

Revista Jurídica
VERBA LEGIS
2012

PRECEDENTES VINCULANTES, SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA ELEITORAL

Henrique Pandim Barbosa Machado¹
Marcelo Arantes de Melo Borges²

Nos moldes dos sistemas jurídicos continentais europeus, do qual se destaca o francês, a tradição jurídica brasileira atribui, classicamente, pouca relevância às decisões emanadas do Judiciário, posicionando os precedentes judiciais em segundo plano se comparados com a lei positivada.

Desta feita, é da tradição do nosso sistema repassar aos operadores do direito que o ordenamento positivo vincula, enquanto as decisões judiciais, ainda que emanadas das mais altas Cortes, somente servem como orientações facultativas para decisões futuras.

O *civil law*, sistema que preza pelo direito codificado, ensina que a lei emanada do Parlamento é suficiente para garantir a todos os jurisdicionados a tão almejada segurança jurídica, de tal forma que o magistrado se porte como mero *bouche de la loi*, ou seja, um simples declarador da vontade do Legislativo.

Em breve digressão histórica é possível perceber, ainda que em linhas gerais, as causas que culminaram em tal entendimento.

Na França pré-revolucionária, o *Ancien Régime* foi marcado por diversos desmandos, comportamentos autoritários e arbitrários que partiam não só do próprio déspota, como também daqueles que se portavam como seus vassalos.

Neste esteio, o Judiciário, composto à época por integrantes da nobreza aristocrática, atuava como *longa manus* do governante, proferindo decisões cujo objetivo era sempre a manutenção do poder e do *status quo* daqueles que se encontravam nas posições superiores do Estado.

De mais a mais, os juízes exerciam verdadeira relação de propriedade com seus cargos e, assim sendo, buscavam utilizá-los de forma a retirar deles o maior benefício pessoal possível.

Interessante exemplo dessa situação de interferência do Executivo no Judiciário é a própria história de Montesquieu o qual, ao idealizar a Teoria da Separação Orgânica entre os Poderes, se baseou em sua experiência pessoal. Tendo herdado o cargo de juiz de seu tio, Montesquieu logo percebeu que a submissão dos magistrados ao Governante ocasionava a falta de independência para o exercício da jurisdição, situação que logo o levou a renunciar ao cargo e denunciar a parcialidade do Judiciário, concluindo que a separação verdadeira dos Poderes é corolário de um julgamento livre e justo.³

Nos dizeres de Montesquieu:

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.⁴

Desta feita, era natural e até esperado que a população enxergasse os magistrados com certo receio e desconfiança.

Com o advento da Revolução Francesa de 1789 os revolucionários buscaram uma ruptura total e abrupta com o sistema absolutista outrora vigente, sendo que um dos meios para se concretizar uma verdadeira mudança no panorama estatal francês era a limitação dos poderes daqueles que antes deles abusavam.

E assim, além da clara redução dos poderes do rei, limitou-se também a atuação dos magistrados, principalmente, e em especial, pela instalação de uma verdadeira Supremacia do Parlamento.

A forma encontrada pelos revolucionários para atingir seus objetivos foi transferir o poder

¹ Henrique Pandim Barbosa Machado, Advogado Especializado em Direito Processual Civil e Direito Constitucional pela UNIDERP/LFG 2012

² Marcelo Arantes de Melo Borges, Juiz Membro Substituto do TRE-GO, Especialista em Direito Processual Civil e Direito Civil

³ CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 20, p.269.

⁴ MONTESQUIEU, Barão de. Do Espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 157.

absoluto do Executivo para o Parlamento, supervalorizando e divinizando o papel dos representantes do povo francês.

Como bem diz Marinoni: “a supremacia do parlamento objetivou amarrar o juiz ao texto da lei, transformando-o em alguém destituído de poder criativo e de *imperium*”.⁵

Essa postura dos revolucionários franceses, acertada se levarmos em conta o contexto da época, ofertou ao Judiciário somente a quantidade de poder imprescindível para o exercício de suas funções, limitando ao máximo o poder dos magistrados, sob o temor de retorno às barbáries do Antigo Regime.

Logo, só o respeito irrestrito ao texto da lei poderia garantir a proteção e o respeito aos direitos individuais dos cidadãos.

E assim o *civil law*, em suas raízes, vê seu reflexo no juiz da Revolução Francesa, um juiz desprovido de capacidade criativa, submetido totalmente ao texto da lei, praticante de mera atividade subsuntiva (simplesmente encaixando o problema no texto), enfim, um “boca da lei”.

Ao minimizar a atividade do juiz, reduziu-se a importância das próprias decisões judiciais, uma vez que estas simplesmente repetiam o que já estava posto pelo Parlamento. Não havia espaço para precedentes criativos e nem preocupação em se debater a eficácia vinculante da jurisprudência, uma vez que o único instrumento de observância obrigatória era a lei.

Sedutora do ponto de vista lógico, sobretudo levando-se em consideração o histórico de seu surgimento, a ideia de que a submissão total à lei seria capaz de evitar arbitrariedades e garantir a paz social logo se mostrou errônea, ou ao menos insuficiente.

A existência de decisões opostas para situações fáticas iguais trouxe um enorme problema a ser resolvido pelos teóricos da Revolução

Francesa.

Se o juiz somente pode exercer a jurisdição nos estreitos limites do texto legal, é inconcebível admitir sentenças contraditórias. Fato é que elas sempre existiram.

Isso porque mesmo o mais claro dos textos normativos é capaz de dar azo a diferentes interpretações e, portanto, a variadas decisões.

O *civil law* até tentou contornar a situação, atribuindo ao Legislativo a competência para fixar a interpretação correta, bem como instituindo uma *Cour de Cassation*, de natureza inicialmente não jurisdicional, responsável por cassar as decisões que “declarassem equivocadamente a vontade do legislador”.

Fato é que aquele Órgão logo ganhou contornos jurisdicionais, passando a integrar o Poder Judiciário na posição de cúpula.⁶

De toda sorte, para acompanhar as evoluções sociais, o ordenamento jurídico se vê em situação de constante e crescente complexidade. O neoconstitucionalismo, a proliferação de princípios, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e lacunas legislativas, forçaram a aproximação do sistema de direito codificado com o *common law*.

O texto puro e simples da lei não é mais capaz (não se sabe se um dia o fora) de assegurar a estabilidade das relações sociais, a segurança jurídica e a concretização dos direitos fundamentais (individuais, sociais e coletivos) dos cidadãos.

Os juízes, outrora atados ao texto legal, passam a ganhar, ainda que paulatinamente e de maneira sempre um tanto desconfiada, maior poder interpretativo, passando até mesmo a criar o direito com suas decisões (não sem críticas).

Termos como direito jurisprudencial, *stare decisis*, *binding effect*, norma jurídica do caso concreto, *judge-made law*, dentre outros, outrora totalmente estranhos à tradição do *civil law*, passam a ser por

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 50.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pags. 60-61.

este experimentados e vivenciados.⁷

O Brasil, pós 1988, se vê inserido nesse contexto de mudanças. A Constituição Cidadã introduziu no país os ares do neoconstitucionalismo, da afirmação mais forte do que nunca da força normativa e supremacia da Magna Carta sobre todo o ordenamento jurídico brasileiro. Recheada de princípios, normas porosas, conceitos indeterminados e objetivos complexos, marcada com os traços do denominado constitucionalismo contemporâneo, a Carta Constitucional atribui aos juízes papel de extrema relevância na concretização dos preceitos constitucionais.

Também o legislador infraconstitucional passa a se utilizar de cláusulas gerais e conceitos vagos, buscando facilitar a irradiação dos ditames magnos nos diversos ramos jurídicos.

Dignidade da pessoa humana, crença religiosa, convicção política, tratamento desumano, boa-fé, direito adquirido, caráter perpétuo, caráter nacional, populações indígenas, dentre inúmeras outras expressões presentes no texto constitucional e na legislação inferior, demonstram que o juiz *bouche de la loi* tão almejado pelo *civil law* original não pode mais subsistir, diante da necessidade imperiosa de interpretação e concretização de tais conceitos vagos.

Não se diga que quando um juiz define o que se entende por crença religiosa, abarcando aí também o direito de não se ter nenhuma religião, por exemplo, estaria apenas declarando a vontade do legislador. Em verdade, o Constituinte deixou a cargo dos intérpretes constitucionais a concretização de tais preceitos por meio de decisões criativas, e não meramente declaratórias.

Com o nosso sistema se aproximando do direito comum de origem anglo-saxônica, a jurisprudência passa a ser cada vez mais importante e, com isso, aumenta a responsabilidade do Judiciário no exercício da jurisdição.

O grande problema é que os precedentes pátrios sempre foram pensados à luz de um sistema de *civil law* e, por isso, sem mecanismos de coesão próprios do *common law*. Uma decisão que densifica preceitos indeterminados, que cria normas jurídicas para o caso concreto, quando inserida em um sistema pensado para decisões que simplesmente declaram a vontade da lei, gera inúmeras contradições.

Exatamente por isso defende-se a necessidade de uma reformulação do sistema nacional com a valorização dos precedentes judiciais, atribuindo-lhes efeito vinculante como forma de garantir a igualdade e a segurança jurídica.

Deparar-se na prática forense com casos iguais decididos de maneiras totalmente opostas é mais comum do que se possa imaginar, exatamente porque, na concretização das cláusulas gerais e dos princípios constitucionais, abre-se espaço para grande interferência subjetiva do magistrado, que julgará o caso conforme suas pré-compreensões e experiências pessoais (afinal, o indivíduo é composto pelo conjunto de suas circunstâncias).

A dignidade da pessoa humana, por exemplo, pode ser utilizada como argumento pelos defensores do aborto, que a invocarão sob a perspectiva da mãe e, por outro lado, ser utilizado pelos mais fervorosos opositores do mesmo, que se basearão na dignidade do feto. Da mesma forma, o juiz, ao decidir se permite ou não o aborto em determinado caso concreto, poderá seguir um ou outro caminho, e certamente o fará com base em suas experiências e convicções pessoais.

Tal interferência subjetiva é, diga-se de passagem, inevitável, uma vez que a neutralidade do juiz não passa de mera utopia (não há que se confundir neutralidade com imparcialidade, esta sim desejada e esperada de um juiz independente).

A grande questão é o tratamento dado aos precedentes em nosso sistema. Ao adotar o entendimento de que os precedentes possuem mera eficácia persuasiva, permite-se que uma decisão do

⁷ TUCCL, José Rogério Cruz e, *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, por exemplo, possa, em regra, ser desrespeitada por um juiz de primeiro grau, que se valerá de uma suposta independência funcional como escudo para proferir uma decisão natimorta que obrigará a parte a recorrer, abarrotando ainda mais os Tribunais que já se encontram saturados.

Exemplo emblemático da situação acima exposta ocorreu exatamente no Estado de Goiás, onde um juiz de primeiro grau negou o reconhecimento de determinada união homoafetiva, mesmo após o Supremo Tribunal Federal já haver se manifestado sobre a matéria. Um dos argumentos utilizados pelo magistrado não gera maiores surpresas: a divina independência funcional dos juízes.

É certo que os juízes precisam ser independentes no exercício da jurisdição, sob pena de retorno aos já mencionados problemas existentes no Antigo Regime francês. Contudo, a independência funcional deve ser entendida dentro da estrutura do Poder Judiciário, e não como algo a parte.

O magistrado não é uma ilha, mas sim pertence a um sistema estruturado de Justiça, composto por juízes de primeiro grau, Tribunais locais e regionais, Cortes Superiores e Suprema Corte. Esse sistema, para possuir legitimidade social e democrática, deve ser coeso e coerente com suas próprias decisões. Afinal, um Poder que não respeita sequer a si próprio não pode exigir o respeito de quem quer que seja.

E as incoerências ocorrem também, e com grande frequência no âmbito dos próprios Tribunais, os quais constantemente contrariam seus próprios precedentes.

Cláusulas gerais e conceitos porosos, somados a uma “independência funcional” levada às últimas consequências, somente pode resultar em um sistema que estimula a litigiosidade e desacredita ao próprio Judiciário.

Desta feita, em um sistema coerente com

sua própria estrutura, os precedentes dos juízos superiores devem vincular os graus inferiores, criando-se uma jurisprudência capaz de garantir aos jurisdicionados a verdadeira igualdade e segurança jurídica esperadas em um Estado Constitucional Democrático.

Deve-se assim transpor ao sistema brasileiro o *stare decisis* encontrado no direito norteamericano, através do qual as decisões proferidas pelos Tribunais vinculam não só os seus próprios membros como também os juízes a eles subordinados (*binding effect*).

Tal sistema de vinculação, além de fortalecer a jurisprudência, torna o Judiciário um poder coeso, legitimando-o perante os jurisdicionados.

Afinal, se a Carta Magna estabelece a igualdade como direito fundamental de cada indivíduo (artigo 5º, *caput*, CF), não se pode admitir a desigualdade perante as decisões judiciais. Situações iguais merecem as mesmas decisões; casos distintos merecem soluções diversas. Só assim a igualdade material almejada pelo constituinte originário será concretizada.

Nesse sentido leciona Nelson Nery Jr.:

Relativamente ao processo civil, verificamos que o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico. (...) Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.⁸

Mas exatamente aqueles responsáveis por garantir e preservar os direitos do homem acabam gerando, por não respeitarem os seus próprios precedentes, insegurança jurídica e desigualdade.

Casos idênticos decididos de maneiras opostas; precedentes aparentemente consolidados que são transformados do dia para a noite, não há como se esperar um mínimo de segurança jurídica de um sistema que aceite (e até estimule) tamanhas aberrações.

⁸ JUNIOR, Nelson Nery, *Princípios do Processo na Constituição Federal*, 10ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 99

A situação, contudo, vem sofrendo mudanças. Não são poucos os operadores do direito que já se alertaram para tais contradições no sistema jurídico nacional. Em voto-vista antológico proferido no AgRg no REsp nº 382.736-SC, o Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, faz uma séria advertência sobre a necessidade de observância dos precedentes, sob pena de se gerar uma total insegurança jurídica nos jurisdicionados.

Adverte o Ministro de que o próprio Superior Tribunal de Justiça, Órgão do Judiciário responsável por pacificar o entendimento sobre a legislação infraconstitucional, não consegue sequer pacificar internamente sua própria jurisprudência, uma vez que recorrentemente desrespeita decisões anteriores, promovendo constantes viradas de jurisprudência sem maiores reflexões.

Conclui o Ministro, em seu voto, a partir de brilhante comparação o seguinte:

Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia, cheia de pessoas, é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da bóia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina quando todos os passageiros da bóia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados. **(voto-vista do Ministro Humberto Gomes de Barros, proferido no AgRg no REsp nº 382.736-SC).**

Ainda, em outro precedente, desta vez de relatoria do próprio Ministro Humberto Gomes de Barros, o STJ assim decidiu:

EMENTA: PROCESSUAL STJ - JURISPRUDÊNCIA - NECESSIDADE DE QUE SEJA OBSERVADA.

O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo

Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós, os integrantes da Corte, não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la. **(STJ, AgRg nos EREsp 228432 / RS, Corte Especial, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 01/02/2002, publicado no DJ 18/03/2002).**

A ausência de precedentes vinculantes se mostra incompatível com a segurança jurídica.

Se esta situação de insegurança se faz presente no Judiciário como um todo, é talvez na Justiça Eleitoral que a situação sofre um especial agravante.

A Constituição Federal, ao estruturar o Poder Judiciário brasileiro, estabeleceu em seu artigo 92:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:
I - o Supremo Tribunal Federal;
I-A o Conselho Nacional de Justiça;
II - o Superior Tribunal de Justiça;
III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;
V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;
VI - os Tribunais e Juízes Militares;
VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Analisando as disposições constitucionais e, deixando-se de lado o CNJ que não se configura como Tribunal, mas sim como órgão de caráter administrativo, percebe-se que todos os ramos da Justiça, com exceção da Eleitoral, são compostos por membros fixos, com a garantia da vitaliciedade.

A Justiça Eleitoral, por sua vez, não possui quadro próprio de magistrados, uma vez que os juízes eleitorais são “emprestados” de outros órgãos do Judiciário. As composições dos Tribunais

Regionais Eleitorais e Tribunal Superior Eleitoral se renovam, em tese, a cada dois anos, o que dificulta ainda mais a fixação de uma jurisprudência forte e consolidada.

Se nos demais Tribunais, compostos por membros vitalícios que não raro exercem suas funções por 10, 15, 20 anos ou mais, existe dificuldade de pacificação interna no tocante aos precedentes, a dificuldade é potencializada na Justiça Eleitoral.

A composição dinâmica dos Tribunais Eleitorais, aliada a um sistema que não respeita os próprios precedentes, torna ainda mais fértil o terreno para o surgimento de litígios e a geração de insegurança e desigualdade.

De mais a mais, a própria complexidade do sistema judiciário brasileiro facilita o surgimento de contradições entre os Tribunais. Exemplo notório ocorreu com a Lei Complementar nº 135 de 2010, a denominada “Lei da Ficha Limpa”.

O Tribunal Superior Eleitoral decidiu que o supracitado diploma normativo seria aplicável às eleições de 2010, restringindo a candidatura de diversos candidatos que se enquadravam nas hipóteses previstas na lei complementar. Aparentemente a questão se encontrava solucionada.

Esse posicionamento induziu os Tribunais Regionais Eleitorais a trilharem a mesma linha decisória.

Contudo, por se tratar também de matéria constitucional (princípio da anualidade eleitoral), a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal sendo que, após diversos percalços como o empate na votação, a Corte Suprema decidiu pela não aplicação da LC 135/2010 ao pleito de 2010, com fundamento no artigo 16 da Carta Magna.

Todavia, até a decisão final do STF, diversos candidatos haviam tido suas

candidaturas barradas, o que gerou imenso transtorno e conturbações em todo o país.

Um sistema com precedentes vinculantes, no qual os Tribunais observassem suas decisões anteriores, bem como os juízos inferiores seguissem a jurisprudência dos Tribunais, evitaria que mudanças de membros nos Tribunais gerassem alterações abruptas de entendimento.

Por óbvio, não se está a dizer que os precedentes devem possuir uma força vinculante tão forte que impeça a mudança dos mesmos. Contudo, qualquer *overruling* deve ocorrer de forma meditada e após sérias reflexões, de forma que as viradas jurisprudências não sejam frequentes e garantam o mínimo de estabilidade nas relações sociais.

Ainda no tocante à seara eleitoral, o Código Eleitoral estabelece em seu artigo 1º, parágrafo único, o que se convencionou denominar de competência normativa da Justiça Eleitoral, cabendo ao Tribunal Superior Eleitoral expedir instruções (normalmente sob a forma de resoluções) para regular determinados procedimentos relativos ao processo eleitoral.

Desta feita, cabe à Justiça Eleitoral ainda uma maior cautela, devendo a mesma não somente respeitar seus precedentes jurisdicionais, como também suas resoluções administrativas, evitando-se a mudança constante das instruções, uma vez que isso gera insegurança tanto nos candidatos quanto nos cidadãos, que necessitam de regras claras e consolidadas sobre o tratamento dado às eleições, tendo-se em vista que o processo eleitoral é um dos maiores semblantes do Estado Democrático.

Assim, é imprescindível repensar o sistema jurídico brasileiro à luz dos precedentes vinculantes, valorizando-se a igualdade perante as decisões judiciais e garantindo-se a segurança jurídica geradora de estabilidade social, de forma a evitar que mudanças de composições das Cortes judiciais, ou mesmo situações casuísticas, gerem mudanças pouco refletidas de precedentes, o que só gera

litigiosidade e descrédito ao Judiciário pátrio.

Por outro lado, para evitar uma fossilização do próprio ordenamento jurídico, devem ser instituídos mecanismos que permitam a mudança dos entendimentos jurisprudenciais, como o *overruling* e o *distinguishing*, permitindo-se assim que o direito acompanhe as mudanças e evoluções da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 20.

JUNIOR, Nelson Nery, Princípios do Processo na Constituição Federal, 10ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MONTESQUIEU, Barão de. Do Espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

TUCCI, José Rogério Cruz e, Precedente Judicial como Fonte do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.