

PRECEDENTE JUDICIAL: A INTERPRETAÇÃO JURISDICIONAL NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO.

PRECEDENTE JUDICIAL: LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL INTERPRETACIÓN EM LA CONSTRUCCIÓN DE LO DERECHO.

Eduardo Almendra Martins*

RESUMO

O trabalho versa sobre o crescimento do poder jurisdicional do estado e sua atuação como agente democrático na atual quadra histórica brasileira quando passa a ocupar espaço que já lhe pertencia não ultrapassando assim de suas atribuições constitucionais, pois a interpretação da lei no caso concreto não pode mais ser vista como mera reprodução do texto legislativo. O precedente é também fonte formal do direito, daí por que o ordenamento jurídico brasileiro passou a prever os seus efeitos tanto dentro do controle de constitucionalidade como no processo, bem como as técnicas de adequadas de superação dos precedentes, através da investigação da garantia dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Interpretação; Democracia; Processo.

RESUMEN

El trabajo se centra en el crecimiento de la jurisdicción del Estado y su actuación como agente de la democracia de corte histórico brasileño actual cuando se va a ocupar el espacio que yo pertenecía allí así de sus poderes constitucionales, porque la interpretación de la ley en este caso puede no verse como mera reproducción del texto legislativo. El precedente también es fuente formal del derecho, por lo tanto por qué el sistema legal brasileño comenzó a predecir sus efectos dentro del control de constitucionalidad como en proceso, así como las técnicas adecuadas de superación de los precedentes, a través de la investigación de la garantía de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Interpretación; Democracia; Proceso.

* Especialista em Função Social do Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Defensor Público do Estado do Ceará.

INTRODUÇÃO

O direito passa nesta quadra da história por uma gigantesca mudança, principalmente em nossa pátria onde a Constituição passa a ser a representante das forças pluralísticas que formam a sociedade, é, pois, o repositório dos direitos fundamentais que guarnecem uma sociedade digna.

A Democracia está assegurada pelos preceitos inscritos na Constituição. Contudo, aquela não é mais sinônimo de elegibilidade, mas de representação material, ou seja, a representação deve revelar o exercício diário dos preceitos constitucionais de direitos fundamentais. Daí porque a interpretação feita pelos Tribunais passa a ser um ato de construção do direito, deixa-se a ideia de simplesmente explicitar ou mesmo de aplicar friamente o texto legal. Interpretar passa a ser um ato de construção das normas, pois hodiernamente já se consagrou que a norma não reside no texto legal, mas é dele extraído por meio da interpretação. Portanto o direito passa a ser construído tanto pelas leis como pelos precedentes. Os precedentes judiciais, portanto, passam a ser claros instrumentos de revelação do Direito, num destronamento da lei como única fonte formal do Direito.

Abordar-se-á como se dá a eficácia dos precedentes e se essa é obedecida pelo ordenamento jurídico pátrio. Mostrar-se-á como se está fazendo a intercessão entre *common law e civil law*, por meio da aplicação dos institutos do *stare decisis*. Serão explicitadas às técnicas de superação dos precedentes, visto que o respeito aos precedentes não é sinônimo de fossilização do direito. Aqui se mostrará como os tribunais superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal utiliza-se dessas técnicas de superação, com aplicação da modulação temporal dos efeitos do controle de constitucionalidade no processo subjetivo.

1. JURISDICÇÃO É DIREITO

Atualmente o modelo jurídico brasileiro do *civil Law* passa por mudança, essa tem como fato gerador a dinâmica da sociedade contemporânea, sendo o direito nada mais que um instituto cultural de claras raízes históricas, ou seja, não é uma construção natural, pode sofrer alterações pelo decurso do tempo e de acordo com as compreensões vigentes no tempo e no espaço.

A primazia da lei como única fonte do direito, advinda do Estado Liberal, não pode mais ser tida como intangível vez que a sociedade está em frequente mudança e o direito deve acompanhar tais alterações. O poder jurisdicional atualmente vem se destacando por atuar ativamente em situações que antes acreditava não serem de sua alçada. Esse ativismo judicial, decorrente de críticas frequentes a legislação, deve ser encarado como algo positivo, pois faz

a necessária adequação do direito com os avanços da sociedade (DIDIER, BRAGA, OLIVEIRA, 2010, p. 386).

1.1. O PODER JUDICIÁRIO COMO AGENTE DA DEMOCRACIA.

A impossibilidade do Poder Judiciário ser tido como um criador de normas está no que se chama de argumento da democracia (NETO, 2008, p. 59), ou seja, as decisões sobre a nação devem ficar a cargo de representantes eleitos, sendo que periodicamente estes seriam avaliados. A legitimação não se encontra apenas no argumento de democracia, principalmente se os representantes eleitos pelo povo não estão em suas funções parlamentares criando instrumentos legais de compatibilização com os direitos fundamentais (NETO, 2008, p. 63), fato bem observado por NETO:

Não há dúvidas de que o sistema da democracia representativa vive uma crise. Na verdade, o povo não se sente mais representado pelos parlamentares e, no mais das vezes, é alijado dos processos de escolha e da condução dos destinos do Estado (2008, p. 65).

Ainda na esteira da falibilidade da elegibilidade como ponto fundamental de um agente democrático, traz-se a colação reportagem da Revista Veja sobre o plebiscito que rendeu ao presidente Hugo Chávez a possibilidade de reeleições indeterminadas:

Se a quantidade de eleições fosse à medida da democracia, a Venezuela seria uma das campeãs nesse quesito. Nos dez anos em que Hugo Chávez é presidente, foram realizados doze pleitos nacionais. Mais do que um por ano. Mas não é assim que se avalia a saúde de uma democracia. (...). O que Chávez está fazendo é utilizar-se de instrumentos democráticos, como eleições e plebiscitos, para destruir a democracia. É um procedimento clássico de construção de ditaduras. (...). A história comprova que o poder vitalício é quase sempre sinônimo de abusos. (...) (2009, p. 70).

NETO afirma que o Estado Social modificou a ótica de atuação da função jurisdicional: “(...) não cabe mais apenas estabelecer o certo e o errado com base na lei, deve antes e sobretudo, verificar se os exercícios discricionários do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados” (2008, p. 67). O Judiciário ganhou força com o advento do controle de constitucionalidade dos atos praticados pelo Executivo e Legislativo, esse controle é um aperfeiçoamento da democracia. A Constituição da República Federativa do Brasil confere ao poder judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal a guarda da

Constituição como contido no art. 102, cabeça da CF/88¹. No mesmo sentido poder-se-ia falar no Superior Tribunal de Justiça como guardião da interpretação uníssona da legislação federal, art. 105, III, 'c'², na medida em que exerce o balançar de olhos entre a o texto legislativo federal, a Constituição e a realidade pluralística. Calha às palavras de NETO quanto à importância do judiciário na construção do Estado Democrático de Direito:

(...) a atuação e o fortalecimento do judiciário é corolário do Estado Democrático e, sem ele não há democracia. O Judiciário apresenta-se como garantidor dos princípios da igualdade, da liberdade de pensamento, sem os quais a democracia não existe. Esse papel de garantidor é conferido ao Judiciário não por uma especial qualidade dos juízes, mas pela própria estrutura do poder que nada mais é que um âmbito de discussões institucionalmente aberto para que o próprio povo defenda a democracia e os direitos democraticamente garantidos. (...).

A partir do instante em que visualizamos as decisões do Poder Judiciário como fruto de um discurso racional democrático, dos quais participam, em menor ou maior medida, o próprio povo na função de parte, cai por terra à idéia de poder contramajoritário. Em verdade, o Poder Judiciário serve como canal de comunicação com o poder estatal diferente daquele que é utilizado quando o povo elege seus representantes (2008, p. 78 e 137).

A decisão jurisdicional é marcada pelo discurso dialético em que se houve a argumentação dos envolvidos para escolha da melhor solução possível (NETO, 2008, p. 107). A instalação do contraditório para que se possa efetivamente convencer o magistrado, reflete uma real participação na decisão, já que o magistrado enfrentará todos os argumentos trazidos aos autos:

(...) num autêntico Estado de Direito, as decisões dos agentes públicos, para se tornarem legítimas, devem convencer aqueles a quem tenham a pretensão de obrigar. É que diversamente o legislador – que apenas pretende ordenar – , o juiz deseja também convencer, o que, de resto, além de emprestar consistência aos comandos jurisdicionais, densifica o direito à tutela efetiva (MENDES, COELHO, BRANCO, 2007, p.65).

Aqui se dá uma efetiva concretização da democracia, pois o povo influenciará na decisão. Outros institutos como a publicidade dos atos processuais, contida no inciso LX do

¹Art. 102, cabeça, Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...).

² Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: (...) c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal

art. 5º³, e a necessidade de motivação das decisões judiciais⁴, ambos constantes na Constituição Federal de 1988. A publicidade do ato judicial mostra como a jurisdição é agente da democracia, como observa BOBBIO, onde a publicidade se opõe ao *arcana imperi*:

(...) O poder do príncipe é tão mais eficaz, e portanto mais condizente com seu objetivo quanto mais oculto está dos olhares indiscretos do vulgo, quanto mais é, à semelhança de Deus, invisível. (...) a república democrática – res publica não apenas no sentido próprio da palavra, mas também no sentido de exposta ao público – exige que o poder seja visível. (2007, p. 29 e 30)

No mesmo sentido o voto do Min. MELLO:

A GESTÃO REPUBLICANA DO PODER E A PUBLICIDADE DOS ATOS GOVERNAMENTAIS: UMA EXIGÊNCIA IMPOSTA PELA ORDEM DEMOCRÁTICA E PELO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. O tema ora veiculado nesta sede mandamental – alegada violação ao princípio constitucional da publicidade – **reveste-se** de indiscutível relevo jurídico, **em face** do que dispõe a própria Constituição da República. **Tenho salientado**, em decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal, **que um** dos vetores básicos **que regem** a gestão republicana do poder **traduz-se** no princípio constitucional da publicidade, **que impõe transparência** às atividades governamentais e aos atos **de qualquer** agente público, **inclusive** daqueles que exercem **ou** exerceram a Presidência da República. **No Estado Democrático de Direito, não se pode privilegiar** o mistério, **porque a supressão** do regime **visível** de governo **compromete** a própria legitimidade material do exercício do poder. **A Constituição republicana de 1988 dessacralizou** o segredo **e expôs** todos os agentes públicos a processos de fiscalização social, **qualquer** que seja o âmbito institucional (Legislativo, Executivo **ou** Judiciário) em que eles atuem **ou** tenham atuado. (Informativo do STF nº 495, 2008, p. 12) (grifo no original).

Os supra citados institutos garantem a legitimidade do Poder Judiciário, “pela simples razão de que, à míngua de justificação, todo ato decisório tem-se por ilegítimo, objetivamente inválido e incompatível com a ideia do Direito enquanto instrumento de ordenação justa e racional da convivência humana.” (BOBBIO, 2007, p. 65).

1.2. A INTERPRETAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ADEQUAÇÃO JURÍDICA À REALIDADE SOCIAL.

³ art. 5º, cabeça. (...) LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse.

⁴ art. 93, cabeça, (...); IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

O Poder Legislativo tem como competência típica legislar e a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial dos outros poderes por meio do Tribunal de Contas⁵. Ocorre que muitas vezes o texto trazido na legislação é, em si, de difícil compreensão, ou mesmo sua compatibilização com textos legislativos já existentes causa uma incompatibilidade.

Daí a necessidade de haver uma interpretação de todo o texto legislativo, não mais se podendo acreditar que na clareza da lei não mais se interpreta, pois se há clareza é por que esse já foi objeto de compreensão. A elucidação do texto legislativo se dá com a confrontação com a realidade. O pendulo que se faz do texto legislativo para o pluralismo dos fatores da realidade, sempre com uma releitura da Constituição faz surgir à norma jurídica. Somente se pode falar em norma jurídica válida quando está é retirado por meio desta interpretação global, no mesmo sentido STRECK:

Qualquer resposta que se pretenda *correta* em direito é *necessariamente* uma resposta *adequada a Constituição*. Uma norma – que é sempre o produto da interpretação de um texto (que, por sua vez, é sempre evento) – somente é válida se estiver de acordo com a Constituição. Portanto, o intérprete deve, antes de tudo, compatibilizar a norma com a Constituição, conferindo-lhe a totalidade eficaz. Para tanto, tem a sua disposição – desde que inserido na tradição autêntica proporcionada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito e tudo o que ele representa – um universo de possibilidades para compatibilizar a norma com a Constituição, a partir das diversas sentenças interpretativas, que vão desde a interpretação conforme (*verfassungskonforme Auslegung*) até a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), passando pelo apelo ao legislador (*Appelentscheidung*); enfim, os diversos recursos hermenêuticos que essa mesmatradição nos legou. (2008, p. 01)

Essa pode sofrer constantes mudanças, pois o direito como fenômeno cultural passa por constantes adaptações, diante desse andar natural traz-se a colação MENDES, COELHO E BRANCO:

Nisso consiste, entre as ciências do espírito, em geral, assim como na experiência jurídica, em particular, o processo dialético da compreensão como atividade infinita, seja porque uma interpretação, que até então parecia adequada, mais adiante pode vir a mostrar-se incorreta, seja porque de

⁵Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. (...). Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (...). (...) Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...).

acordo com a época em que vive o intérprete e com base no que então ele sabe, não se excluem outras interpretações que, precisamente para aquela época e para o que nela se sabe, serão melhores ou mais adequadas, sem que essas novas formas de compreensão signifiquem a condenação, como erradas, de quantas se produziram anteriormente..

(..)

Incube essencialmente aos interpretes-aplicadores – e não aos legisladores – encontrar as primeiras respostas para os novos problemas sociais, uma tarefa da qual só poderão se desincumbir-se a tempo e modo se forem capazes de olhar para o futuro e trilhar caminhos ainda não demarcados; se tiverem a coragem de enfrentar a opinião dominante, em vez de se resignarem a seguir a jurisprudência estabelecida; se, finalmente, dispuserem a assumir o ônus dobrado de combater as idéias cristalizadas, até porque, via de regra, longe de traduzirem verdadeiros consensos, essas falsas unanimidades não passam de preconceitos coletivos, fruto dos argumentos de autoridade, que sabidamente esterilizam o pensamento e impedem vãos mais arrojados. (2007, p. 50 e 58).

As mudanças de jurisprudência nascem dessa necessidade de se compatibilizar os textos jurídicos com os fatores pluralistas que existem dentro de um determinado lapso de tempo e espaço:

Dessarte, se for verdade que novas acepções atribuídas a um mesmo termo equivalem à criação de novos termos – assertivas que, de resto, encontra respaldo entre os estudiosos da semântica – , se isso for verdadeiro, então parece lícito concluir-se que, nos domínios da experiência jurídica, quando juízes e tribunais emprestam sentidos novos a um mesmo enunciado normativo, uma prática de resto rotineira para eles, rigorosamente o que estão a fazer é produzir outros enunciados a partir de textos que se mantêm inalterados. São as chamadas novas leituras, a que já nos referimos linhas acima, das quais decorrem viragens de jurisprudência, que regeneram os sistemas jurídicos e lhes preservam a força normativa. (MENDES, COELHO E BRANCO, 2007, p. 50).

A mutação ocorrida por meio da dinâmica social é algo que está plenamente reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro, como ressalta o Min. MELLO:

(...): A interpretação judicial há de ser vista como instrumento juridicamente idôneo de mutação informal da Constituição, revelando-se plenamente legítima a adequação da própria Constituição da república, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, sem seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. (2008, p. 474)

O Poder Jurisdicional passa a ser visto como elemento de democracia na medida em que atua como pendulo de compatibilização dos textos legais com a Constituição,

funcionalizando suas interpretações, ou seja, buscando normas jurídicas (DIDIER, 2008, p. 70) que se adéquem ao pluralismo social hodierno.

Quando o juiz dá uma interpretação à lei conforme à Constituição ou a reputa inconstitucional, ele cria uma norma jurídica para justificar a sua decisão. A expressão 'norma jurídica' aqui é utilizada num sentido distinto daquele utilizado linhas atrás. Não se está referindo aqui à norma jurídica individualizada (norma individual) contida no dispositivo da decisão, mas à norma jurídica entendida como resultado da interpretação do texto da lei e do controle de constitucionalidade exercido pelo magistrado.

Como se disse, ao se deparar com os fatos da causa, o juiz deve compreender o seu sentido, a fim de poder observar qual a lei que se lhes aplica. Identificada a lei aplicável, ela deve ser conformada à Constituição através das técnicas de interpretação conforme, de controle de constitucionalidade em sentido estrito e de balanceamento dos direitos fundamentais. (DIDIER, 2008, p. 69 e 70)

Conclui-se que a atividade jurisdicional atualmente exerce função das mais importantes, qual seja, emprega o necessário dinamismo ao ordenamento jurídico, buscando constantemente a compatibilização daquele com a evolução do pluralismo social vigente. Passa-se, assim, a um momento de ruptura do dogma do liberalismo jurídico, que consiste na crença que a lei é a única nascente do direito.

2. PRECEDENTE JUDICIAL

O precedente é decisão judicial passível de ser utilizada em casos análogos, sendo realidade que não pode ser afastada do sistema jurídico brasileiro, o que o faz diferente neste local do globo é sua força de influência no ordenamento jurídico (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2010, p. 387 e 388). O sistema jurídico brasileiro é da família do *Civil Law*, ou seja, sucintamente, a lei foi unificada a única fonte do Direito, o nascimento dos Códigos sedimentou essa característica, uma vez que todas as situações fáticas encontravam-se neles (MELLO, 2008, p. 12). Por outro lado o sistema do *Comon Law*, sucintamente, surge baseado na interpretação que os tribunais fazem dos costumes jurídicos, aqui se dá primazia as decisões judiciais, como fonte do direito, deixando a lei em segundo plano (MELLO, 2008, p. 45).

Atualmente há verdadeira interseção entre aquelas duas famílias, ousa-se até a dizer que tal distinção não é mais tão pertinente, a não ser para meros efeitos acadêmicos. Portanto, a Lei tem crescido nos Estados do *judicial review*, como este tem aumentado nessas bandas de cá, exemplo disso se dá com os institutos da Súmula Vinculante, Uniformização de

Jurisprudência, decisão monocrática em recurso que acompanha decisão do tribunal superior, dentre outros.

Logo se vê um crescente aumento da importância dos precedentes, principalmente das cortes superiores, entenda-se STF e STJ, na construção do direito, devido, inclusive, pela ampla legitimação democrática que se dá a esse poder, bem como na desconstrução da interpretação como ato de declaração da norma, para uma posição de construção da norma por meio do texto legislativo. O precedente é uma realidade que os atores do direito não podem escapar, para tanto, teriam que negar a jurisdição, pois é através dessa que se faz a transformação do direito que passa de mera aplicação da lei para a construção de um sistema baseado na justiça, na busca da felicidade dentro da sociedade.

2.1. EFICÁCIA DOS PRECEDENTES

De acordo com o nascedouro de um precedente, se observará sua força eficaz dentro do ordenamento jurídico. MELLO afirma que o precedente pode ter eficácia normativa, impositiva intermediária e persuasiva (2008, p. 62). A autora conceitua os precedentes com eficácia normativa da seguinte forma:

Os precedentes com eficácia normativa são aqueles que estabelecem um entendimento que deverá ser obrigatoriamente seguido em casos análogos. Eles projetam efeitos não apenas entre as partes de um caso concreto, mas fixam uma orientação a ser obrigatoriamente seguida em todas as hipóteses semelhantes. (...). São assim fontes formais do direito (MELLO, 2008, p. 63).

A eficácia normativa é vista nas decisões em que controle de constitucionalidade é emanado do STF, bem como na criação de súmula vinculante⁶. Já os precedentes de eficácia intermediária impositiva (MELLO, 2008, p. 64) não possuem obrigatoriedade de aplicação, mas expressão decisão razoável tomada pelas Cortes Superiores, ou seja, não se atribuirá eficácia normativa, mas se lhe reconhecerá “*outros efeito impositivos mais brandos, para além do processo.*” (MELLO, 2008, p. 64).

⁶ Art. 102. Cabeça; (...); § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, **produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.**(grifo) Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, **aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Trata-se de categoria muito comum em países do *civil law*, quando há jurisprudência dominante sobre determinada matéria (*line of precedents*). Nesta hipótese, é usual o reconhecimento de maior força impositiva ao entendimento consagrado nos tribunais, seja em virtude do grau de estabilidade que alcançou, seja ante a necessidade de promover a uniformização das decisões judiciais. (MELLO, 2008, p. 65)

A eficácia meramente persuasiva se constitui como fonte real do direito.

Por fim, a eficácia meramente persuasiva estará presente sempre que a invocação de um determinado julgado se der apenas para fins de persuasão do magistrado, não tendo a aptidão de jungi-lo a seus termos. (...). Este tipo de eficácia constitui a regra no *civil law*, mas está presente também no *judge made law*, no que respeita, por exemplo, a decisões de primeira instância, a entendimentos consagrados por cortes inferiores, quando invocados nos tribunais superiores, e a julgados de outras jurisdições. (MELLO, 2008, p. 66)

Solar que a classificação proposta por MELLO é plenamente visível no ordenamento pátrio, onde, exemplificadamente com já se viu, a súmula vinculante funciona como precedente de eficácia normativa. Já a eficácia impositiva intermediária encontra-se nos seguintes preceitos do Código de Processo Civil, art. 475, cabeça e § 3º, art. 475-L e § 1º, art. 479, cabeça, art. 557, §1º⁷. A eficácia persuasiva vai ganhando contorno das demais a medida que a decisão inicial de um caso vai sendo sufragada nas pelas instancia recursais, até chegar nas cortes superiores.

2.2. TÉCNICAS DE SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE

O *stare decisis* não impõe a observância sega aos precedentes judiciais, podendo-se superá-los. Um das formas de superação do precedente normativo encontra-se no art. 1º,

⁷ Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:(...);§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: (...); § 1º Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso

cabeça⁸ da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Como já foi visto há uma interseção entre os grandes sistemas, *common law e civil law*, podendo, utilizar-se as técnicas daquele para a superação dos precedentes pátrios. As técnicas de superação são: a) *overruling*; b) *overriding*; c) *transformation*.(MELLO, 2008, p. 235).

Assim o tribunal poderá revogar integralmente um precedente, medida designada *overruling*; poderá apenas restringir o seu âmbito de aplicação, em favor de uma regra que lhe é posterior, através do *overriding*; e, ocasionalmente, por intermédio de um artifício chamado *transformation*, conferirá significado tão diverso a um comando, que, na verdade, ensejará implicitamente o abandono da norma original, sem assumi-lo explicitamente (MELLO, 2008, p. 235).

O *overruling* “é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por um outro precedente (...) o próprio tribunal que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro” (DIDIER, BRAGA E OLIVEIRA, 2010, p. 395) pode ser aplicado por meio da modulação temporal dos efeitos como consta no art. 27⁹, cabeça, da lei Leis 9.868/99, e 11¹⁰, cabeça da Lei 9.882/99, DIDIER, BRAGA E OLIVEIRA comentam pormenorizadamente o *overruling* nessas dicções legais

É possível que à substituição se dê eficácia *ex tunc* (*retrospective overruling*), caso em que o precedente substituído não poderá ser invocado nem mesmo quanto a fatos anteriores à substituição, que ainda estejam pendentes de análise e julgamento pelos tribunais. Há ainda a substituição com eficácia *ex nunc* (*prospective overruling*), quando a *ratio decidendi* do precedente substituído permanece válida e vinculante para os fatos ocorridos e para os processos instaurados antes da substituição. (2010, p. 396)

Como exemplo de *retrospective overruling* se tem a decisão do Supremo Tribunal Federal, no HC 84078/MG, rel. Min. GRAU¹¹, que vedou a execução provisória da pena,

⁸ Esta Lei disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências

⁹ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹⁰ Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹¹EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA

mesmo quando se estiver diante de recurso de natureza extraordinária. Segundo DIDIER, BRAGA E OLIVEIRA:

Há *overriding* quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de precedente, em função de superveniência de uma regra ou princípio legal. No *overriding*, portanto, não há superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial. É uma espécie de revogação parcial (2010, p. 397).

A aplicação daquelas técnicas de superação se dá por meio do *ditinhuishing* que é um método de comparação (DIDIER, BRAGA E OLIVEIRA 2010, p. 393):

HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante do precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente (DIDIER, BRAGA E OLIVEIRA 2010, p. 393).

Aplicada à distinção e sendo caso de superação o Poder Judiciário deve ter em perspectiva que a bússola da modulação temporal é os direitos fundamentais, pois não se permite o retrocesso quanto aos direitos fundamentais:

(...) princípio do não retorno da concretização (...) impossibilidade de revogação não-razoável de normas infraconstitucionais concretizadoras dos direitos econômicos, sociais e culturais, traduzindo uma importante eficácia jurídica dessa espécie de direito. (SCHÄFER 2005, p 55)

Esta regra da proibição de retrocesso vale para todas as gerações de direitos fundamentais. Ou seja, o tribunal quando da mudança de paradigma deve ter em mente que não pode dentro dos direitos fundamentais criar precedentes retrógrafos, nem aplicá-los retroativamente.

CONCLUSÃO

O poder judiciário passa na presente quadra por uma superexposição, pois o Supremo Tribunal Federal é chamado a decidir sobre questões de extrema importância para o Estado. Este agigantamento do poder judiciário não é reflexo da inércia dos outros poderes, mas sim uma tomada do espaço que sempre lhe coube, pois é detentor de uma função imprescindível para a regência da República Federativa do Brasil, vez que a própria Constituição coloca os tribunais superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, como guardiões respectivos da própria Constituição e da uniformização interpretativa da legislação nacional.

A posição em destaque colocada pela Constituição lhe dá um colorido todo especial, pois mesmo não sendo um poder integrado por membros eleitos, tem uma natureza eminentemente democrática, pois a representatividade popular não está apenas na eleição, mas também no Judiciário por meio de seu discurso dialético de construção da decisão judicial, onde tem por dever a fundamentação de sua decisão, eis realizada a exigência para se considerar um poder democrático.

A natureza democrática do Poder Judiciário o leva a ter mais força na construção do direito. A interpretação judicial é levada por arrastamento através dessa mudança de paradigma do poder judiciário. O interprete não é mais um simples aplicador da lei, não é mais a boca que transforma o texto em fala, passa na atualidade a ser um construtor do direito.

A interpretação dos textos legislativos devem se adequar aos preceitos constitucionais, principalmente os fundamentos da República, constantes do art. 1º da CF/88, bem como aos objetivos do art. 3º da CF/88. Deve-se, pois, realizar um balançar de olhos entre o texto constitucional e o legal, para só após isso termos a norma jurídica.

Demonstra-se, pois, que a norma jurídica é decorrente de um processo de construção que envolve necessariamente a intervenção do interprete. O precedente, assim, passa a ser uma verdadeira caixa de ressonância da norma jurídica, pois é através desse que o direito se torna atual, pois cabe o poder judiciário fazer a adequação com os interesses pluralistas que forma as forças de poder da sociedade.

O *stare decisis* pode ser aplicado no direito brasileiro, pois de há muito o legislador vem trazendo instrumentos que privilegiam as decisões dos tribunais superiores, sendo que, como visto, o próprio Supremo Tribunal Federal vem aplicando as técnicas de superação de precedente.

Há pois uma grande modificação na quadra da historia pós-contemporânea, vez que se reconhece ao poder judiciário como um integrante do exercício da democracia, mesmo não sendo um poder eleito pelo povo, quebra-se o dogma da elegibilidade como única forma de representação democrática. Essa vertente democrática coloca o poder judiciário como construtor do direito, deve assim o poder judiciário quando da prolação de suas decisões preservar a segurança jurídica, pois os jurisdicionados pela boa-fé e confiança nos precedentes acaba pautando suas condutas. Não se pode esquecer que essas manifestações do Poder Judiciário deve preservar os direitos fundamentais diante da unidade da constituição e sua força normativa.

REFERÊNCIAS

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol. 01. 9ª ed. rev. ampla e atual. Salvador: Editora Jus Podivm. 2008.

_____, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Vol. 02. 5ª ed. rev. ampla e atual. Salvador: Editora Jus Podivm. 2010.

MELLO, Celso de. Voto no HC 91361. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 23/09/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-03 PP-00430 RTJ VOL-00208-03 PP-01120. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573717>. Acessado em: 02 de abril de 2012.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. São Paulo: Renovar. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva e IDP. 2007

GRAU, Eros. Ementa do HC 84078, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000165314&base=baseA cordaos>. Acessado em: 02 de abril de 2012.

NETO, Nagibe de Melo Jorge. O Controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando os direitos sociais fundamentais. Salvador: Editora Jus Podivm. 2008.

Revista Veja. Um caudilho para sempre. Editora Abril, edição 2101 – ano 42 – nº8. 25 de fevereiro de 2009.

SCHÄFER, Jairo. Classificação dos direitos fundamentais. Do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão. Estado e Constituição, vol 05. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

STRECK, Lenio Luiz. A (primeira) aplicação da *untermassverbot* pelo Supremo Tribunal Federal: comentário ao recurso extraordinário n. 418.376. In: Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 2 - Outubro 2008 - Brasília - Brasil - ISSN 1982-4564. Disponível em: <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/index>. Acessado em: 18 de março de 09

Informativo do STF n 495 de 27 de fevereiro de 2008, Transcrições. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo534.htm>. Acessado em 21 de fevereiro de 2009.