadação, servindo aos mais altos interesses do tesouro público (...)

Antigamente, havia, por tradição, absoluto acatamento das decisões superiores por parte dos Juizes e tribunais menores. Não era subordinação, mas

respeito reverencial à presunção de maior sabedoria. Eram os tempos em que não existia tribunal federal no Rio Grande do Sul. Explicarei mais tarde.

Hoje, em caso de entendimento contrário às decisões dos tribunais superiores, com todas as *venias concessas e permissas*, de que vale a tão solene concepção brasileira de controle de constitucionalidade?

Vale apenas para fundamento de recursos, sob a certeza de futura vitória, mas para a parte que pode dispor de outro tipo de recursos, os financeiros, aplicáveis no custeio da causa até as instâncias maiores, todas situadas na longínqua e caríssima Brasília.

Na verdade, estamos andando em círculos há muitos anos. Hoje, nos deparamos com a mesma inutilidade da velha representação de inconstitucionalidade, instituída pela emenda n.º 16, de 26 de dezembro de 1965, que deferiu, ao Supremo Tribunal Federal, competência para declarar, em tese, a inconstitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais, mediante provocação do Procurador-Geral da República.

A Emenda Constitucional n.º 7, de 1977, introduziu, no direito constitucional brasileiro, a chamada representação interpretativa das leis, numa tímida tentativa de criar o controle abstrato da legalidade, o que levou o Supremo Tribunal Federal, quando tinha competência para editar normas processuais, a utilizar-se da expressão *força vinculante*, na alteração que fez em seu Regimento Interno, através da Emenda Regimental n.º 7, de 1978, dando ao art. 187 a seguinte redação: "*4 partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos.*"

De nada adiantou, posto que a desobediência apenas autorizava o recurso extraordinário, uma vez que sua não

observância era considerada com simples negativa de vigência do texto interpretado, segundo o testemunho sempre sábio do Ministro Néri da Silveira.¹

A representação, que acionava o controle constitucional abstrato, em nada difere, na prática, da atual ação direta de inconstitucionalidade, a não ser pelo grande elenco dos legitimados a propor esta última, enquanto aquela era privativa do Procurador-Geral da República. E também por um segundo “a não ser”: o aumento de rebeldias na magistratura, estimuladas, em casos vários, não pela ciência jurídica, mas por simples motivação política, nem sempre fundada em divergência doutrinária. Ao lado dessa insurreição, dentro do próprio Judiciário, em número não muito expressivo, surgiu o mal maior: a insubordinação geral dos agentes administrativos.

Todos lembramos que o Supremo Tribunal Federal, quando se entendeu obrigatório o encaminhamento das representações, incluiu no art. 174, de seu antigo Regimento Interno, o § 1.º, que autorizava o Procurador-Geral da República, se provocado, por autoridade ou terceiro, a exercer a iniciativa daquele dispositivo, a encaminhar a súplica com parecer contrário se a entendesse improcedente. Esta curiosidade mereceu de Victor Nunes Leal a arguta observação de que a representação com parecer contrário à arguição de inconstitucionalidade seria uma representação de constitucionalidade.²

Mas consequência prática da declaração de inconstitucionalidade apenas uma tinha-se por certa: nos casos concretos, quem sofresse a aplicação da lei tida como inconstitucional pelo Supremo

estaria seguro do provimento do correspondente recurso extraordinário, se o manifestasse no prazo.

Haroldo Valadão, no seu anteprojeto de “*Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas*”, cogitou da vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal, propondo solução parecida com a atualmente adotada pela Constituição Portuguesa, isto é, a subordinação obrigatória dar-se-ia após o julgamento de três casos concretos iguais. Descuidou da votação qualificada, a meu ver aspecto importante na subordinação aos julgados. Mas valeu a observação:

“O texto constitucional é um simples saco sem fundo, e em vez de uniformizar a jurisprudência, torna-se inútil, falha espetacularmente, servirá apenas de ponto de apoio para novos e intermináveis recursos extraordinários (...) É um verdadeiro ‘divertissement’ judiciário.”³

Hoje, tudo continua igual, salvo o número de ações diretas, que a partir de 1988 já chegaram a 1.300. Na vida dos pobres mortais, a declaração de inconstitucionalidade tem que passar por essa ridícula concepção processualística de que o recurso, manifestado fora de prazo, torna coisa julgada a decisão que aplicou lei declarada inconstitucional e, portanto, nula, inexistente, porque afastada do mundo jurídico, segundo o gosto doutrinário pelas definições gongóricas, pela grandiloquência retórica e, neste caso, absolutamente inútil.

Alfredo Buzaid lembra:

“que toda a lei adversa à Constituição é absolutamente nula, não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta.

1. “O Supremo Tribunal Federal e a Interpretação Jurídica Normativa”, in *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal*, Universidade de Brasília, 1982, p. 131.
2. RDP 53-54:25.

3. Folheto publicado por Haroldo Valadão, em 1964.

Não teve, pois, nenhum momento de validade.”⁴

Francisco Campos chegou a considerar a expressão “lei inconstitucional” uma *contraditio in adjeto*, porque:

“É, pois, fora de dúvida que uma lei inconstitucional não é lei, nem poderia ser, jamais, como tal considerada. Ela era o que é e continuará a ser coisa nenhuma em Direito, antes e depois da declaração de sua inconstitucionalidade.”⁵

Grandes mestres norte-americanos e juizes da Suprema Corte dos Estados Unidos, como Black,⁶ Marshall (1803) e Field, professam o mesmo entendimento:

*“A legislative act contrary to the Constitution is not a law.”*⁷

No Brasil, porém, a lei inconstitucional, como tal já declarada pela Corte Suprema, pode, sem hesitação e cerimônia, ser aplicada contra qualquer cidadão. E a monstruosidade transitará em julgado se irrecorrida ficar a sentença que a aplicou.

Nosso sistema admite, pois, a convalidação de nulidade absoluta pela simples inobservância de prazo recursal. Nós, os estudiosos do Direito, somos freqüentemente acusados de cultivar filigranas jurídicas. Temos que reconhecer, porém, na ourivesaria constitucional e processual uma lamentável ausência de proteção e segurança para o cidadão comum. Se a inconstitucionalidade é o mais fulminante dos defeitos das normas, como pode o entendimento popular entender o trânsito em julgado, contra direito seu, de decisão que apli-

cou lei declarada inconstitucional e, portanto, *inexistente e nula* desde a edição, uma vez que proclamamos sempre, e com ares professorais, que a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc*?

Nestes casos, a coisa julgada, tutela constitucional da segurança jurídica, protege a coisa alguma, isto é, a inconstitucionalidade. É a tutela do nada, mas de cruéis conseqüências materiais para os jurisdicionados. Mesmo a ação rescisória, limitada no tempo, é uma nova via sacra para quem tenha sofrido a aplicação de lei inconstitucional. Não pode haver lógica alguma que aceite a garantia constitucional aplicada para assegurar a permanência da inconstitucionalidade.

Contra a rebeldia de juizes e tribunais, que apliquem leis e normas de inconstitucionalidade previamente decretada pelo Supremo Tribunal Federal, não cabe sequer a reclamação constitucional, limitada esta aos casos concretos de processos em que se tenha por desobedecida a decisão superior. Não é comum, mas o simples fato de que pode acontecer demonstra a fragilidade do sistema. Fernando Pessoa, o inextinguível poeta português, costumava dizer: “Tudo, menos o ridículo.”

Há um exemplo doloroso a analisar nestes debates: o caso do Tribunal Regional Federal de Porto Alegre, com jurisdição sobre o Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. Rebelou-se aquela Colenda Corte contra a decisão do Supremo que julgou auto-aplicáveis os §§ 5.º e 6.º, do art. 201, da Constituição, que dispõem:

“§ 5.º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

§ 6.º A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano.”

4. “Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade ao Direito Brasileiro”, Ed. Saraiva, São Paulo, 1958, p. 129.

5. “Direito Constitucional”, Ed. Freitas Bastos, 1956, 1.º vol., p. 440.

6. “Handbook of the American Constitutional Law”, ed. 1987, § 18, p. 33.

7. Apud Caio Tácito, “Rev. de Dir. Adm.”, vol. 59/346.

O TRF da 5.^a Região considerou o Supremo Tribunal Federal errado na interpretação da Constituição Federal e, à falta de lei de concreção, continuou a negar esses direitos fundamentais, embora mínimos na expressão econômica, para os aposentados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, enquanto todos os demais brasileiros, na mesma situação jurídica, passaram a tê-los respeitados no resto do território nacional.

Aposentados, em geral, não têm condições para recorrer ao Supremo Tribunal Federal, sobretudo aqueles que, por força daquela teimosia do Tribunal Regional Federal, ganham menos de um salário mínimo. Mas um desses pobres jubilados conseguiu a proeza de recorrer (...) fora do prazo. Na Corte Suprema, o recurso não foi conhecido por este motivo. Contra esses pobres cidadãos, a inconstitucionalidade transitou em julgado. O nada jurídico, contra eles aplicado, tirou-lhes o salário mínimo dos benefícios previdenciários e a gratificação natalina.

Esta situação é revoltante. Agrava-se com o cinismo do INSS, condenado em todo o país a respeitar a decisão do Supremo, porque prestigiada pelos demais tribunais federais, mas se recusa a estender aos aposentados gaúchos, catarinenses e paranaenses os benefícios da auto-aplicabilidade daqueles comandos constitucionais.

Diante de um simples fato como este — outros existem em quantidades — nosso belo sistema de controle de constitucionalidade passa a ser uma arrematada inutilidade para o povo. Bastam um tribunal teimoso e uma autoridade inescrupulosa para riscarmos da Carta da República e dos livros dos doutrinadores todas as lindas normas retóricas e declamatórias, enfaticamente interpretadas como tutelares da justiça e segurança social.

Adotamos, pois a ação direta de inconstitucionalidade como elemento principal de controle abstrato das leis e atos normativos, federais e estaduais, em face da Carta da República. Como resultado prático das decisões é quase eunuco, dependendo das adesões dos juízes e tribunais inferiores, qual a solução que se concebeu?

A ação declaratória de constitucionalidade, introduzida pela Emenda Constitucional n.º 3, de 1993, que passou a dar eficácia vinculante às decisões nela proferidas, subordinando os Poderes Executivo e Judiciário aos seus efeitos.

Não é solução, está evidente. Trata-se de um claro estelionato juspolítico.

Desde sua promulgação, até hoje, foi usada uma única vez (Lei Complementar n.º 70/91, que instituiu contribuição para o financiamento da seguridade social). O Supremo inicialmente discutiu a constitucionalidade da própria ação declaratória, e, depois, conheceu e julgou aquela filha única, declarando constitucional a lei complementar por ela visada.

Preocupa-me não o expediente encontrado pelo governo: através de emenda constitucional, mas a pobreza intelectual da solução. Temendo-se o efeito vinculante às decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade, concebeu-se essa declaratória, que nada mais é do que outra em sentido contrário.

Ora, nosso processo legislativo submete-se a rigoroso controle de constitucionalidade durante a elaboração das normas, através das diversas comissões especializadas na Câmara e no Senado. Em seguida, vai o autógrafo ao Presidente da República, que, antes de sancioná-lo, ou vetá-lo, examina mais uma vez a constitucionalidade. É um tanto quanto esdrúxulo os representantes desses poderes, responsáveis pela elaboração e edição da norma, serem os legitimados para requererem o pronun-

ciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade das leis que eles próprios fizeram.

Quer queiram, quer não queiram, transforma-se o Supremo em órgão consultivo, antes de qualquer controvérsia sobre a lei declaranda. Nada se argüiu contra a norma, ninguém propôs ação direta de inconstitucionalidade, nenhum juiz ou tribunal usou a competência difusa para declarar-lhe a nulidade em caso concreto. Por quê o pedido declaratório ao Supremo Tribunal Federal?

Trata-se, simplesmente, de um expediente para obter o efeito vinculante, que a ação direta não tem em quaisquer dos sentidos da respectiva decisão. Temendo-se a gritaria contra a vinculação dos efeitos na ação direta inventou-se, para uso exclusivo do governo da União, essa especialíssima declaração restrita às leis e atos normativos federais. Durante a ditadura, os atos institucionais impuseram ao país a inapreciabilidade, pelo Judiciário, dos atos ditos revolucionários, inclusive os normativos. A EC n.º 3/93 propõe a mesma solução de força, desta vez com a cumplicidade do Supremo Tribunal Federal.

A isto pode-se chamar de direito constitucional?

Não vejamos nesta crítica uma irresignação de fundo político, mas e apenas um inconformismo quanto ao péssimo nível técnico do expediente, que em nada aperfeiçoou nosso sistema constitucional. Ao contrário: ampliou o ridículo.

Durante o calor dos debates, suscitados por esta esperteza governamental, alguns juristas, mais eufóricos, viram na ação declaratória semelhanças ao controle de constitucionalidade consagrado pelo sistema francês e alemão. Ora, na Alemanha o controle de constitucionalidade é sério, submetido a um processo rigoroso e amplo de debates e instru-

ções. Quando se suscita, naquele país, dúvidas sobre a constitucionalidade de lei, a Corte Constitucional ouve pessoas, toma depoimentos de juristas, de professores, requisita dos tribunais inferiores os julgamentos proferidos com fundamento na norma impugnada, sobretudo quando tenha havido fortes divergências nas instâncias ordinárias, pressuposto primeiro para acionar o sistema alemão de controle.

Essa tradição alemã é conservada desde a Constituição de Weimar, que previa a mesma sistemática no art. 13. O julgamento da lei, posta sob suspeita, é precedido de amplos debates em processo submetido a uma curiosa e volumosa instrução doutrinária.

Nada disto existe na nossa declaração de constitucionalidade. Aqueles que viram nela aquilo que nela inexistia, invocando o processo germânico, apenas aproveitaram a oportunidade para exhibir erudição inaplicável ao caso concreto examinado.

Na França, os arts. 61 e 62 da Constituição conferem efeito vinculante às decisões do Conselho Constitucional, mas somente quanto às leis orgânicas, antes de promulgadas, isto é, na fase de suas elaborações. Trata-se de consultoria vinculante, mas quanto aos projetos e não quanto a lei.

Aos brasileiros impõe-se grande cuidado na adoção de institutos estrangeiros, porque ... ou caímos na imitação inajustável às nossas características, ou, em nome do aperfeiçoamento de soluções alienígenas, acabamos tendo de engolir alguns estelionatos doutrinários praticados pelos adaptadores nacionais.

Nossos problemas são problemas nossos. A experiência estrangeira deve ser estudada e não imitada. Cultura e conhecimento na ciência jurídica são essenciais e melhores se forem amplos, abrangentes do conhecimento e cultura de outros povos. Mas a solução para os problemas brasileiros há de ser conce-

bida e aplicada de acordo com as próprias características e necessidades, que se plasnam em peculiaridades locais, culturais, emocionais, tradicionais, religiosas, políticas, insubordináveis aos modelos estrangeiros, ainda que vitoriosos em seus países. Imitar soluções e adaptar modelos são duas maneiras de não se ter nada.

Aqui mesmo, em nosso país, tivemos e temos excelentes formuladores de sugestões, não aproveitadas por nossos legisladores, mas nem por isso destituídas de fundamentos, ou, antes e por isto mesmo, muito inteligentes.

Como exemplo, basta uma leitura dos anais da Constituinte de 1934, onde se encontram várias propostas curiosas, que mereceriam ser novamente analisadas. Dentre elas, algumas recolhidas de um debate entre os então constituintes João Mangabeira, Carlos Maximiliano, Themístocles Cavalcanti, Antônio Carlos, Oswaldo Aranha e outros luminares da época. Dentre as sugestões chamou-me a atenção uma proposta de João Mangabeira, apoiada pelos demais juristas antes citados, mas rejeitada pela Constituinte, e assim redigida:

“Art. Uma lei da Assembléia Nacional só poderá ser declarada inconstitucional quanto votarem neste sentido pelo menos dez ministros do Supremo Tribunal. Verificado este caso, o presidente do Supremo Tribunal remeterá, dentro de 48 horas, uma cópia da decisão ao Presidente da República. Se este concordar com o julgamento, expedirá, dentro de 48 horas, um decreto declarando a lei revogada.

Se isso não aquiescer, comunicará a sua opinião, com a cópia da sentença à Assembléia Nacional ou a Comissão Permanente em sua ausência. E, se uma ou outra, por dois terços dos votos, discordarem da sentença o dissídio entre o Supremo Tribunal e os outros poderes do Estado será resolvido por um plebiscito.

Se a Assembléia ou Comissão se conformarem com a sentença ou não a recusarem por dois terços, a lei ficará *ipso facto* revogada.”

Naquele tempo, o Supremo era composto de quinze ministros. Mangabeira, na justificativa de sua proposta, defendendo a declaração de inconstitucionalidade por dois terços (dez votos), dizia com muita ênfase sob aplausos de Themístocles e Maximiliano:

“O que não pode, absolutamente, continuar é o inconveniente de decisões do Supremo Tribunal, por oito votos contra sete, em que um só ministro, com o seu voto, põe abaixo uma lei votada por uma Assembléia e sancionada pelo Presidente da República, em um caso de inconstitucionalidade, inconstitucionalidade essa tão duvidosa que no próprio Supremo teve sete votos contra ela.”

A emenda passou na Comissão com alterações no texto. O Supremo comunicaria a decisão, em primeiro lugar, à Assembléia Nacional, que poderia recusá-la por dois terços de seus votos. Se não recusada, a lei estaria revogada. Caso recusada, seria comunicado o resultado ao Presidente da República. Este, se favorável ao entendimento do Supremo, poderia baixar decreto revogando a lei. Se contrário e, portanto, favorável à recusa da Assembléia, convocaria plebiscito.

A proposta previa, ainda, que não poderia ser argüida inconstitucionalidade de lei com mais de cinco anos de vigência.

Em síntese, a nulidade de lei, para ser declarada, dependia da concordância, com o Supremo, de pelo menos um dos outros dois Poderes da República. Do contrário, plebiscito.

São instrutivos esses debates em que se empenharam, como constituintes, aqueles ilustres constitucionalistas nacionais. Embora tenham ilustrados seus argumentos com citação de Kelsen, Constituição da Áustria, Corte de

Leipzig, as soluções apresentadas cuidavam da tradição e condições brasileiras.

Menciono estas passagens para demonstrar que, entre nós, a criatividade jurídica já teve bons tempos. Não defendendo, hoje, a solução cogitada em 1934, mas dos debates daqueles mestre recolhi a lição de que as graves decisões do Supremo Tribunal Federal, eliminando da ordem jurídica uma lei resultante de processo normativo com participação dos dois outros poderes, necessitam ser submetidas a maior número de votos. A maioria absoluta é causa de grave perturbação da certeza em julgamentos desta importância.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal suspende liminarmente a lei atacada em ação direta, por deliberação de maioria simples, outro grave equívoco, posto que a perda de eficácia, ainda que cautelarmente decretada, é tão perturbadora da ordem jurídica quanto a decretação de nulidade.

E formulo tais comentários, censurando a adoção de modelos estrangeiros, em razão de entusiastas adesões ao sistema vinculante da Constituição de Portugal, manifestadas atualmente por vários parlamentares brasileiros, cujo número aumenta na medida em que estudam direito comparado, invariavelmente em língua portuguesa...

Não nos serve simplesmente copiar o direito constitucional português, que prevê força obrigatória geral para as declarações de inconstitucionalidade, ou ilegalidade, pronunciadas, em tese, pelo Tribunal Constitucional (art. 281, n.º 1), observando-se que o número 3 daquele art. manda aplicar a obrigatoriedade geral desde que aquela Corte tenha declarado a inconstitucionalidade, ou a ilegalidade, de qualquer norma em três casos concretos no uso da competência difusa.

Estariamos adotando solução altamente contrária às tradições brasileiras, na

primeira hipótese, pelo cerceamento da liberdade dos juizes brasileiros na apreciação das variadíssimas situações jurídicas e fáticas, decorrentes das condições continentais do território nacional; na segunda, pela quebra da regra tradicional de suspensão da lei pelo Senado, quando a inconstitucionalidade é declarada *incidenter tantum*.

Com efeito, a solução portuguesa de dar vinculação ao decidido pela Corte após os julgamentos de três casos idênticos, sem considerações sobre votação qualificada, não me parece ideal, em que pese a adesão a este critério do nosso ilustre e saudoso Haroldo Valadão.

Mas, por amor ao debate, algo poderíamos aproveitar da Constituição Portuguesa. Seria a solução prevista em seu art. 278, a fiscalização preventiva da constitucionalidade, deferida ao Presidente da República, que pode "requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação prévia da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura."

Este processo seria mais inteligente e mais científico do que a nossa ação declaratória de constitucionalidade, que nasce somente depois de ter sido a norma editada por presunção de ser constitucional, expediente claro visando apenas o efeito vinculante em casos singulares, de interesse político da administração, e não do Direito. No método português, nosso Supremo Tribunal Federal objetaria contra sua transformação em órgão consultivo. Mas, no atual procedimento da ação declaratória do direito constitucional brasileiro, não é o Supremo Tribunal Federal um claro órgão de consulta?

Deixaria de sê-lo apenas pelos efeitos da decisão? Ou pela hipótese de rejeitar a declaratória e, como consequência, considerar a norma inconstitucional, produzindo a mesma eficácia vinculante contra os próprios consulentes? Não seria melhor que a consulta fosse respondida antes da edição da norma, evitando-se as consequências altamente perturbadoras da ordem jurídica, da decisão em um ou outro sentido?

Estamos, na verdade, diante de uma parafernália de institutos constitucionais mal-elaborados e pessimamente concebidos, que brigam entre si, carecem de sistemática, e, agora, contaminados pelo oportunismo. Declaração de inconstitucionalidade, em tese, com validade *erga omnes*, mas sem eficácia subordinante; declaração de inconstitucionalidade em casos concretos, com efeitos restritos às partes integrantes do processo, acrescida da hipótese do Senado Federal suspender a lei declarada inconstitucional, providência que teve seu momento histórico, mas altamente contraditória com a competência concentrada do Supremo, que pode fulminar a norma, em tese, no controle abstrato. Quando, porém, pronuncia a mesma coisa em controle incidental, na competência difusa, o efeito geral fica na dependência de ato suspensivo a ser praticado por uma das Casas do Poder Legislativo.

A tantas e tão confusas regras constitucionais acrescentou-se essa outra, a declaratória de constitucionalidade, que é uma espécie de indireta ação direta, com efeitos a esta negados, mas permitidos à sua irmã às avessas, única e casuisticamente em razão da legitimidade ativa deferida somente aos detentores do poder.

Por estas imperfeições que assolam o direito constitucional brasileiro, justifica-se o generalizado temor da sociedade contra a eficácia subordinante das decisões do Supremo Tribunal Federal, ou de qualquer outro tribunal.

Teme-se prejuízo na distribuição da Justiça, nos casos concretos, teme-se a eliminação do juiz natural, teme-se o término da composição dos conflitos nas causas submetidas ao magistrado, que tem contato direto com as aflições das partes e vivência dos fatos sociais agitados no processo a que preside.

De um lado, ilustres estudiosos invocam a necessidade de maior estabilidade nas decisões judiciais, maior uniformidade e celeridade da aplicação do direito fundamental. Ouvimos e lemos lindos trabalhos sobre a vinculação do direito alemão, francês, português, italiano, argentino, fascinantes exposições sobre o *stare decisis*, adotado pelo direito norte-americano e inglês, e sobre as leis de amparo, no México.

Muitos dos ilustres defensores do efeito vinculante perderam-se em considerações sobre a extensão da eficácia subordinativa, alguns indagando se nela se incluem as considerações marginais tecidas nos votos, ou, filosoficamente, consideram as decisões, com efeito vinculante, mais relevantes do que a coisa julgada, porque abrangeriam os fundamentos determinantes da decisão, valendo para todos os casos iguais ou assemelhados.

Temos visto, por outro lado, notáveis juristas combatendo o efeito vinculante como exterminador do juiz natural, dizendo que o *stare decisis* dos norte-americanos não eliminou o *due process of law*, por admitir o reexame de casos concretos. No Brasil, país de tamanho continental e notáveis diferenças regionais, a vinculação cassará o direito de milhares de cidadãos sem ouvi-los, sem terem sido parte em qualquer processo. Estaríamos admitindo julgamentos *per saltum*, o que contraria as seculares conquistas da ciência jurídica. Advertências, bem sustentadas, quanto ao perigo da jurisprudência estática, quanto à mumificação de certas interpretações, sobretudo pela semelhança com os velhos

assentos da Casa da Suplicação, ao tempo das Ordenações, que ditava a inteligência das leis em caráter perpétuo.

E mais: argumenta-se que pelo atual sistema faz-se justiça objetiva, democrática, de acordo com a realidade do caso concreto, sempre diferente em cada Estado ou Município, e contra tais sentenças, ainda que contrárias ao Supremo Tribunal Federal, nem sempre são manifestados recursos, o que deixa o *stare decisis* recair sobre elas e não sobre o abstracionismo dos julgados superiores. Temos aqui uma curiosa e esperta interpretação da doutrina adotada pelo sistema da Common Law, quanto aos precedentes vinculantes, neste caso, de baixo para cima.

Por outra faceta deste poliângulo gritam os números absurdos dos processos repetidos, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, onde, desde a promulgação da Carta, em 1988, até março deste ano, foram publicados 22.763 acórdãos, dos quais 15.551 são repetições de outros, totalizando 68,32% dos julgamentos da Alta Corte de hipóteses idênticas.

Estou me referindo a acórdãos e não a totalidade dos julgamentos, pois, segundo art. de jornal, de Paulo Brossard, recentemente publicado,⁸ somente em 1994 o Supremo Tribunal Federal decidiu 29.112 feitos, prevendo-se que em 1995 chegar-se-á a 36.218 julgamentos. Alerta o ex-ministro e ilustre jurista que o percentual de repetições neste ano de 1995, até o mês de março, chegou a 88,88%.

Realmente, ingressamos nas chamadas raías da loucura.

Brossard chama a atenção para um detalhe interessante: os mais renitentes e recalcitrantes culpados pela desobediência aos julgados do Supremo Tribunal Federal são os órgãos da Admi-

nistração Pública, o que força a oceânica tempestade de recursos interpostos pelos lesados.

É deplorável o espetáculo que assistimos diante da insistência das autoridades fazendárias e previdenciárias nos casos do FINSOCIAL, do PIS e da Contribuição Social sobre o Lucro, depois que tais tributos tiveram declarada a inconstitucionalidade parcial pelo Supremo Tribunal Federal. São testemunhas os juizes dos Tribunais Regionais Federais dos milhares de processos que ainda hoje entopem suas pautas, todos repetitivos.

Outra triste curiosidade surgiu, com o Decreto 1.601, de 23 de agosto último, através do qual o Presidente da República dispensa o Procurador-Geral da Fazenda Nacional de interpor os recursos cabíveis contra as decisões de mérito sobre empréstimo compulsório na compra de veículo e consumo de combustível, de 1986, contribuição social do FINSOCIAL (majoração de alíquota) e sobre o lucro (ano-base de 1988), IPMF de 1993, taxa de licenciamento de importação, sobretarifa ao Fundo Nacional de Telecomunicações, ICMS na importação de mercadorias (matéria sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, Súmula 577), e adicional de Tarifa Portuária.

Registre-se: o Chefe do Poder Executivo dispensa os advogados da União de interpor recursos nos processos julgados contra a Administração, mas não desiste, nem manda confessar as ações em andamento. Por quê? Porque há decisões favoráveis às cobranças consideradas inconstitucionais. Melhor seria que a Administração se vinculasse às superiores decisões judiciais, nestes particulares, e proibida fosse a cobrança dos títulos após a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, e de ilegalidade pelo Superior Tribunal de Justiça. Haveria maior coerência e respeito à ordem jurídica, devida pelo

8. "O Estado de São Paulo".

Poder Executivo, cujo chefe, ao assumir o cargo, jura defender a Constituição e as leis do país.

Não há dúvida de que o decreto presidencial mencionado vai permitir um parcial desafogamento das instâncias recursais, mas o problema de rebeldia às declarações de inconstitucionalidade e de ilegalidade permanecerá.

Mais de cem milhões de brasileiros continuam sem receber, de volta, o IPMF, que lhes foi cobrado em 1993, a despeito da inédita declaração de inconstitucionalidade de texto da própria Constituição, dia em que concedemos visto de entrada, no Brasil, para o professor alemão Otto Bashof. O anterior Superintendente da Receita Federal condicionou a devolução do imposto, indevidamente cobrado, à quebra do sigilo bancário dos contribuintes, de todos os contribuintes, de mais de cento e vinte milhões de pessoas. Para devolver o produto da ilegalidade, o agente administrativo condicionou à prática de outra: a coação do contribuinte para entregar cópias de suas contas e movimentações bancárias.

A questão até hoje se arrasta na Justiça Federal. E os brasileiros continuam sem reposição dos valores que lhes foram expropriados à força. Tudo isto acontece diante das declarações de inconstitucionalidade da cobrança do IPMF, em 1993, e da quebra do sigilo bancário, recém pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal. Para o homem do povo, para que serviram os dois pronunciamentos da Corte Constitucional?

Algo tem que ser feito.

A vinculação dos juízes e tribunais, pura e simples, às decisões do Supremo, ou do Superior Tribunal de Justiça, não seria a solução recomendável. A própria Corte Excelsa, em muitos casos relevantes, vacila e tem tido posições pendulares.

Exemplo mais eloquente está na decisão que proferiu, por sete a quatro votos, na questão dos juízes dos Tribunais de Alçada, investidos pelo quinto constitucional, quando da promoção para os Tribunais de Justiça. Vencidos quatro juízes, houve embargos infringentes. No julgamento deste recurso, modificada a composição da Corte, nova decisão proferiu-se, no mesmo sentido, mas desta vez por seis a cinco votos. Finalmente, ocorreu novo julgamento da mesma matéria, em processo sucessivo, após outra alteração na composição de seus membros, o Supremo acabou decidindo de forma diametralmente oposta ao entendimento anterior, e igualmente por sete votos a quatro.

Se houvesse eficácia subordinativa na primeira decisão, o novo processo, em que se alterou o entendimento, não teria chegado ao Excelso Tribunal.

Logo precisamos refletir sobre solução que resolva esta tormentosa questão da avalanche de processos repetitivos, não apenas no Supremo, hoje Corte Constitucional e, mesmo assim, sob o risco de afogamento pelo amazônico volume de recursos que sobem, "facilitados" pelos milhares e milhares de precedentes, que ocorrem, antes, nas jurisdições de primeiro e segundo grau.

É tempo de pensar-se, também, no controle, em abstrato, da legalidade, deferindo a competência ao Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de simples extensão de sua competência recursal. Tem sido o Supremo muito acionado, através de ações diretas de inconstitucionalidade, que não são conhecidas porque o objeto, na verdade, é a ilegalidade, evidente em muitos casos, mas estranha à competência da Corte Constitucional.

Vimos que a Constituição Portuguesa instituiu o controle da constitucionalidade e legalidade deferindo a competência concentrada, para o conhecimento em abstrato, ao Tribunal.

O Superior Tribunal de Justiça, que já tem a competência de zelar pelo direito federal, por sua aplicação uniforme e conhecer e prover recursos, na hipótese de decisões que o contrariem, poderá ser depositário da incumbência constitucional de controlar, também em abstrato, as legalidades de atos e normas federais e estaduais, cumprindo melhor suas funções de tribunal nacional.

Acredito, a despeito de tudo, que haja solução para os problemas, aqui resumidamente comentados, respeitando-se nossa tradição de independência dos juízes de primeiro grau e tribunais comuns.

Está na adoção, pelos tribunais superiores, de dois tipos de súmulas.

A súmula ordinária, tal como concebida e editada atualmente, de elaboração regulada nos regimentos internos e de propósitos paradigmáticos na interpretação do direito, tal como a sonhou o querido Victor Nunes Leal, deve ser mantida, na forma atual, como uniformizadora da jurisprudência e subordinante apenas para os membros de seus respectivos tribunais.

Vamos debater a criação de outra súmula. É minha sugestão: a Súmula Vinculante, cuja edição deve ser constitucionalmente regulada, permitindo-se aos Tribunais Superiores a adoção dos enunciados com eficácia subordinante *erga omnes*, desde que decidida pelos votos de, no mínimo, quatro quintos de seus membros, o que no Supremo significaria 8 votos, e no Supremo Tribunal de Justiça 26 votos.

Este tipo de súmula seria reservado exclusivamente às matérias de abrangência nacional. Não é plausível pensar-se em vincular os juízes do Ceará a uma declaração de inconstitucionalidade de lei estadual do Piauí.

Não se pode, também, conceber — e isto me parece de magna importância — vinculação em deliberações tomadas

por maioria absoluta, posto que, em qualquer colegiado, sob este critério, poderia ser decretada a vinculação pela diferença de um único voto. No Supremo, as decisões tomadas por maioria absoluta, isto é, seis votos, podem ter cinco votos contrários, lembrando-se que, se vencidos apenas quatro votos, admitem-se embargos infringentes do julgado, com eventual efeito modificativo da decisão. Não seria aceitável a vinculação decidida por maioria inexpressiva de juízes. Aqui cabe recordar a lição, acima referida, de João Mangabeira, Themístocles Cavalcanti e Carlos Maximiliano, nos debates da Constituinte de 1934, que se rebelaram precisamente contra a decisão declaratória de inconstitucionalidade por maioria inexpressiva de um voto. Dirigiu-se a crítica à simples declaração, sem eficácia subordinativa. Talvez, é bom que se medite um pouco, o critério de maioria absoluta seja o responsável por grande parte das rebeldias contra o Supremo Tribunal Federal, desde as autênticas até as simuladas como pretexto para não acatá-las.

O comando constitucional poderá, ou não, proibir o Tribunal de editar, de ofício, a Súmula Vinculante, sujeitando-a a requerimento das partes investidas de titularidade para a ação direta de inconstitucionalidade. É matéria para reflexão.

Mas é preciso dar-se consequência à solução. A reforma constitucional deverá ser seguida de inúmeras inovações legislativas, sobretudo de ordem processual.

Convém estabelecer responsabilidade dos juízes rebeldes, que deixarem de aplicar a Súmula Vinculante em casos concretos da mesma espécie, acrescentando-se ao art. 133, do Código de Processo Civil, perdas e danos em favor da parte prejudicada. Dar, somente para este caso, efeito suspensivo a todos os

recursos que não o tenham. Permitir a reclamação constitucional contra as desobediências ao enunciado da súmula subordinante, mesmo nas hipóteses de perda de prazo para recorrer, declarando-se expressamente que não transita em julgado decisão que aplicou lei inconstitucional, como tal consubstanciada em súmula vinculante.

Admitir-se-á, quanto às sentenças de mérito e contrárias ao enunciado subordinante, a ação rescisória, em qualquer tempo, proposta pelo vencido ou pelo Ministério Público, porque a ordem constitucional paira acima do interesse particular da parte, que deixar de recorrer e conformar-se.

Seria o caso de pensar-se em tipificar, como crime de responsabilidade, os atos dos servidores públicos contrários ao direito simulado com eficácia subordinante.

Convém, igualmente, estabelecer sanções para o recorrente contumaz, isto é, para a parte que interpuser recurso contra decisão que aplicar a Súmula Vinculante, com estabelecimento de multa em benefício do recorrido.

Não se recomenda a vedação do recurso, posto que a matéria de fato poderá ser diferente e justificá-lo. Somente o tribunal deverá apreciá-lo. Verificado tratar-se de correta aplicação da súmula e de recurso abusivo, incide a sanção de multa em favor do recorrido.

Com a adoção da Súmula Vinculante, não teremos as dúvidas, procedentes aliás, sobre se a vinculação se fará igualmente quanto aos fundamentos dos votos proferidos nas decisões, tal como acontece na Alemanha e Portugal, e muitas vezes aconteceu nos Estados Unidos com o princípio do *stare decisis*.

A Súmula, por sua própria natureza, será um enunciado sucinto, não conterà as considerações tecidas a *latere*, que, em muitos julgamentos, são até impertinentes.

E mais um aspecto: a súmula vinculante, por sua eficácia *erga omnes*, passará a ter natureza normativa e, portanto, quando editada pelo Superior Tribunal de Justiça, ou outro Tribunal Superior, com o do Trabalho e o Eleitoral, poderá ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade e reapreciada pelo Supremo Tribunal Federal, o que hoje não se admite quanto às súmulas vigentes, posto que simples uniformizadoras da jurisprudência do próprio tribunal.

Penso que o país será pacificado mediante esta solução, pois a magistratura continuará exercendo a sagrada missão do juiz natural, em plena liberdade na aplicação do direito, e na difícil distinção dos casos concretos, sujeitos a significativas diferenças provocadas pelas diversidades regionais de nosso incomensurável território e pelas diversidades culturais, que cunharam o refrão "em cada cabeça, uma sentença."

Mas estará obrigada, na totalidade, a aplicar a Súmula Vinculante, que não versará sobre qualquer decisão, e sim sobre as matérias excepcionais, depois de consolidadas pacificamente nos tribunais, e imposta a vinculação pela expressiva maioria de quatro quintos dos membros da Corte, o que equivale quase à unanimidade.

Esse número expressivo, exigido para a edição da súmula subordinante aqui proposta, será respeitado pelos jurisdicionados, pela segurança que concretiza na interpretação do direito, revestida de obrigatoriedade na aplicação, deixando-se de lado, em casos excepcionais, o bizantismo aparente das atividades judiciárias, que, aos olhos da sociedade, muitas vezes figura um jogo floral de exercícios intelectuais, sem nenhuma consequência prática para a aplicação da justiça.

Afastaremos, igualmente, a ameaça da vinculação automática, tão temida

por muitos, sobretudo a resultante de um certo número de julgados iguais. A subordinação vinculativa há de ser decretada pelo tribunal em casos excepcionais e através de votação qualificada, que dúvida alguma possa deixar sobre a imensa maioria, ou unanimidade, na adoção dos enunciados de obediência obrigatória.

Seria, por imprestável, eliminada a ação declaratória de constitucionalidade, que já prevê efeitos vinculantes, mas somente em matérias de interesse do Governo, quando a necessidade de vinculação é ditada sobretudo pela rebeldia dos agentes administrativos.

Com relação aos 15 mil acórdãos repetitivos do Supremo Tribunal Federal, dúvida não haveria que a Súmula Vinculante, se instituída, seria editada por unanimidade.

No Superior Tribunal de Justiça as questões de ilegalidade podem ser resolvidas por esta forma, desde que a ele atribuída, por emenda constitucional, a necessária competência concentrada. E as questões concretas, que merecerem, por excesso de repetição dos recursos, súmulas vinculantes, deverão ser objeto da aprovação pelo voto de 26 dos seus 33 Ministros.

Claro está que na adoção da súmula vinculante deverá ser previsto processo de sua revisão, motivado por alterações constitucionais, legais ou composição das Cortes Julgadoras. Evita-se a petrificação, que venha a chocar-se com situações futuras e alteradas pelo tempo, pelas normas supervenientes, ou pelo intérprete do direito nos tribunais. A revisibilidade é princípio indispensável, diante da incontinência legislativa brasileira, da dinâmica do direito e dos fatos sociais, renovados, alterados e mudados em cada época.

O saudoso Ministro Prado Kelly, reproduzindo palavras de Victor Nunes sobre a súmula, teceu judicioso comentário:

“Firmar a jurisprudência de modo rígido não seria um bem, nem mesmo seria viável. A vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do direito. Mas vai uma enorme diferença entre mudança, que é freqüentemente necessária, e a anarquia jurisprudencial, que é descalabro e tormento. Razoável e possível é o meio termo, para que o Supremo Tribunal Federal possa cumprir o seu mister de definir o direito federal, eliminando ou diminuindo os dissídios de jurisprudência.”

O sábio jurista e eminente político já falava em meio termo para as soluções dos problemas que os atormentavam naquela época e que consistiam, principalmente, em desordem jurisprudencial. Modernamente, porém, os males se concretizam na subversão da ordem constitucional, sobretudo por parte de autoridades administrativas. Hoje, a jurisprudência, pelas infovias, computadores, informática, a rápida divulgação dos repertórios impressos, livros e revistas, está em ordem ou, ao menos, suficientemente atualizada para informações dos militantes. Os dissídios atuais decorrem não mais do desconhecimento dos julgados superiores, mas de divergências doutrinárias, o que é absolutamente respeitável na ciência jurídica.

É preciso, porém, evitar-se a rebeldia acintosa em questões fundamentais. Não defendo a vinculação para todos os julgados, nem sequer para todas as declarações de inconstitucionalidade, decretadas por maioria inexpressiva e muitas vezes contra normas estaduais, mas propugno por um instrumento eficaz na concreção prática das decisões colegiadas dos tribunais superiores, particularmente para as da Corte Constitucional, em matérias de alta relevância para o país e para o povo, sem descuidar-se da ilegalidade praticada aos borbotões pelos agentes do Gover-

no, o que pode ser coibido por súmulas vinculantes do Superior Tribunal de Justiça.

Não defendo, tampouco, a ressurreição dos velhos assentos, com força de lei, da Casa da Suplicação, como o pretendeu o saudoso Ministro Alfredo Buzaid no anteprojeto do Código de Processo Civil. Se a experiência portuguesa moderna não nos serve, muito menos a seiscentista desenvolvida sob a monarquia.

Tomo a liberdade de propor à reflexão deste Congresso de Magistrados uma solução prática, situada no meio do caminho, nem vinculação geral, nem vinculação alguma, mas vinculação excepcional, decretada pelos tribunais

superiores, em condições igualmente excepcionais, conservando-se a tradição brasileira de liberdade doutrinária da magistratura, mas impondo consequências reais à eficácia dos nossos controles de constitucionalidade e de legalidade, hoje reduzidos a uma humilhante condição de caricatura diante de governantes e juízes que deles discordam.

Temos de demonstrar, por todas as formas, enquanto possível, que estava errada a frase atribuída a De Gaulle. Nós somos um país sério.

Saulo Ramos

XIV Congresso Brasileiro dos Magistrados

Fortaleza, setembro de 1995.