

O papel dos precedentes na concretização dos direitos fundamentais^[1]

Marcelo Novelino

Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

Procurador Federal

Ex-assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal

Professor de Direito Constitucional

[1] Esta é uma versão do artigo “A eficácia obrigatória dos precedentes do STF ante a sistemática do Novo CPC” especialmente adaptada para publicação na RMP.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Premissas: 2.1. Premissas teóricas; 2.2. Premissas fático-jurídicas; 3. O papel do Supremo Tribunal Federal; 4. A eficácia obrigatória dos precedentes: 4.1. Eficácia obrigatória e efeito vinculante: distinção necessária; 4.2. A identificação da *ratio decidendi*: problemas e soluções; 5. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

As complexidades resultantes das profundas mudanças nas teorias das fontes do direito, das normas e da interpretação ampliaram a margem de ação conferida aos juízes, demandando o desenvolvimento de novas técnicas de decisão e tornando a aplicação judicial dos direitos fundamentais um dos temas mais controversos e relevantes do constitucionalismo contemporâneo. Nessa perspectiva, duas transformações merecem ser destacadas.

A primeira é o reconhecimento definitivo da *força normativa da constituição*, consolidado nos países europeus a partir da metade do século XX e nos latino-americanos com o fim dos regimes militares.^[1] As declarações de direitos, antes desprovidas de normatividade,

[1] García de Enterría (2003) aponta três fatores como principais responsáveis para o reconhecimento da constituição como norma: I) a superação em definitivo de qualquer alternativa legítima ao princípio democrático; II) a

consagração de uma jurisdição constitucional que, apesar da competência concentrada no Tribunal Constitucional como na formulação kelseniana, toma como base o sistema norte-americano; e, III) a defesa do sistema

democrático e a proteção do sistema de direitos fundamentais e dos valores substantivos nos quais se apoia, com a criação de um sistema protetivo destes frente às maiorias eleitorais eventuais e cambiantes.

não eram admitidas como critério imediato para a solução de litígios judiciais nem como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade das leis. Por ser considerado “amigo” dos direitos fundamentais, o Parlamento não ficava vinculado aos seus dispositivos, vistos como meras diretrizes ideais ou exortações morais ao legislador. A manutenção de tais direitos no plano meramente proclamatório impedia a realização plena da normatividade constitucional.

A segunda é a centralidade conferida à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais. A perplexidade causada pelas experiências nazistas e pelas barbáries praticadas durante a Segunda Grande Guerra alertou a consciência coletiva para a necessidade de proteger os indivíduos contra qualquer forma de coisificação e de hierarquização.^[2] Se por um lado tais acontecimentos produziram uma mancha vergonhosa e indelével na história da humanidade, por outro, despertaram a reação que culminou com o reconhecimento da *dignidade da pessoa humana* como o núcleo central do constitucionalismo contemporâneo, dos direitos fundamentais e do Estado constitucional democrático.

Consagrada nas declarações de direitos humanos e em quase todos os textos constitucionais do segundo pós-guerra, a dignidade une juristas, cientistas e pensadores a ponto de estabelecer uma espécie de “consenso teórico universal”. O reconhecimento formal pelo direito contribuiu para converter a dignidade de valor exclusivamente moral, objeto de especulações filosóficas, em noção dotada de caráter jurídico e revestida de normatividade.

A dignidade é o fundamento, a origem e o ponto em comum dos direitos fundamentais. Voltados à proteção do indivíduo e à

[2] Embora anteriormente associada à diferenciação hierárquica de classe e status, atualmente a dignidade transmite a ideia de que todos os indivíduos pertencem à mesma e mais elevada

categoria. Nas palavras de Béatrice Maurer (2005), “a pessoa não tem mais ou menos dignidade em relação à outra pessoa. Não se trata, de uma questão de valor, de hierarquia, de uma

dignidade maior ou menor. É por isso que a dignidade do homem é um absoluto. Ela é total e indestrutível. Ela é aquilo que chamamos inamissível, não pode ser perdida.”

promoção de condições dignas de existência, tais direitos são atualmente concebidos como normas jurídicas aplicáveis não apenas às relações jurídicas entre o Estado e o indivíduo (*eficácia vertical*), mas também entre particulares (*eficácia horizontal*). No mais, ao contrário das constituições clássicas nas quais consagrados basicamente direitos de defesa e de participação, os textos constitucionais contemporâneos formalizam um extenso rol de direitos prestacionais, cuja implementação exige dos por parte dos poderes públicos atuações positivas voltadas a fornecer prestações materiais e jurídicas.

Tais avanços civilizatórios trouxeram consigo novos problemas relacionados à interpretação e aplicação judicial do direito. Por serem geralmente formulados em termos vagos e imprecisos, os dispositivos jusfundamentais conferem ampla margem de ação aos juízes nas quais as possíveis soluções a serem implementadas são especialmente sensíveis à influência de fatores cognitivos e ideológicos.

Nesse ambiente de maior propensão à imprevisibilidade e incerteza jurídicas, os precedentes desempenham um papel extremamente relevante no sentido de conferir maior efetividade aos direitos fundamentais e de promover a liberdade, a igualdade, a justiça e a segurança jurídica. A ausência de uniformidade no sentido atribuído aos dispositivos jusfundamentais, além de enfraquecer a força normativa da Constituição e a efetividade de suas normas,^[3]

[3] Interpretações divergentes do mesmo dispositivo, por reduzirem a capacidade de conformação da realidade política e social, acabam por enfraquecer a força normativa da Constituição. Nesse sentido, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal: “[...] A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa

à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional” (RE 328.812 ED/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes; julgamento: 06.03.2008); “Inaplicabilidade da Súmula 343 em matéria constitucional, sob pena de infringência à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional” (AI 555.806

AgR/MG, Rel. Min. Eros Grau; julgamento: 01.04.2008); “A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL [...] A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal