



“Caminhamos a passos largos para o common law”, diz Teori Zavascki

Para o ministro Teori Zavascki, do Supremo Tribunal Federal, “nosso sistema caminha a passos largos para o *common law*”. Na opinião dele, cada vez mais a estrutura da jurisdição constitucional brasileira se estrutura em torno da valorização dos precedentes judiciais e da jurisprudência para além do que dita a doutrina clássica.

Common law é o modelo adotado principalmente no Reino Unido e nos Estados Unidos segundo o qual o Direito se desenvolve a partir de decisões judiciais e da formação de precedentes. Nesse modelo, portanto, o Judiciário também cria Direito: as sentenças devem se basear em decisões anteriores, mas também se aplicam a casos futuros.

O Brasil e quase todos os países da Europa continental adotam o modelo chamado de *civil law*, ou Direito Positivo. Isso quer dizer que o Direito é formado pelas leis e por atos do Poder Executivo, cabendo ao Judiciário apenas a aplicação da legislação e a arbitragem de conflitos.

No entanto, na opinião do ministro Teori, com o aumento do que ele chama de “eficácia expansiva das decisões judiciais”, o Direito brasileiro tem valorizado cada vez mais os precedentes judiciais. O ministro falou durante o 18º Congresso Internacional de Direito Constitucional, organizado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

“Não podemos mais dizer que decisões de eficácia *erga omnes* são apenas as que decorrem do controle concentrado de constitucionalidade ou da resolução do Senado que afasta a aplicação da lei declarada inconstitucional”, afirma. “Com a expansão do controle concentrado de constitucionalidade, a eficácia expansiva das decisões do Supremo se tornou natural, tanto para declarar uma lei inconstitucional quanto para declarar constitucional.”

Teori analisa também que a própria legislação, e não apenas a jurisdição, passou a valorizar mais os precedentes. Ele cita os exemplos da repercussão geral no Supremo e dos recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça, que aplicam a definição dos tribunais aos casos já em andamento.

Subproduto

O ministro, no entanto, aponta que essa supervalorização da jurisprudência “criou um subproduto”. “Se a eficácia expansiva das decisões do Supremo tem se ampliado, o cumprimento dessas decisões pode ser exigido por meio de reclamação? Isso criaria um problema, porque transformaria o Supremo em corte de competência originária para todos os fenômenos.”

Porém, Teori afirma que, na Reclamação 4.335, o Supremo decidiu que “a força expansiva das decisões não é vinculante, é persuasiva”. E aí entra a diferença entre as decisões de força normativa e as decisões de força executiva do STF, o que explica também a “prática corriqueira” do tribunal em modular suas declarações de inconstitucionalidade.

O primeiro caso, explica o ministro, são as decisões de controle constitucional de leis. A jurisprudência clássica do Supremo é de que, se uma lei é inconstitucional, o é desde que foi editada. Ou seja, leis



inconstitucionais são nulas e, portanto, os efeitos da decisão retroagem — o grande voto contrário a essa percepção, conforme contou Teori na palestra, é do ministro Leitão de Abreu, para quem leis declaradas inconstitucionais são anuladas, o que faria com que a inconstitucionalidade passasse a valer a partir da data da publicação do acórdão, sem retroagir.

No entanto, a modulação se explica pela eficácia executiva. “O efeito vinculante é da decisão que declarou a norma inconstitucional, e não da própria norma”, diz o ministro. “O efeito vinculante, portanto, é sempre *ex nunc*. O efeito normativo é que se dá no ‘plano das ideias’, como escreveu Pontes de Miranda.”

Novas fronteiras

Teori explica que a jurisdição constitucional brasileira passa por um momento de mudanças, mas “de grande vigor”. Segundo o ministro, a própria definição clássica de jurisdição constitucional já não se aplica mais aos tempos atuais. “Não é apenas o controle da constitucionalidade das normas, ou do conflito de leis com a Constituição. É a relação das coisas, no sentido mais amplo, com a Constituição. Relaciona leis, atos, condutas e até a jurisdição com a Constituição.”

Como exemplos dessa “nova fronteira” da jurisdição constitucional, Teori cita os tratados internacionais de Direitos Humanos. Desde a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, os tratados assinados pelo Brasil e ratificados por uma maioria de três quintos do Congresso têm status de norma constitucional. Os tratados assinados antes da emenda, ou não ratificados pela maioria qualificada, são, conforme a jurisprudência do STF, normas supralegais, mas infraconstitucionais. “Estamos diante de um novo domínio.”

“Portanto”, afirma Teori, “os tratados podem ser objeto de controle de constitucionalidade, mas também podem ser parâmetros para a jurisdição constitucional”.

Outra novidade é o que o ministro chamou de controle das práticas constitucionais. Ele citou o exemplo do julgamento da constitucionalidade da medida provisória que criou o Instituto Chico Mendes, ou ICMBio. Naquela ocasião, o Supremo decidiu que a MP não se enquadrava nos critérios de urgência que autorizariam a edição de uma medida provisória pelo governo, o que a tornou inconstitucional. O instituto, portanto, deveria ter sido criado por lei ordinária.

No entanto, depois de aparte da Advocacia-Geral da União, os ministros se deram conta de que, aplicando “a doutrina clássica da eficácia expansiva, declararia a inconstitucionalidade de centenas de medidas provisórias”, contou Teori. A saída, então, foi modular a decisão para que ela só valesse dali para frente.

O mesmo aconteceu com a proibição da inclusão de temas estranhos à ementa de MPs quando de sua conversão em lei pelo Congresso. Ou ainda quando o Supremo proferiu uma liminar para obrigar o Congresso a analisar os vetos presidenciais em ordem cronológica, sem se dar conta de que havia outros 3 mil vetos sem análise e que a prática dos parlamentares era a análise em ordem aleatória. A liminar foi cassada pelo Plenário e a decisão, modulada.

“São novos domínios da jurisdição constitucional ainda carentes de aprofundamento teórico”, sugeriu o ministro. Por fim, o ministro declarou que “a jurisdição constitucional se dá aos poucos, não se forma da



noite para o dia e nem por ação de uma pessoa. É construção paulatina”. E fechou a palestra parafraseando Isaac Newton: “Que os de hoje vejam mais longe porque subiram nos ombros de gigantes”.

Date Created

10/11/2015