

Precedentes judiciais e separação de poderes

*Thiago Baldani Gomes De Filippo*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução. 1. Aspectos gerais sobre o princípio da separação dos poderes. 2. Neoconstitucionalismo e insegurança. 2.1. Compreensão e características do neoconstitucionalismo. 2.2. Neoconstitucionalismo e insegurança jurídica. 2.3. Precedentes no Novo Código de Processo Civil. 3. Precedentes obrigatórios e separação de poderes. Conclusão.

Introdução

Após o período da ditadura militar (1964-1985), promulgou-se a Constituição de 1988, que significou um novo recomeço democrático ao País, cujo Estado foi constitucionalmente estruturado com base no princípio da separação dos poderes e, principalmente, no respeito aos direitos fundamentais, visando à concretização, na maior medida possível, do postulado da pessoa humana.

A partir desses paradigmas, o Brasil vem atravessando transformações profundas, que afetam diretamente o nosso sistema jurídico. Busca-se a efetividade das normas constitucionais, a tutela intransigente dos direitos básicos do indivíduo e a transformação social pela via do processo, surgindo como consequência natural desse cenário o protagonismo do Judiciário na implementação de valores, ainda que suas decisões aparentemente se contraponham às leis.

O cenário posto traz as marcas do neoconstitucionalismo que, em princípio, é benéfico, porque apresenta os instrumentos necessários para a realização da justiça por meio do processo, assegurando o ativismo judicial. Todavia, ele acarreta inegável insegurança, na medida em que, ainda que todos os juízes estejam imbuídos do mesmo ideal, entendimentos mais díspares podem surgir acerca de temas idênticos.

Para se corrigir esse problema, vivenciamos uma tendência em nosso Direito de se conferir deferência às posições consolidadas pela jurisprudência, principalmente aquelas de nossa Corte Suprema e tribunais superiores, como maneira de se assegurar certo grau de previsibilidade e uniformidade às decisões judiciais. Assim, os casos originariamente decididos, respeitadas as regras de competência recursal e algumas peculiaridades, passam a ser obrigatoriamente seguidos nos julgamentos de questões idênticas pelos demais órgãos judiciários que estivessem vinculados àquele que foi o responsável pela edição do precedente.

Desse modo, algumas decisões, ou as regras que podem ser extraídas de um conjunto delas, deixam de ser necessariamente atomizadas, jungidas às partes em litígio,

¹ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito Comparado pela Samford University (EUA). Juiz Formador da Escola Paulista da Magistratura.

para produzirem efeitos vinculantes externos, com aplicabilidade aos casos idênticos ou muito semelhantes. Essa implicação conduz a um debate acerca da supressão da função do Legislativo, na medida em que o Poder Judiciário passaria a editar regras gerais, papel tradicionalmente relegado às leis.

Situada a questão, neste trabalho, de início, pretendemos realizar certos apontamentos sobre o princípio da separação dos poderes e, após explicarmos os motivos que nos têm conduzido à adoção de um sistema de precedentes obrigatórios, expor os motivos pelos quais acreditamos inexistir invasão alguma às competências do Poder Legislativo.

1. Aspectos gerais sobre o princípio da separação dos poderes

A separação dos poderes compõe a própria *ratio essendi* do Estado, tratando-se de princípio estrutural conformador do domínio político, de modo a estabelecer os órgãos encarregados do exercício de cada poder (plano institucional), as funções desempenhadas por cada órgão (plano funcional) e as articulações existentes entre eles e as estruturas sociais: grupos, classes e partidos (plano sociocultural).²

Historicamente, ele surgiu como um mecanismo de limitação do poder real, de contenção das arbitrariedades e preservação das liberdades individuais,³ sem representar, contudo, um esquema rígido, um dogma intemporal. Para ser adequadamente compreendido, ele deve ser analisado à luz da ordem constitucional a que pertence, conformando-se a ela.⁴ Na verdade, ele é componente cultural, variando de país para país.⁵

A ideia de contenção de arbitrariedade como forma de preservação da liberdade não é nova. Aristóteles (384 a.C. – 322 a.C.), em sua obra *Política*, já ressaltava a inconveniência de se concentrar todo o poder político nas mãos de um só homem, *sujeito a todas as possíveis desordens e afeições da mente humana*.⁶

Todavia, construções mais sólidas do princípio foram formuladas vários séculos depois por John Locke (1632-1704) e por Montesquieu (1689-1755). A defesa da liberdade individual era objetivo coincidente em ambas as teorias, cujas estruturas, todavia, apresentavam-se diversas.

Locke arquitetou os poderes políticos a partir da compreensão de que todos os homens gozam de liberdade perfeita para as suas ações, com os limites impostos pelo direito natural, e também de igualdade, que lhes garante a mais perfeita reciprocidade.⁷ Para ele, os poderes seriam o legislativo, o executivo, o federativo e o prerrogativo. O legislativo seria o *supreme power* e exercido pelo Parlamento, composto pela Câmara Baixa (membros eleitos) e pela Câmara Alta (*Lords* da alta nobreza). Por outro lado, o executivo seria afeto às tomadas de decisões internas; o federativo, exercido nas relações externas e para o direito internacional; e o prerrogativo, encarregado de deliberar em casos de guerra e situações emergenciais; todos eles seriam entregues à Coroa, a quem estariam também subordinados todos os tribunais. Por influência de Locke, ainda

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 556.

³ LOWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976. p. 57.

⁴ CANOTILHO, ob. cit., p. 557.

⁵ STRECK, Lênio; OLIVEIRA, Fábio. *Comentários à Constituição do Brasil*. CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 145.

⁶ Livro III, Capítulo XI, In: *Aristóteles*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 230-234.

⁷ LOCKE, John. *Second Treatise of Government*. Indianapolis: Hackett, 1980. p. 8.

hoje, na Inglaterra, um dos órgãos da Câmara dos Lordes é a *Lords of appeal in ordinary*: onze Lordes nomeados pela Rainha formam uma espécie de corte de cassação, um tribunal de revisão em causas cíveis e criminais.⁸

Por seu turno, Montesquieu, também um liberal ferrenho, lutou contra a realidade política do *Ancien Régime*, acreditando que somente a separação de poderes poderia conferir aos governados a garantia séria de que os poderes estatais seriam legalmente exercidos, sem abusos, assegurando-lhes a sagrada liberdade. Sem nunca ter defendido a ideia de uma separação absoluta e rígida entre os órgãos incumbidos de cada uma das funções estatais, no Livro XI do *Esprit des Lois*, ele diferenciou os poderes legislativo, executivo e judiciário.⁹ Consequentemente, de maneira diversa de Locke, previa a independência do poder judiciário, além da incorporação das funções federativa e prerrogativa para o âmbito do poder executivo.

Muito antes mesmo de Locke e Montesquieu, a necessidade de limitação do poder real foi enfatizada pela *Carta de Liberdades* (1100), documento que serviu de inspiração para a *Magna Carta* do Rei João Sem-Terra (1215), mas foi apenas no último quarto do século XVIII que passou a haver a encampação formal do princípio em sucessivos documentos políticos fundamentais, tais como a *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia* (1776), a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789) e as Constituições dos Estados Unidos (1789),¹⁰ da Polônia (1791), da França (1791) e de Portugal (1822).

No Brasil, à exceção da “Constituição Polaca”, outorgada por Getúlio Vargas em 1937, todas as demais referendaram o princípio da separação dos poderes. A curiosidade é que a Constituição de 1934 foi a única a preferir a expressão *poderes coordenados*, em vez de *poderes harmônicos*.¹¹

Na Constituição atual, o princípio está previsto em seu art. 2º e erigido à condição de cláusula pétrea pelo art. 60, § 4º, inciso III. Sem embargo da impossibilidade de sua abolição, não há meios para se analisar adequadamente a separação de poderes no Brasil, assim como em qualquer outro lugar, sem considerarmos as vicissitudes de cada sistema jurídico e seus mecanismos constitucionais próprios de freios e contrapesos. Textualmente, nossa Constituição estabelece em várias passagens uma cedência recíproca entre os órgãos e todo esse arcabouço marca a nossa concepção de poderes separados e harmônicos,¹² o que não significa que o quadro não possa ser alterado, principalmente por meio de emendas constitucionais.¹³

⁸ CANOTILHO, ob. cit., p. 580-584.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 133.

¹⁰ O mais longo desenho constitucional e quizá a mais bem sucedida aplicação história do princípio da separação dos poderes foi fruto da obra incansável de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, que expuseram fundamentos firmes para a ratificação da Constituição dos EUA, por meio dos 85 artigos (*Federalist Papers*), que mais tarde compuseram o livro “O Federalista”. Observamos também que, contemporaneamente à ratificação da Constituição, John Adams, um dos “pais fundadores” dos EUA, publicou uma obra densa intitulada *Defence of the Constitution of the United States*, defendendo o fortalecimento do Executivo, a necessidade de um Legislativo bicameral e o princípio dos freios e contrapesos. V. ELLIS, Joseph J. *Founding Brothers: The Revolutionary Generation*. New York: Vintage Books, 2002. p. 165.

¹¹ Art. 3º - “São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.” (grifo nosso).

¹² Mencionemos algumas hipóteses: o veto (art. 66, § 1º, e 84, V), o *impeachment* (arts. 52, 85 e 86), o controle de constitucionalidade (arts. 102, I, a e 103), as medidas provisórias (art. 62), as leis delegadas (art. 68), o poder do Legislativo sustar atos normativos do Executivo e de fiscalizar e controlar os demais atos (art. 49, V e X), o controle das contas públicas pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas (arts. 70 e 71), o Conselho da República (art. 89), o poder de o Presidente da República conceder indulto e comutar penas (art. 84, XII).

¹³ Observe-se a polêmica Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 33/2011 que, entre outras providências, condiciona o efeito vinculante das súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à chancela do Poder Legislativo, além de submeter ao

Feitas essas considerações iniciais, pretendemos agora apontar o foco deste trabalho: os precedentes judiciais obrigatórios implicariam lesão ao princípio da separação dos poderes, por substituírem a função tradicionalmente ocupada pelas leis de normatização da vida em sociedade?¹⁴ O Poder Judiciário, ao ditar os modos pelos quais certas questões deverão ser resolvidas, arvorar-se-ia na competência reservada ao Poder Legislativo de estabelecer regras gerais de conduta?

Acreditamos que a pertinência do estudo resida na ênfase atual de nosso Direito de atribuir efeitos vinculantes a várias modalidades de decisões judiciais, que determinarão o julgamento de casos idênticos ou muito semelhantes. Essa tendência passou a se evidenciar há pouco mais de uma década, mediante alterações pontuais no Código de Processo Civil¹⁵ e, principalmente, com o estabelecimento em nível constitucional das súmulas vinculantes.¹⁶ O Novo Código de Processo Civil, já em sua exposição de motivos, revela uma preocupação extrema com a necessidade de serem observadas as decisões consolidadas na jurisprudência para o julgamento de casos semelhantes, como meio de se atribuir maior *coesão, organicidade e segurança ao sistema*.¹⁷

Pensamos que a necessidade de serem estabelecidos efeitos vinculantes aos precedentes judiciais seja reflexo da insegurança jurídica promovida pelo neoconstitucionalismo. A seguir, aprofundaremos esse raciocínio para então analisarmos se essa vinculação representa lesão ao princípio da separação dos poderes.

2. Neoconstitucionalismo e insegurança

2.1. Compreensão e características do neoconstitucionalismo

Em linhas gerais, o neoconstitucionalismo pode ser entendido como um novo paradigma surgido após a Segunda Guerra Mundial, como resposta aos movimentos nazista e fascista. No contexto internacional, seus alicerces se assentam na Carta das Nações Unidas (1945), que já apresentava a sua crença nos *direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano* e na subsequente Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), cujo espírito repousa no atributo da *universalidade dos direitos humanos*. Internamente, ele foi deflagrado na Alemanha com a Lei Fundamental de Bonn (1949) e a implantação de seu Tribunal Constitucional Federal (1951), bem como na

Congresso Nacional a apreciação das decisões de inconstitucionalidade de emendas à constituição. Texto da PEC disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E1512C9FB39232601AA9C416D4BD33C7.node2?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33/2011>. Acesso em: 7 out. 2014. Apesar de os contornos do princípio poderem ser moldados pelo Poder Constituinte Derivado Reformador, a constitucionalidade da proposta é duvidosa, na medida em que implicaria no esvaziamento da função precípua conferida ao STF de guardião da Constituição (art. 102, *caput*).

¹⁴ De maneira simples, podemos conceituar os precedentes como as orientações judiciais originárias que podem ser utilizadas para a solução de outros casos, que versem sobre os mesmos assuntos ou assuntos parecidos. Sua aplicação pode ser obrigatória, ou não.

¹⁵ Citemos algumas alterações mais emblemáticas: (a) Lei 10.352/2001: tornou desnecessário o reexame necessário quando a decisão estiver de acordo com a orientação jurisprudencial de Tribunal Superior (art. 475, § 3º); (b) Lei 11.276/2006: o juiz deve deixar de receber o recurso quando a decisão for conforme súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (art. 518, § 1º); (c) Lei 11.418/2006 e Lei 11.672/2008: estabelece o instituto da repercussão geral para os recursos a serem julgados pelo STF e STJ, respectivamente (arts. 543-B e 543-C, respectivamente).

¹⁶ Art. 103-A da Constituição, acrescentado pela Emenda Constitucional 45/2004.

¹⁷ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2014.

Itália, com sua nova Constituição (1947) e sua Corte Constitucional (1951). Mais tarde, ele passou a compor os sistemas jurídicos da Grécia (1975), de Portugal (1976) e da Espanha (1978).¹⁸

No Brasil, houve campo propício para a sua adoção somente após a Constituição de 1988. Sem ela, seria inviável a sua invocação, mas o texto se constituiu ato deflagrador necessário para que se forjasse uma hermenêutica peculiar e seus preceitos pudessem ser concretizados pela jurisdição constitucional.

Grosso modo, o neoconstitucionalismo é caracterizado pelo *sentimento de importância exacerbada do texto constitucional, pela ênfase aos princípios que ele veicula, pela proteção máxima aos direitos fundamentais e expansão da jurisdição constitucional, além da aproximação do Direito a preceitos éticos e morais*.¹⁹

Contudo, inexistente unanimidade quanto às suas características. Porém, podemos ressaltar três de seus atributos básicos: (a) a normatização dos princípios; (b) a constitucionalização do Direito; e (c) o protagonismo do Judiciário.

Sob a perspectiva neoconstitucionalista, os princípios deixam de ser meros conselhos, meras opiniões de boa conduta, para apresentarem verdadeira natureza normativa e, ao lado das regras,²⁰ gozarem da aptidão para comporem os fundamentos de decisões judiciais, concretizando-se a partir de julgamentos de casos particulares, sem a necessidade de as regras serem usadas como *pontes ou veículos de princípios*.²¹

Por outra banda, o neoconstitucionalismo também implica reconhecer que todo o sistema jurídico esteja constitucionalizado, situação que muito mais significa que simplesmente se admitir que a Constituição seja hierarquicamente superior a qualquer outra lei. Impõe-se considerar, intransigentemente, a força vinculante da Lei Maior, reconhecendo-se eficácia a todas as normas constitucionais, que passam a ocupar todos os espaços do ordenamento jurídico, impregnando-o, independentemente de autorizações legislativas, ditando condutas também aos órgãos políticos, sem que coisa alguma seja infensa ao controle de constitucionalidade.²²

O neoconstitucionalismo também resulta no protagonismo do Poder Judiciário, que passa a ser o órgão da vez na concretização dos direitos fundamentais, já que o juiz passa a desempenhar a função de *conferir significado concreto e aplicação aos valores*

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 309-345.

¹⁹ DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes*. Porto Alegre: saE, 2012. p. 59-60.

²⁰ Assentado entre nós que regras e princípios são espécies de normas. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91). Por outro lado, há a proposta de Antonie Jeammaud de se substituir essa *teoria deôntica* por uma teoria funcional da normatividade do direito, que leva em conta a vocação de um enunciado (texto normativo) para determinar como as coisas devem ser e, não necessariamente, impor ou proscrever condutas. Sob esse enfoque, os princípios seriam espécies de regras, marcados pelo *alto grau de generalidade* e por sua proximidade aos valores. (GRAU, Eros R. *Por que tenho medo dos juizes*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 105).

²¹ "O ideal (...) seria uma norma que contasse com a rigidez de uma regra e, ao mesmo tempo, uma intensidade valorativa tal qual um princípio. Isto é muito difícil de ocorrer, contudo, pois uma alta carga axiológica não é compatível com uma grande densidade normativa." (DE FILIPPO, ob. cit., p. 88).

²² Apresentam-se os seguintes sintomas da constitucionalização: (a) rigidez constitucional; (b) garantia jurisdicional da Constituição; (c) força vinculante da Constituição; (d) sobreinterpretação da Constituição; (e) aplicação direta das normas constitucionais; (f) interpretação das leis conforme a Constituição; (g) influência da Constituição sobre as relações políticas. Todos os sintomas são vistos hoje no Brasil. (CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para uma definição. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coord.). *20 anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-208.).

²³ FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 36.

constitucionais.²³ O quadro é também reflexo da crise da democracia representativa, rompendo-se a crença de que as leis promoveriam a igualdade dos indivíduos,²⁴ além da inércia do Executivo na realização de políticas públicas, gerando a desneutralização política do Judiciário.²⁵

Respeitada a independência funcional e o livre convencimento de cada juiz,²⁶ nem sempre as decisões terão a marca do neoconstitucionalismo. No Brasil, porém, verifica-se a plena possibilidade de sua implementação, tratando-se de tendência forte do atual Supremo Tribunal Federal.²⁷

2.2. Neoconstitucionalismo e insegurança jurídica

O neoconstitucionalismo reúne fervorosos defensores e verdadeiros entusiastas, que o admitem como meio de verdadeira transformação social pela via do processo, por meio da concretização dos mandamentos constitucionais.²⁸ Contudo, ele não é infenso a críticas, das mais ferrenhas, inclusive, havendo quem o enxergue como um meio de aniquilação à própria ideia de Estado de Direito, já que poderia ensejar um decisionismo judicial demagógico, que não confere a deferência necessária à capacidade deliberativa dos cidadãos e revela uma faceta autoritária.²⁹

Talvez um de seus reflexos mais negativos seja a insegurança jurídica. A Constitui-

²⁴ “[E]xistem regras de justiça geral, existe uma ordem que está por cima tanto de todas as vontades individuais particularmente consideradas, quando do acordo delas expressado pelo princípio da maioria, uma ordem que deva ser perseguida como tal. As normas de justiça das Constituições atuais estabelecem uma distinção, que pode se converter em contradição, entre interesses individuais e interesses gerais qualitativamente distintos da pura e simples soma dos indivíduos (tradução livre).” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madri: Trotta, 2009. p. 94).

²⁵ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 193.

²⁶ Art. 93, IX, da Constituição e art. 131 do Código de Processo Civil. “A doutrina processual moderna vem enfatizando que o juiz, embora *escravo da lei* como tradicionalmente se diz, tem legítima liberdade para interpretar os textos desta e as concretas situações em julgamento, *segundo os valores da sociedade*.” (DINAMARCO, Cândido R. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1, p. 206.).

²⁷ Algumas decisões recentes podem ser lembradas, tais como as que reconheceram caráter concretista às decisões proferidas no bojo de mandados de injunção, conferindo-se eficácia plena às normas constitucionais, independentemente da edição de leis (Mandados de Injunção (MI) 721 e 758); a decisão que, em atenção ao postulado da dignidade humana, admitiu o aborto de feto anencefálico como fato atípico (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54-DF); decisões que conferiram interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil para reconhecer a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4277 e ADPF 178), entre tantas outras.

²⁸ CARBONELL, ob. cit., p. 203.

²⁹ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 229. Mesmo nos EUA, onde não se vivencia propriamente o neoconstitucionalismo, há críticas severas sobre o ativismo judicial, característica que marcou a Corte de Earl Warren (1953-1969), pela edição de decisões vanguardistas, tais como: (a) *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), que considerou inconstitucional a separação de crianças brancas e negras nas escolas públicas e determinou a adoção de uma política de integração, afastando-se a regra dos “separados, mas iguais”, adotada em *Plessy v. Ferguson* (1896); (b) *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), que proibiu a utilização de provas obtidas por meios ilícitos por violar a 4ª Emenda, que proíbe buscas e apreensões irrazoáveis; (c) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), que reconheceu o direito constitucional de o sujeito se consultar com um advogado e o de permanecer calado, enfrentando a onda de caça aos comunistas em plena Guerra Fria (1945-1991); (d) *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) e *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), que fortaleceram a liberdade de expressão; (e) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1969), em que cancelaram a existência do direito fundamental à privacidade e reconheceram existirem outros direitos não enumerados na *Bill of Rights*. O ativismo é criticado tanto pela direita conversadora, simpática à autocontenção judicial, quanto por setores de esquerda que defendem o constitucionalismo popular (BARROSO, ob. cit., p. 322-345).

³⁰ Por exemplo, ao mesmo tempo que a Constituição garante o direito de propriedade (art. 5º, XXII), ela determina que a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII). Em outra hipótese, esclarece-se que a livre concorrência seja um dos pilares da ordem econômica (art. 170, IV), admitindo-se, contudo, excepcionalmente, a exploração direta pelo Estado de atividade econômica, quando necessária à segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (art. 173, *caput*).

ção brasileira consagra inúmeros valores, por vezes até contraditórios,³⁰ revelando-se sua heterodoxia, conformando-se a diversas formas de pensamento,³¹ como expressão do regime democrático, quando então a hermenêutica não pode se apartar do princípio da unidade da Constituição, que recomenda ao intérprete que busque a *harmonização possível entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham*.³²

Inseridos no contexto da pós-modernidade, deflagrada a partir da desdogmatização da ciência,³³ experimentamos a derrocada de conceitos absolutos, a partir de transformações velozes e do amplo acesso à informação,³⁴ que fazem esmorecer *interpretações teóricas de larga escala pretensamente de aplicação universal*,³⁵ ensejando inegável insegurança aos mais diversos contextos em nossa sociedade.

Além disso, na seara estritamente jurídica, a insegurança também se evidencia pelo fato de todo o juiz possui o poder de reconhecer a inconstitucionalidade incidental de qualquer lei ou ato normativo³⁶ sem, como regra, suportar o dever de obediência aos entendimentos consolidados pelos tribunais superiores e, sequer, pelo Supremo Tribunal Federal. É o efeito de nosso sistema jurídico assentar raízes no *Civil Law*, que desde a Revolução Francesa (1789) baseou-se na crença, hoje insuficiente, de que as leis bastariam para garantir as mesmas decisões aos julgamentos de casos idênticos ou muito semelhantes, já que aos juízes caberia simplesmente a função de aplicá-las dedutivamente, em exercício silogístico puro, despido de qualquer conteúdo criativo.³⁷

Diferentemente, os juízes dos Estados Unidos, por exemplo, afeiçoados ao *Common Law*,³⁸ nunca se sentiram absolutamente vinculados aos atos do Poder Legislativo³⁹ e tradicionalmente embasavam suas decisões nos valores consagrados pela tradição e

³¹ A heterodoxia é evidente na consagração das *formas de expressão e dos modos de criar, fazer e viver* como componentes do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, I e II).

³² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 372.

³³ SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4. ed. São Paulo: Graal, 1989. p. 23.

³⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. A pós-modernidade do direito constitucional: da gestação em Weimar à queda do Muro de Berlim e subsequente colapso das Torres Gêmeas. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 633-655.

³⁵ HARVEY, David. *Condição Pós-moderna*. 17. ed. São Paulo: Loyola, 2008. p. 19.

³⁶ Já não mais se discute acerca da possibilidade de qualquer juiz de primeiro grau, estadual ou federal, exercer controle difuso de constitucionalidade (BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 119.).

Os tribunais também podem fazê-lo, observado, contudo, o princípio da reserva de plenário previsto no art. 97 da Constituição. Uma lei pode facilmente ser tachada por inconstitucional se, na opinião do juiz, ela for irrazoável, invocando-se a cláusula do devido processo legal substancial (art. 5º, LIV, da Constituição), ao passo que no Brasil não há nada parecido à construção jurisprudencial da Suprema Corte dos EUA relativa ao denominado *teste de constitucionalidade de leis*, segundo o qual a análise dessa razoabilidade é mais ou menos rigorosa, dependendo da natureza dos direitos em jogo, como forma de se diminuir a discricionariedade judicial (NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. 7. ed. Illinois: Thomson and West, 2004. p. 460). No Brasil, acreditamos que o reconhecimento de ampla discricionariedade judicial para se reconhecer a solução *razoável* ao caso concreto represente excessiva insegurança jurídica, inexistindo margem de segurança para prevermos a solução aplicável ao caso.

³⁷ “A teoria de Montesquieu, no sentido de que não haveria superconcentração de poderes na mão de um só indivíduo, foi combinada com a visão de Rousseau, no sentido de que a lei escrita deveria ser a expressão da vontade da nação francesa. A ideia de que o poder central era legitimado pela vontade do povo foi uma das concepções que inspirou a Revolução Francesa. Os juízes tinham que obedecer à lei. Juízes eram vistos como seres inanimados, agindo como se fossem a ‘boca da lei’.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de Direito Civil Law e Common Law. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 387, p. 53-62.).

³⁸ Na verdade, os EUA podem ser considerados um país principalmente de *Common Law*, mas não puramente, na medida em que algumas antigas possessões espanholas, como a Califórnia e o Texas, têm muito de *Civil Law*, por exemplo, em direito de família, ao passo que o Estado de Louisiana é puramente *Civil Law* (SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 52).

³⁹ CALABRESI, Guido. *A Common Law for the Age of Statutes*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 4.

consciência da sociedade,⁴⁰ relevando-se a importância dos tribunais do júri popular. Principalmente por não ter havido movimentos de codificação, as regras jurídicas passaram a ser forjadas a partir dos julgamentos de casos concretos. Eis o motivo principal porque os EUA, já no século XIX, sentiram a necessidade de serem atribuídos efeitos vinculantes às decisões judiciais, como forma de se uniformizar os entendimentos acerca de casos idênticos ou muito semelhantes, compondo-se o sistema conhecido por *stare decisis*.⁴¹

Mauro Cappelletti, após apontar didaticamente as principais diferenças entre os sistemas, constata existir uma tendência de aproximação entre ambos.⁴² Realmente, observamos que, a partir dessa abertura do sistema gerada pelo neoconstitucionalismo, tem havido uma aproximação do Direito brasileiro ao *Common Law*, ocasionada pela necessidade de se conferir maior segurança e previsibilidade às decisões judiciais, medida que de fato se afina ao princípio da isonomia⁴³ e de inegável importância para outros setores, atendendo, por exemplo, aos reclames do desenvolvimento econômico, justamente pela minimização dos riscos e consequente estímulo aos investidores.⁴⁴ Precedentes obrigatórios conferem estabilidade às relações e, simultaneamente, permitem que as interpretações judiciais sejam globalmente atualizadas, contextualizando-as de maneira abrangente aos novos contornos sociais. Conforme já reconheceu Cardozo, citando Pound, *o Direito deve ser estável e, contudo, não pode permanecer imóvel*.⁴⁵ Sandra O'Connor, membro da Suprema Corte dos EUA, já observou que *nenhum sistema judicial poderia atender aos anseios sociais se examinasse cada caso de maneira original*.⁴⁶

Sob a atual perspectiva, o Brasil se ressentido dessa segurança e, por esse motivo, vem atravessando uma transformação radical que brinda a importância de se conferir deferência às decisões já firmadas pela jurisprudência. Por óbvio, seria inconveniente simplesmente importarmos o sistema de precedentes obrigatórios dos EUA ou de qualquer outro país, já que devemos promover as alterações legislativas necessárias para

⁴⁰ FRIEDMAN, Lawrence. *Law in America: a short history*. New York: Modern Library, 2002. p. 8.

⁴¹ ZYWICKI, Todd J. The rise and fall of efficiency in the Common Law: a supply-side analysis. *Northwestern L. Rev.*, n. 97, p. 16, p. 1551, 2003. Sabemos que, no século XV, os juizes ingleses tinham o costume de se reunirem para o julgamento de casos mais complexos. A maior parte dessas reuniões ocorria na chamada "Câmara Exchequer" (*Exchequer Chamber*), cujas decisões eram tomadas pela maioria. Em 1483, o Juiz-Chefe, ao decidir um caso, esclareceu que seria necessário adotar a posição da maioria, ainda que fosse contrária à dele própria, o que acabou sendo um marco para o sistema. Todavia, o sistema de precedentes vinculantes, tal qual o conhecemos hoje nos países de *Common Law*, estabeleceu-se no século XIX, a partir do desenvolvimento dos Relatórios de Casos, em que escritos particulares procuravam sistematizar os julgados. Um dos maiores relatores da época foi Coke (WARD, Richard. *Walker's & Walker's English Legal System*. 8. ed. London: Butterworths, 1990. p. 83, p. 347).

⁴² Destacadamente, o autor aponta cinco diferenças principais: (1) reduzido número de membros nas cortes supremas e superiores em países de *Common Law* e elevado número nos de *Civil Law*; (2) histórica descrença acerca da discricionariedade administrativa em países de *Civil Law*, o que inviabilizaria mecanismos como o *writ of certiorari*, que admite a *discretionary review* pelo Judiciário; (3) os juizes em países de *Civil Law* são, em regra, aprovados por concurso público e tendem a ser menos criativos que seus colegas do *Common Law*; (4) nos países de *Civil Law* não há algo semelhante à doutrina do *stare decisis*; (5) tendência de se considerar a lei como fonte principal do Direito nos países de *Civil Law* (CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: safE.1993. p. 116-124.).

⁴³ As decisões judiciais, como atos de Estado, não devem tratar desigualmente os casos iguais.

⁴⁴ Estudos do Banco Mundial atribuem 61,60% da riqueza dos EUA ao seu sistema de justiça. Além disso, os países do *Common Law* representam 7% da população mundial e 35% da economia mundial. Isto significa que o sistema do *stare decisis* atende aos anseios econômicos (dados fornecidos em sala de aula pelo Prof. Debow, durante o Programa de Mestrado em Direito Comparado pela *Cumberland School of Law da Samford University* (EUA), em junho de 2010).

⁴⁵ CARDOZO, Benjamin N. *Evolução do Direito*. Tradução Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004. p. 7.

⁴⁶ Trata-se de trecho de sua opinião majoritária no julgamento de *Planned Parenthood v. Casey* (505 U.S. 833 (1992)), no qual se firmou a essência do teste de constitucionalidade acerca de leis que regulamentam aborto estabelecido na célebre decisão de *Roe v. Wade* (505 U.S. 833 (1992)). A opinião majoritária de lavra da Justice O'Connor foi seguida pelos *Justices* Blackmun, Stevens, Kennedy e Souter.

que forjemos as regras que melhor se adequem ao nosso Direito. Consideradas as peculiaridades de nosso sistema, é importante que as decisões solidificadas pelos tribunais venham a ser seguidas nos julgamentos de casos semelhantes, independentemente da opinião pessoal dos julgadores, situação que, absolutamente, não implicará em supressão do poder decisório, já que continuará a haver liberdade para a apreciação das provas e formação do convencimento, a par da análise crítica acerca da aplicação dos precedentes invocados pelas partes, que podem ser afastados desde que pretendam regular situações diversas (*distinguishing*), ou porque estão superados (*overruling*).

Conforme dissemos, um dos pontos revolucionários do Novo Código Civil reside justamente nos diversos mecanismos previstos para a estabilização da jurisprudência. Passemos a abordá-los brevemente.

2.3. Precedentes no Novo Código de Processo Civil

O Novo Código de Processo Civil dedica uma atenção especial aos precedentes. O art. 926 impõe aos tribunais o dever de uniformizarem sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, incentivando a edição de súmulas. O art. 927, par. 4º, estabelece uma série de regras a serem observadas em atenção não apenas à necessidade de uniformização da jurisprudência, mas também aos *princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia*. Finalmente, o art. 928 esclarece que os julgamentos de casos repetitivos dar-se-ão mediante o incidente de resolução de demandas repetitivas e o recurso especial e extraordinário repetitivos. Em síntese, portanto, podemos dizer que a sistematização dos precedentes ocorrerá por meio das súmulas, dos incidentes de assunção de competência e dos julgamentos de casos repetitivos.

Quanto às súmulas, conforme apontamos acima, o art. 926 confere-lhes a feição de valioso instrumento para a uniformização, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência.⁴⁷ O texto, na prática, confere efeitos vinculantes a todas as súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.⁴⁸ Parece-nos, todavia, que se perdeu uma boa hora de ser atribuída eficácia vinculante também às súmulas dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais aos juízes que lhe são vinculados.⁴⁹

De fato, as súmulas são ferramentas importantíssimas e de inegável viés prático, porque muitas vezes representam a síntese de juízos complexos de ponderação entre valores constitucionais, de tal modo que o julgador, ao aplicar o enunciado, não precisará

⁴⁷ Art. 926: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º. Na forma e segundo os pressupostos fixados no regime interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º. Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.” O incentivo às súmulas é sentido no próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, que editou sua primeira súmula apenas recentemente, em 2010, e atualmente conta com 147 enunciados. Os últimos 31 foram publicados em 19.12.2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/downloadNormasVisualizar.do?cdSecaodownloadEdit=8&cdArquivodownEdit=90>>. Acesso em: 19 out. 2014.

⁴⁸ Art. 927, IV: “Os juízes e os tribunais observarão: (...) IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.”

⁴⁹ Já tivemos a oportunidade de defender a atribuição de efeitos vinculantes a todas as súmulas de todos os tribunais para os juízes que lhe são vinculados, à semelhança do sistema de precedentes dos EUA, que não se vale de súmulas, mas segue a mesma lógica (DE FILIPPO, ob.cit., p. 122-125). Porém, como reconhece Mitidiero, se comparadas às Cortes Supremas, o dever de uniformização das Cortes Superiores é meramente instrumental, já que possuem o escopo primordial de controle da legalidade das leis (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 44).

tecer fundamentação extensa sobre essas questões, que já foram objeto de deliberação pelo órgão colegiado. Ele deverá, é verdade, dedicar sua atenção para verificar se o enunciado se encaixa à situação, consideradas as vicissitudes fáticas e jurídicas que envolveram os julgamentos que serviram de base para a sua edição. Porém, uma vez constatada essa adequação, o juiz pode aplicá-la, silogisticamente, sem grandes delongas sobre controvérsias já debeladas.

Por sua vez, as assunções de competência, técnica inédita em nosso Direito, são incidentes que podem ser utilizados por qualquer tribunal, desde que o caso envolva *relevante questão de direito*, ocasionando *grande repercussão social*. O objetivo é evitar ou afastar a divergência interna do tribunal. Nesses casos, o relator natural do caso, de ofício ou mediante provocação da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, poderá propor que o julgamento do caso seja transferido ao órgão colegiado indicado pelo regimento. A decisão do órgão colegiado vinculará todos os juízes e órgão colegiados afetos àquele tribunal.⁵⁰

Lado outro, em linhas gerais, o julgamento de casos repetitivos compreende o: (a) incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987) e (b) o recurso extraordinário e o recurso especial repetitivos (arts. 1.036 a 1.041).

Grosso modo, o incidente de resolução de demandas repetitivas será apreciado pelos tribunais de justiça ou tribunais regionais federais, podendo ser suscitado ao presidente do tribunal pelas partes, pelo Ministério Público ou *ex officio* pelo relator ou órgão colegiado. O incidente, se admitido, será julgado pelo órgão colegiado indicado pelo regimento interno, implicando sua admissão na suspensão de todos os processos do respectivo estado ou região federal até o julgamento do incidente ou pelo prazo de um ano.⁵¹ Ao cabo, a tese vencedora da controvérsia *deverá* ser aplicada a todos os casos daquele estado ou região que versem sobre as mesmas questões.

Por fim, sucintamente, o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos ocorrerá nas hipóteses de *multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito*, quando então o presidente ou vice-presidente de qualquer tribunal de justiça ou tribunal regional federal poderá selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia para serem afetados a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça,⁵² determinando a suspensão dos demais processos na origem. O relator do tribunal superior, se admitir o incidente, proferirá *decisão de afetação* que compreenderá: (a) a identificação precisa da questão a ser submetida a julgamento; (b) a suspensão de todos os processos pendentes no território nacional, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão; e (c) requisitará aos presidentes

⁵⁰ Art. 947: “É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, da remessa necessária ou de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repercussão em múltiplos processos. § 1º. Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, seja o recurso, a remessa necessária ou a causa de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar. § 2º. O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou a causa de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência. § 3º. O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos colegiados, exceto de houver revisão de tese. § 4º. Aplica-se o disposto neste artigo quando houver relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.”

⁵¹ Art. 980: “O incidente será julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.”

⁵² Art. 1.036, § 4º: “A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.”

ou vice-presidentes de todos os tribunais de justiça ou tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia (art. 1.050). Da mesma forma, eles deverão ser julgados no prazo de um ano, quando então os processos deverão retomar sua regular tramitação, independentemente de julgamento.⁵³ Decidido o incidente, o entendimento do *acórdão paradigma* deverá ser observado em todos os processos que envolvam a mesma questão (art. 1.053).

Portanto, é evidente a importância que terá a jurisprudência consolidada no Novo Código de Processo Civil, cuja inobservância poderá acarretar, inclusive, a *nulidade* da decisão judicial por ausência de fundamentação.⁵⁴ Por outro lado, a jurisprudência consolidada também poderá representar o *fumus boni iuris* da tutela da evidência,⁵⁵ conduzir à improcedência liminar do pedido,⁵⁶ dispensar o reexame necessário,⁵⁷ relevar a caução para o cumprimento provisório da sentença⁵⁸ e ensejar julgamento monocrático no tribunal,⁵⁹ entre outros.

Com isso, além da obtenção de segurança aos jurisdicionados, as medidas almejadas caminham ao encontro da praticidade, reconhecido o seu caráter pragmático, porque atendem às exigências da celeridade da prestação jurisdicional, haja vista o número aviltante de feitos que tramitam no País,⁶⁰ sem contar a conformidade à própria atividade jurisdicional, de natureza prática. O juiz não é necessariamente um acadêmico. Sua atividade rotineira é voltada ao julgamento de *casos reais* e, por isso, ele tende a adquirir sensibilidade ímpar para enfrentar as agruras humanas que lhe são diariamente postas à apreciação, possibilitando-lhe o desenvolvimento da *aplicação instintiva do Direito*,

⁵³ Assim como o simples incidente de resolução de demandas repetitivas, eles somente não terão preferência sobre processos de réu preso e *habeas corpus* (art. 1.050, § 4º).

⁵⁴ Art. 489, § 1º, VI: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

⁵⁵ Art. 311: “A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando: II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.”

⁵⁶ Art. 332, *caput*: “Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.”

⁵⁷ Art. 496, § 4º: “Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I - súmula de tribunal superior; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.”

⁵⁸ Art. 521: “A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que: (...) IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.”

⁵⁹ Art. 932: “Incumbe ao relator: (...) IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.”

⁶⁰ No ano de 2013 tramitavam no País 95 milhões de feitos e havia 16.400 juízes (dados extraídos do jornal oficial da Associação dos Magistrados Brasileiros, edição n. 161 de setembro de 2014, p. 8).

como notou Francesco Ferrara.⁶¹ Portanto, sem qualquer desmerecimento à doutrina, que exerce papel crítico indispensável ao Direito, nada melhor que o juiz socorrer-se da jurisprudência consolidada, *banco de dados* elaborado pelo próprio Judiciário com base em diversos julgamentos, para obter a resposta mais adequada à demanda que lhe é posta.

3. Precedentes obrigatórios e separação de poderes

Conforme expusemos no início deste trabalho, o princípio da separação dos poderes não condiz com uma situação estanque e independente da ordem constitucional, mas a ela deve se amoldar, segundo a ideia de freios e contrapesos (*check and balances*), necessária para repudiar atos de tirania e brindar a liberdade do indivíduo.⁶² Por esta razão, não devemos aprioristicamente concluir pela (in)existência de lesão ao princípio da separação dos poderes pela adoção de precedentes obrigatórios, sem nos atentarmos para as vicissitudes constitucionais brasileiras, à luz das necessidades sentidas do povo.⁶³

Ponderadas essas questões e respeitadas as posições contrárias,⁶⁴ temos que a edição de precedentes obrigatórios tal como existente no Novo Código de Processo Civil, independentemente da roupagem que assumam,⁶⁵ não implica qualquer lesão ao princípio

⁶¹ “[A atividade do magistrado] exige aptidões ou disposições de que nem todos os juristas são dotados. pois não basta conhecer, ainda que profundamente, o direito para o saber traduzir em realidade, e há teóricos distintos que não são capazes desta elasticidade mental que os torne mestres no manejo dos princípios na arte de decidir. Existe ainda uma capacidade espiritual, um sentimento próprio, e assim se explica como, ao lado da técnica na aplicação, há também uma aplicação instintiva do direito, por via da qual, sem mais, o prático sente a decisão justa e a segue.” (FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Belo Horizonte: Líder, 2005. p. 78.).

⁶² “[N]o power upon earth is so worthy of honor for itself, or of reverential obedience to the rights which it represents, that I would consent to admit its uncontrolled and all-predominant authority. When I see that the right and the means of absolute command are conferred on a people or upon a king, upon an aristocracy or a democracy, a monarchy or a republic, I recognize the germ of tyranny, and I journey onward to a land of more hopeful institutions.” ([N]ão há poder terreno que seja digno de honra por si próprio, ou de obediência reverencial aos direitos que representa, que eu possa admitir a inexistência de controle sobre sua autoridade sem limites. Quando eu vejo que o direito e os meios de comando absoluto são conferidos ao povo ou ao rei, à aristocracia ou à democracia, à monarquia ou à república, eu reconheço o germe da tirania e prossigo viagem a uma terra de instituições mais esperançosas.” Tradução livre) (TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracy in America*. Tradução Henry Reeve. New York: Bantam Dell, 2004. p. 302-303).

⁶³ “[O] princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes teorias constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam. Nesse contexto de ‘modernização’, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se dentro da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas *com força de lei* – bem assim para a *legislação judicial*, fruto da inevitável criatividade de juizes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas *sentenças aditivas* proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade.” (MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 156) (grifo nosso).

⁶⁴ Ingo W. Sarlet, por exemplo, sustenta o seguinte: “[A] eficácia futura, geral e abstrata, prevista no *Projeto*, transforma o Judiciário em legislador, em afronta ao princípio da separação dos poderes. Recorde-se, a propósito, que a súmula vinculante foi introduzida no Brasil por emenda constitucional, o que poderá ser um argumento a reforçar tal entendimento. Por outro lado, é possível argumentar que se o problema é o de atribuição de funções de legislador positivo ao Poder Judiciário, este problema se verifica igualmente no caso da súmula vinculante do STF instituída por emenda constitucional que, por violar ‘cláusula pétrea’ (separação dos poderes) também seria inconstitucional, embora isso não tenha sido reconhecido pelo STF, a despeito de ventilado por setores da doutrina por ocasião da discussão e aprovação da assim chamada Reforma do Judiciário, no bojo da qual foi criada a súmula vinculante.” (SARLET, Ingo W. et al. *Instrumentos de uniformização da jurisprudência e precedentes obrigatórios no projeto do novo Código de Processo Civil*. Páginas de Direito. Disponível em: <http://tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4751-instrumentos-de-uniformizacao-da-jurisprudencia-e-precedentes-obrigatorios-no-projeto-do-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 20 out. 2014.

⁶⁵ Os precedentes podem ser monoprocessuais, quando se originam do julgamento de um único caso, como as hipóteses de assunções de competência ou a decisão em controle abstrato de constitucionalidade, ou *pluriprocessuais*, quando se formam a partir do julgamento de uma série de casos, como as súmulas e os julgamentos de causas repetitivas (TARANTO,

da separação dos poderes porque, malgrado a sua força vinculante, eles não possuem o condão de substituir a função das leis. Apenas se fosse verificada essa superposição total de funções é que, em nosso sentir, poderia se cogitar de lesão ao princípio. Ilustrativamente, eis o motivo por que foram textualmente proibidas nos EUA as *bills of attainder*, assim entendidas como atos legislativos de qualquer natureza *que se aplicam a indivíduos identificados ou a membros de um grupo facilmente determinados de forma a impô-los punições independentemente de processos judiciais*,⁶⁶ já que claramente tomariam o lugar das decisões judiciais, tipicamente destinadas a produzir efeitos para sujeitos individualizados, após lhes ser franqueada a possibilidade de defesa, nos termos do devido processo legal. Sob o mesmo enfoque, Canotilho⁶⁷ adverte que leis interpretativas, em si, não são automaticamente inconstitucionais, mas deve haver muita cautela para se verificar se, sob o pretexto de simplesmente interpretar as normas, o legislador não pretende orientar a justiça no sentido por ele desejado.

Essas situações servem para demonstrar que as leis, atos normativos aptos à produção de efeitos gerais e abstratos, não poderiam desvirtuar-se de sua essência, voltando-se para a regulamentação de questões específicas. Todavia, não podemos fazer o raciocínio inverso e sustentar a inconstitucionalidade dos precedentes obrigatórios, sob o argumento de que as decisões judiciais serviriam para disciplinar casos concretos, situações casuísticas, mas não para produzir efeitos gerais. Na verdade, os precedentes obrigatórios, ao contrário de infringirem a separação de poderes, representam medida que se conformaria a esse princípio, resultando em valorização da função do Legislativo e provável contenção judicial.

Ora, contemporaneamente, sob a perspectiva neoconstitucionalista, verificamos que as leis apresentam tessitura aberta, influenciada pelos princípios que veicula ou, mesmo no caso das regras, que teriam, em tese, maior densidade normativa, a abertura se dá pela presença de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados.⁶⁸ Essas circunstâncias fazem aguçar o poder criativo dos juízes, que passam a interpretar livremente esses enunciados ou, até mesmo, dispõem-se a afastá-los, por reputá-los inconstitucionais, decidindo os casos que lhes são submetidos a julgamento sem que existam as “amarras” trazidas por enunciados de *conteúdo fechado*. Os precedentes vinculantes passariam a ocupar justamente esses *vácuos legislativos*, imprimindo maior previsibilidade às decisões, ao mesmo tempo que inibiriam um sem-número de interpretações que poderiam ser afrontosas ao texto de lei. Guardadas as devidas proporções, apenas sob a perspectiva funcional, eles se equiparariam aos decretos regulamentares editados pelos

Caio Márcio Gutterres. *Precedente Judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Forense, 2010. p. 211-213).

⁶⁶ “[A legislative act that applies] either to named individuals or to easily ascertainable members of a group in such a way as to inflict punishment on them without a judicial trial.” O conceito foi utilizado pela Suprema Corte, em *United States v. Brown* (381 U.S. 437, 448 (1965)). A Constituição dos EUA estabelece vedação expressa para esse tipo de lei, tanto em nível federal (Art. I, par. 9º) quanto estadual (Art. I, par. 10).

⁶⁷ Ob. cit., p. 647.

⁶⁸ Tanto as cláusulas gerais, quanto os conceitos legais indeterminados são elementos normativos de conteúdo vago e impreciso, carecendo de integração pelo intérprete. A diferença é que, no caso dos conceitos legais, a consequência jurídica é prevista pela norma, ao passo que as cláusulas gerais permitem ao juiz preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta. (NERY JUNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil*. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos et al. (Coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2003. p. 398-444, p. 407-409).

chefes do Executivo, atos normativos previstos pelo próprio poder constituinte originário (art. 84, IV, da Constituição).⁶⁹

Alguns poderiam objetar dizendo que o precedente vinculante, em si, poderia realizar uma interpretação desarrazoada do texto da lei, quando então haveria lesão ao Legislativo no *atacado* e não no *varejo*. Existe essa possibilidade, evidentemente, porém não podemos perder de vista que, sob a sistemática do Novo Código de Processo Civil, como vimos, os precedentes vinculantes adviriam de deliberações tomadas pelo tribunal pleno ou por órgão regimentalmente competentes para esse mister, situação que, em tese, diminuiria os riscos de interpretações flagrantemente dissonantes da realidade social ou do espírito constitucional. Ainda assim, na eventualidade de desacertos, haveria muito mais facilidade de reversão da situação, mediante pedido de revisão do precedente a um único órgão.

Desse modo, os precedentes vinculantes, compostos a partir de julgamentos reais e não das liberações das casas do Legislativo, passariam a condicionar as interpretações judiciais sobre questões de direito, apenas, funcionando como instrumentos de *fechamento* do sistema jurídico, que se encontra aberto pela heterodoxia dos poros constitucionais, que se reflete na abertura textual das regras normativas ou também na possibilidade sempre presente de concretização de valores constitucionais em qualquer decisão judicial, ainda que não se trate de demanda que traga em si questões de natureza eminentemente constitucional.

Uma atenção especial, contudo, o Poder Judiciário deve se dedicar à redação dos enunciados das súmulas, para que eles não apresentem conteúdo demasiadamente aberto, acabando por se equiparar às leis e, com isto, lesarem o princípio da separação dos poderes. Para atuarem nesses espaços deixados pelas leis, as súmulas devem contemplar expressões fechadas, minimizando o risco de interpretações diversas.

Tomemos como exemplo a súmula vinculante 11 do Supremo Tribunal Federal: “*Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito...*” (destaque nosso). Ora, as expressões *fundado receio*, *perigo* e *excepcionalidade* encerram noções demasiadamente fluidas para constarem de um enunciado de súmula, cuja pretensão é conferir segurança ao sistema. Cremos que a redação seria perfeita para um artigo de lei, mas não para uma súmula, sob pena de ser frustrada a sua finalidade e infringência à separação dos poderes.

Por outro lado, a vasta maioria dos demais enunciados de súmulas vinculantes cumpre bem o seu papel, deixando de conferir margem a interpretações diversas.⁷⁰ Tomemos como exemplo o enunciado que cuida da ilicitude da prisão do depositário infiel. Eis a redação da súmula vinculante 25: *É ilícita a prisão do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito*. É penoso extrairmos do enunciado interpretações diversas, já que sua redação é clara e suas expressões encerram noções fechadas. Nesses casos, todas as ponderações de valores foram realizadas de antemão, no bojo dos debates complexos que envolveram questões de direito internacional, direito constitucional, direito

⁶⁹ Singelamente, decreto regulamentar é o que visa a explicar a lei e facilitar sua execução, aclarando seus mandamentos e orientando sua aplicação (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 180.

⁷⁰ Todas as súmulas vinculantes estão disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_e_31_a_33.pdf>. Acesso em: 22 out. 2014.

civil, direito processual civil etc.,⁷¹ extraindo-se dessas discussões uma síntese enxuta e fechada, de interpretação fácil e unívoca, que se afina aos reclames da práxis forense.

Outro argumento favorável reside no fato de os precedentes obrigatórios, ao conferirem segurança ao ordenamento jurídico, colmatando as janelas abertas dos enunciados normativos, acabariam por valorizar as funções do Legislativo, poupando-lhes o trabalho de editar leis meramente explicativas que poderiam, inclusive, ser reputadas inconstitucionais pelo controle do Judiciário, risco inexistente para os precedentes, que sucedem quaisquer discussões de constitucionalidade ou de ilegalidade tomadas pelos integrantes do tribunal que os editou, impossibilitando-se, dessa forma, que essas questões sejam reanalisadas pelo órgão judiciário encarregado de sua aplicação.

Em suma, os precedentes vinculantes colaborarão para o fortalecimento do Poder Judiciário, resultarão em segurança aos jurisdicionados e, ao invés de lesarem a separação dos poderes, afinar-se-ão a esse princípio, contribuindo para um clima harmônico entre os poderes do Estado.

Conclusão

A par da transição do Direito brasileiro à adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, que se avizinha com o advento, que acreditamos seja breve, do Novo Código de Processo Civil, procuramos identificar as razões que conduziram a essa transformação que, segundo pensamos, condizem com a abertura do sistema causada pelo neoconstitucionalismo.

Em seguida, quanto ao cerne da questão, procuramos apresentar argumentos favoráveis aos precedentes obrigatórios, observando que eles não representarão afronta ao princípio da separação dos poderes, mas, ao revés, conformar-se-ão a ele, evitando que todo e qualquer juiz seja um legislador em potencial. Como dissemos, os precedentes não substituirão as leis, nem pode haver esta pretensão, mas deverão atuar nos vácuos nela existentes, preenchendo-os com a interpretação que mais se afine aos ditames constitucionais.

A edição do Novo Código de Processo Civil é o primeiro grande passo, mas é inegável que deve haver uma mudança cultural. No dia a dia, advogados, promotores e juizes devem valorizar a jurisprudência consolidada. Em vez de inúmeras citações doutrinárias ou escolhas aleatórias de acórdãos que se adequem à tese apresentada, é imprescindível que profissionais do Direito façam buscas cuidadosas e encontrem as posições majoritárias do tribunal, que provavelmente serão suficientes para os fundamentos de direito da causa de pedir ou até mesmo para que advogados alertem seus clientes que a demanda será uma “aventura jurídica”. Os juizes, a par dos precedentes vinculantes, economizarão tempo e papel e muitas vezes condensarão suas decisões ao fazerem remissão ao(s) precedente(s) estabelecido(s), afastando-o(s) quando for o caso, porém sem ignorá-lo(s), simplesmente.

⁷¹ Para se chegar a esse enunciado aparentemente simples, as discussões envolveram, no mínimo, intrincadas questões sobre a extensão dos direitos fundamentais, a hierarquia de tratados internacionais sobre direitos humanos e seu impacto na ordem infraconstitucional. Vide: RE 562051, RE 349703, RE 466343, HC 87585, HC 95967, HC 91950, HC 93435, HC 96687, HC 96582, HC 90172 e HC 95170.

Por outro lado, os tribunais deverão facilitar o acesso ao banco de dados dos precedentes obrigatórios, disponibilizando-os mediante ferramentas simples em seus sites e conferindo-lhes ampla publicidade, indicando ainda se, eventualmente, foram revogados ou houve relativização de seus entendimentos.

De todo o modo, sem implicar qualquer lesão ao princípio da separação dos poderes, os precedentes obrigatórios passam a ser absolutamente necessários para o nosso Direito, aproximando-o do *Common Law* e conferindo-lhe segurança e estabilidade, pelo respeito às decisões estabelecidas pelos tribunais.

Referências bibliográficas

- _____. Livro III, Capítulo XI. In: *Aristóteles*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMB INFORMA. Brasília, DF: Associação dos Magistrados Brasileiros, n. 161, set. 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 309-345.
- _____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CALABRESI, Guido. *A Common Law for the age of statutes*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: safE, 1993.
- CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coord.). *20 anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-208.
- CARDOZO, Benjamin N. *Evolução do Direito*. Tradução Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004.
- DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes*. Porto Alegre: safE, 2012.
- DINAMARCO, Cândido R. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1.
- ELLIS, Joseph J. *Founding Brothers: the revolutionary generation*. New York: Vintage Books, 2002.
- FERRARA, Francesco. *Como Aplicar e interpretar as leis*. Belo Horizonte: Líder, 2005.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRIEDMAN, Lawrence. *Law in America: a short history*. New York: Modern Library, 2002.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A pós-modernidade do direito constitucional: da gestação em Weimar à queda do Muro de Berlim e subsequente colapso das Torres Gêmeas. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 633-655.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 17. ed. São Paulo: Loyola, 2008.

LOCKE, John. *Second Treatise of Government*. Indianapolis: Hackett, 1980.

LOWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil*. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos et al. (Coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2003. p. 398-444.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4. ed. São Paulo: Graal, 1989.

SARLET, Ingo W. et al. *Instrumentos de uniformização da jurisprudência e precedentes obrigatórios no projeto do novo código de processo civil*. Disponível em: <<http://tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4751-instrumentos-de-uniformizacao-da-jurisprudencia-e-precedentes-obrigatorios-no-projeto-do-codigo-de-processo-civil>>.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STRECK, Lênio; OLIVEIRA, Fábio. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al. (Coord.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 145.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Forense, 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracy in America*. Tradução Henry Reeve. New York: Bantam Dell, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de Direito Civil Law e Common Law. *Revista Jurídica NotaDez*. Porto Alegre, v. 57, n. 387, p. 53-62.

WARD, Richard. *Walker's & Walker's English Legal System*. 8. ed. London: Butterworths, 1990.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madri: Trotta, 2009.

ZYWICKI, Todd J. The rise and fall of efficiency in the Common Law: a supply-side analysis. *Northwestern L. Rev.*, n. 97, p. 1551, 2003.