

Os precedentes dos tribunais¹

Hugo Nigro Mazzilli

Advogado, professor e consultor jurídico

Segundo o Código de Processo Civil (CPC), os juízes e tribunais deverão *observar* os precedentes. Levá-los em conta é saudável, pois demonstram uma tendência dos tribunais, uma experiência de gerações, um amadurecimento de conceitos... Mas o CPC quer mais que isso: *observar* aqui é *obedecer* aos precedentes.

Essa importante novidade visa a tirar o caráter aleatório da jurisprudência, tornando-a previsível, estável e segura, como na *common law*.

Embora o fim seja válido, a regra afronta a Constituição, pois juízes não podem fazer leis. Não temos a crença simplista de que o Judiciário nunca legisle, pois a Constituição autoriza o STF a declarar a constitucionalidade ou não da lei, a fixar interpretação vinculante da lei, ou, na omissão do legislador, a emitir a vontade presumível do ordenamento legal. Fora daí, fazer leis supõe vontade *do povo*, por seus mandatários. Os membros do Judiciário são *executores* da lei.

O CPC, porém, aumentou por conta própria as hipóteses em que os tribunais podem expedir normas...

Não se diga que não é ato *normativo* aquele de um tribunal que edite decisão vinculante, porque não está *criando* uma norma e, sim, apenas *dando interpretação* a uma lei existente e conferindo-lhe *efeito vinculante*. Ora, se uma lei quer dizer e diz mesmo “A”, mas o tribunal, *interpretando* a lei, entende que “A” significa “B”, e se se confere a essa *interpretação* uma força genérica *vinculante*, então o que está em vigor no País não é “A” e sim “B”.

Nem se argumente que seria mera teratologia o tribunal criar normas (como o STF fez na súmula vinculante 11, que disciplinou o uso de algemas), pois aí o defeito não seria da lei e sim dos homens. Ora, no caso do CPC, o defeito já é da lei.

Os juízes — que nunca receberam um só voto popular —, são os menos qualificados para fazer leis: não podem legislar como se parlamentares eleitos fossem, e sim só podem emitir regras genéricas para coarctar ações ou omissões tópicas dos legisladores quando ofensivas à Constituição.

Os ministros do STF já vêm dando exemplos de ceder com naturalidade e gosto à tentação onipotente e incontrastável de fazer leis, como quando autorizaram aborto até o terceiro mês de gravidez (HC n. 124.306-RJ), ou quando da súmula 394, que deu foro por prerrogativa de função a quem não tinha função, ou quando da súmula das algemas, ou quando deram ao procurador-geral da República o poder que ele não tem

1. Artigo publicado na *Revista Síntese: Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 18, n. 108, p. 94-95, jul./ago. 2017.

de decidir conflito de atribuições entre Ministério Público estadual e federal (ACO n. 924)... O que não farão os demais tribunais em seu ativismo?

Às vezes são as mais altas Cortes que devem seguir o exemplo das Cortes inferiores... Lembremo-nos do *Plano Collor*. Um dia, um presidente da República bloqueou os ativos financeiros do País por meio de medida provisória! Quando de imediato os mais altos tribunais tomaram contato com isso, em nada impediram a ação. Quem resolveu o problema? Foram os juízes singulares em todo o País. Anos depois, Collor não era mais presidente, a questão estava resolvida e então o STF heroicamente declarou inconstitucional o bloqueio. Relembremos a súmula 394: em abril de 1964, mal instalado o golpe militar, o STF entendeu que, se uma autoridade cometesse um crime enquanto detivesse prerrogativa de foro, esta subsistiria mesmo depois de cessadas suas funções... Os ministros criaram *foro por prerrogativa de função sem função*... Esse absurdo antirrepublicano durou 35 anos... Noutro caso, tendo havido empate na votação do mandado de segurança que discutia o *impeachment* de Collor, o plenário do STF adiou o julgamento e convocou três ministros do tribunal inferior, que, *estes sim*, efetivamente decidiram a mais alta questão que até então deveria ter sido enfrentada pela maior Corte Constitucional do País: a validade da até então única destituição de um presidente da República feita conforme a Constituição...

Deixar apenas aos tribunais que superem suas posições pode custar décadas, pois os juízes serão docilmente compelidos a seguir a cômoda jurisprudência dos tribunais... Se, porém, assegurarmos sua independência, os juízes locais melhor poderão levar em conta as peculiaridades dos casos concretos, graças ao contato direto com as partes. Sacrificando-se sua independência, estiolaremos a evolução do Direito e perderemos sua autonomia, que, no mais das vezes, é maior que a dos mais altos tribunais, que não raro têm inserções e decisões de caráter político-partidário.

Doravante, se um tribunal qualquer editar um entendimento abstrato e genérico, sua decisão não só resolverá os recursos pendentes, mas imporá solução até mesmo para casos que *ainda sequer aconteceram!* Ora, disciplinar eventos futuros é próprio da lei, não da jurisprudência!

O efeito vinculante dos precedentes é mera jurisprudência defensiva para desafogar os tribunais. Sem dúvida, é desejável tornar a jurisprudência coerente, mas não é rasgando a Constituição que melhoraremos a prestação da Justiça no Brasil.