

As decisões vinculantes (precedentes) da justiça constitucional

André Ramos Tavares

Professor dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da PUC/SP. Livre-Docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da USP. Professor de Direito Constitucional da Pós-Graduação do Mackenzie-SP. *Visiting Foreign Professor* na *Fordham University – New York*; *Visiting Scholar* na *Cardozo School of Law – New York*. Professor Convidado da *Universidade de Santiago de Compostela*. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais.

Palavras-chave: Decisões constitucionais vinculantes (modelo). Justiça constitucional. Poder público.

Sumário: 1 Síntese da proposta de estudo - 2 Os dois grandes modelos de sistemas jurídicos - 2.1 O precedente como instrumento inerente ao modelo judicialista, críticas e possibilidades - 2.2 O precedente nos modelos de Direito legislado com Tribunal Constitucional ou equivalente - 3 Breves anotações sobre algumas particularidades das decisões constitucionais vinculantes no Brasil e no Peru - 4 Assimilação e problemas do precedente (constitucional) no modelo de Direito legislado - 4.1 O problema das fontes do Direito - 4.2 O impacto da decisão vinculante no modelo de sistema aberto de Direito - 4.3 Decisão vinculante, acesso ao Judiciário e duplo grau de jurisdição - 4.4 A independência do Judiciário e a livre convicção do julgador - 4.5 A questão democrática - 5 Alcance orgânico: quem estará vinculado? - Referências

1 Síntese da proposta de estudo

Este estudo pretende abordar as denominadas decisões constitucionais vinculantes (ou precedentes constitucionais).¹ Esta expressão, contudo, é capaz de albergar um sem-número de modelos diversos. Um denominador comum a todos é, certamente, a existência de decisões, adotadas pela Justiça Constitucional, acerca do conteúdo da Constituição e da constitucionalidade de certas leis, decisões que possuem a força da obrigatoriedade para diversos órgãos estatais, em especial para o Judiciário e para a Administração Pública e, em geral, para a própria sociedade.

Reconhece-se, portanto, que há uma forte variação entre os modelos adotados pelos diversos países, sendo mais rigoroso, nessa medida, falar de *modelos* de decisões constitucionais vinculantes, e não apenas em precedentes ou decisões constitucionais vinculantes, como se todos os países pudessem

¹ Há uma dificuldade terminológica no tema que, por vezes, ultrapassa esses limites para se transformar numa diversidade de institutos propriamente dita que recomenda extrema cautela no estudo do instituto. Apesar de se falar em "precedente vinculante", optei, aqui, pela expressão "decisão constitucional vinculante" para identificar o aproveitamento daquele vetusto instituto nos modelos de *civil law* com Tribunal Constitucional de inspiração kelseniana.

ser catalogados sob uma única rubrica a respeito do tema e como se uma abordagem única pudesse enfrentar satisfatoriamente as dificuldades e demandas de cada modelo.

Essa diversidade pode ser facilmente comprovada nos países com forte tradição de Direito legislado, porque, nesses casos, o precedente não é fruto de uma longa tradição, mas sim de normas constitucionais e/ou legais expressas que o criaram, pensadas a cada momento, com forte variação conforme as necessidades históricas da sociedade e o nível de discussão e aprimoramento acerca da Justiça Constitucional e do Estado Constitucional de Direito. Foram as constituintes, os órgãos constitucionais de revisão ou comissões especiais que pensaram, em cada um desses países, os traços e características de seu modelo de decisão constitucional vinculante.

Ademais, as decisões vinculantes podem advir de uma Justiça Constitucional concentrada e abstrata, ou de uma Justiça Constitucional concreta, de cúpula. A diversidade entre a Justiça Constitucional kelseniana e aquela outra de matriz norte-americana, portanto, levará a fortes disparidades quanto à própria compreensão do que seja a decisão constitucional vinculante.

Registradas essas precauções, é possível estabelecer um marco teórico geral, ou seja, abordar a questão a partir de uma perspectiva genérica quanto aos fundamentos primeiros (Estado Constitucional) e finalidades do instituto. Vale, aqui, a lição de Kelsen para a jurisdição constitucional em geral, proposta no seu célebre discurso na sessão de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público (originalmente publicado em francês), ou seja, se de um lado não é possível cogitar de soluções uniformes, universais de jurisdição constitucional, para todas as Constituições, ainda assim é possível estabelecer algumas condições de caráter geral. A tese aqui sustentada está fundamentada, no caso das decisões constitucionais vinculantes da Justiça Constitucional, no pressuposto de que o objetivo técnico de todos modelos de decisões constitucionais vinculantes é idêntico, independentemente da variação tópica dos instrumentos e de seus regimes jurídicos, já que todos modelos se encontram, prioritariamente, vocacionados para a unidade do Direito (regra implícita da vedação de decisões constitucionais contraditórias). Além disso, o fundamento é comum, posto que se adota como pressuposto o Estado Constitucional de Direito alicerçado na Justiça Constitucional como órgão de tutela da Constituição.

Também é possível discutir, dentro de uma perspectiva essencialmente abstrata, alguns dos elementos que podem variar e efetivamente variam,

para fins de estabelecer, a seu respeito, parâmetros, possibilidades, vícios, assimetrias, etc. Assim ocorre, por exemplo, com os órgãos que devem ser considerados vinculados, bem como com o teor das decisões (e seus limites) de vinculação e o significado de decisões vinculantes da Justiça Constitucional para o Estado de Direito.

Não constitui objetivo deste estudo, portanto, analisar, expor sistematicamente e discutir modelos tópicos diversos. Apesar disso, alguns modelos serão lembrados, a título ilustrativo, no desenvolver das discussões e proposições teóricas acima indicadas.

2 Os dois grandes modelos de sistemas jurídicos

A discussão acerca da decisão constitucional vinculante, ou jurisprudência constitucional vinculante, calcada na idéia do precedente, pressupõe, necessariamente como etapa preliminar de fundamentação e contextualização desses institutos, a retomada dos dois grandes modelos de sistemas jurídicos que se conhecem no Ocidente: (i) o modelo do direito codificado-continental (*civil law*); e (ii) o modelo do precedente judicial anglo-saxão (*common law*) de Direito.

Há uma radical oposição e (aparente) incompatibilidade entre os modelos mencionados. Realmente, enquanto o modelo codificado atende ao pensamento abstrato e dedutivo, que estabelece premissas e obtém conclusões por processos supostamente lógicos, objetivos e previamente conhecidos a partir de normas gerais positivadas pelo órgão legislativo, o modelo jurisprudencial obedece, ao contrário, a um raciocínio mais concreto, preocupado apenas em resolver o caso particular (pragmatismo exacerbado), em virtude da fonte essencialmente jurisprudencial do Direito.

Importa, aqui, sublinhar que o modelo do *common law* está fortemente centrado na primazia da decisão judicial (*judge made law*). É, pois, um sistema nitidamente *judicialista*. Essa observação é nota essencial do modelo em si mesmo considerado, e já demonstra desde logo ser um ponto de partida para qualquer discussão sobre precedente constitucional vinculante. Já o modelo baseado no Direito legislado, como é o caso brasileiro, peruano e português, pressupõe normas gerais previamente editadas, em geral por um Parlamento, que servirão como base para a solução dos casos concretos. É, pois, um sistema normativista, e não judicialista, herdeiro, ademais, de uma concepção estatal do Direito (cf. TAVARES, 2000, p. 171-180).

2.1 O precedente como instrumento inerente ao modelo judicialista, críticas e possibilidades

O chamado *precedente* (cf. a doutrina do *stare decisis*) é originado do modelo de *common law*, na Inglaterra, sendo uma decorrência dos pressupostos deste próprio modelo (e dos países que o adotaram, como os EUA), já que baseado está nos costumes jurisprudenciais e não na edição de atos normativos primários pelo Parlamento. Daí também ser conhecido como modelo judicialista.

Nesse modelo o *caso concreto real anterior* já decidido, quando representa a decisão primeira sobre o tema (*leading case*), atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes que devem servir aos demais casos a serem julgados posteriormente e que sejam similares ao primeiro já decidido. O precedente, portanto, é, por decorrência, vinculante. A norma de decisão atual é introduzida a partir dos parâmetros e fundamentos fornecidos pela decisão judicial anterior e não a partir de uma decisão legislativa abstratamente cogitada.

Este aspecto merece, aqui, ser sublinhado, já que há, ainda, certa confusão acerca do instituto, nos países de *civil law*. Como bem apresentam esse tema Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren Praeli, Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez e Arseno Oré Guardia, “Contra lo que comúnmente se cree, no es el decisório el que recibe la calidad de precedente, este más bien recae en el fundamento o elaboración argumental (considerando en nuestro sistema) que sostiene la decisión tomada. Éste recibe el nombre de *ratio decidendi*” (YUPANQUI et al., 2005, p. 46). Não é a parte decisória da decisão já adotada que se torna precedente para os demais casos. O precedente (em seus fundamentos e razão de decidir) haverá de ser seguido nas posteriores decisões, como paradigma, como diretriz de decisão. Assim, “o juiz do caso novo está vinculado pela *ratio decidendi* do caso precedente” (SWEET apud ROSENFELD et al., 2003, p. 138).

Na base desse modelo está a “necessidade” como indicam Jackson e Tushnet, posto que não seria viável ao sistema jurídico funcionar como se cada caso fosse totalmente novo e, além disso, “o verdadeiro conceito de *rule of law* subjacente a nossa Constituição requer tal continuidade ao longo do tempo que o respeito pelo precedente é, por definição, indispensável” (JACKSON; TUSHNET. 1999, p. 31). Portanto, insista-se, falar em precedente é falar de uma decisão necessariamente vinculante *pro futuro*.

Apontam-se, contudo, alguns inconvenientes do sistema de precedentes judiciais, tais como: 1º) eliminação da flexibilidade e capacidade de evolução; 2º) vinculação mais enérgica que a lei (por força do caráter casuístico e, assim, mais detalhista e rigoroso com os casos subseqüentes); 3º) afastamento de uma compreensão ampla das instituições, por apego ao caso concreto; 4º) produção de um conhecimento complexo; 5º) possibilidade de perpetuação do erro, quando o caso-líder padecer de um equívoco (cf. VIDAL, 1992, p. 99-102).

De uma maneira geral, não deixa de haver uma falsa percepção desse modelo, uma vez que a norma do *stare decisis* não é um “comando inexorável”, tanto podendo ser superada (*overruled*) como também questionada sua “incidência” em determinadas condições ou situações novas (*distinguishing*) não previamente consideradas na formação do precedente invocado como aplicável e, como colocou Tribe (2000, p. 248), a superação ocasional dos casos precedentes é um fenômeno natural, pois está conforme a evolução da sociedade na compreensão do quadro apresentado pela Constituição, de seus amplos princípios.

Ademais, uma circunstância específica do sistema constitucional norte-americano levou parte da doutrina a considerar razoável a superação de precedentes pela Corte Constitucional, na exata medida da dificuldade de se proceder à alteração formal da Constituição norte-americana (nesse sentido, dentre outros: TRIBE, 2000, p. 247). O juiz da Corte Suprema norte-americana, Brandeis, no caso *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, em 1932, sustentou, em sua opinião divergente, que *stare decisis* deveria ser aplicada com menor força em questões de interpretação constitucional do que em julgamentos de *common law* (apud TRIBE, 2000, p. 247). Essa orientação passou a ser aplicada pela Corte (*Webster v. Reproductive Health Services*, 1989) havendo quem chegasse a propor simplesmente a não aplicação do *stare decisis* às questões constitucionais.

O distanciamento entre os dois modelos teóricos mencionados tem sido, na prática, diminuído, por força da criação de novos mecanismos e institutos que aproximam esses sistemas. Realmente, a jurisprudência apresenta, hoje, um papel mais ativo, no modelo de Direito legislado, do que jamais se constatou. Ao mesmo tempo, nos países do Direito costumeiro o precedente já não apresenta o mesmo rigor de outrora e a legislação escrita vem ocupando um espaço cada vez maior.

Do ponto de vista teórico, nada impede que, em um modelo de Direito legislado, possa ser criado instituto que reconheça também na jurisprudência uma fonte oficial do Direito de um país. É o que ocorreu em diversos países de Direito legislado, especialmente a partir da introdução de tribunais constitucionais. A criação destes tribunais e, com ela, a aceitação de seus pressupostos próprios, representou um avançar, por parte dos modelos de Direito legislado, em certas características do modelo judicialista.

Contudo, esse paralelismo não deve ficar reduzido à dicotomia precedente tradicional e decisão de Tribunal Constitucional. Nos modelos de direito legislado há, também, a perspectiva de que decisões adotadas em casos concretos, vinculantes, *a priori*, apenas para as partes, possam repercutir seus fundamentos e razões de decidir para além da causa concreta, alcançando o Poder Público e a própria sociedade. Neste caso, a idéia de decisão constitucional vinculante encontra-se muito mais próxima do chamado precedente (norte-americano, por exemplo).

Assim, será equivocado falar em precedente vinculante para representar decisões adotadas pela Justiça Constitucional de matriz kelseniana. Na realidade, a idéia de precedente liga-se, fortemente, à discussão de casos concretos. E todo precedente, nesse sentido tradicional, é vinculante, nos termos apresentados. Ao contrário, na Justiça Constitucional abstrata, a decisão é, necessariamente, vinculante para o futuro, para todos, pois o processo não apresenta partes no sentido processual tradicional. Ademais, a própria decisão (inconstitucionalidade/constitucionalidade) é vinculante, e não seus fundamentos ou raciocínios utilizados.

2.2 O precedente nos modelos de Direito legislado com Tribunal Constitucional ou equivalente

Quando os países de *civil law* passaram a adotar o modelo kelseniano de Tribunal Constitucional, houve uma certa aproximação com os precedentes existentes de há muito no modelo de *common law*. Essa aproximação nota-se no intuito de revestir a autoridade das decisões do Tribunal Constitucional de um grau máximo de respeitabilidade, para o futuro, por parte dos magistrados em geral e da própria sociedade. Note-se, ademais, que os tribunais constitucionais foram introduzidos basicamente em países originados no *civil law*, ou seja, este modelo de Direito passou a receber, em seu seio, uma instituição (Tribunal Constitucional) que demandava um olhar sobre os pressupostos próprios do modelo de *common law*. Enquanto

à idéia de precedente era imanente o propósito vinculante, às decisões da Justiça Constitucional de inspiração kelseniana foi necessário agregar a nota da obrigatoriedade (impositividade) *erga omnes*, própria apenas da decisão legislativa.

Desde o início a proposta de Kelsen acerca da Justiça Constitucional reconhecia nas decisões desta Justiça o atributo de anular os atos normativos impugnados, quando procedente o pedido realizado nesse sentido. Ou seja, Kelsen considerava como uma *consequência da própria decisão* do Tribunal Constitucional o efeito de anular as leis (com eficácia *ex nunc*), o que significa que essa decisão tinha força obrigatória para todas instâncias posteriores.

Assim, pode-se dizer que é também inerente ao modelo de Tribunal Constitucional a idéia-matriz subjacente ao modelo dos precedentes, ou seja, a vinculatividade da primeira decisão sobre o tema, quando se tratasse de dar procedência ao pedido e anular uma lei. Essa decisão da Justiça Constitucional passava a ser, portanto, obrigatória, ou vinculante. Contudo, algumas distinções merecem ser assinaladas.

Os Tribunais Constitucionais foram pensados como uma estrutura externa ao Judiciário e, portanto, como tribunais *ad hoc* do Judiciário. Nesse sentido, tecnicamente, suas decisões não seriam judiciais, embora sejam tomadas conforme o rito judicial. Os precedentes, ao contrário, têm base exclusivamente judicial.

Além disso, nos modelos de Tribunais Constitucionais não se fala mais de caso concreto, como é próprio e inerente ao modelo de precedentes, *v.g.*, nos EUA. Ademais, a vinculação às decisões do Tribunal Constitucional decorre mais da natureza dessas decisões (abstratas) do que da necessidade de criar certa obrigatoriedade em termos de previsibilidade, como ocorre no sistema de precedentes.

A situação da lei após sua declaração de inconstitucionalidade é também diversa (cf. SWEET, apud ROSENFELD, 2003, p. 138-139). Isso porque a Corte Suprema dos EUA, ao proceder apenas um controle concreto-difuso, declara a inconstitucionalidade da lei para o caso concreto e, por força do precedente vinculante, a lei se torna não impositiva, mas não é abolida, juridicamente falando. No caso dos tribunais constitucionais, ao contrário, a declaração de inconstitucionalidade significa a abolição imediata da lei pelo Tribunal Constitucional (idéia de legislador negativo apresentada por Kelsen). Aqui, como foi anotado anteriormente, a decisão, na Justiça Constitucional de matriz kelseniana, importa mais que seus

fundamentos, havendo, inclusive, forte divergência acerca da vincutividade dos fundamentos. Essa distinção é crucial para compreender a medida do afastamento entre os dois modelos, ou seja, os limites imanentes à tentativa comparatista e aproveitamento das experiências acumuladas em ambos os modelos. A aproximação é, portanto, possível, mas enfrenta limites claros.

Por fim, e como decorrência do que ficou dito acima, lembra Sweet, as decisões dos “tribunais constitucionais de modelo europeu são *erga omnes* (vinculam todos), enquanto aquelas da Suprema Corte dos EUA são mais certamente vinculantes para as partes do caso decidido” (SWEET, apud ROSENFELD, 2003, p. 138).

Portanto, a aproximação entre os dois modelos só pode ocorrer de maneira muito genérica e, por isso, imprecisa. Por vezes, a transposição das lições de um modelo para outro será imprópria e inadequada. Em síntese, pode-se estabelecer que, quando se fala em precedente constitucional nos modelos de Direito legislado e com Tribunais Constitucionais ou equivalentes (salas constitucionais e cortes supremas com função de controle abstrato de constitucionalidade) não se trata propriamente do precedente como é conhecido e praticado nos países de *common law*, especialmente nos EUA. Mas na sua essência o modelo de precedentes foi útil para conferir visibilidade e impositividade máximas às decisões da Justiça Constitucional de matriz kelseniana recém-inaugurada. De outra parte, o modelo de precedentes é muito próximo dos países de Direito legislado que sigam a tradição norte-americana de Justiça Constitucional concreta com uma Corte Suprema e atribuam efeito vinculante às decisões tomadas nesse âmbito concreto.

3 Breves anotações sobre algumas particularidades das decisões constitucionais vinculantes no Brasil e no Peru

No Brasil, foi introduzido, em 1993, por meio de Emenda à Constituição de 1988, o chamado efeito vinculante para decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, órgão que se encontra no ápice da Justiça Constitucional no Brasil. Embora não se trate de um Tribunal Constitucional kelseniano, está autorizado a realizar controle abstrato-concentrado de constitucionalidade em conjunto com o controle concreto de matriz norte-americana. O referido efeito vinculante foi adotado com exclusividade para as ações de controle abstrato.

Isso foi feito apesar de a Constituição brasileira já contemplar o efeito *erga omnes* para essas mesmas decisões. A seguir, a Lei nº 9.868, de 1999, confirmou esse mesmo efeito vinculante para todas decisões

da Corte Constitucional proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, considerando-o como um *plus*² em relação ao efeito *erga omnes*. Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 45, em 2004, foi criado instituto novo, mas com o mesmo efeito, denominado “súmula vinculante”, que permite ao Tribunal referido editar enunciados escritos a partir de decisões concretas anteriores, e atribui a esse enunciado assim redigido o efeito vinculante próprio das decisões (precedentes) vinculantes.

Embora já em 1998 me houvesse manifestado favoravelmente à composição desse efeito no Direito brasileiro, não se pode negar que a celeuma é, ainda hoje, grande. Há quem condene radicalmente a adoção de qualquer efeito vinculante, como Dalmo Dallari (1996, p. 62-65, 68-72). E, ainda, há quem, dedicando-se ao estudo específico do tema da súmula vinculante, também chegue a idêntica conclusão, como Lênio Luiz Streck (1998, p. 245 et seq.). De outra parte, são favoráveis à adoção de efeito vinculante autores como Victor Nunes Leal (1981, p. 10) e Rofolfo de Camargo Mancuso (1999, p. 297 et seq.).

As aproximações entre súmula vinculante e precedente norte-americano foram inevitáveis por parte da doutrina brasileira, embora não haja identidade entre os institutos. A súmula vinculante constitui, nessa medida, uma tentativa de conferir efeito vinculante para decisões e, em especial, para seus fundamentos, quando adotadas reiteradamente em casos concretos similares. Uma tentativa de estabelecer um precedente que é, em certa medida, identificado num novo texto, redigido pela Corte Constitucional, e não a partir das análises posteriores do precedente.

No Peru, a Constituição determina, em seu art. 204, que “la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto”.

Como anota Tupayachi Sotomayor (2007, p. 66): “(...) el carácter vinculante de la sentencia del TC (...) es exigible no sólo de las partes del proceso, sino a todos los órganos constitucionales y para todos los casos futuros, no solo por lo dispuesto en el fallo de la sentencia, sino también en los fundamentos y consideraciones de la misma”.

Existe um Código Processual Constitucional (Lei nº 28.237/04) no Peru, que em seu Título Preliminar, art. VII, estabelece ainda acerca do

² Não é este o local para reproduzir a larga discussão, na doutrina e jurisprudência brasileiras, a respeito do sentido e alcance do efeito vinculante, e de sua distinção quanto ao também existente e tradicional efeito *erga omnes*.

tema que “las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho e de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

O modelo peruano apresenta um grande interesse para estudo comparado, considerando que se pretendeu superar parcela das dificuldades encontradas no chamado precedente constitucional vinculante, quanto à “regra” que deve ser extraída da decisão e que deve ser considerada como vinculante. Logo, pode-se concluir que o modelo peruano se distancia do que tradicionalmente se entende como precedente (nesse sentido: GRÁNDEZ CASTRO, 2007, p. 99, que fala de um afastamento radical, mas que não chega a desfigurar por completo a idéia do precedente, pois, do contrário, tratar-se-ia de outro instituto). Há, ademais, uma clara distinção quanto à exigência de indicação da parte da decisão que se deve considerar vinculante, um dever funcional do próprio Tribunal, ao decidir.

Como advertem Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren Praeli, Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez e Arseno Oré Guardia (2005, p. 46-47), “(...) el gran reto de la doctrina está en que la identificación de lo que constituye la *ratio decidendi* no es precisa por parte del órgano que la expide, lo que permite que, en la eventualidad de que el órgano inferior deba someterse al precedente vinculante, se encuentre en la posibilidad de ‘interpretar’ su contenido y alcances, con lo cual se pierde la certeza, que es el objetivo principal del instituto. (...)”

“Esa es la razón por la que se há optado porque sea el propio Tribunal quien determine qué fundamento, principio, aforismo o tan solo contenido o emanado de la sentencia, tiene la calidad de *ratio decidendi* y, por lo tanto, ejerce su efecto vinculante sobre los órganos inferiores.”

A atribuição dessa prerrogativa ao Tribunal Constitucional fez com que este fosse considerado uma espécie de “legislador jurisprudencial” (GRÁNDEZ CASTRO, 2007, p. 93).

Contudo, no próprio Peru, fornece a doutrina alguma crítica a essa diretriz constante da lei processual constitucional, na medida em que o art. VII não poderia (e nem seria desejável para tribunais constitucionais) impedir um alcance maior das interpretações com força vinculante. Assim, o uso do formato contemplado no art. VII pode ser compreendido

como sendo apenas uma espécie de precedente vinculante facilmente (e formalmente) identificável (GRÁNDEZ CASTRO, 2007, p. 95), que não exclui e nem deveria excluir a capacidade “vinculante” de outros argumentos e razões de decidir utilizados pelo Tribunal Constitucional, elementos estes que não foram indicados formalmente pelo próprio Tribunal Constitucional para fins do art. VII. A crítica, portanto, dirige-se ao formalismo excessivo introduzido pelo art. VII, em que pese a nítida pretensão de fornecer maior segurança jurídica em termos do que há para considerar-se como vinculante em futuras decisões. Em outras palavras, se de uma parte é importante identificar com a maior objetividade e clareza possíveis as “regras” constitucionais às quais todos estão vinculados, de outra parte, a técnica adotada para alcançar essa finalidade, qual seja, a identificação expressa, na decisão, da parcela que há de ser vinculante, acaba regressando a um formalismo excessivo, e a uma crença na capacidade pacificadora de uma identificação que, além de meramente formal, é expressa por palavras, sempre passíveis de várias outras interpretações.

Quando o Tribunal Constitucional tenha indicado algum motivo, tese ou interpretação como precedente constitucional vinculante, mas em contradição com os argumentos desenvolvidos na própria decisão, ou sem qualquer explicação ou argumentação que pudesse conferir sentido ao suposto precedente, este não deve ser considerado como um verdadeiro precedente vinculante, apesar da indicação expressa do Tribunal nesse sentido (cf. GRÁNDEZ CASTRO, 2007, p. 99). Reforça essa conclusão a circunstância de se seguir a idéia de precedente em sua essência, com o mínimo de identidade que o diferencia de outros institutos. O precedente advém da racionalidade da decisão, devendo ser afastado no caso.

4 Assimilação e problemas do precedente (constitucional) no modelo de Direito legislado

Poder-se-ia, em síntese, colocar as seguintes indagações, quando se passa a adotar a tese da decisão (precedente) constitucional vinculante para Estados baseados no Direito positivo legislado: (i) a jurisprudência pode ser elencada dentre as fontes do Direito também no modelo de *civil law*? (ii) O precedente constitucional vinculante cria a temível casta dos “juízes legisladores”?; (iii) o sistema jurídico torna-se insuportavelmente fechado e inflexível com a adoção desse modelo de precedentes?; (iv) o princípio do duplo grau de jurisdição fica suprimido?; (v) a independência dos

órgãos fracionários do Poder Judiciário é eliminada?; (vi) a soma desses fatores ocasiona um aumento do déficit de legitimidade do Judiciário? (cf. TAVARES, 2009, p. 399).

4.1 O problema das fontes do Direito

Parte-se, aqui, da observação de Kelsen, embora sem encampar sua teoria positivista ou seus pressupostos positivistas, de que a tarefa judicial é uma fase complementar necessária dentro do ciclo (ou linha) da produção normativa (KELSEN, 1960, p. 255-256). Em outras palavras, também o magistrado cria Direito, e não apenas o legislador (nem tão-somente por ditar a “lei” para o caso concreto). O significado do Direito positivo não se extrai dele próprio, mas antes é construído pelo operador do Direito, dentro, entre outros, dos limites do texto legal e a partir do caso concreto.

Portanto, é falsa a idéia, reiteradamente afirmada, de que só o Legislativo cria o Direito. Já vai longe a época em que se pretendia reduzir o magistrado a mero autômato, como no modelo proposto por Montesquieu, no qual “os magistrados de uma nação não são mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados”. Trata-se de verdadeira concepção iluminista de lei, atrelada a uma idéia mecanicista de função judicial, influenciada pela teoria mecânica de Newton. Mais do que isso, o dogma em torno da superioridade absoluta da lei traduzia-se numa opção ideológica pela qual a burguesia emergente pretendia sufocar qualquer possível espaço de atuação livre tanto da realeza quanto da magistratura, esta por haver sido cúmplice daquela, como bem lembra Blackstone.

Para autores como Cappelletti (1993, p. 81), que no particular segue a teoria original do próprio Kelsen quanto à posição do Tribunal Constitucional, quando os tribunais operassem com o poder de emanar diretivas gerais vinculantes, aproximar-se-iam mais de uma *competência legislativa* do que judiciária, especialmente quando isso ocorresse em sede de controle abstrato de constitucionalidade (“sem qualquer conexão com determinado caso concreto”).

A criação de “diretivas” gerais, de “súmulas” (enunciados) do pensamento (concretização) do Tribunal, para serem generalizadamente assumidas pelos demais centros de “poder”, constituem, inegavelmente, uma atuação propositiva. Mas fica evidente a distinção com o legislador quando se anota que a este é conferido amplo leque de opções políticas que pode adotar, de maneira relativamente discricionária, enquanto o magistrado está circunscrito a um quadro limitado de opções válidas, e jungido, em sua

função, à necessidade de as fundamentar e justificar pormenorizadamente a partir e dentro de um caso concreto (real ou hipotético).³

4.2 O impacto da decisão vinculante no modelo de sistema aberto de Direito

Na medida em que a decisão constitucional vinculante só faz sentido quando se reconhece a ela o objetivo de proceder a uma padronização (equalização) da jurisprudência posterior sobre casos concretos idênticos, bem como das decisões posteriores da Administração Pública, sua adoção é oportuna na medida em que possa impedir os conflitos de decisões dentro do próprio Judiciário ou da Administração, que, além de macularem a imagem do Poder Público e particularmente do Estado de Direito, muito pouco contribuem para a segurança jurídica, chegando mesmo a negar o princípio da isonomia de tratamento aos cidadãos, e correlata necessidade de coerência de qualquer sistema jurídico. Portanto, não se pode ignorar que esse modelo permite assegurar direitos fundamentais.

Grande questionamento teórico que é apresentado a esse modelo de decisão constitucional vinculante é o de que ela estaria a promover um indesejável fechamento do sistema, tornando-o cego e inflexível.

A adoção, pelo sistema jurídico, desse modelo de precedente, não deve significar a impossibilidade de mudança. Em diversos países que adotaram esse modelo, como o Brasil, a possibilidade de mudança faz parte do próprio modelo (previsto expressamente na Constituição escrita).

Na realidade, a decisão constitucional vinculante busca a eliminação das antinomias do sistema. Objetiva-se, em outras palavras, alcançar a coerência, que deve haver no Direito. A unidade do Direito é um ideal jurídico.

Justamente por se tratar de um sistema pautado pela isonomia e identidade das fontes de comando (os textos normativos são os mesmos) é que o Direito precisa eliminar, na medida do possível, as contradições internas que eventualmente ocorram (em seus órgãos oficiais de execução do Direito). O sistema jurídico não está isento, pois, de conter elementos contrários dentro de si. Esse é um dado não só possível como admitido pelas mais diversas constituições (ao preverem, por exemplo, o controle de constitucionalidade). O que se faz imperioso é eliminar os já existentes e prevenir o surgimento de outros. A preocupação com eventuais

³ Para uma discussão crítica sobre a proposta de Kelsen de reconhecer no Tribunal Constitucional um legislador negativo, seguida, no particular, por Cappelletti, ao pretender a aproximação do Tribunal com as funções do Parlamento, cf. TAVARES, p. 825-846.

incongruências internas é de alta relevância, pois as incompatibilidades normativas intra-sistêmicas podem custar ao ordenamento jurídico sua própria existência por falência total de legitimidade.

4.3 Decisão vinculante, acesso ao Judiciário e duplo grau de jurisdição

Cumpre, ainda, enfrentar o seguinte questionamento: a decisão constitucional vinculante suprime as garantias fundamentais do processo judicial, como o duplo grau de jurisdição?

O argumento central aqui é o de que os tribunais passariam a simplesmente não admitir os recursos quando estivessem fundamentados contrariamente ao entendimento já adotado em precedente constitucional vinculante ou buscassem solução que divergisse daquela anteriormente adotada no precedente. Em um raciocínio de aplicação mais rigorosa do precedente constitucional, este impediria o próprio exercício do direito de acesso ao Judiciário, na medida em que o argumento ou a pretensão buscada pelo interessado fosse frontalmente contrária a algum precedente constitucional vinculante.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, documento ratificado pelo Brasil e diversos outros países, assegura, em seu art. 8º, n. 2, que durante o processo toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: “(...) *h*) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

Mas, quanto a este preceito (comumente invocado), é preciso recordar que o direito de recorrer não se confunde com o duplo grau de jurisdição. É que o duplo grau impõe, necessariamente, a possibilidade de reexame total da matéria já analisada em um primeiro momento, o que não está garantido pela simples previsão de recursos, incorporada pelo Pacto, e que pode estar circunscrita à possibilidade de revisão exclusivamente da matéria de fato.

4.4 A independência do Judiciário e a livre convicção do julgador

Por fim, cumpre verificar se a adoção de um modelo de decisão constitucional vinculante (e suas inevitáveis variantes) constitui uma camisa-de-força para as instâncias judiciais e para a função primordial do Judiciário. A esse respeito, o precedente vinculante estaria a criar o “juiz boca do Tribunal Constitucional” (GRÁNDEZ CASTRO, 2007, p. 100), para atualizar a conhecida expressão de Montesquieu.

A respeito da independência e liberdade da magistratura em face do precedente constitucional vinculante, é necessário ponderar que: (i) ao magistrado sempre restará avaliar se aplica ou não um específico precedente a determinado caso concreto (operação de verificação ou concretização do Direito), o que é amplamente reconhecido nos *precedents* do Direito norte-americano; (ii) também o próprio precedente constitucional é passível de sofrer uma interpretação, porque vertido em linguagem, tal qual as leis em geral.

No modelo clássico de *stare decisis* os casos concretos estão inevitavelmente incorporados à regra do precedente, formando a “base” para a decisão posterior, o que deve ser adotado em todos modelos que pretendam incorporar, ainda que com adaptações ou modificações mais substanciais, a idéia de precedente constitucional vinculante.

Quanto a (ii), o certo é que o precedente constitucional vinculante promove, no máximo, uma redução da margem de subjetividade possível, pois não deixa de ser um possível comando passível de nova concretização e interpretação, admitindo uma nova leitura “subjetiva” diversificada (cf. REYNOLD, 1967, p. 28).

O tema, ademais, entronca com a necessária unidade do Direito, já mencionada em tópico anterior. Não se tem um Judiciário pelo Judiciário, mas sim um Judiciário a serviço da sociedade e do Direito (que igualmente se volta para a sociedade). Não se pode pretender sustentar posições extremas unicamente em nome de uma possível “dignidade” do Judiciário, enquanto a sociedade sofre as conseqüências do inadequado funcionamento do aparelho judicial.

Como sustentar que na livre convicção do magistrado (que é essencial à própria sobrevivência do sistema, e só por isso existe como princípio) esteja contida a liberdade arbitrária do magistrado, a discordar dos posicionamentos já amplamente fixados sobre o Direito posto (e que conduziriam à derrocada do próprio sistema jurídico)? Só uma confusão entre referidos conceitos poderia conduzir ao posicionamento radical de oposição plena a qualquer modelo de precedente constitucional vinculante.

4.5 A questão democrática

É comum a lembrança, por ocasião do estudo deste tema, da suposta falta de legitimidade do Judiciário. Na realidade, como se nota, o problema transcende este tema, e diz respeito à própria atuação da Justiça Constitucional (de única ou última instância), na realização (e construção)

do Direito. Sobre o delicado e complexo assunto muito já se escreveu e não é este o momento adequado para repor os termos dessa discussão. Basta, aqui, assinalar aqueles que provavelmente são os argumentos mais fortes pró-legitimidade: (i) a própria Constituição, fruto da vontade soberana de uma sociedade, admite os termos em que a Justiça Constitucional pode e deve atuar, inclusive vinculante outros órgãos estatais; (ii) a capacitação técnica é uma das melhores formas de legitimidade; (iii) a promoção dos direitos fundamentais não deve depender da formação de maiorias conjunturais (legitimidade pela representatividade eletiva), pois a legitimidade democrática não depende apenas da formação de maiorias votantes.

Objecção pertinente considera que as próprias decisões adotadas pelo poder constituinte não foram reforçadas com o efeito vinculante, quer dizer, a Constituição deixou de adotá-lo para suas normas, sendo apenas aplicável às decisões da Justiça Constitucional, conferindo a estas, pois, escandalosa e paradoxalmente, um grau máximo de força normativa. Essa seria, sem dúvida, uma grave distorção do sistema, que aparenta conferir maior preocupação (e proteção) às decisões da Justiça Constitucional do que às decisões do constituinte. Contudo, na medida em que aquele seria o legítimo representante deste (e de suas decisões), a dificuldade vislumbrada inicialmente se dissipa.

5 Alcance orgânico: quem estará vinculado?

A discussão sobre os órgãos que estão compreendidos pelo “vinculante”, ou seja, que são vinculados aos precedentes constitucionais, além das eventuais partes dos processos que ensejam esses precedentes, pode variar fortemente de Estado para Estado. Isso, contudo, não impede, nos termos em que foi sublinhado inicialmente, que se criem algumas diretrizes teóricas e alguns limites práticos para qualquer cenário estatal, parcela do que seria uma teoria geral dos precedentes constitucionais vinculantes.

Viabilidade da constante e total divergência, na atividade jurisdicional de magistrados, quanto à decisão ou precedente constitucional vinculante, adotado por uma Suprema Corte ou por um Tribunal Constitucional, gera: (i) falência generalizada da capacidade pacificadora do Direito; (ii) descrédito da Justiça Constitucional enquanto defensora da Constituição e, por conseguinte, descrédito desta; e (iii) aumento do volume de processos e do tempo necessário para alcançar a decisão, mesmo sabendo-se estar esta previamente determinada pela “regra” de Direito

admitida (precedente). O cenário assim criado beneficiará, em nome de uma abstrata e mal compreendida liberdade jurisdicional, aqueles que pretendem fazer da Justiça um mecanismo de contenção dos direitos já consolidados.

Houve quem propusesse, no Brasil, como Mazzilli (1997), que o efeito vinculante (no caso, das súmulas) fosse vinculante apenas para o Poder Público no sentido de excluir o Judiciário desse dever de obediência, ou, dito de outra forma, reduzindo o sentido e alcance do “vinculante”. Proposições como essa, contudo, não parecem consistentes com a idéia geral do modelo de Estado baseado no precedente constitucional vinculante. O Estado seria, nesses casos, bipartido, para fins de ser vinculado às denominadas súmulas apenas o Estado-administrador, quando se sabe que muitas vezes este tem de executar o que o Estado-juiz determina. Logo, se este último não está vinculado, aquele outro poderá também distanciar-se do entendimento sumular sufragado, desde que amparado em alguma decisão judicial oficial.

A extinta URSS adotou-a, para seu Supremo Tribunal, por meio de lei, com base na competência estabelecida no art. 153, *in fine*, da Constituição. Foi declarado, assim, o caráter obrigatório das diretrizes que o Pleno do Supremo Tribunal direcionava aos demais tribunais (tendo por objeto as dificuldades de aplicação das leis). Ademais, o Supremo Tribunal detinha o poder de exigir o cumprimento dessas diretrizes pelos demais tribunais, conforme bem lembraram Kudriáv'tsev, Lukiánov e Shajnazárov (1982, p. 310). Essa vinculação judicial não deveria ser eliminada nos modelos práticos e reais de precedentes constitucionais vinculantes.

No Peru, Grández Castro considera que o precedente não identificado formalmente pelo Tribunal Constitucional vincula, ainda assim, o Poder Judiciário, e o precedente vinculante propriamente dito tem alcance geral e com máximo nível, ou seja, nível de norma constitucional (GRÁNDEZ CASTRO, 2007, p. 96).

No Brasil, a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a vinculação alcança a Administração Pública (tanto a Administração Direta como Indireta) e os *demais* órgãos do Poder Judiciário. Esta última expressão deixa claro que o órgão máximo da Justiça Constitucional no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, não está vinculado ele próprio às suas decisões constitucionais vinculantes, podendo promover uma revisão geral de seu posicionamento anteriormente adotado.

Referências

- ABAD YUPANQUI, Samuel B. et al. *Código Procesal Constitucional: Estudio Introductorio, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*. 2. ed. Lima: Palestra, 2005.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Os acórdãos com força obrigatória geral do tribunal constitucional como fontes do direito. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 16, n. 1-2, p. 215-229, dez. 1987.
- BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*. Chicago: The University of Chicago Press, 1979. v. 3.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. Título original: *Giudici Legislatori?* (Estudo dedicado à memória de Tullio Ascarelli e Alessandro Pekelis).
- CUNHA, Sérgio Sérulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. Las “Peculiaridades” del Precedente Constitucional en el Perú. In: CARPIO MARCOS, Edgar; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. *Estudios al Precedente Constitucional*. Lima: Palestra, 2007.
- JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law*. New York: Foundation Press, 1999.
- KELSEN, Hans. La Garantie Jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle). *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 61 p. abr./maio/jun. 1928. Extrato.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Traduzido por Reine Rechtslehre, 1960. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- KUDRIÁVTSEV, V. N.; LUKIÁNOV, A. I.; SHAJNAZÁROV, G. J. (Org.). *Constitución del País de los Soviets — Diccionario*. Tradução para o espanhol de L. Vládov. Moscou: Editorial Progreso, 1984. Original: 1982.
- LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do S.T.F. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 145, Bibliografia: p. 1-20, jul./set. 1981.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. As súmulas vinculantes. *O Estado de S.Paulo*, São Paulo, 21 out. 1997. p. A-2.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Sécondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Traduzido por Fernando Henrique Cardoso. Brasília: Ed. UnB. Título original: *De l'Esprit des Lois*.
- REYNOLD, Frederic. *The judge as lawmaker*. London: MacGibbon & Kee, 1967.
- ROSENFELD, Michel et al. *Comparative Constitutionalism: cases and materials*. St. Paul: West Group, 2003.

- STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: C. Bastos, 1998.
- TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Método, 2007.
- TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar. *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en SUS cincuenta años como investigador del derecho. México: Marcial Pons, 2008.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TAVARES, André Ramos; BASTOS, Celso Ribeiro. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. New York: Foundation Press, 2000. v. 1.
- TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny. *Ensayos de Derecho Constitucional General*. Arequipa: Adrus, 2007.
- VIDAL, Felix Calvo. *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*. Valladolid: Lex Nova, 1992.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TAVARES, André Ramos. As decisões vinculantes (precedentes) da justiça constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 15-33, jul./set. 2009.