



Coordenadores
Luiz Rodrigues Wambier
Fábio L. Quintas
Georges Abboud

O Precedente Obrigatório e o Dilema entre Garantias Constitucionais e a Estandartização do Direito

João Filho de Almeida Portela

2018

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

1

ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

De há muito, doutrina e jurisprudência discutem o papel do Judiciário no sistema democrático, não sendo raras as críticas quando a justiça assume posição ativa, ainda que ao fundamento ou pretexto de resguardar direitos e garantias com extração constitucional.

Trata-se de divergência recorrente e, para fins de exemplo, o controle judicial de políticas públicas tem um destaque marcante, desenvolvendo-se teorias – teses e antíteses – das mais diversas ordens.

Na linha do presente estudo, contudo, a posição assumida pelo Judiciário é outra, já que, notadamente a partir do atual Código de Processo Civil, tem-se idealizado um sistema de direitos concebido pelos tribunais brasileiros, acolhendo-se, em certa medida, precedentes judiciais em um país subscritor da *civil law*¹.

Nesse contexto, ainda que a noção geral seja de que a função do Judiciário é a de tutelar direitos e garantias fundamentais, a imposição de padrão decisório pode determinar o enrijecimento do direito e, inclusive, constituir óbice ao acesso efetivo à ordem jurídica.

1. Em regra, não se fala em sistema puro já que prepondera uma mistura das famílias *civil law* e *common law*.

Assim, a atuação do Judiciário como legislador positivo, ainda que com expressa autorização legal, também é alvo de questionamento.

Portanto, a investigação que se propõe consiste em verificar como um precedente de observância obrigatória, impondo padrão decisório, limitando a liberdade decisória² e até olvidando as peculiaridades de cada caso, cumpre missão constitucional em um sistema jurídico que, dentre outras, tem como garantia fundamental, conforme art. 5º, XXXV, da CRFB/88, o amplo acesso ao Poder Judiciário.

Diga-se, desde logo, não haver a pretensão de defender a liberdade decisória que seria a mão oposta à via do precedente de observância obrigatória, mas de fomentar a ideia de acesso a uma ordem jurídica justa que, apesar de oferecer previsibilidade, não abdica da construção de resposta à luz das peculiaridades de cada caso.

Sem descuidar da importância das técnicas de dinamização da decisão de observância obrigatória – *distinguishing* e *overruling* –, a resposta ao questionamento será buscada em teorias que analisam a coerência e que fomenta a construção de sistema de direitos.

1.1. NOÇÕES GERAIS

O primado da Constituição deve sobressair em um Estado que se qualifica como Republicano e Democrático de Direito³.

-
2. Na linha da ampla liberdade para decidir, citando Franco Cipriani, lembra o Professor Fábio Quintas que o autoritarismo processual se caracteriza pela “*atribuição de poderes discricionários em demasia ao juiz, conferindo-lhe uma esfera de atuação sem controle, pela falta de meios de impugnação e pela imposição de uma disciplina mortificante aos advogados, pela proeminência dada ao princípio da oficialidade em detrimento do dispositivo*”. QUINTAS, Fábio Lima. **Para que um novo código de processo civil? Uma reflexão sobre os novos contornos da função jurisdicional.** Revista dos Tribunais Online – Revista de Processo/vol. 256/2016/p. 295-316/jun/2016 – DTR 2016/19774
 3. É conhecida a lição de José Afonso da Silva (2004:45), “*a Constituição de um País é a pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político,*

Malgrado visto como um fenômeno relativamente novo, todos os Estados sempre possuíram uma Constituição real e efetiva como já registrou Ferdinand Lassale⁴. No entanto, efetivamente inovadoras são as constituições escritas⁵ que culminaram com o surgimento do constitucionalismo⁶.

(...) a ideia de Constituição precede ao próprio constitucionalismo, entendido este como um movimento político constitucional que pregava a necessidade da elaboração de Constituições escritas que regulassem o fenômeno político e o exercício do poder, em benefício de um regime de liberdades públicas. Isso porque, em qualquer época e em qualquer lugar do mundo, em havendo Estado, sempre houve e sempre um complexo de normas fundamentais que dizem respeito com a sua estrutura, organização e atividade. (DA CUNHA JÚNIOR, Dirley, 2006, 21).

O constitucionalismo que se qualifica como um movimento político, social, jurídico e ideológico trouxe consideráveis mudanças para a função jurisdicional e, não se olvide, a principal delas foi a Constituição escrita influenciada por “*ideias contratualistas e do pensamento de Edward Coke, difundiu-se a técnica de expressar em documentos escritos de modo articulado os princípios reitores da*

posicionando a Constituição no topo da pirâmide iluminando todo ordenamento infraconstitucional”.

4. Ferdinand Lassale – Que é uma CONSTITUIÇÃO – Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933 – Tradução Walter Stöner
5. A primeira Constituição escrita foi o *Instrument of government* editado por Cromwell em 1653. Critica essa informação Manoel Gonçalves Ferreira Filho porque foi um documento efêmero, pouco importante e de eficácia duvidosa, peculiaridades que tiram tal condição. (In Estado de Direito e Constituição – São Paulo: Saraiva, 1988, p. 73)
6. (...) a ideia de Constituição precede ao próprio constitucionalismo, entendido este como um movimento político constitucional que pregava a necessidade da elaboração de Constituições escritas que regulassem o fenômeno político e o exercício do poder, em benefício de um regime de liberdades públicas. Isso porque, em qualquer época e em qualquer lugar do mundo, em havendo Estado, sempre houve e sempre um complexo de normas fundamentais que dizem respeito com a sua estrutura, organização e atividade. (DA CUNHA JÚNIOR, Dirley, 2006, p. 21).

organização do Estado” (LEAL, 2006, p. 14), sendo certo que isso poderia se materializar em mais de um ato ou documento.

Konrad Hesse na obra *A Força Normativa da Constituição*⁷ teve contribuição na superação da retrógrada concepção de que a Constituição era um documento sem valor jurídico e, de igual modo, da ideia segundo a qual era atribuição exclusiva do legislador e do administrador a concretização de suas proposições, ensejando e reforçando a ideia de supremacia e, por isso, hodiernamente revela-se defensável a ideia de controle judicial de direitos prestacionais com extração constitucional.

De conseguinte, o norte principal da jurisdição constitucional é a ideia de rigidez constitucional, cuja imagem começou a ser desenhada nos séculos XVII e XVIII com o surgimento do já referido constitucionalismo que tinha como viga mestra implementar princípios democrático-liberais e que terminou por produzir significativas alterações quer no âmbito do direito positivo, quer no sistema político.

Ao lado do texto escrito que traz regras e princípios vulneráveis, houve por requisitar um complemento consistente na rigidez constitucional, que, aliás, é um marco que singulariza as constituições formais, não só por causa do seu processo dificultoso de alteração, mas para distingui-la das leis comuns.

Esse processo dificultoso marca um caminho especial e complexo de alteração do texto maior, fator que “*confere à Constituição status de norma jurídica fundamental, suprema em relação a todas as outras.*” (DA CUNHA JUNIOR, Dirley, 2006, p. 38). Com introdução dos elementos de rigidez constitucional “*os comandos normativos constantes do documento designado por Constituição passaram a ter forma diversa dos demais comandos normativos: forma constitucional.*” (LEAL, Roger Stiefelman, 2006, p. 16).

7. HESSE, Konrad. Porto Alegre: Safe, 1991.

Com isso trouxe à baila a distinção entre fórmula legal e constitucional, de modo que os atos elaborados devem se mostrar concordes com a Constituição, maneira essa de sublinhar a hierarquia das normas e, num derradeiro juízo, externar a supremacia constitucional.

A missão de resguardar a Constituição compete a todos os concidadãos, como também ao órgão encarregado de dizer o direito – Poder Judiciário – e, principalmente, à Corte cuja missão primeira é a guarda da Maior Lei do país (CRFB/88, art. 102).

Acerca da Suprema Corte brasileira, cumpre destacar que foi instituída em janeiro de 1829, através da Lei de 18 de setembro de 1828, a qual era composta de dezessete Ministros que, diante do dogma do parlamento reinante em função da Carta Imperial, tinha competência limitada, tanto que o art. 164 dizia que parcela de jurisdição se referia à concessão ou denegação de revistas, conhecer de delitos e erros de ofício cometidos por seus Ministros, Ministros das Relações, Empregadores do Corpo Diplomático e os Presidentes das Províncias, examinar conflitos de jurisdição e competência das relações das Províncias (MENDES, 2005, p. 25)⁸.

8. “Apesar de o Poder Judiciário brasileiro ser independente de Portugal desde 1808, o Supremo Tribunal Federal teve a sua instituição prevista apenas na Constituição republicana de 1891. Sua instalação se deu no dia 28 de fevereiro daquele ano, quando foi realizada sua primeira sessão plenária, sob a presidência interina do Ministro Sayão Lobato, o Visconde de Sabará, que havia presidido o Supremo Tribunal de Justiça no fim do Império. Na mesma sessão, os Ministros elegeram o novo presidente, o baiano Freitas Henriques. Considerada a precedência histórica, os órgãos de cúpula da Justiça brasileira foram a Casa da Suplicação do Brasil (10 de maio de 1808 a 8 de janeiro de 1829 – instituída por alvará régio pelo príncipe regente D. João, em 1808), o Supremo Tribunal de Justiça (de 9 de janeiro de 1829 a 27 de fevereiro de 1891 – Império) e o Supremo Tribunal Federal (desde 28 de fevereiro de 1891 – República). O Rio de Janeiro sediou, no período monárquico, o Supremo Tribunal de Justiça. Na fase republicana, o Supremo Tribunal Federal funcionou na cidade até 20 de abril de 1960, quando a capital foi transferida para Brasília, pelo Presidente Juscelino Kubitschek, conhecido também como JK.” (http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte_pt_br&idConteudo=196222&modo=cms)

Com a proclamação da República em 15 de novembro de 1889, sobreveio a chamada Constituição Provisória (Decreto 510 de 22.6.1890) que dizia ser o STF composto de quinze Ministros dentre os Juízes Federais mais antigos e cidadãos de notório saber jurídico e reputação ilibada, desde que elegíveis para o Senado Federal, os quais eram nomeados pelo Presidente após a confirmação dessa Casa. No entanto, a instituição só ocorreu após a primeira Constituição da República (24.02.1981) eis que constou em sua Seção III, que “*O Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juizes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.*” (art. 55).

À época, a competência do Supremo foi alargada sobremaneira⁹.

-
9. Art. 59 – Ao Supremo Tribunal Federal compete:
- I – processar e julgar originária e privativamente:
 - a) o Presidente da República nos crimes comuns, e os Ministros de Estado nos casos do art. 52;
 - b) os Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade;
 - c) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros;
 - d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados;
 - e) os conflitos dos Juízes ou Tribunais Federais entre si, ou entre estes e os Estados, assim como os dos Juízes e Tribunais de um Estado com Juízes e Tribunais de outro Estado.
 - II – julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60;
 - III – rever os processos, findos, nos termos do art. 81.
- § 1º – Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:
- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
 - b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.
- § 2º – Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.

A primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, introduziu uma nova concepção do Poder Judiciário. A influência da doutrina constitucional americana contribuiu para que se outorgasse ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião da Constituição e da ordem federativa, reconhecendo-se-lhe a competência para aferir a constitucionalidade da aplicação do direito através de um recurso especial. (Mendes, 2005, p. 25)

Vale observar que a Constituição de 1934, em seu art. 91¹⁰, inciso IV, trouxe, de forma inovadora, a regra, segundo a qual, declarada à inconstitucionalidade pelo Supremo, o órgão de cúpula do Judiciário aciona o Senado Federal para suspender no todo ou em parte a lei declarada inconstitucional. Tal dispositivo só não foi reiterado na Constituição de 1937 que cuidou de concentrar todo o poder nas mãos do Chefe do Executivo.

Somente em 1965 é que surgiu o controle abstrato ou por via de ação cuja inconstitucionalidade é tratada como matéria *principaliter* e, à época, a legitimação era exclusiva do Procurador Geral da República. Sem embargo, o Supremo Tribunal Federal sempre teve em mãos o recurso extraordinário como via processual hábil a uniformizar a jurisprudência que se afigurassem contraditórias ou até afrontatórias da unidade constitucional, que se externa e externava com toda evidência no controle difuso.

A combinação desses dois sistemas outorga ao Supremo Tribunal Federal uma peculiar posição tanto como órgão de revisão de última instância, que concentra suas atividades no controle de questões constitucionais discutidas nos diversos processos, quanto como Tribunal Constitucional, que dispõe de competência para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais

10. Art. 91 – Compete ao Senado Federal: (...) IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

e federais no processo de controle abstrato das normas. (MENDES, Gilmar Ferreira, 2005, p. 21).

Com isso e as reformas sequentes levadas a efeito pelo Poder Constituinte Originário, a Corte incrustou em nosso mundo jurídico tendo a atual Constituição consagrado a “*solução de compromisso, que ampliava a competência originária do Tribunal, em relação a novos remédios constitucionais e ao controle abstrato de normas e restringir a sua competência recursal.*” (MENDES, 2005, p. 40).

A partir de então houve evoluções na competência da Suprema Corte Brasileira¹¹, até se chegar a atual composição e se deixar expressamente assente o papel de guardião da nossa maior lei.

Nessa toada, cediço que a todo juiz ou Tribunal é dado pronunciar a inconstitucionalidade de uma lei frente a um caso concreto, em cujo controle difuso disso redundará a negativa de aplicar este ou aquele preceito legal à situação vertente. Aliás, não se trata de uma faculdade, mas de um dever já que, em um Estado Democrático de Direito, a inconstitucionalidade constitui vício de destacada gravidade.

Forçoso convir que a energia normativa que emana da Constituição a todos vincula. Não é por outra razão que o Presidente da República, quando da posse, presta o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição (CF/88, art. 78, ‘caput’), observação que se estende ao Legislativo e, principalmente ao Judiciário cuja função primeira é dizer o direito.

11. Com a proclamação da República em 15 de novembro de 1889, sobreveio a chamada Constituição Provisória (Decreto 510 de 22.6.1890) que dizia ser o STF composto de quinze Ministros dentre os Juizes Federais mais antigos e cidadãos de notório saber jurídico e reputação ilibada, desde que elegíveis para o Senado Federal, os quais eram nomeados pelo Presidente após a confirmação dessa Casa. No entanto, a instituição só ocorreu após a primeira Constituição da República (24.02.1981) eis que constou em sua Seção III, que “*O Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juizes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.*” (art. 55).

Mas a inconstitucionalidade não é restrita a compatibilidade de norma e Constituição. Já disse nesse rumo Teori Albino Zavascki (2001:13) que “*Comete-se inconstitucionalidade não apenas editando normas incompatíveis com a Constituição, mas também por atos individuais ou por omissões a ela contrários.*”¹²

Em função disso, Jorge Miranda (1988:229) registrou que tal exegese abarcaria “*tanto acções e omissões dos órgãos do poder político quanto acções e omissões dos particulares e por envolver, em consequência, regimes jurídicos muito diversos.*” Isso dissoaria também da ideia existente desde a Constituição da República de 1891 que da fala de Rui Barbosa ouvia-se ser “*Pressuposto inarredável do controle judicial era a efetiva ou pretensa lesão a determinado direito.*” (MENDES, 2005: 26).

Acrescenta o doutrinador português:

Há sempre uma norma violada, e não outra. Pela inconstitucionalidade, transgride-se uma norma constitucional uma a uma, não se transgridem todas ao mesmo tempo e de igual modo. Pode assim ficar afectado todo um instituto ou capítulo que nem por isso – subsistindo a Constituição e dispondo ela de meios de garantia da sua integridade – deixa de ser através de qualquer das suas normas (ou de segmentos de normas) que a inconstitucionalidade se manifesta. Um comportamento enquanto tal

-
12. A esse respeito já registrou JORGE MIRANDA: “1 – Constitucionalidade e inconstitucionalidades designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido,, que tem nela ou não a sua base. Assim declaradas, são conceitos que parecem surgir por dedução imediata. De modo pré-sugerido, resultam do confronto de uma norma ou de um acto com a Constituição, correspondem-a atributos que tal comportamento recebe em face de cada norma constitucional. Não se trata de relação de mero carácter lógico ou intelectual. É essencialmente uma relação de carácter normativo e valorativo, embora implique sempre um momento de conhecimento. Não estão em causa simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, de um quid a outro quid ou a desarmonia entre este e aquele acto, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica. (MIRANDA, Jorge, pp. 228/9).

contrário a toda a Constituição juridicamente significativo só poderia ser uma revolução. (MIRANDA, Jorge, 230).

E a dita conflagração passa ao largo do controle de constitucionalidade, servindo, quando muito, para imposição de sanção penal.

A relevância constitucional de muitos comportamentos dos particulares, enquanto tais ou enquanto cidadãos, não permite assimilar – sob pena de imediata necessidade de distinções e subdistinções – a sua eventual desconformidade com normas constitucionais à desconformidade por parte de órgãos do poder. É diferente a função da Constituição perante o poder político e perante os particulares. E os meios e as formas de garantia das normas e dos valores constitucionais são também completamente diferentes (desde os de Direito privado aos de Direito penal). (MIRANDA, Jorge, 313).

É possível, frisa-se, que o agir de um particular vá de encontro ao previsto no texto magno e tal ato será eivado da inconstitucionalidade, mas, mesmo aqui, tais atos inconstitucionais não são controlados, mas punidos¹³. Certamente é por isso que o saudoso Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Albino Zavascki, já registrava quando Juiz Federal da 4ª Região que a inconstitucionalidade transcende o campo da hierarquia das normas¹⁴, aduzindo também que quaisquer desses atos são passíveis de controle.

13. São de Jorge Miranda as palavras que seguem: “A Constituição diz que a validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas e do poder local depende da sua conformidade com a Constituição (art. 3.º, n.º 3), abrangendo aí quaisquer espécies de actos. Todavia, ao definir quer a inconstitucionalidade por acção (art. 277.º, n.º 1) quer a inconstitucionalidade por omissão (art. 283.º), só alude a normas. Não significa isto que ela confine a inconstitucionalidade a actos normativos ou a omissões normativas. Significa apenas que o regime específico de fiscalização que estrutura, através dos tribunais em geral (art. 207.º) e do Tribunal Constitucional em especial (arts. 277.º e segs.), esta predisposto para tais actos e omissões, sem que isso impeça – como se verá – a existência de outros regimes para outras categorias de comportamentos.” (p. 314).

14. Inconstitucional será o ato ou a omissão do particular não-compatível com o catálogo dos deveres que a Constituição lhe impõe ou com os direitos que assegura