

O precedente judicial e a responsabilidade institucional dos juizes

Rodrigo Dornas de Oliveira¹

Sumário: 1 Introdução. 2 A função e a força institucional do direito. 2.1 A função do direito. 2.2 A força moral do direito. 2.3 A responsabilidade institucional dos juizes. 3 Conclusão. Referências

Resumo

Partindo da análise de recentes decisões do Ministro Marco Aurélio Mello do Supremo Tribunal Federal, e invocando a lição de positivistas jurídicos contemporâneos como Joseph Raz, Scott Shapiro, Wil Waluchow e Jeremy Waldron, este artigo pretende sustentar que os juizes, ao proferir suas decisões, são institucionalmente responsáveis por manter a unidade e a integridade da Corte que integram e do sistema jurídico como um todo, sob pena de lesão ao princípio do estado de direito.

Palavras-chave: Precedente judicial. Responsabilidade institucional. Estado de Direito. Positivismo jurídico.

1 Introdução

O sistema jurídico brasileiro vem passando por alterações em direção a uma prática jurídica baseada em precedentes judiciais, o que culminou com a introdução no ordenamento jurídico do *novo* art. 926 do Código de Processo Civil, o qual afirma que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

O prescritivo legal não é trivial, por mais que possa parecer. O atual paradigma judicial, notadamente aquele vigente nos tribunais superiores, alcança o ápice de uma tradição que advém desde os tempos mais remotos do país. Como bem aponta Thomas Bustamante (2012), desde a utilização, no nosso sistema jurídico, dos assentos portugueses, passando pela criação, em 1964, das súmulas persuasivas elaboradas pelo Supremo Tribunal Federal, o sistema processual brasileiro está alicerçado na criação de normas gerais e abstratas provenientes do Judiciário - ressalva-se, aqui, o período em que os assentos eram produzidos pelo próprio Rei de Portugal.

Porém, desde a reforma do Judiciário trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e, logo em seguida, com a reforma do Código de Processo Civil em 2006, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça passaram a objetivar ainda mais suas decisões, no sentido de que os casos concretos são muitas vezes deixados de lado para que sejam criadas teses abstratas e gerais, como ocorre no julgamento de casos de repercussão geral e recursos repetitivos. O caminho parece ainda mais certo com a criação, no âmbito dos tribunais estaduais e regionais, dos chamados Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas.

Sem embargo, a prática jurídica adotada por alguns juizes do país parece ainda não estar calcada no atual paradigma de força dos precedentes. São encontradas decisões diárias conflitantes com decisões anteriores firmadas por tribunais superiores ou, em alguns casos, com decisões de ministros do Supremo Tribunal Federal que não observam os precedentes criados pelo plenário ou pelas turmas que integram, os chamados precedentes horizontais.

Além disso, há decisões que acabam por alterar precedentes consolidados há muito tempo, surpreendendo a comunidade com medidas que modificam por completo o entendimento até então vigente, impedindo que o direito possa exercer uma de suas principais funções, qual seja a de fornecer aos indivíduos razões para agir em meio aos desacordos morais presentes na sociedade.

Um caso importante, em que ambas as situações ocorreram, no âmbito do STF, é o da prisão criminal após o julgamento em segundo grau. Como se sabe, em fevereiro de 2016, aquela Corte Suprema decidiu o *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, afirmando que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal”.

Deixando de lado a discussão quanto ao acerto ou não da decisão - em que pese ser importante deixar claro que há regra constitucional expressamente contrária ao entendimento firmado pelo STF -, a mudança de posição deu-se em um caso concreto, processo subjetivo em que não houve participação da sociedade. A decisão tampouco foi precedida de qualquer aviso a respeito da vindoura alteração do precedente firmado no *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, em fevereiro de 2009, quando a Corte assentou que o princípio da presunção de inocência era incompatível com a execução provisória de sentença penal, ou seja, antes de seu trânsito em julgado não seria possível sua execução.

¹ Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Assessor Jurídico da Assessoria Jurídica da Presidência. Pós-Graduado em Direito Constitucional pelo IEC PUC-Minas. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Fica claro que a mudança de posicionamento, em que pese legítima do ponto de vista da autoridade conferida à Suprema Corte para interpretar a Constituição da República, acaba por levar a um ambiente de incerteza, pois uma interpretação *contra legem* foi levada a efeito sem um prévio debate na sociedade e na comunidade jurídica. Seja como for, posteriormente, o STF reafirmou o novo precedente no julgamento, em plenário virtual, do Recurso Extraordinário nº 964.246/SP.

Todavia, ao decidir o *Habeas Corpus* nº 138.337/SP², o Ministro Marco Aurélio Mello contrariou o precedente firmado e, monocraticamente, suspendeu a execução provisória de sentença penal já decidida em segunda instância, utilizando-se dos seguintes argumentos:

Não se pode potencializar o decidido pelo Pleno no *Habeas Corpus* nº 126.292, por maioria, em 17 de fevereiro de 2016. Precipitar a execução da pena importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis. Conforme dispõe o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, a culpa surge após alcançada a preclusão maior. Descabe inverter a ordem natural do processo-crime - apurar-se para, selada a culpa, prender-se, em verdadeira execução da reprimenda.

Ao tomar posse neste Tribunal, há 26 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do País, e não me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo. O julgamento virtual, a discrepar do que ocorre em Colegiado, no verdadeiro Plenário, o foi por seis votos a quatro, e o seria, presumo, por seis votos a cinco, houvesse votado a ministra Rosa Weber, fato a revelar encontrar-se o Tribunal dividido. A minoria reafirmou a óptica anterior - eu próprio e os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida República! Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d'alma, segundo ciência e consciência possuídas, presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual - segundo a composição do Tribunal -, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana.

Vê-se que a opção por não obedecer ao precedente firmado pelo plenário e sua posterior confirmação em plenário virtual, foi consciente. Novamente, não se discute aqui o acerto da decisão, mas o prejuízo que tal modo de conduta causa ao sistema de precedentes, especialmente no estágio atualmente vigente. Situações como a descrita levam, inexoravelmente, a uma situação de incerteza jurídica que não pode ser acolhida pelo sistema jurídico.

Na primeira seção deste trabalho, sustentando as teses positivistas da preempção (Joseph Raz) e do propósito moral do direito (Scott Shapiro), pretendo demonstrar que o direito fornece razões para o agir dos indivíduos que superam suas próprias razões em momentos de incertezas ou desacordos morais profundos. Apresentarei, ainda, com Wil Waluchow, a tese de que somente uma parcela da sociedade - na verdade, uma parcela dos juízes - possui autorização para mudar os precedentes judiciais. Sua teoria da força institucional do direito demonstra que aqueles que não estão autorizados a mudar o direito somente possuem uma obrigação moral de decidir (no caso dos juízes) ou atuar (no caso dos demais cidadãos) conforme os precedentes firmados.

Em seguida, será trabalhada a tese da abordagem em camadas de Jeremy Waldron, para quem um sistema de precedentes que se pretenda de acordo com o princípio do estado de direito deve servir para garantir a estabilidade do direito e proteger as expectativas criadas por decisões anteriores, cabendo ao juiz subsequente à formação do precedente atuar como parte de uma instituição.

Concluirei afirmando que a visão apresentada obriga os juízes a manter suas decisões, a não ser que haja alguma modificação jurídica ou fática capaz de alterá-las, bem assim que os juízes em posição inferior possuem a obrigação moral e jurídica de respeitar os precedentes, ainda que não concordem com eles.

2 A função e a força institucional do direito

2.1 A função do direito

O contemporâneo desenvolvimento do positivismo jurídico esclarece bem alguns dos motivos pelos quais o direito é uma estrutura normativa necessária ao funcionamento das sociedades. Ao estabelecer sua teoria acerca da normatividade do direito, Joseph Raz apresenta a chamada tese da preempção. Para ele, o agir racional está baseado numa análise das diversas razões disponíveis, cabendo ao agente sopesá-las a fim de escolher qual a melhor. Contudo, o direito, ao reivindicar autoridade, acaba por fornecer razões para o agir do cidadão que substituem suas próprias razões, motivo pelo qual ele as chama de razões

² Há, ainda, diversas outras recentes decisões no mesmo sentido, tais como as proferidas no *HC* nº 142.378/SP e no *HC* nº 145.380/SP, ambas publicadas em 4/8/2017.

preemptivas (1996, p. 214). Desse modo, o indivíduo agirá de acordo com as razões fornecidas pelo direito, como se ele mesmo tivesse escolhido suas razões por meio do processo de sopesamento acima mencionado, ficando relegado ao segundo plano o debate acerca das razões de primeira ordem que poderiam justificar seu agir.

Por sua vez, em um construto bastante similar ao de Raz, Scott Shapiro (2011) elabora sua Teoria do Direito como Planejamento (*Planning Theory of Law*), baseada na ideia de que o direito possui um propósito moral (*Moral Aim Thesis*), ou seja, as pessoas recorrem aos planos elaborados pelo direito, a fim de se evitar os desgastes decorrentes dos desacordos morais abundantes na sociedade, quando diante do que ele chama de circunstâncias da juridicidade, ou seja, as circunstâncias de fato encontradas em sociedade complexas e que acabam por exigir que o poder fique restrito às mãos de poucos agentes oficiais, sob pena de impossibilidade da vida em comunidade.

Assim, o propósito moral do direito é garantir que os desacordos morais existentes, quando presentes as circunstâncias da juridicidade, sejam superados por meio de uma ordem normativa que não se preocupe mais com os referidos desacordos depois que estabelecida. Vale lembrar que, segundo Shapiro, uma vez estabelecidos os planos, os agentes ficam a eles vinculados, pois discutir sua razão a cada momento de aplicação implica a quebra da própria lógica dos planos. Assim, a única discussão possível acerca dos planos fixados deve ser no sentido de sua alteração.

Extraí-se dos dois autores, ambos inseridos na corrente da filosofia jurídica contemporânea chamada positivismo excludente, que o direito possui o objetivo de garantir maior estabilidade aos sistemas humanos, buscando eliminar as divergências que necessariamente surgem a partir dos desacordos morais presentes nas sociedades complexas e permitir aos cidadãos que vivam suas vidas sem maiores preocupações com os dilemas que surgem da moralidade política.

A ideia pode ser transportada diretamente para a teoria do precedente judicial, uma vez que, a par de ser norma reconhecida do ordenamento jurídico, fonte social, portanto, o precedente também a acaba por fornecer razões que substituem as próprias razões do indivíduo e visam eliminar as consequências decorrentes dos desacordos morais existentes nas sociedades complexas.

2.2 A força moral do direito

Noutro giro, também inserido na tradição positivista, mas em sua vertente incluyente, Wil Waluchow, em seu livro *Inclusive Legal Positivism* (1994), analisando e criticando o estudo de Ronald Dworkin acerca da diferença entre fundamentos e força do direito, sustenta a importância de se distinguir entre teoria do direito e teoria da decisão judicial (*adjudication*). Ao tratar dessa distinção, Waluchow afirma que nem sempre os juízes estão obrigados a aplicar o direito, pelo contrário, em alguns momentos eles estariam obrigados a não aplicar o direito. Por essa razão, há uma diferença grande entre o que é o direito e o que é sua força, algo que Dworkin não teria notado em sua teoria.

Mas a força do direito nem sempre é igual para todos os seus aplicadores ou destinatários. Para a maioria das pessoas, a força do direito é estritamente moral, guardando relação com o dever de obediência dos cidadãos. A obrigação moral de respeitar as exigências legais leva ao reconhecimento de que as razões fornecidas pelo direito são obrigatórias. Por outro lado, para algumas pessoas inseridas no sistema jurídico, a força do direito é institucional, ou seja, a elas é conferido um conjunto de poderes que permite-lhes a alteração ou a criação do próprio direito (p. 39). Há que se ressaltar que a alguns juízes faltará a força institucional, por não possuírem autorização legal para a alteração do direito, restando, para eles, somente a força moral do direito, ou seja, a obrigação jurídica de aplicar em suas decisões o direito existente.

Levando em conta a proposta de Waluchow, temos que o precedente judicial poderá ser criado ou modificado por aqueles que possuem uma autorização legal para fazê-lo com base na força institucional do direito, enquanto ele deverá ser respeitado por aqueles que, ainda que possuam autorização para produzir normas jurídicas em casos concretos, estejam vinculados ao direito em virtude de sua força moral.

Fica claro, então, que, em um sistema jurídico como o brasileiro, nem todas as Cortes e, certamente, nem todos os juízes possuem poderes decorrentes da força institucional do direito, mas, tão somente, deveres decorrentes de sua força moral, notadamente o dever de aplicar os precedentes firmados pelas Cortes superiores.

Todavia, como o próprio Waluchow sustenta, um dilema surge quando as forças institucional e moral apontam para direções opostas (p. 39), ou seja, "quando [...] um juiz não é livre para modificar um direito moralmente indesejável, mas seu dever moral é escapar da força institucional do direito, mesmo após levar em consideração seu papel institucional e as regras de decisão judicial (*adjudication*) que parcialmente definem o papel para si".

A fim de se resolver o dilema, apresento abaixo o trabalho de Jeremy Waldron acerca dos precedentes, que, ao menos de forma indireta, acaba por reforçar a ideia de que o direito possui uma força moral que deverá, em nome do estado de direito, sobrepor-se aos entendimentos e interesses dos membros dos tribunais.

2.3 A responsabilidade institucional dos juizes

No artigo intitulado *Stare Decisis and the Rule of Law: a layered approach*, Jeremy Waldron (2012) sustenta que a prática do precedente judicial decorre de limitações impostas pela regra do estado de direito (*rule of law*). Waldron afirma que os argumentos mais utilizados com vistas a sustentar a prática do *stare decisis*, que, em apertada síntese, pode ser descrita como a obrigação de que as decisões proferidas pelas Cortes de maior grau devam ser seguidas pelas cortes inferiores, incluem "a importância da estabilidade, o respeito pelas expectativas estabelecidas, eficiência decisional, o desenvolvimento ordenado do direito, a deferência Burkeana à sabedoria ancestral, justiça formal ou comparativa, equidade (*fairness*), comunidade, integridade, a importância moral de se tratar casos semelhantes de forma semelhante, e o desejo de se disciplinar nossos juizes e reduzir o ativismo judicial" (p. 3).

Contudo, em sua visão, a prática da conformidade aos precedentes seria mais bem justificada à luz do princípio do estado de direito. Para ele, esse princípio exige (i) que as pessoas em posição de autoridade exerçam seus poderes em conformidade com uma moldura baseada em normas públicas, em vez de preferências pessoais ou ideologias, (ii) e que essa moldura forneça uma base jurídica para que os exercentes do poder possam estar sujeitos a responder por seu exercício (*accountability*). Além disso, (iii) as normas públicas, projetadas de forma prospectiva, devem ser acessíveis, estáveis, públicas e claras para todos, e (iv) as penalidades devem ser impostas pelo estado tendo por base procedimentos jurídicos imparciais (p. 3).

Além disso, para Waldron, o estudo do precedente sob o prisma do ideal político do estado de direito implica duas consequências que devem ser analisadas como duas camadas distintas, quais sejam a justificação para seguir a decisão tomada em um caso anterior e a justificação para que o julgador seja cauteloso antes de derrubar um precedente estabelecido (p. 5). Essa cautela é justificada por valores intrinsecamente ligados ao princípio do estado de direito, tais como a certeza, a previsibilidade e o respeito pelas expectativas estabelecidas, razão pela qual Waldron afirma que a observância do estado de direito garante ao povo o exercício da liberdade.

Extraí-se, pois, daí, o princípio da proteção às expectativas, como sendo um dos princípios subjacentes ao estado de direito e que possui dois elementos, os quais, se não observados, levam ao colapso do próprio princípio: (i) a prática jurídica e a decisão judicial devem ser realizadas a fim de criar expectativas e (ii) as expectativas devem ser respeitadas por outros tomadores de decisão (p. 10).

Vale ressaltar que essa previsibilidade sustentada por Waldron não deve ser entendida como uma garantia de que todas as decisões sempre serão previstas, o que levaria ao reconhecimento de que bastaria uma análise do passado e das preferências políticas dos julgadores a fim de se identificar como decidirão, assumindo uma postura realista em relação aos precedentes judiciais. Ao contrário, o que se pretende é uma previsibilidade baseada em princípios, ou seja, uma "previsibilidade resultante do mapeamento de um entendimento disseminado, oficial e público, acerca das várias fontes do direito em direção às situações fáticas que as pessoas confrontam" (p. 13-14).

Tendo em conta o princípio da previsibilidade ou da proteção às expectativas, e, em última instância, o próprio ideal do estado de direito, a responsabilidade do juiz é tratar o precedente criado por um juiz anterior como uma norma jurídica genuína, devendo agir como se a norma criada possuísse uma presença jurídica positivada (p. 23).

A ideia não é somente de garantir a constância do ordenamento ou assegurar que as decisões sejam previamente calculadas. Trata-se, de fato, de permitir às pessoas a internalização das decisões tomadas, a fim de que possam garantir a dignidade da ação ordinária dos cidadãos, ou seja, que eles possam auto-aplicar as decisões à sua vida cotidiana, guiando-se pelas decisões passadas (p. 28).

Caso o juiz se posicione de acordo com o princípio descrito, estará cumprindo um dos desideratos do estado de direito, o de que o direito deve ser relativamente estável (p. 28), especialmente num sistema em que a criação de normas jurídicas parte, em larga escala, do judiciário, onde são tomadas decisões diariamente, diferentemente do que ocorre com as mudanças promovidas pelo legislativo, pois nesta hipótese as pessoas tomam ciência das alterações antes mesmo de sua ocorrência, em virtude da própria natureza do processo legislativo, que quase sempre é integrado por debates públicos.

3 Conclusão

O filósofo Jeremy Bentham, crítico ferrenho do *common law* britânico, uma vez disse que "são os juizes (como já vimos) que fazem o *common law*. Você sabe como eles o fazem? Da mesma forma como um homem faz leis para seu cachorro. Quando seu cachorro faz alguma coisa que você não gostaria, você espera até que ele o faça, e então lhe bate por isso" (1843, p. 372). A isso ele deu o nome de *dog-law*. É claro que a prática jurídica contemporânea não se compara em nível de complexidade com aquela analisada por Bentham na virada dos séculos XVIII e XIX. Contudo, sua crítica possui um valor atual.

Como visto, o sistema de precedente, para que possa conceder aos seus destinatários um mínimo de coerência, previsibilidade e estabilidade, deve ser tratado com o maior respeito e consideração por parte

dos juízes que estão a ele vinculados pelo que foi chamado de força institucional e, especialmente, para aqueles vinculados somente pela força moral do direito.

Em sistemas jurídicos como o brasileiro, os juízes não são eleitos pelo povo, mas escolhidos por meio de concursos públicos imparciais, além do que possuem prerrogativas como vitaliciedade e inamovibilidade, que lhes garantem independência e autonomia para atuar sem preocupações com política partidária, mas também a possibilidade de permanência em seus cargos sem que tenham que responder por suas decisões como se fossem membros do corpo político.

Diversamente do que ocorre com os demais poderes, nos quais a legitimidade é extraída diretamente do princípio democrático, as decisões do Judiciário não se apoiam neste tipo de razão. A legitimidade das decisões judiciais deriva da argumentação. Por tal motivo é que se exige do Judiciário o maior respeito às decisões passadas do que dos demais ramos políticos.

De um lado, a proposta do positivismo jurídico demonstra que a razão de existir do direito está justamente na necessidade de um sistema normativo capaz de assegurar a estabilidade da vida em comunidade, motivo pelo qual os seus destinatários estão jungidos à sua autoridade e às razões ou planos postos por ele. Aliás, a ideia de obrigação moral de cumprimento das normas jurídicas, inclusive dos precedentes judiciais, é medida capaz de garantir a coerência do sistema jurídico.

De outro, a tese de Waldron, como apresentada, leva à conclusão de que os juízes devem se posicionar como pertencentes a uma instituição. Suas decisões não podem ferir a unidade e a integridade da Corte que integram e do sistema jurídico como um todo, sob pena de lesão ao princípio do estado de direito. Sempre que decidem um caso concreto, os juízes precisam se posicionar institucionalmente e não como ilhas julgadoras. Claro que não falamos aqui do absurdo de tolher a independência ou a autonomia dos juízes para aplicar o melhor direito ao caso concreto, mas de garantir que suas decisões sejam institucionalmente responsáveis, a fim de se preservar a liberdade dos cidadãos que não serão surpreendidos por decisões contrárias aos precedentes relativos àquela situação concreta, permitindo ao sistema jurídico a observância da integridade, da coerência e da estabilidade.

A responsabilidade institucional demanda um respeito ao precedente e às próprias razões estabelecidas pelo direito, em proteção ao princípio do estado de direito. A responsabilidade institucional exige, ainda, que as mudanças de entendimento jurisprudencial sejam previamente indicadas, garantindo a segurança jurídica e protegendo a confiança dos destinatários das decisões. Além disso, demanda que, na ausência de alteração de cenários fáticos ou evolução de entendimentos jurídicos, os precedentes sejam mantidos. A alteração que surpreende o jurisdicionado é exatamente a razão pela qual Bentham chamou o sistema de precedentes de *dog-law*.

Referências

BENTHAM, J. *The Works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait, 1843. v. 5. Disponível em <<http://oll.libertyfund.org/titles/1996>>. Acessado em 11/07/2017.

BUSTAMANTE, T. R. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

RAZ, J. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Revised ed. Oxford: Clarendon Press, 1996.

SHAPIRO, S. *Legality*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

WALDRON, J. Stare decisis and the rule of law: a layered approach. *Michigan Law Review*, v. 111, n. 1, p. 1-32, 2012.

WALUCHOW, W. J. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994.