

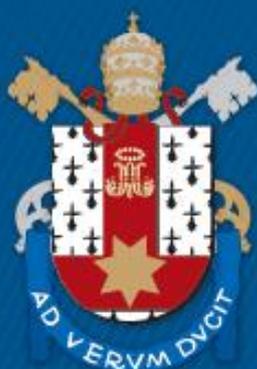
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA FACULDADE DE DIREITO DA PONTIFÍCIA
UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

JENALDO ALVES DE ARAÚJO

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS E PRECEDENTES VINCULANTES EM DETRIMENTO
DO CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ E DAS CLÁUSULAS PÉTREAS: limites e possibilidades para
uma mudança hermenêutica à luz da teoria da decisão

Porto Alegre-RS
2023

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

JENALDO ALVES DE ARAÚJO

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS E PRECEDENTES
VINCULANTES EM DETRIMENTO DO CONVENCIMENTO MOTIVADO DO
JUIZ E DAS CLÁUSULAS PÉTREAS: limites e possibilidades para uma mudança
hermenêutica à luz da teoria da decisão

Tese apresentada como requisito parcial para a
obtenção do grau de Doutor pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do
Sul.

ORIENTADOR PROFESSOR DOUTOR MARCO FÉLIX JOBIM

Porto Alegre -RS
2023

Ficha Catalográfica

A663d Araújo, Jenaldo Alves de

Da (in)constitucionalidade das súmulas e precedentes vinculantes em detrimento do convencimento motivado do juiz e das cláusulas pétreas : limites e possibilidades para uma mudança hermenêutica à luz da teoria da decisão / Jenaldo Alves de Araújo. – 2023.

415p.

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Marco Félix Jobim.

1. Súmulas vinculantes. 2. Stare decisis. 3. Princípio do convencimento motivado do Juiz. 4. Inconstitucionalidade. 5. Incompatibilidade. I. Jobim, Marco Félix. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Clarissa Jesinska Selbach CRB-10/2051

Termo de aprovação da tese intitulada - “Da (in) constitucionalidade das súmulas e precedentes vinculantes em detrimento do convencimento motivado do juiz e das cláusulas pétreas: limites e possibilidades para uma mudança hermenêutica à luz da teoria da decisão”, elaborada pelo doutorando Jenaldo Alves de Araújo, foi aprovada na banca examinadora composta pelos professores abaixo nominados:

Presidente: Professor Doutor Marco Félix Jobim – PUCRS;

Professor Doutor Luís Alberto Reichelt - PPGD/PUCRS;

Professor Doutor Alvaro Vinícius Paranhos Severo – ED/PUCRS;

Professor Doutor Elton Somensi, de Oliveira – ED/PUCRS;

Professor Doutor – Guilherme Antunes da Cunha – UniRitter;

Professor Doutor – Wilber Carlos dos Santos Coimbra - Membro externo.

Aprovada a tese. Porto Alegre-RS, 13 de novembro de 2023.

“A eficácia prática do princípio da súmula vinculante é altamente questionável! Por uma razão muito simples: mesmo prevalecendo o princípio da Súmula vinculante, não há como inibir a sustentação, em juízo, de teses diametralmente opostas [...] É um perigoso dirigismo estatal, que frustra a função transformadora e criadora da jurisprudência”.
(Celso de Mello, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar quero agradecer a Deus, nosso Supremo Pai e Arquiteto do universo e ao meu Professor Orientador Doutor Marco Félix Jobim da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, por ter acreditado em mim e na minha capacidade cognitiva. Agradeço ainda pelo trato simples, correto e científico, com que sempre abordou as nossas orientações da nossa pesquisa (tese), sem nunca ter permitido que o desalento se instalasse, mesmo nos momentos mais difíceis.

Ao Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet, Coordenador do Programa de Doutorado da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, pela presteza e apreço com todos os doutorandos, que com expertise e sabedoria soube conduzir o mencionado programa. Um exemplo de um líder.

À minha esposa, Vera Lúcia Basílio Alves de Araújo, pela compreensão, apreço, amor e muita paciência, que sempre soube me entender nos momentos mais difíceis. Aos meus colegas da turma do doutorado, quero agradecer-lhes pelos momentos, por vezes, magníficos, que tivemos mesmo durante a pandemia da Covid-19.

Ao Doutor Wilber Carlos dos Santos Coimbra, Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, jurista e erudito, pessoa a quem tenho apreço, estima e respeito por ser um líder a partir dos seus exemplos e nunca mediu esforços para ajudar ao próximo. Sou testemunha disso!

Ao Doutor Renilson Mercado Garcia, jurista por excelência e de conduta ilibada, irmão que eu escolhi, exímio conhecedor do Direito, notadamente Direitos humanos e Fundamentais: um constitucionalista, a quem sempre recorro para sanar minhas dúvidas e obtenho respostas seguras, fundamentadas e sensatas!

Aos colegas de trabalho Nancy Fontinele, Robson Cataca dos Santos, Carlos Renato Dolfini, Miler Maíke de Paiva, pessoas que muito me ensinam todos os dias, pelo conhecimento, sabedoria e senso crítico, sem perder a sua compaixão com o próximo.

Agradeço pelo bom convívio, pelas boas discussões e, a alegria que por regra se instalava. Em especial a nossa líder de turma Fabrine Félix pela amizade demonstrada, a sua sempre inteira disponibilidade conosco. Os meus agradecimentos a todos aqueles que, de alguma forma direta e indiretamente, permitiram que esta tese se concretizasse.

Por fim, agradeço às duas instituições de ensino: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS e à Faculdade Católica de Rondônia - FCR, instituições

que primam pela excelência e que não medem esforços para a qualificação do seu corpo docente, e pelo efetivo e imensurável apoio recebido.

Dedico este trabalho de pesquisa ao Supremo Criador do Universo, que é DEUS, autor da minha fé, condição primacial da minha existência e meu Pai Eterno, à minha amada esposa, Vera Lúcia Basílio Alves de Araújo, companheira e eterna namorada, mulher guerreira por vocação, aos meus pais Sebastiana Alves de Araújo e Pedro de Araújo, *in memoriam*, ambos já se encontram no assento etéreo!

RESUMO

A Emenda Constitucional n. 45 de dezembro de 2004, juntamente com a Lei n.11.417, de dezembro de 2006, introduziram no Direito Brasileiro a súmula vinculante, fazendo com que as decisões do Supremo Tribunal Federal passem a ser obrigatórias para os demais tribunais do Poder Judiciário, bem como para a Administração Pública Direta e Indireta. Tal instituto ocasionou várias discussões no mundo jurídico, fazendo-se com que os constitucionalistas e processualistas erguessem incalculáveis questionamentos e posicionamentos acerca da matéria, principalmente no que tange à aplicação do referido instituo frente à atividade jurisdicional, uma vez que a mencionada súmula afronta, principalmente os direitos fundamentais, sociais e os princípios fundamentais do sistema nacional, em especial, o Princípio do Convencimento do Juiz. Em consequência, tais questionamentos se desdobraram de tal forma que trouxeram também no seu arcabouço posições acentuadas relativas aos princípios do duplo grau de jurisdição, do devido processo legal, dentre outros, que são princípios constitucionais expressos integrantes dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. É exatamente em face dessa tamanha ofensa, que se propõe o presente estudo, concentrado no confronto entre o instituto criado em 2004, a súmula vinculante, e o Princípio do Convencimento motivado do Juiz. A adoção de tal medida visa ao “desafogamento” do Poder Judiciário preso a um número alarmante de processos e acabar com a morosidade existente. Por outro lado, a implementação da súmula de efeito vinculante poderá ocasionar o engessamento do Poder Judiciário, pois ao obrigar os juízes a seguirem de forma mecânica e alienada tal procedimento, vedando-se um princípio basilar do direito, qual seja: o convencimento motivado do juiz de dizer o direito no caso concreto.

Palavras-chave: Súmulas vinculantes. *Stare decisis*. Princípio do convencimento motivado do Juiz. Inconstitucionalidade. Incompatibilidade.

ABSTRACT

Constitutional Amendment no. December 45, 2004, together with Law n.11.417, of December 2006, introduced the binding summary into Brazilian Law, making the decisions of the Federal Supreme Court become mandatory for the other courts of the Judiciary, as well as for Direct and Indirect Public Administration. This institute caused several discussions in the legal world, causing constitutionalists and proceduralists to raise countless questions and positions on the matter, mainly with regard to the application of the aforementioned institution in relation to jurisdictional activity, since the aforementioned summary is an affront, mainly fundamental, social rights and the fundamental principles of the national system, in particular, the Principle of Convincing the Judge. As a result, such questions unfolded in such a way that they also brought into their framework accentuated positions relating to the principles of double degree of jurisdiction, due legal process, among others, which are constitutional principles expressed as part of the fundamental rights provided for in the Federal Constitution. It is exactly in light of this great offense that the present study is proposed, focused on the confrontation between the institute created in 2004, the binding summary, and the Principle of the Judge's motivated Convincing. The adoption of such a measure aims to “unburden” the Judiciary Branch tied to an alarming number of processes and put an end to the existing slowness. On the other hand, the implementation of the precedent with binding effect could cause the Judiciary to become rigid, as by forcing judges to follow this procedure in a mechanical and alienated manner, prohibiting a basic principle of law, namely: the motivated conviction of the judge to say the law in the specific case.

Keywords: Binding Precedents. Principle of free conviction of the judge. Inconstitutionality. Brazilian legal system.

RIASSUNTO

Emendamento costituzionale n. Il 45 dicembre 2004, insieme alla Legge n. 11.417, del dicembre 2006, ha introdotto la sintesi vincolante nella legislazione brasiliana, rendendo obbligatorie le decisioni della Corte Suprema Federale per gli altri tribunali della Magistratura, nonché per il Pubblico Diretto e Indiretto. Amministrazione. Tale istituto ha suscitato non poche discussioni nel mondo giuridico, inducendo costituzionalisti e proceduralisti a sollevare innumerevoli interrogativi e posizioni in merito, soprattutto per quanto riguarda l'applicazione del suddetto istituto in relazione all'attività giurisdizionale, poiché la citata sintesi costituisce un affronto, soprattutto fondamentale, i diritti sociali e i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale, in particolare il principio di convinzione del giudice. Di conseguenza, tali questioni si sono sviluppate in modo tale da introdurre nel loro quadro anche posizioni accentuate relative ai principi del doppio grado di giurisdizione, del due legal process, tra gli altri, che sono principi costituzionali espressi nell'ambito dei diritti fondamentali previsti nella Costituzione federale. È proprio alla luce di questo grave reato che si propone il presente studio, incentrato sul confronto tra l'istituto creato nel 2004, il rito vincolante, ed il Principio della Convinzione motivata del Giudice. L'adozione di tale misura mira a “alleggerire” il potere giudiziario legato ad un numero allarmante di processi e porre fine alla lentezza esistente. D'altro canto, l'attuazione del precedente con efficacia vincolante potrebbe irrigidire la Magistratura, obbligando i giudici a seguire tale procedura in modo meccanico e alienato, vietando un principio basilare del diritto, e cioè: la condanna motivata del giudice a dire la legge nel caso specifico.

Parole-chiave: precedenti vincolanti. Sguardo decide. Principio della motivata condanna del giudice. Incostituzionalità. Incompatibilità.

RESUMEN

Enmienda Constitucional núm. El 45 de diciembre de 2004, junto con la Ley n. 11.417, de diciembre de 2006, introdujo el sumario vinculante en el derecho brasileño, haciendo que las decisiones del Tribunal Supremo Federal pasen a ser obligatorias para los demás tribunales del Poder Judicial, así como para los Tribunales Públicos Directos e Indirectos. Administración. Este instituto provocó varias discusiones en el mundo jurídico, provocando que constitucionalistas y procesalistas plantearan innumerables interrogantes y posiciones al respecto, principalmente en lo que respecta a la aplicación de la citada institución en relación con la actividad jurisdiccional, toda vez que el citado sumario es una afrenta, principalmente fundamental. , los derechos sociales y los principios fundamentales del sistema nacional, en particular, el Principio de Convencer al Juez. Como resultado, tales cuestiones se desarrollaron de tal manera que también trajeron en su marco posiciones acentuadas relativas a los principios de doble grado de competencia, debido proceso legal, entre otros, que son principios constitucionales expresados como parte de los derechos fundamentales previstos. en la Constitución Federal. Precisamente a la luz de este gran delito se propone el presente estudio, centrado en la confrontación entre el instituto creado en 2004, el sumario vinculante y el Principio de la Convicción motivada del Juez. La adopción de tal medida pretende “descargar” al Poder Judicial atado a un alarmante número de procesos y poner fin a la lentitud existente. Por otro lado, la implementación del precedente con efecto vinculante podría generar rigidez en el Poder Judicial, al obligar a los jueces a seguir este procedimiento de manera mecánica y alienada, prohibiendo un principio básico del derecho, a saber: la condena motivada del juez para decir la ley en el caso concreto.

Palabras-clave: Precedentes vinculantes. La mirada decide. Principio de la condena motivada del juez. Inconstitucionalidad. Incompatibilidad.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU – Advocacia-Geral da União

ABDPRO – Associação Brasileira de Direito Processual

ADECON - Ação direta de constitucionalidade

ADIN – Ação direta de inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de descumprimento de preceito fundamental

ADRs, ou *Alternative Dispute Resolution* – meios adequados de resolução

APn – Ação penal

Art - artigo

Arts. – artigos

Caderno de Ritos – Código de Processo Civil

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal de 1988

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CHD - Crítica Hermenêutica do Direito

CIDH - Corte Internacional de Direitos Humanos

CIJ - Corte Internacional de Justiça

CIJ - Corte Internacional de Justiça

CIJ - Corte Internacional de Justiça

CLT - Consolidação das Leis do Trabalho CNJ - Conselho Nacional de Justiça CNMP -

Conselho Nacional do Ministério Público

CPC – Código de Processo Civil

CR – Constituição da República

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DL - Decreto-Lei

DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

DUDHC - Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789

EC – Emenda Constitucional ou Emenda à Constituição

ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

FPPC -Fórum Permanente de Processualistas Cíveis

IRDR - Incidente de resolução de demandas repetitivas.

LCM – Livre convencimento motivado

LINDB - Lei de Introdução ao Direito Brasileiro

LOMAN - Lei Orgânica da Magistratura Nacional
MC - Medida Cautelar
MI - Mandado de Injunção
MP - Medida Provisória
MS - Mandado de Segurança
OAB - Ordem dos Advogados do Brasil
OEA - Organização dos Estados Americanos
ONU – Organização das Nações Unidas
PCM – Princípio do convencimento motivado
PSV - Proposta de Súmula Vinculante
PUC-SP - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
RE - Recurso Extraordinário
RISTF - Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ- Superior Tribunal de Justiça
STM – Superior Tribunal Militar
SV – Súmula vinculante
TPI – Tribunal Penal Internacional
TRF – Tribunal Regional Federal
TSE – Tribunal Superior Eleitoral
TST - Tribunal Superior do Trabalho
PEC- Proposta de emenda à Constituição

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	17
2. VISÃO EVOLUTIVA DOS INSTITUTOS JURÍDICOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ATÉ A CF/88	24
2.1. Origem do devido processo legal e a Magna Carta Inglesa de 1215.....	24
2.2 Do devido processo legal	28
2.3 Da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a presunção de não culpabilidade	30
2.4 A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH).....	33
2.5 Da origem do princípio da dignidade da pessoa humana	37
2.5.1 Constituições que adotaram o princípio da dignidade humana	39
2.6 Das dogmáticas jurídicas do princípio da dignidade da pessoa humana e sua positivação constitucional	41
2.7 O devido processo legal e sua conjuntura como Direito Fundamental e Humano.....	47
2.8 Do devido processo justo sob a perspectiva da nova dogmática jurídico-processual	53
3. DOS PRECEDENTES JUDICIAIS ADOTADOS NO BRASIL E SEUS INSTITUTOS JURÍDICOS CORRELATOS	57
3.1 Considerações iniciais	57
3.2 Sistemas de <i>common law</i> e de <i>civil law</i> : origem, conceitos, diferenças entre si e aplicações	61
3.3 Globalização judicial: um dos motivos do fenômeno da aproximação dos dois sistemas jurídicos (<i>common law e civil law</i>)	67
3.4 O Código de Processo Civil inglês: <i>Rules of Civil Procedure</i> e sua influência do <i>common law</i>	70
3.4.1 Da exposição de motivos do novo Código de Processo Civil brasileiro	72
3.4.2 O novo CPC brasileiro e o seu núcleo principiológico favorável a um processo justo	75
3.4.3 Do contraditório prévio e do dever de fundamentação como eixo central da base principiológica do novel CPC, cuja teleologia é um processo justo	77
3.4.4 Obrigação da fundamentação das decisões judiciais e sua essencialidade jurídico- constitucional	83
3.4.5 Na teoria da decisão no sistema <i>civil law</i> , o juiz pode ignorar a lei?	87
3.4.6 A hermenêutica dos precedentes aplicada às decisões judiciais das cortes superiores	91
3.4.7 O significado do termo “observarão” no <i>caput</i> do art. 927 do CPC	99
3.4.8 Posicionamento do Enunciado n. 170, do FPPC e seus consectários.....	103
3.4.9 Análise acerca da coerência e da integridade sob a perspectiva do atual CPC	106
3.4.9.1 Princípios do convencimento motivado do juiz e do magistrado.....	109

3.4.9.2 Da discricionarieidade do juiz e suas consequências jurídicas.....	114
3.5 Dos limites e alcances da interpretação constitucional na atividade jurisdicional sob olhar neopositivista	117
3.5.1 Uma Crítica à sociedade aberta dos intérpretes a partir da Jurisdição Constitucional	121
3.5.2 Crítica ao positivismo jurídico	126
3.5.3. O Dever de Fundamentar e a busca pela resposta correta como oposições à tese do “livre” convencimento dos juízes.....	128
3.5.4 Diferenças entre texto, norma e princípios na visão neo-positivista	138
3.5.5 Diferença entre precedentes judiciais e súmula com efeito vinculante	151
3.5.6 Desacordo teórico racional e sua contribuição para razão de decidir	155
3.5.7 Da <i>ratio decidendi</i> e do <i>obiter dictum</i>	159
3.5.8 A dicotomia entre <i>distinguishing</i> e <i>overruling</i>	161
3.5.9 Dicotomia entre fonte normativa e e norma jurídica.....	164
4. DA OBRIGATORIEDADE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E SUPOSTA INCOMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	166
4.1 Os precedentes judiciais, insertos nos artigos 926 e 927 do CPC violam o modelo constitucional de Direito Processual	168
4.2 Dos argumentos doutrinários pela inconstitucionalidade dos precedentes judiciais	172
4.3 Da (in) constitucionalidade dos incisos III, IV e V do artigo 927 do novel CPC	180
4.4 Da supremacia da Constituição Federal no sistema jurídico brasileiro – <i>civil law</i>	182
4.5 Dos Direitos Fundamentais e suas características - princípios-vetores ao retrocesso.....	184
4.6 Instrumentos jurídicos que vinculam subjetivamente a decisão judicial.....	187
4.7 A ausência de força vinculante dos precedentes judiciais diante da não formação da <i>ratio decidendi</i>	190
4.7.1 A <i>ratio decidendi</i> para a construção e concretização da norma a ser elaborada a partir dos enunciados insertos no art. 927 do CPC de 2015	193
4.7.2 A compatibilidade entre interpretação operativa e a Crítica Hermenêutica do Direito	196
4.7.3 A importância de compreender a interpretação operativa para o modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes do CPC/2015.....	198
4.7.4 Análise acerca dos precedentes (<i>leading cases</i>) e suas consequências no mundo jurídico	202
4.7.5 <i>Distinguishing within a case e distinguishing between cases</i> (Distinção dentro de um caso e distinção entre casos).....	207
4.7.6 Da análise da aceitação do precedente nos sistemas <i>common law</i> e <i>civil law</i>	210
4.7.7 O caráter produtivo da interpretação de precedentes e os equívocos das tentativas de uniformização jurisprudencial forçada.....	216

4.7.8	Pode o precedente ser fonte primária do Direito no sistema <i>civil law</i> brasileiro?..	221
4.7.9	Do controle de constitucionalidade e de convencionalidade das leis e das súmulas vinculantes.....	224
4.8	Posição hierárquica dos tratados de Direitos Humanos aprovados fora do marco estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição Federal.....	235
4.8.1	Controle de convencionalidade <i>versus</i> controle de constitucionalidade	239
4.8.2	Dos tratados internacionais e sua convencionalidade das leis com fulcro na Constituição da República.....	242
5	REQUISITOS CONSTITUCIONAIS E PROCEDIMENTAIS DA SÚMULA VINCULANTE <i>VERSUS</i> ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL	251
5.1	Emenda Constitucional n. 45, de 2004 e a previsão da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro	251
5.2	Da edição, revisão, cancelamento e reclamação atinentes à Súmula com efeito vinculante e seus aspectos normativos.....	252
5.2.1	Legitimados para propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante.....	258
5.2.2	Da Reclamação Constitucional e sua natureza jurídica.....	261
5.2.3	Do cabimento da Reclamação e suas consequências jurídicas.....	265
5.2.4	Do prazo legal para o ajuizamento da Reclamação.....	267
5.2.5	Competência para editar súmula vinculante.....	268
5.2.6	Natureza jurídica do processo de edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante	268
5.2.7	Legitimidade para propor Reclamação constitucional	268
5.2.8	Intervenção de terceiros no processo de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante	269
5.3	Efeitos da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro	270
5.3.1	A decisão proferida em Reclamação constitucional produz ou não coisa julgada?271	
5.4	O efeito vinculativo e a interpretação da súmula vinculante.....	276
5.5	Da súmula vinculante e a possibilidade de controle de constitucionalidade.....	278
6	A SÚMULA VINCULANTE <i>VERSUS</i> CLÁUSULAS PÉTREAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	282
6.1	Da súmula vinculante e a equivocada hermenêutica à luz do ordenamento jurídico brasileiro.....	287
2.2	A impropriedade na utilização das súmulas	302
6.3	A súmula vinculante e o princípio da persuasão racional dos magistrados	308
6.4	A súmula vinculante e sua incompatibilidade com as garantias dos direitos Fundamentais	311

6.5 A adoção da súmula vinculante e o princípio da legitimidade democrática	313
6.6 A (in) constitucionalidade da súmula vinculante frente o paradigma do Estado Democrático de Direito	319
6.7 Da (in) constitucionalidade da emenda constitucional n. 45, de 2004	324
6.8 Efeito vinculativo - abuso de autoridade e o crime de hermenêutica.....	331
6.9 Da Lei n. 13.869, de 2019 que dispõe sobre abuso de autoridade	334
6.9.1 Análise dos Dados dos CNJ - Justiça em números de 2017.....	338
6.9.2 Dos dados da Associação dos Magistrados brasileiros – AMB – 2018	342
6.9.3 Direitos e garantias fundamentais, a razoável duração do processo refletida no CPC de 2015 e a justiça multiportas (<i>multi-door Justice</i>)	345
6.9.4 Processos eletrônicos já são 97% do total do país, mostra levantamento do CNJ ...	351
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	359
8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	368

1. INTRODUÇÃO

O atual Código de Processo Civil brasileiro, publicado em 16 de março de 2015, entrou em vigor em 18 de março de 2016, com *vacatio legis* de um ano após sua publicação, e trouxe inovações e questionamentos que dividem até os dias atuais os juristas brasileiros.

Destaca-se nesta pesquisa o instituto dos precedentes vinculantes (precedentes normativos), que proporcionam uma discussão quanto à possibilidade de serem inconstitucionais, em especial os incisos III a V do art. 927, do referido Código, por terem ingressado no ordenamento jurídico brasileiro por meio de lei ordinária e não terem correspondência na Constituição da República.

A presente tese, ora apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC-RS, na área de concentração atinente à Teoria Geral da Jurisdição e Processo, analisa os precedentes judiciais e as súmulas vinculantes diante da Constituição Federal do Brasil, Código de Processo Civil de 2015 e a legislação aplicada à espécie versada, notadamente a Lei n. 11.417, de 2006, a qual disciplinou o procedimento da aludida súmula. Busca-se formar a convicção, de forma racional, de que os referidos institutos jurídicos em alguns aspectos não são compatíveis com Constituição da República.

A súmula vinculante vem disposta no art. 103-A da Constituição de 1988 (redação dada pela EC. n. 45, de 2004), combinado com os arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil, os quais trazem os precedentes e significa que o entendimento do Supremo Tribunal Federal deve prevalecer em todas as instâncias do Poder judiciário e da Administração Pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal, sob pena de anulação do ato administrativo ou cassação da decisão judicial.

Ver-se-á que o uso da súmula vinculante e os precedentes judiciais, se aplicados de modo automático, implicam atentado aos preceitos constitucionais, notadamente às cláusulas pétreas e ao convencimento motivado do juiz, constituindo-se, numa análise ampla, até em violação ao Estado Democrático de Direito.

Diante do exposto, deslimou-se com título desta pesquisa: Da (in)constitucionalidade das súmulas e precedentes vinculantes em detrimento do

convencimento motivado do juiz e das cláusulas pétreas: limites e possibilidades para uma mudança hermenêutica à luz da teoria da decisão.

Segundo os preceitos da Metodologia Científica quando se procede à escolha de um tema para a consecução de uma tese, devem-se pesquisar justamente temas inéditos ou relevantes para buscar-se na conclusão da pesquisa o ineditismo, porque embora a tese tenha caráter recapitulativo e analítico, esgota-se na originalidade da proposição, pois vai além da mera sistematização e se propõe a demonstrar e provar proposições com fulcro em métodos científico-jurídicos.

Acerca da formulação do problema de uma pesquisa de cunho científico, afirmam Fincato e Gillet (2018) que “O problema de uma pesquisa se constitui na(s) dúvida(s)norteadora(s) do agir e do pensar. É a “porta da indagação” que o pesquisador parte rumo a uma resposta e aos seus fundamentos”.

Notadamente a pesquisa científica sempre parte de um problema, de uma interrogação, uma situação para a qual o repertório de conhecimento disponível não gera resposta adequada. E, por consectário para apresentar solução a esse problema, são levantadas hipóteses que podem ser confirmadas ou refutadas pela pesquisa. Portanto, toda pesquisa se baseia em uma teoria que serve como ponto de partida para a investigação (Prodanov; Freitas, 2013).

Diante dessas premissas metodológicas postas, para a consecução desta pesquisa, foram formulados os seguintes problemas:

1. As Súmulas vinculantes e os precedentes judiciais podem mitigar cláusulas pétreas, entre elas, os princípios da separação dos poderes, do contraditório e da ampla defesa? - 2. As súmulas vinculantes e os precedentes judiciais, num Estado Democrático de Direito, podem mitigar ou abolir o princípio do convencimento motivado do juiz? - 3. As súmulas vinculantes e os precedentes judiciais podem vincular a razão de decidir dos magistrados num Estado Democrático de Direito, que adota o sistema jurídico *civil law* ?

Por consequência, formularam-se as seguintes hipóteses:

A aplicação súmula vinculante restringe o universo de possibilidades deliberadas pela linguagem, reduzindo o campo de atuação do julgador e, dessa forma, concebê-las desconsidera a inevitabilidade da condição hermenêutica do ser humano. Desse modo, não se coaduna com a teoria do Direito como integridade proposta por Ronald *Dworkin*, para a qual o Direito consiste essencialmente em interpretação traduzida. Como é cediço a interpretação dos princípios deve se dar de forma flexível e aberta, contudo em obediência aos preceitos jurídicos, sociais e filosóficos.

Por consequência, formularam-se as seguintes hipóteses:

H.1. As Súmulas vinculantes e os precedentes judiciais não podem mitigar cláusulas pétreas, haja vista que nem as emendas à Constituição podem mitigá-las ou aboli-las, uma vez que os Direitos Fundamentais não podem sofrer retrocesso.

H.2. As súmulas vinculantes e os precedentes judiciais, num Estado Democrático de Direito não podem mitigar ou abolir, tampouco mitigar o princípio do convencimento motivado do juiz, porque no *civil law* a Teoria do Direito como integridade não se compatibiliza com o sistema da súmula vinculante devido à restrição que este instituto promove, porque conforme o pensamento da Direito como integridade, a interpretação dos princípios precisa se dar de uma forma bastante flexível e aberta, o exercício de reflexão do julgador sobre o sistema aberto de princípios e regras deve ser estimulado e desejado, a fim de que a única decisão possível seja tomada com base na no Direito e justiça, nas normas gerais e no devido processo legal.

H.3. As súmulas vinculantes e os precedentes judiciais não podem vincular a razão de decidir (*ratio decidendi*) dos magistrados num Estado Democrático de Direito, que adota o sistema jurídico *civil law*, uma vez que o juiz não mais fica preso nem mesmo ao formalismo da lei, antigo sistema da verdade legal, sendo que vai embasar suas decisões nas provas existentes nos autos, levando em conta sua Convicção motivada, na maioria das vezes à luz das premissas da técnica da pondração quando da subsunção.

As variáveis estão intrinsecamente ligadas a um projeto de pesquisa e podem atuar sobre o objeto da mesma, implicando resultados diferentes daqueles que seriam obtidos caso estas não estivessem presentes. Nas palavras de Mezzaroba e Monteiro (2009, p. 154), “fatores teóricos e/ou práticos que podem vir a influenciar o objeto da investigação, ou ainda interagir com ele, alterando suas características e interferindo nos resultados obtidos.

Variáveis são conceitos operacionais para testar hipóteses de forma quantificável, principalmente quando se tratar de pesquisa quantitativa, entretanto em pesquisa qualitativa as variáveis não são exigíveis (facultativas), é o caso desta pesquisa, haja vista Direito ser uma ciência factual social, mas mesmo assim foram elaboradas.

No que concerne às variáveis, em princípio, vislumbram-se como variáveis as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da aplicação das súmulas vinculantes e os precedentes judiciais em detrimento do princípio do convencimento motivado do juiz e das cláusulas pétreas.

Diante do exposto, tem-se como variáveis desta pesquisa os precedentes judiciais

que venham a surgir e as novas súmulas vinculantes caso sejam editadas no decorrer desta pesquisa para a consecução dos relatórios da tese em questão.

Do exposto, com o intuito de encontrar resposta às hipóteses e aos problemas levantados, foram elaborados os seguintes objetivos geral e específicos: Objetivo geral - Verificar se há inconstitucionalidades das súmulas vinculantes dos precedentes judiciais em detrimento do princípio do convencimento motivado do juiz e das cláusulas pétreas.

Objetivos específicos: Pesquisar acerca dos conceitos, procedimentos e alcance da aplicação das súmulas vinculantes e dos precedentes judiciais; Fazer um estudo no que concerne às súmulas vinculantes e ao posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro; Proceder a uma análise acerca princípios constitucionais processuais (cláusulas pétreas) acerca dos argumentos contrários às súmulas vinculantes e aos precedentes judiciais; Verificar à luz da hermenêutica jurídica se as súmulas vinculantes e os precedentes judiciais violam os preceitos constitucionais, no que alude ao princípio da separação dos poderes, da legitimidade democrática, do convencimento motivado do juiz e da sua independência funcional, do duplo grau de jurisdição, da evolução do Direito, do acesso à justiça, da inafastabilidade do controle judiciário, da obrigatoriedade de motivações das decisões e do processo democrático(devido processo legal).

Para a presente pesquisa, o método indutivo (raciocínio indutivo ou simplesmente indução) é um tipo de argumento utilizado em diversas áreas do conhecimento. Esse método tem a finalidade de chegar a uma conclusão no que pese as críticas de Karl Popper¹, o método em apreço tem como ponto de partida a observação para, daí, elaborar uma teoria(dogmática jurídica).

Dessa forma, Francis Bacon(2023) dividiu o método científico em etapas, sendo elas: Coleta – consiste no agrupamento de informações por meio da observação da natureza; sistematização dos dados – após a coleta, o pesquisador reúne e organiza os dados de forma racional e sistemática; Elaboração de hipóteses – etapa em que perguntas

¹ Karl Popper se dedicou ao pensamento do racionalismo crítico. Ao buscar responder ao que é ciência, formulou o Método Hipotético Dedutivo e se tornou um dos maiores pensadores da filosofia contemporânea. Ele fez críticas à indução. O princípio indutivo do método científico buscava comprovar teorias mediante a experiência decorrente da observação cuidadosa de uma série de eventos. (CABRAL, João Francisco Pereira. "A concepção de ciência de Karl Popper"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/a-concepcao-ciencia-karl-popper.htm>. Acesso em: 12 de setembro de 2022.)

são criadas com base na ideia inicial feita pela observação; conclusão – validação das ideias iniciais após as experimentações.

Quanto à modalidade de pesquisa, adotou-se neste trabalho científico a pesquisa bibliográfico-doutrinária, a qual procura explicar um problema a partir de referências teóricas publicadas em documento e julgados do STF. Pode ser realizada independentemente ou como parte da pesquisa descritiva ou experimental. “Em ambos os casos, busca conhecer e analisar as contribuições culturais ou científicas do passado existente sobre determinado assunto, tema ou problema.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, a qual se preocupa com o nível de realidade que não pode ser quantificado, ou seja, ela trabalha com o universo de significados, de motivações, aspirações, crenças, valores e atitudes (MINAYO, 2014).

Não há método infalível, tampouco padrões ou diretrizes preestabelecidas que se adaptem a qualquer situação; sempre ocorrerá a incidência de elementos pessoais próprios a cada pesquisador que lhe indicarão caminhos específicos de ação. Partindo do pressuposto de que o conhecimento científico-jurídico é crítico, rigoroso, sistemático, objetivo, e, nascendo da dúvida, consolida-se na certeza das leis demonstradas – por essa razão está menos sujeito a erros nas deduções e prognósticos.

Pelos motivos alhures citados, foram utilizados os seguintes métodos de procedimento específicos das ciências sociais nesta pesquisa: histórico; comparativo e monográfico. O método histórico consiste em investigar acontecimento, processos e instituições do passado para verificar a sua influência na sociedade atual, pois, como é sabido, que as instituições alcançaram sua forma atual através de alterações de suas partes componentes, “ao longo do tempo, influenciadas pelo contexto cultural particular de cada época. Seu estudo, para uma melhor compreensão do papel que atualmente desempenham na sociedade, deve remontar aos períodos de sua formação e de suas modificações.

O método comparativo realiza comparações com a finalidade de verificar similitudes e explicar divergências. O método comparativo é usado tanto para comparações no presente, no passado, ou entre os existentes e os do passado, quanto entre as sociedades de iguais ou de diferentes estágios de desenvolvimento”. Nesta pesquisa será empregado este método mais no sentido de fazer comparação entre o ordenamento jurídico brasileiro e também alienígena.

Por fim, será empregado em todo trabalho o método monográfico, uma vez que se parte do princípio de que qualquer caso que se estude em profundidade pode ser considerado representativo de muitos outros ou até de todos os casos semelhantes. “Este

método consiste no estudo de determinados indivíduos, profissões, condições, instituições, grupos ou comunidades, com finalidade de obter generalizações”.

Quanto à modalidade de pesquisa, adotar-se-á, neste trabalho científico, a pesquisa bibliográfica (doutrinário-jurisprudencial), a qual procura explicar um problema a partir de referências teóricas publicadas em documento (doutrina, jurisprudência, leis, princípios, entre outros). Pode ser realizada independentemente ou como parte da pesquisa descritiva ou experimental. “Em ambos os casos, busca-se conhecer e analisar as contribuições culturais ou científicas do passado existente sobre determinado assunto, tema ou problema.

Quanto às técnicas, a metodologia jurídica requer um levantamento de dados, que corresponde às fontes que serão utilizadas no desenvolvimento da pesquisa, para reforçar, comparar, demonstrar e apresentar as contribuições que até o momento foram divulgadas sobre o tema”. A coleta de dados (informações) exige do pesquisador o conhecimento acerca das técnicas de pesquisa existentes, porque é por meio delas “que se terá acesso ao material bibliográfico, ou documental-necessário para ajudar na comprovação das hipóteses da pesquisa.

Nesta pesquisa foram empregadas as técnicas de documentação indireta (pesquisa documental de fontes primárias: arquivos públicos, particulares e pesquisa bibliográfica de fontes secundárias: publicações avulsas, boletins, jornais, revistas jurídicas e técnico-jurídicas, livros, Constituições do Brasil e do Paraguai, pesquisas monográficas, entre outras), entre outras.

No que concerne à (in)constitucionalidade das súmulas e precedentes vinculantes em detrimento do convencimento motivado do juiz e das cláusulas pétreas: limites e possibilidades para uma mudança hermenêutica à luz da teoria da decisão se desenvolveu um estudo com anotações fundamentadas das diversas variantes encontradas nas doutrinas clássicas constitucionais, enfatizando-se também o constitucionalismo. Além disso, são estudados os princípios norteadores específicos do Direito Constitucional no que tange ao devido processo legal substantivo.

Por oportuno, deve-se registrar, desde já, que a matriz filosófica desta obra é simpatizante da filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e da hermenêutica filosófica Gadamer, além de adotar posicionamentos de autores diversos para embasar o raciocínio que será desenvolvido, a exemplo das conclusões de Ronald Dworkin sobre a integridade e a coerência do ordenamento jurídico.

Esta tese é composta por sete capítulos: Primeiro Capítulo - Introdução, Segundo Capítulo - Visão evolutiva dos institutos jurídicos e dos preceitos normativos do devido processo legal até a CF/88; Terceiro Capítulo - Dos precedentes judiciais adotados no Brasil e seus institutos jurídicos correlatos; Quarto Capítulo - Da obrigatoriedade dos precedentes judiciais e suposta incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro; Quinto Capítulo - Do controle de constitucionalidade e de convencionalidade das leis e das súmulas vinculantes; Sexto Capítulo - Da inconstitucionalidade da súmula vinculante *versus* Estado Democrático de Direito e o devido processo legal e Sétimo Capítulo – Considerações Finais.

2. VISÃO EVOLUTIVA DOS INSTITUTOS JURÍDICOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ATÉ A CF/88

2.1. Origem do devido processo legal e a Magna Carta Inglesa de 1215

Antes de adentrar no tema desta pesquisa, o qual tem a ver com processo e Constituição,² mister se faz proceder à análise jusfilosófica acerca de alguns institutos jurídicos, notadamente aqueles que dizem respeito aos preceitos normativos do devido processo legal e seus preceitos normativos e seus consectários para só depois versar acerca do objeto desta tese. De introito, fazendo-se uma viagem ao passado para se entender o presente, vê-se que o princípio do devido processo legal está relacionado com a ideia de mitigação do poder do rei que era absoluto³ e surgiu na Inglaterra no século XIII.

Para fim histórico, a Magna Carta foi firmada em junho de 1215 em convergência entre os barões da Inglaterra medieval e o Rei João Sem-Terra. Foi um dos documentos juspolíticos mais importantes desse período. O documento consistia, à época, em uma série de premissas jurídicas escritas e afirmavas que o Rei governaria a Inglaterra e lidaria com o povo, consoante os costumes feudais. "A Magna Carta foi uma tentativa de fazer com que o Rei parasse de abusar do seu poder e fazer com que os ingleses sofressem com isso". (Silva, 2022)

A questão temática da aludida Carta Magna de 1215 que mais interessa para esta pesquisa é o descrito no artigo 28 foi o que instituiu que nenhum homem livre (leia-se: nenhum servo) seria preso ou punido sem antes a questão ser avaliada pelo sistema jurídico. Veja-se, *in verbis*:

No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others

² Da (in) constitucionalidade das súmulas e dos precedentes vinculantes em detrimento do convencimento motivado do juiz e das cláusulas pétreas: limites e possibilidades para uma mudança hermenêutica à luz da teoria da decisão.

³ O Absolutismo Inglês criou durante os 200 anos de sua vigência as condições para o país se tornar uma potência econômica mundial. Com este fortalecimento, a sociedade inglesa criou as condições que a elevaram à categoria de potência imperialista, com a colonização da América do Norte, o domínio no comércio mercantilista e a criação das bases para a futura revolução industrial. O Absolutismo inglês foi o período de fortalecimento do Estado Monárquico da Inglaterra, ocorrido após a Guerra dos Cem Anos (1337-1453) e a Guerra das Duas Rosas (1455-1485). A título de esclarecimento, o absolutismo foi um sistema político que, em síntese, propagava e defendia o poder absoluto do monarca sobre o Estado e foi muito comum a partir do século XVI até meados do século XIX em diversas partes da Europa.

to do so, **except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.**(Silva,2022)⁴ (Grifou-se)

Vale aduzir que esse princípio teve salutar importância inicialmente para os ingleses e teve também a serventia de ancorar como estatuto de convivência de modo pacífico entre as pessoas que formavam a elite dominante daquela época na Inglaterra, e, por consectário, teve também a primazia de estabelecer “a supremacia da lei sobre o poder da monarquia absoluta e a prevalência do Estado de Direito”. (Sanguiné, 1989, p. 131).

A gênese do devido processo legal (*due process of law*) está ligado à *Charta Libertarum*, (conhecida como Magna Carta) outorgada pelo Rei João Sem-Terra, assinada em 15 de junho de 1215, composta por 63 capítulos e redigida em Latim, sendo consolidada em 1225, após ser sintetizada para 37 capítulos. Tratava-se de uma Carta Feudal, por meio da qual houve o reconhecimento e a garantia da “liberdade e a inviolabilidade dos Direitos⁵ da Igreja e certas liberdades aos homens livres do reino inglês [deixando] implícito pela primeira vez na histórica política medieval, que o rei se achava naturalmente vinculado pelas próprias leis que editava”. (Cunha JR. 2012, p. 593)

Vê-se a importância desse documento legislativo inglês outorgado⁶ há mais de 800 anos e ainda em vigor na Inglaterra, ressalvadas as suas adequações e modificações no decorrer desses séculos, mas a essência é quase irretocável. Nesse viés intelectual, a expressão devido processo legal pode ser definida, tomando-se empréstimo da teoria geral do processo, como o “conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram as partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”. (Cintra, 2001,p.89)

O conceito do Princípio do Devido Processo Legal (*due processo of law*) tem origem em 15 de junho de 1215, na Magna Carta das Liberdades inglesa ratificada pelo Rei João⁷, denominado “Sem-Terra”.(Alves, 2021) Essa é uma das premissas do constitucionalismo, a qual mitiga e revela que um todo governo é e deve ser limitado pelo

⁴ Tradução livre do autor: “Nenhum homem livre será detido ou preso, ou despojado de seus direitos ou posses, ou posto fora da lei ou exilado, ou privado de sua posição de qualquer outra forma, nem procederemos com força contra ele, ou enviaremos outros para fazê-lo, exceto por o julgamento legal de seus iguais ou pela lei da terra”.

⁵ No corpo desta pesquisa grafar-se-á a palavra “Direito” com inicial maiúscula por questão de ênfase e estilo linguístico.

⁶ Uma Constituição outorgada é aquela escrita e imposta por uma pessoa (governante) ou grupo de pessoas, contudo sem a participação da sociedade em um debate aberto e democrático. Já uma Constituição promulgada é aquela elaborada por meio do debate democrático, onde a sociedade opina acerca da sua elaboração, geralmente por meio de representantes eleitos.

⁷ João, também conhecido como João Sem-Terra, foi o Rei da Inglaterra de 1199 até sua morte. João perdeu o Ducado da Normandia e muitas de suas outras possessões para o rei Filipe II em 1204, resultando na queda de quase todo Império Angevino e contribuindo para o crescimento da dinastia.

Direito, e isso aguça a munção que os cidadãos têm como instrumentos de resistência em face dos atos arbitrários de seus governantes. Como é de sabença de todos, e a história tem presenciando que toda concentração de poder a uma pessoa tem causado consequências dantescas, porque a tendência é o abuso do poder que se manifesta principalmente por atos arbitrários.

Na aludida época (século XIII), os barões da Inglaterra ficaram muito indignados com o as atitudes autoritárias dos monarcas, não podiam proceder à reivindicação suas regalias em virtude da insatisfação do povo inglês, por isso aproveitaram o incidente entre o Rei João e o Papa Inocêncio III – fato esse que implicou a escolha do arcebispo de *Conterbury* em 1206, na ocasião causou muita controvérsia entre os ingleses, e foi ínterim que o Rei foi excomungado pelo Papa – e a retratação do Rei em 1213, e mais, o fracasso da guerra contra a França, encarregaram o Arcebispo de *Conterbury* para elaborar uma declaração reivindicando direitos e encaminharam ao Rei.(Turbay JR, 2021)

Narra a História que o Rei João Sem-Terra só anuiu de forma forçosa com documento (Carta Inglesa) de direitos depois que foi constrangido e ameaçado de guerra interna, momento que em que a igreja e os barões organizaram exércitos e encaminharam em direção a Londres, conhecidos como Exército de Deus e da Santa Igreja. Documento esse denominado de Magna Carta das Liberdades, e o que deu origem ao princípio do devido processo legal, pois nela foram definidos e estatuídos direitos fundamentais individuais, os quais o Estado não poderia mitigá-los ou os abolir (embora de forma pálida se se comparar com a CF/88), trata-se, pois, de garantir e proteger tais direitos contra o autoritarismo do governo da Inglaterra.

A referida Magna Carta, à época, estabeleceu um comitê de 25 barões com grande influência com acentuados poderes para proceder à reforma de qualquer decisão do Rei, podiam, inclusive se valerem até do uso da força, se fosse necessário. Na verdade, os barões almejavam que João Sem-Terra não declinasse de sua decisão, haja vista que só assinou tal documento porque houve cessão dos próprios barões.

Após os barões se ausentarem de Londres, João Sem-Terra impugnou a Magna Carta, e isso culminou uma intensa guerra civil na Inglaterra. Depois da morte de João Sem-Terra em outubro de 1216 por disenteria, seu filho e sucessor, Henrique III, ripristinou a Magna Carta, retirou apenas alguns preceitos normativos, como o artigo 61, que anulava as prerrogativas monárquicas. “Quando completou 18 anos, Henrique III

retalhou ainda mais a Magna Carta, reeditando-a, para que se reduzisse para apenas 37 artigos. Inicialmente a Magna Carta tinha 63 artigos”.(Silva, 2021)

O artigo 39 da Magna Carta de 1215 estatui que todo e qualquer julgamento que envolva privação de liberdade ou de bens deveria ser realizado, consoante os ditames da lei da terra (*law of the land*), a qual guarda e protege a garantia formal do processo. Pelo o que foi aquilatado em linhas precedentes, é sabido que o devido processo legal tem sua origem e já nasce com sua teleologia impositiva quanto ao processamento formal dos litígios, segundo aludida Lei da Terra. (Silva, 2021)

Outro ponto negativo do reinado de João Sem-Terra foi a sua relação conturbada com os representantes do alto clero, em que após sérias discussões, chegou a ser excomungado pelo Papa Inocêncio III, considerado pelos historiadores, o Papa mais poderoso da história (Schwartzman, 2022) .

A História narra que o sistema de Justiça e do direito feudal, a toda evidência, foram dois dos principais temas abordados na aludida Carta de 1215. Vale lembrar, por ser de relevo temático, que mais de um terço das suas 63 cláusulas tratavam diretamente dos direitos feudais, definiam e limitavam a extensão da autoridade do monarca.

Por óbvio, à luz dessas regras jurídicas postas, a mencionada Carta Magna se comparada com o constitucionalismo⁸ atual não previa direito para todos os cidadãos ingleses, entretantes para sua época foi de grande importância, haja vista o rei não ser tratado como responsável pelos seus atos.

Esse conflito só foi resolvido em 1213, quando João Sem-Terra, enfim, submeteu-se a hegemonia papal. Posteriormente, em 1214, João Sem-Terra entra em uma nova guerra contra a França, desta vez para reconquistar as terras que havia perdido outrora.⁹

⁸ Constitucionalismo é uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo. Consiste na divisão do poder, para que se evite o arbítrio e a prepotência, e representa o governo das leis e não dos homens, da racionalidade do Direito e não do mero poder. ”(CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional – Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional positivo. 16.ed. elo Horizonte: Del Rey, 2010).

⁹ Observa-se que a arbitrariedade de João Sem-Terra, que levou os barões a se organizarem para pressionar o rei, uma vez que não concordavam com seus gastos bélicos. Do outro lado, os membros da Igreja Católica na Inglaterra também se queixavam do abuso que o rei fazia da investidura, isto é, do ato de nomear (“investir”) clérigos para cargos importantes dentro de bispados do reino inglês. João Sem Terra procurava também submeter o clero à condição de vassalagem do seu reino. Um dos atos mais impactantes de João Sem Terra foi sua recusa em receber o cardeal Stephen Longton como representante da Igreja Católica na Inglaterra. Esse ato lhe rendeu a excomunhão, feita pelo Papa Inocêncio III.

Ressalta-se que o monarca somente assinou o documento por pressão e não por intenção de garantir direitos aos indivíduos, e ainda, que os maiores beneficiados de forma imediata foram a igreja e os barões, ou seja, continuou a minoria a deter o poder.¹⁰

A partir desse fato histórico, porém a ideia garantidora do princípio tomou grandes proporções com a repercussão obtida, principalmente como parâmetro e como fundamento das Constituições modernas. (Turbay JR,2022)

Embora João Sem-Terra (Rei da Inglaterra do período de 1199 a 1216) tenha jurado obediência à Carta Política¹¹ de 1215(Mezzomo,2021), contudo foi absolutamente árdego durante seu reinado, porque, à época, impôs a todo o reino uma política tributária altamente onerosa cobrando de seus súditos impostos cada vez mais elevados. Toda essa política autoritária tinha como objetivo imediato cobrir os gastos na guerra contra a França em 1204, pois João Sem-Terra¹² almejava proteger as terras perdidas para a coroa francesa, liderada pelo Rei Filipe II.

Como resultado dessa política desastrosa, no entanto, João Sem-Terra sofreu uma grande derrota e perdeu suas terras do Norte para a França, numa árdua batalha.

2.2 Do devido processo legal

No decorrer do tempo, percebeu-se que não era suficiente somente a garantia do processo, de forma que ele passa a ser dotado de requisitos procedimentais basilares. E nesse viés intelectual que se evoluiu para se admitir o devido processo de Direito, fundamentado na premissa da razoabilidade e por consectário se passou a exigir para a

¹⁰ O que poucos sabem, no entanto, é que a Magna Carta permaneceu em vigor por poucas semanas, uma vez que o Rei providenciou junto à Igreja, mais especificamente representada pelo Papa Inocêncio III, uma bula com o fito de anular o referido documento (Taruffo, 2016, p. 18). Nesse sentido, e como bem apontado por Taruffo ao citar posicionamento primeiramente expresso por Plucknett: “o mito foi muito mais importante que a realidade” (Taruffo, 2016, p. 18). Não faria sentido em tempos medievais vigorar um documento que ignoraria os poderes do papa, e ainda permitiria a limitação do poder da coroa por membros inferiores à monarquia, justamente em um período onde o clero e a nobreza possuíam o poder supremo em suas mãos. Nessa linha, reproduziremos as palavras de Nicholas Vincent:

“No such settlement could be accepted either by pope or by king. In medieval conceptualization, the king was head of the body politic. How could any authority, papal or royal, permit the head to be ruled by the body’s inferior members?” (Tradução livre: Nenhum acordo desse tipo poderia ser aceito pelo papa ou pelo rei. Na conceituação medieval, o rei era o chefe do corpo político. (Vincent, 2018, p. 34)

¹¹ A Magna Carta foi assinada em junho de 1215 entre os barões da Inglaterra medieval e o Rei João Sem-Terra. Foi um dos documentos mais importantes deste período. O documento consistia em uma série de premissas escritas e afirma que o Rei governaria a Inglaterra e lidaria com o povo de acordo com os costumes feudais.

¹² Curiosamente o Rei ficou conhecido por esse nome devido ao fato de não ter herdado nenhuma propriedade após a morte seu pai, Henrique II da dinastia dos Plantagenetas.

juridicidade processual um rol mínimo de direitos e garantias como conjunto de exigências para sua devida aceitação.

O aludido devido processo legal foi transplantado para as 13 colônias da América do Norte (hoje os Estados Unidos da América), onde passou a ser norma aplicada a todos os detentores (Poder judiciário, poder Executivo e poder Legislativo). O princípio do devido processo legal percorreu vários ordenamentos jurídicos numa evolução histórica até alcançar o amplo sentido que se encontra hoje.

Vale lembrar que por meio das emendas V e XIV, o preceito normativo do devido processo legal foi introduzido na Constituição dos Estados Unidos da América e vigora até hoje nesses termos, *ipsis litteris*:

*V – No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.*¹³

É oportuno aqui trazer à baila o escólio de García de Enterría, jurista espanhol que introduziu na Constituição espanhola de 1978, o princípio da interdição às arbitrariedades dos poderes públicos, cujo princípio, equipara-se, teleologicamente entre a rigorosa observância ao devido processo legal substancial.

Por essa razão, pede-se licença para dar voz ao proeminente dramaturgo e poeta alemão Bertold Brecht que preleciona: “há quem prepare cuidadosamente seu próximo erro”.

E, para nos contrapormos ao agigantar das nulidades e do império dos vícios, é da voz do ex-Presidente norte-americano Thomas Jefferson que de forma lúcida preleciona: “o preço da liberdade é a eterna vigilância”.

¹³ Tradução livre do autor: “Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infame, a não ser sob apresentação ou acusação de um Grande Júri, exceto em casos ocorridos nas forças terrestres ou navais, ou na Milícia, quando em serviço efetivo em tempo de Guerra ou perigo público; nem qualquer pessoa será sujeita pelo mesmo delito a ser duas vezes colocada em risco de vida ou integridade; nem será obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo, nem ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada será tomada para uso público, sem justa compensação”.

2.3 Da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a presunção de não culpabilidade

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹⁴, o preceito legal do devido processo legal foi previsto no artigo art. 9º do mesmo diploma legal assim dispõe: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

A maioria dos países ocidentais, inclusive o Brasil, também incorporaram no seu ordenamento jurídico interno o princípio do devido processo legal. Esse preceito legal foi adotado de forma expressa no artigo 5º, inciso LIV na Constituição Federal de 1988, pela primeira vez, que assim dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Esse preceito legal tem abrangência imperativa em todo processo judicial e extrajudicial que, em princípio, ventile uma afronta a algum direito ou ao patrimônio jurídico de qualquer cidadão, e revela-se nas garantias constitucionais processuais, notadamente nos Direitos Fundamentais estatuídos na Constituição da República (Alves, 2021).

Desde 1789 quando da Revolução Francesa, tem-se de forma expressa, por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (hoje é preferível ser Declaração dos Direitos da Pessoa Humana), que a presunção de inocência é aplicável a todo acusado, até que seja declarado culpado (art. 9º), em outras palavras, até haja sentença condenatória transitada em julgado.

Da mesma forma, após os horrores provocados pelo do regime fascista e com o fim da terrível Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, por consectário consagrou-se como garantia o princípio da presunção de inocência ao estabelecer que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e

¹⁴ O preâmbulo da mencionada Declaração assim prescreve: “Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre de permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral”.

em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”. (art. 11), assim afirma Didier Junior (2011).¹⁵

A termo “devido processo legal” corresponde à tradução para o português da expressão inglesa *due process of law*, entretanto, significa Direito, e não lei (Souza, 2021). A observação é importante: o processo deve estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei. (Didier Junior, 2011,p.45) O precitado princípio é o sustentáculo das garantias de liberdades individuais em face do Estado e do Estado-juiz, tendo por fundamento o primado da legalidade. Oportuniza às partes do processo o direito de se defenderem e fazerem valer suas razões, que assegura a todos um juiz natural, investido na forma da lei, competente e imparcial, mas também o contraditório e a ampla defesa substantivos e a isonomia entre as partes.

Carlos Ari Sundfeld (2011, p.173) preleciona que só têm valor jurídico os atos estatais, os quais foram convencionados como devido processo, dotado de um complexo de características fundamentais.” Em síntese, Nelson Nery Junior (2013,p.94) por sua vez, defende que os preceitos normativos do devido processo legal se distinguem pelo trinômio “vida-liberdade-propriedade”, sendo esse o sentido a ser deduzido da locução inserta na Constituição Federal. Assim, tudo o que diga respeito a esses três bens da vida estar-se-ia sob a égide do aludido princípio.

O art. 39 da Carta Magna de 1215 traz a primeira referência ao princípio (*per legem terrae*), à época foi a expressão e a primeira ideia do que atualmente se denomina de devido processo legal. Do seu advento até hoje os comandos normativos do referido princípio foram amplamente difundidos e alargados.

Na verdade e na essência, o Rei inglês só admitiu o teor do documento porque estava sendo pressionado pelos fidalgos, os quais queriam enfraquecer, com a Carta de Direitos posta à apreciação, o autoritarismo vivido pelo povo inglês em função da monarquia. Os barões ingleses se juntaram à Igreja, representada pelo Arcebispo de *Canterbury*, e formaram o Exército de Deus e da Santa Igreja; repita-se, foi esse o ponto crucial que fez Direitos individuais serem assegurados na Inglaterra.

Art. 39 da Magna Carta de 1215 assim estatui, *in verbis*:

Art.39.Nenhum homem livre será capturado, ou levado prisioneiro, ou privado dos bens, ou exilado, ou de qualquer modo destruído, e nunca usaremos da força contra ele, e nunca mandaremos que outros o

¹⁵ A propósito, a presunção de não culpabilidade põe fim da Idade das Trevas e início da Idade Moderna, bem como o término da Segunda Guerra Mundial e as atrocidades do holocausto, abuso imensurável de uma sociedade. Sempre que regimes autoritários são implementados, tal presunção é relativizada.

façam, salvo em processo legal por seus pares ou de acordo com as leis da terra.(Grifou-se)¹⁶

Ao proceder à leitura do texto normativo *supra*, observa-se que o monarca inglês, à época, não tinha nenhum propósito em garantir os direitos dos seus nacionais (o povo), logo, diga-se de passagem, que os beneficiados foram a minoria, notadamente só os nobres e os membros do clero foram agraciados.

Veja-se que o próprio dispositivo legal assim dispõe que “Nenhum homem livre”[...], logo a aludida Magna Carta se limita aos nobres e aos membros do Clero (Igreja Católica), fica evidente que as disposições legais não asseguravam direitos e garantias aos demais cidadãos, o que em tempos modernos seria inimaginável em Estado Democrático de Direito a existência de tal carta.

A gênese da Magna Carta (a qual não é tal magna assim), por sua vez, e do devido processo legal, ambos são encontrados na Inglaterra feudal do ano de 1066. Àquela época, os reinados não eram justificados pelo poder divino.

À guisa dos substratos jurídicos, procedia-se a uma eleição por meio da qual somente alguns barões feudais podiam votar e, para ser eleito, o candidato ao trono se comprometia com os seus eleitores.

Após eleito e coroado em 27 de maio de 1199, João Sem-Terra não honrou seus compromissos. Ao revés disso, confiscou imóveis do Clero e aumentou os impostos, o que causou de forma generalizada insatisfação.

Não bastasse, seu reinado de forma substancial enfraqueceu com as mortes de sua mãe, “a Rainha Eleanor, em 1204, bem como do seu Arcebispo e Conselheiro, Hubert Walter, em 1205. Rompia-se o elo entre o Clero e a Realeza, inclusive com a excomunhão do Rei pelo Papa Inocêncio III, no ano de 1209”. (Lima, 1999, p. 21-23)

¹⁶ Fábio Konder Comparato menciona: “Importante para a consolidação das ideias de dignidade, liberdade e igualdade foi a ‘Magna Charta Libertatum’, imposta pela nobreza ao Rei João Sem-Terra, em 1215. Constituiu, na realidade, uma convenção firmada entre o monarca e os barões feudais, por meio do qual estes passavam a ter alguns privilégios especiais reconhecidos pelo rei. Seu significado maior foi o de deixar implícito, pela primeira vez na história, que o rei estava limitado pelas leis que editava. Mas, certamente, o maior legado da Magna Charta foi o seu art. 39, que desvinculava da pessoa do monarca as funções legislativas e jurisdicionais, instituindo o *due process of law*. (Comparato, 1999).

2.4 A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), da qual o Brasil é signatário há muito tempo, e o seu advento representou um verdadeiro “divisor de águas” quanto aos direitos humanos.

A Organização das Nações Unidas visou a enumerar um rol mínimo de direitos a serem reconhecidos acerca da pessoa humana por todo o mundo (Duarte, 2021).¹⁷

É nesse sentido que Valerio de Oliveira Mazzuoli assim assevera, *in verbis*:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi delineada pela Carta das Nações Unidas e teve como uma de suas principais preocupações a positivação internacional dos direitos mínimos dos seres humanos, em complemento aos propósitos das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todos, sem distinção de sexo, raça, língua ou religião. Trata-se do instrumento considerado o “marco normativo fundamental” do sistema protetivo das Nações Unidas, a partir do qual se fomentou a multiplicação dos tratados relativos a direitos humanos em escala global. (Mazzuoli, 2015, p. 60).

Passa-se a grafar excerto do Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, *in verbis*:

Agora, portanto a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade tendo sempre em mente esta Declaração, esforce-se, por meio do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Países-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Vê-se que nesse Preâmbulo há delineamento no que alude ao fulcramento holístico dos direitos que virão enumerados na Declaração em epígrafe. Trata-se de um princípio norteador dos direitos universais do homem, o qual se denomina de Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (ou dignidade dos humanos), que por sua salutar

¹⁷ A Declaração Universal dos Direitos Humanos completou 72 anos, a qual foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, precisamente no dia 10 de dezembro de 1948, o documento em questão estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, religião ou qualquer outra condição. Desde sua adoção, a DUDH foi traduzida em mais de 500 idiomas e inspirou as constituições de muitos Estados em vários continentes. Os direitos humanos incluem o direito à vida, à liberdade, ao trabalho, à educação e à moradia. Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), eles são fundados no respeito pela dignidade e pelo valor de cada pessoa.

importância em todas as dimensões, foi citado por duas vezes só no mencionado Preâmbulo e, por consectário em outros artigos ao longo da citada Declaração.

Para, além da Declaração, seu caráter teleológico humanitário foi e será sempre reafirmado em todos os lugares onde habitam os homens neste planeta Terra ou onde vierem a habitar, por uma série de salutareos importantes instrumentos de cunho internacional de proteção aos Direitos Humanos, assim como nas Constituições brasileiras e de vários países.

Por sua altíssima complexidade e abstração, não há definição na Declaração em apreço, tampouco nas Constituições pátrias, inclusive na atual Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), entretantes esse Princípio (da Dignidade Humana) vem ganhando corpo e concretude na jurisprudência pátria, na Suprema Corte (STF) e nas supremas cortes internacionais (Tozo, 2021) .

À época, a elaboração de uma Declaração Universal dos Direitos Humanos ficou ao encargo do “Comitê de Direitos Humanos” que naquele momento era vinculado ao Conselho Econômico e Social da ONU, que foi presidido pela ex-Primeira Dama dos Estados Unidos da América, a Senhora Eleanor Roosevelt, a qual teve a responsabilidade de examinar propostas vindas de todos os continentes, e esse teve sua composição por 18 membros: 5 potências (França, EUA, URSS, China e Reino Unido) e 13 outros países-membros rotativos; “a redação propriamente dita ficaria aos cuidados de um subcomitê onde se destacaria a figura do jurista René Cassin¹⁸, principal conselheiro jurídico do General Charles de Gaulle ao longo da Segunda Guerra, especialista em Direito comparado”.(Tozo,2021)

O Preâmbulo revisita, portanto, uma das premissas, notadamente aos fatos que ensejaram a aludida Declaração, que entre outros, foram o desprezo e o desrespeito aos Direitos Humanos, que tiveram como consequências atos dantescos contra a consciência da humanidade e a sua dignidade, causando-lhe todo tipo de atrocidade; assim, expõe como objetivo, veja-se:

[...] a promoção da relação amistosa entre as nações numa ordem internacional onde os seres humanos possam usufruir de 4 liberdades: liberdade de palavra, liberdade de crença, liberdade de viver sem temor e a liberdade da necessidade, numa expressa remissão ao famoso Discurso sobre o Estado da União, conhecido como *Four Freedoms*, “proferido pelo presidente Franklin Roosevelt em 6 de janeiro de 1941.

¹⁸ René Samuel Cassin foi um jurista francês. Filho de um comerciante francês judeu, serviu como soldado na Primeira Guerra Mundial e, mais tarde passou a formar a Union Fédérale, uma veterana organização esquerdista, pacifista.

Tais liberdades se traduzem nos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais da Declaração. (Glendon, 1998. pp.1155-1156.)

Como é cediço, a noção de Direitos Humanos universais está vinculada à tradição dos “Direitos Naturais¹⁹” do século XVII e XVIII, contudo numa linguagem e invólucro contemporâneos em oposição aos malefícios históricos imediatos do nazismo e por tudo daquilo que ele representou de forma nefasta, “sobretudo pelos americanos, em termos de discriminação baseada em raça, religião e visões políticas” .

Para se reconhecer que a dignidade humana é fundamental fazer algumas indagações: Qual é o nível de humanidade e dignidade atribuído às pessoas pretas, indígenas, faveladas, viciadas, detentas, LGBTQIA+, aos migrantes e às mulheres? Quais mortes causam mais comoções e quais delas a sociedade considera aceitáveis?

Ao proceder a uma leitura da Carta da ONU, percebe-se que o principal fundamento dos Direitos Humanos é a garantia da dignidade humana. Todos os seres humanos devem ter reconhecido seu Direito a ter Direitos (saúde, educação, emprego, moradia, saneamento básico, justiça, etc.). Portanto, violências no campo físico, moral, psíquico, social e cultural são inaceitáveis e devem ser banidos. Os princípios norteadores e os preceptivos da dignidade humana estão longe, na sua essência, de serem realizados na sociedade.²⁰

Flávia Piovesan (2015, p.49) aduz que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 teve por consequência a função de inovar ao trazer o conceito de

¹⁹ Atualmente, o Direito Natural é visto como um conjunto de princípios que os legisladores levam em consideração na criação de novas leis. Ou seja, para a elaboração do direito positivo. Entre eles pode-se destacar o direito à vida, à igualdade e à liberdade. O direito natural é visto como uma derivação da essência humana, da sua natureza. Essa natureza pode ser de origem religiosa (as leis de Deus) ou da racionalidade dos seres humanos.

²⁰ Para reflexão, traz-se a lume que os trinta artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948 são proteção universal a todos os seres humanos, mesmo que o Estado não seja signatário. O art. 30 da mencionada Declaração traz este alerta: Art.30 - “Nenhuma disposição da presente Declaração poder ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos”.(Grifou-se) António Guterres, secretário-geral da ONU afirma que a paz cria raízes quando as pessoas vivem livres da fome, da pobreza e da opressão[...].Fonte: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2018/12/70-anos-da-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10, set. 2022.

Direitos Humanos, ao registrar nos seus preceptivos legais concepção de Direitos Humanos e seus princípios, a qual é caracterizada, notadamente, por duas características: “universalidade e indivisibilidade desses Direitos”.

Acerca da dignidade da pessoa humana, afirma a mesma autora que [...] “está embasada como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais”, como preceito constitucional que edifica as exigências de justiça e dos valores éticos e morais, dessa forma dando suporte de cunho axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro (Piovesan, 2000, p.54).

Ainda nesse contexto de conferir à dignidade da pessoa humana um *status* de princípio fundamental, essencial, fonte de todo ordenamento jurídico brasileiro, e é nesse ideário jurídico-axiológico que se manifesta a Suprema Corte brasileira, veja-se, *in verbis*:

[...] o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo [...]. (HC 95464, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-03 PP-00466) (Grifou-se)

Ingo Wolfgang Sarlet, por sua vez, define a dignidade da pessoa humana da seguinte forma, *in verbis*:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (Sarlet, 2001, p.60),

Esse reconhecimento culminou em uma normatividade internacional acerca dos Direitos Humanos que pode ser vista por uma dupla lógica: a um - a lógica da supremacia de todo indivíduo, como ideário dos requisitos legais do Direito Internacional; a dois – a lógica realista, cuja teleologia é a busca da convivência e

cooperação pacífica entre os povos, de forma pacífica, capaz de ser visualizada à luz do diálogo na proteção da supremacia dos Direitos Humanos.

Há uma relação dos Direitos Humanos com o constitucionalismo e isso se percebe ao lado do prefalado Preâmbulo da aludida Declaração. Há “ancoragem” constitucional da Declaração ao citar expressamente “a Carta das Nações Unidas, que de forma constitutiva autorizou em seu artigo 13b a Assembleia Geral nos esforços pela elaboração de uma Declaração Universal dos Direitos Humanos”. (Tozo, 2021)

Ademais, na mesma linha de pensamento, aduz Johannes Van Aggelen (2008. p.750) que

[...] a Declaração passaria, ao lado do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos com seus dois protocolos opcionais e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, a compor o que ficou conhecido como Carta Internacional dos Direitos Humanos por suas semelhanças com as Cartas de Direitos nacionais, seja em função, substância ou estrutura.

De grande valia e de pertinência temática, historicamente, no ano de 1992 o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio da promulgação do Decreto n. 592, no ponto 2 de seu artigo 14, também regulamenta a aludida presunção de inocência assim preceitua: “Artigo 14. 2. “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. (BRASIL,1992, p.s.n.)

2.5 Da origem do princípio da dignidade da pessoa humana

Rabenhorst (2008, p.81) afirma a dignidade da pessoa humana tem origem o seu ideário na filosofia humanista moderna a tomada de consciência da unidade e dignidade de todos os homens que, em Kant se “constitui em um imperativo categórico: "Aja de tal maneira que tu trates a humanidade (*Mensehheit*), tanto em tua pessoa como na pessoa dos demais, sempre como um fim e nunca apenas como um meio".

A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é recente, haja vista que só foi durante o século XX que o valor humano passou a ser reconhecido nas Constituições Republicanas (Sarlet, 2001, p.63).

A primeira Constituição a fazer referência à dignidade da pessoa humana foi a do México, de 1917 (Alves, 2001, p.129). Esse valor humano, além da Carta Política mexicana, também foi contemplado pela Constituição alemã da República de Weimar, de 1919 (Barroso, 2014,p.19-20).

Somente após as imensuráveis atrocidades e horrores praticados pela Segunda Guerra Mundial é que a dignidade humana foi incorporada a documentos relevantes internacionais. “A dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida de forma expressa nas Constituições de vários países, notadamente após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948” (Sarlet, 2001,p.63) .

Como é cediço, o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional deve-se, inicialmente, à Constituição da Alemanha, de 23 de maio de 1949²¹ (MARTINS, 2003, p. 34) . A Constituição da Alemanha dispõe no artigo 1º, n.1, que: “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público” (Carvelli, 2011, p.18) .

A partir do conhecimento de forma expressa pela Lei Fundamental Alemã, o valor da dignidade humana como princípio fundamental que, por consectário, espalhou-se por várias Constituições (Martins, 2003,p.31). Com certeza e com clareza solar, a inserção do aludido princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico internacional, notadamente nos países democráticos, esse preceito atingiu “um valor supremo, um bem “absoluto”²²(à luz do qual cada um dos outros dispositivos deve ser interpretado” (Barroso, 2014, p.21).

Ainda nesse viés intelectual, vários países incorporam a dignidade humana no Preâmbulo de suas Constituições, como exemplo Irlanda, Índia e Canadá. Em outras nações, contudo os Estados Unidos da América e a França, por exemplo, não há referência textual do citado princípio, o que não impede a Suprema Corte e o Conselho Constitucional de invocarem tal valor nas decisões que vierem a proferir (Barroso,2014,p.20-21).

É salutar ainda afirmar que o princípio da dignidade humana se tornou parte do texto da Constituição de Israel desde 1992. Percebe-se que no decorrer dos anos, esse

²¹ No dia 23 de maio de 1949, foi promulgada em Bonn a Lei Fundamental (Constituição) da República Federal da Alemanha (RFA). Os políticos das três zonas ocupadas pelas potências ocidentais desde o final da Segunda Guerra Mundial denominaram a "lei provisória". Sua intenção era manter a porta aberta para a união com a quarta zona, administrada pelos soviéticos. Com o passar dos anos, essa instituição "provisória" transformou-se na Constituição alemã permanente. O caminho até aí foi longo. Terminada a guerra, em 8 de maio de 1945, os Aliados queriam evitar que a Alemanha algum dia voltasse a ser uma ameaça para a paz. Assim, assumiram o poder, dividindo o país em quatro zonas de ocupação: britânica, americana e francesa no Oeste, soviética, no Leste. Segundo ele, a Lei Fundamental alemã foi um modelo para Estados do mundo inteiro que trilharam o caminho do totalitarismo a um sistema democrático.

²² Hoje um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, com previsão na Constituição da República no art. 1º. Inciso III. Sua finalidade, na qualidade de princípio fundamental, é assegurar ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano.

princípio tem sido aceito como um valor supremo, embora não absoluto. A Lei protege a dignidade do homem como um membro de sua comunidade. Algumas decisões do Supremo Tribunal israelense invocam a dignidade da pessoa humana em suas fundamentações, “como o direito da família poder realizar o funeral para um parente falecido”.(Barroso,2014,p.27)

A dignidade da pessoa humana é um dos critérios mais salutarés de aferir a legitimidade de uma determinada ordem jurídico-constitucional. E nesse sentido, em muito o constitucionalismo português contribuiu com o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente em matéria e estrutura de Direito Constitucional.

A Constituição portuguesa vigente, a título exemplificativo, promulgada em 25 de abril de 1976, estatui em seu artigo 1º o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Teleologicamente, o constituinte originário ao fazer menção de forma escrita à dignidade humana da pessoa humana, elevou o referido princípio como um valor supremo, à luz da dogmática jurídica, que transcende a vontade política do Estado. Diante desses registros constitucionais, fica clarividente que a pessoa humana é fundamento e é o fim da sociedade e do Estado, assim esclarece Martins (2003, p. 38).

Nessa compreensão, Roberto Barroso defende que, *in verbis*:

Na França, a dignidade humana não está expressa no texto constitucional de 1958. “Foi apenas em 1994 que o Conselho Constitucional, combinando diferentes passagens do Preâmbulo da Constituição de 1946, proclamou que a dignidade era um princípio com *status* constitucional. (Barroso, 2014, p. 2)

Alerta-se que a diferença entre outros países, repousa no fato de o aludido princípio ser uma criação em jurisprudências, haja vista não constar no ordenamento jurídico francês. (Rousseau, 1998, p.62-63)

Para fim histórico, a dignidade humana apareceu pela primeira vez nos achados da jurisprudência francesa em uma decisão, na qual foi reconhecida a constitucionalidade de duas leis, as quais, à época, regiam acerca de órgãos humanos e fertilização *in vitro* (França, Decisão n. 94-323/344). Vale aduzir que depois desse ato, o princípio da dignidade da pessoa humana foi invocado em diferentes contextos e textos.

2.5.1 Constituições que adotaram o princípio da dignidade humana

Muitas Constituições de diversos países adotaram o princípio da dignidade humana e em seu ordenamento jurídico. A Constituição da República Federativa do Brasil

de 1988 avançou de forma significativa ao instituir no artigo 1º Inciso III o princípio da dignidade da pessoa humana, transformando-o em valor supremo da ordem jurídica, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (Martins, 2003, p.50).

Os constituintes originários de 1988, além de enumerar textualmente o aludido princípio como um dos fundamentos da República, dedicaram alguns preceitos normativos da Constituição para trazer a lume o valor humano, vê-se no art.170, quando se estabeleceu que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (*caput*, artigo 170,CF/88), seja quando, no âmbito da ordem social no qual se embasou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (artigo 226, § 6º,CF/88), além de assegurar, de forma inequívoca, à criança e ao adolescente o direito à dignidade (*caput*, artigo 227,CF/88).

Na essência, a proteção à dignidade da pessoa humana (dignidade dos humanos) é o fundamento de todo o ordenamento jurídico brasileiro e por consectário lógico e a teleologia-fim do Direito. É nessa intelecção silogística defende Ingo Sarlet, *in verbis*:

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para a existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças (Sarlet, 2001, p. 59).

Postas essas premissas jurídicas pertinentes a esse princípio-norma de *status* de fundamentos da República e de Direitos Fundamentais (cláusula pétrea), há a necessidade de estabelecer uma hierarquia entre os valores constitucionalmente reconhecidos. A ideia de valor-fonte²³ deve conduzir a um valor do qual se extrai todas as dogmáticas jurídicas da dignidade da pessoa humana que, por consequência, pode ser entendido como a garantia das necessidades vitais de cada indivíduo. É um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e tem sua previsão no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

Pelo exposto, assim é fundamento basilar da República Federativa do Brasil, conforme já aduzido, repita-se, em linhas precedentes.

²³A ideia de valor-fonte é extraída do entendimento de Miguel Reale, o qual disserta que a dignidade humana é o valor-fonte de todos os valores (Reale, 2002, p. 209).

2.6 Das dogmáticas jurídicas do princípio da dignidade da pessoa humana e sua positivação constitucional

O devido processo legal é o princípio que garante o processo regido por garantias mínimas de meios e de resultado, ou seja, com o emprego de técnicas e métodos adequadas e conducentes à tutela jurisdicional pretendida.

Segundo os pressupostos da Hermenêutica Jurídica, as duas principais funções dos princípios são, essencialmente, fundamentar os preceitos jurídicos e sistematizar o ordenamento jurídico.

Os princípios constitucionais reúnem em um só corpo o ordenamento jurídico brasileiro, que numa visão quântico-holística, eles têm a serventia primordial de dirimir as dicotomias e as contradições entre as normas constitucionais e infraconstitucionais. Eles são luzes de clareza solar que irradiam a devida hermenêutica e a exegese das normas constitucionais, tanto no momento de sua elaboração quanto no momento de sua aplicação.

É nessa compreensão que aduz Miguel Reale (1998, p.306) citado por Eduardo Bello Leal Lopes Silva que: “aos princípios poderá ser atribuído o fato de condicionar e orientar a compreensão do ordenamento jurídico quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”.(Silva, 2021)

O devido processo legal, na concepção de princípio, deriva da expressão inglesa *due process of law*, estatuído como cláusula pétrea em várias Constituições de Estado democrático e é inspirada nas emendas 5ª e 14ª da Constituição Federal dos Estados Unidos da América, e está instituído no artigo 5º, inciso LIV da CF/88, que assim dispõe, *in verbis* : “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Esse preceito normativo é garantia constitucional, autoaplicável²⁴, que irradia suas luzes de eficácia sobre todas os demais Direitos, garantias e liberdades expressas ou implícitas no ordenamento jurídico pátrio.

A Constituição da República de 1988 garante a todos os cidadãos a sua liberdade, bem como preserva o seu patrimônio para que não venham perdê-lo, mediante atos não

²⁴ Art. 5º. “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. (CF/88). Toda e qualquer norma constitucional, sem qualquer exceção, é dotada de eficácia jurídica, apenas variando sua “carga eficaz”, ora para mais, ora para menos, consoante o grau de normatividade que lhe tenha sido outorgado pela própria Constituição da República.

jurisdicionais ou arbitrários, porque o magistrado está vinculado à ordem jurídica dentro de limites intransponíveis, estabelecidos pelo legislador constituinte originário.

Numa análise mais aprimorada, percebe-se que o princípio do devido processo legal abrange dois aspectos: o substancial (aquele que se manifesta de forma ampla, e em vários ramos do direito), e o processual (de cunho eminentemente procedimental). É nessa última acepção que vem sendo compreendido pela maioria da doutrina pátria, consoante obtempera Nery Jr.(2014), princípio esse que é considerado o fundamental do processo ,ou seja, o alicerce sobre a qual todos os outros institutos jurídicos se sustentam, na medida em que assegura o Direito de livre e efetivo acesso à justiça e julgamento, de acordo com provas obtidas lícitamente,²⁵ fundamentação das decisões judiciais, entre outros.

Preleciona Tucci (2016) que de um lado, a segurança jurídica, traduzida pelas garantias: a) de acesso à Justiça; b) do juiz natural ou pré-constituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e motivação das decisões jurisdicionais; e, de outro lado, a efetividade do processo e os seus consectários.

O princípio-norma da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República (art.1º, III, CF/88), o qual se comunica diretamente com os preceitos do devido processo legal, é um significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que irradia luzes axiológico-filosófico-sociais a ordenamento constitucional e infraconstitucional vigente no Brasil, haja vista que, de modo expressivo, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo caracteriza segurança jurídica a todos os jurisdicionados e ao povo em geral.

O princípio em apreço provém de elementos históricos, os quais podem ser entendidos como garantias basilares de cada indivíduo e de cada cidadão. Segundo o escólio de Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p.77) a origem do termo “dignidade” provém de *dignus* ou *dignitas* (*do latim*) – que significa aquele que merece estima e honra, aquele que é importante. Vale ressaltar que sua utilização correspondeu sempre às

²⁵ Cf. Art. 5º. LVI, CF/88 – “ São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos “[...] . Nota-se pelo texto legal, que é o meio de obtenção que ilícita a prova. Por exemplo, a interceptação telefônica é lícita fazê-la, desde que haja ordem judicial para tal, só se caracteriza prova ilícita e for obtida sem a devida autorização judicial fundamentada (art. 93, IX, CF/88)

peças humanas como um todo, “sem que tenha havido qualquer personificação”).(Moraes, 2003, p.77)

Luís Roberto Barroso (2013) preleciona que é salutar “ estabelecer um conteúdo mínimo para o princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de que haja uma unicidade e objetividade à sua interpretação e aplicação”. *Ab initio*, ressalta-se, entretantes, “a dificuldade da construção de uma concepção unitária transnacional em razão das circunstâncias históricas, religiosas e políticas de cada país”.

Rogério Luiz Nery da Silva e Cristiane Brum dos Santos aduzem que

A dignidade da pessoa humana desponta enquanto valor, princípio ou regra em um número significativo de documentos em âmbito interno e internacional. Isso porque a construção histórica e o processo de reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais revelaram aos povos das mais variadas culturas a indispensabilidade do tratamento e respeito humanitário dignos. (Silva; Santos, 2021)

Vê-se também que a dignidade da pessoa humana detém relevância na instrumentalidade e possibilidade dos Direitos Humanos e Fundamentais, integrando grande parte dos documentos internacionais que regem a temática dos Direitos. Em linhas gerais, é reconhecida como qualidade intrínseca e inerente do ser humano, constituindo-se em um verdadeiro valor fundamental na dogmática constitucional interna e internacional.

Entende Ingo Sarlet (2009, p.17-20) que a ausência de definição e de delimitação de um conceito mais acurado para a dignidade da pessoa humana, por consectário lógico justifica sua imprecisão e conceito polissêmico e isso abre possibilidade de compreender o porquê da razão axiológica por que a dignidade ser reconhecida de forma quase por unanimidade como valor fundamental do ser humano. Na essência, no caso específico é possível identificar sua violação.

O Direito é configurado por ser um sistema de regras jurídicas [...] “Regras que seus intérpretes/aplicadores (os juízes) arrancam dos textos normativos - em face e no quadro do mundo do ser -, a fim de dar solução a cada lide judicial”. (Grau,2021)

As normas jurídicas são produzidas pelo intérprete a partir de textos normativos e da realidade. Esses textos são regras, das quais os princípios configuram espécie. Aduz Franz Neumann que “Um sistema legal que construa os elementos básicos de suas normas com princípios gerais ou padrões jurídicos de conduta não é senão um disfarce que oculta medidas individuais”(1942, pp.360-361).

No âmbito do constitucionalismo brasileiro, a dignidade humana (ou da pessoa humana) foi alçada ao *status* de cláusula pétrea e de fundamento da República Federativa do Brasil, repita-se, conforme já explicitado em linhas precedentes.

Acredita-se que o caráter principiológico dos textos constitucionais ocidentais é conseqüência do insucesso do positivismo jurídico em meados do século XX, uma vez que os regimes nazista e fascista e a queda da Segunda Guerra Mundial deram impulso a uma reorientação do Direito, até então restrito aos códigos positivados, para se reaproximar da ética de origem kantiana e, portanto, da dignidade da pessoa humana.

Com fulcro nessa compreensão cognitivo-jurídica, nesse novo Direito contemporâneo, um “Direito de princípios” (princípio-norma), a dignidade da pessoa humana (dignidade dos humanos), e nessa compreensão, esse direito exerce um protagonismo fundamental, na qualidade de um “superprincípio” cujo DNA é guiar todo o ordenamento jurídico brasileiro, em todas as suas dimensões para uma compreensão e interpretação mais aguçada.

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser entendido como a garantia das necessidades vitais de cada indivíduo. É um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. O ordenamento jurídico, entretanto não tem com uma definição específica, restando a inúmeros autores a busca pela identificação do conceito da dignidade humana.

É no valor da dignidade da pessoa humana que erradia o Direito, tanto no plano interno quanto no plano internacional, encontra razão de ser, como um vetor axiológico de ética e de justiça (Piovesan,2013,p.89).²⁶

A inobservância dos princípios insculpidos na planície normativa, arquitetados pelo programa normativo e encartados no princípio-norma do contraditório e da ampla defesa findam descortinados, por potencializar a proclamação de resultados equivocados. Ignorar, por exemplo, o contraditório e ampla defesa num processo gera nulidade absoluta e na essência não houve processo.

Aduz Norberto Bobbio (1994,p.21) que existe uma relação de proporcionalidade na aplicação e realização dos direitos sociais (“poderes”) e dos direitos individuais (“liberdades”); cuja materialização de poderes condiciona as liberdades a um prejuízo,

²⁶ “Assim, seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido”. (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. 2013, p. 89).

em proporcionalidade de forma inversa, em que quanto mais poderes, tanto menos liberdades, e vice-versa. Na realidade, busca-se mais liberdade e mais igualdade, haja vista que a *ratio legis* é tratar os iguais, iguais, os desiguais, desigualmente, na sua proporcionalidade, para que haja igualdade.

A norma tem na sua estrutura orgânico-legislativo-estatal, outorgada pelo povo por meio do sufrágio universal e manifestado por meio do voto, e ela tem as seguintes características: bilateralidade, generalidade, abstratividade, imperatividade e coercibilidade, segundo Norberto Bobbio(2004). Como é cediço, a vida social se encontra impregnada por normas. Cada passo do ser humano é disciplinado por regras de várias tonalidades. (Friede, 2022)

Preleciona Lima (1983, p.38) que a “estrutura lógica da norma jurídica consta de uma previsão e de um dispositivo relativamente a mesma previsão”, sendo que a “norma prevê, de modo geral e abstrato, hipóteses de fato, devidamente classificadas por tipo, a que imprime valorização jurídica”.

Nessa linha de raciocínio, Hannah Arendt (2002, p.19) afirma no que se refere à condição humana, todo homem é condicionado e para quem tudo o que é dado pela mãe-natureza ou por ele produzido, à luz da sua inteligência, torna-se a sua condição de existência posterior” e acrescenta que [...] nada nos autoriza a presumir que o homem tenha uma natureza ou essência no mesmo sentido em que as outras coisas têm”. Em palavras mais amenas, se o homem uma natureza ou essência, então certamente só um Deus pode conhecê-la e defini-la. (Arendt, 2001, p.18.)

Vale salientar que dentre as várias peculiaridades, os princípios fundamentais trazem a possibilidade de o Estado Brasileiro se construa a partir da pessoa humana, porque a República Federativa do Brasil tem como premissa maior servir os seus cidadãos. Em palavras amenas, o fim último do Estado, como regra, deve ser o de propiciar a todos as condições materiais mínimas para que as pessoas tenham dignidade (Martins, 2003, p. 72). Além disso, possuem “força normativa que irradia luzes, agregando, em torno de si, direitos inalienáveis, básicos e imprescritíveis, como a dignidade da pessoa humana, a cidadania, o pluralismo político, etc”. (Bulos, 2014, p. 506)

Nessa perspectiva, aponta Ingo Wolfgang Sarlet que, *in verbis* :

Há controvérsia acerca de onde, por que e como nasceram os direitos fundamentais, em virtude disso, destaca três etapas acerca do devir

histórico dos direitos fundamentais até o seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas: a) uma fase pré-histórica, que se estende até o século XVI. De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem. A partir do século XVI, mas principalmente nos séculos XVII e XVIII a doutrina jusnaturalista, de modo especial por meio das teorias contratualistas, chega ao seu ponto culminante de desenvolvimento [...]. (Sarlet, 2012, p.44)

Foi especificamente no século XVII, na Inglaterra, que a concepção contratualista da sociedade e o ideário de direitos naturais do homem particular relevância, não só não apenas na teoria, porque à época bastou a simples referência às várias Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas ;c) uma fase da constitucionalização, que teve início no ano de 1776, com sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

Nesse universo, percebe-se que a Constituição estava em segundo plano, cuja teleologia era para criar e dar vida às condições deste Direito, dessa concepção de justiça a partir da sociedade civil, da liberdade, igualdade e da propriedade.

Em síntese, foi dessa forma que se originou o constitucionalismo, no final do século XVIII e se desenvolveu nos séculos XIX e XX, com a dicotomia entre Direito e Moral, entre público e privado, sem margem para interpretação do Direito. O modelo de Estado de Direito Liberal, todavia, ao passar dos anos, passou a ser insuficiente para atender aos novos interesses sociais. “A ausência de preocupação com os problemas sociais, o impacto decorrente da industrialização e do crescimento populacional, bem como a existência de grandes desigualdades impuseram ao Estado a realização de ações com objetivos de justiça social”.(Sarlet,2012, p.44)

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p.60) propôs uma conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Por todo o exposto, traz-se à reflexão que a dignidade da pessoa humana será tratada em todos os capítulos desta tese, como um valor gigantesco, historicamente

construído e permanentemente reconstruído pela condição humana. Esse princípio tem dimensão humanitária, jurídica, sociológica, além de outras já citadas em linhas pretéritas, a breve trecho.

2.7 O devido processo legal e sua conjuntura como Direito Fundamental e Humano

À luz da orientação do signo contemporâneo do ordenamento jurídico-constitucional, vale lembrar que a análise do princípio do devido processo legal em cada sistema normativo depende da verificação minudente dos valores eleitos.

O sistema constitucional brasileiro, por sua vez, a toda evidência, está alicerçado de forma sólida nos valores estabelecidos na Constituição de 1988, por isso, o princípio do devido processo legal deve ser interpretado e analisado, conforme esses valores, porque caso contrário se comete teratologia no que tange à Hermenêutica Jurídica. (Turbay Jr, 2022)

Como é cediço, milenar é a batalha do homem contra a força estatal, por consequência, vivendo ambos numa tensão contínua e perene, com o fito de buscar equilíbrio delineado pela antítese liberdade do homem *versus* poder estatal. Foram muitas as estradas percorridas até a atualidade, com a finalidade de descortinar um método adequado e racional para equilibrar o convívio social, proporcionar mais liberdade e igualdade, de forma concomitante, e possibilitar de forma mais amena o desconforto, diante das limitações decorrentes do exercício da atividade estatal em prol do bem comum e social.

Como já aquilatado em linhas volvidas, com efeito, o nascimento do devido processo legal, veiculado na Magna Carta inglesa de 1215, num primeiro momento, foi impulsionado pela nítida necessidade de se impor limites aos poderes do rei, por meio do reconhecimento de preceito normativo e de um procedimento prévio a ser respeitado antes de qualquer prática de ato lesivo aos interesses coletivos e individuais dos súditos.

A Constituição da República de 1988 dispõe seu texto normativo um rol expressivo²⁷ de Direitos e Garantias Fundamentais, que entre outras finalidades, têm a

²⁷ Trata-se de um rol exemplificativo, consoante estabelece o preceito normativo inserto no art. 5º. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Um dos motivos que fazem da Constituição Cidadã um dos modelos constitucionais mais bem vistos no mundo com certeza é a sua ampla cobertura de direitos fundamentais, que caracterizam a sua preocupação com a cidadania e com a participação plena dos indivíduos na construção da sociedade. FACHINI, Tiago. Jurisprudência: o que é, origem, importância e como pesquisar. PROJURIS. Disponível em. Acesso em: 13 de out. 2022.

serventia de servir à cidadania e à democracia. Nessa intelecção, observa-se que o comando legal inserto no 5º, inciso LIV da Constituição da República prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (Souza, 2022)

Além disso, a citada Constituição Cidadã assegura, como Direito Fundamental da pessoa humana de primeira dimensão, que (a) ninguém será processado nem julgado senão pela autoridade competente (inciso LIII do artigo 5º da CRFB/88), (b) nenhuma pessoa será privada da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (inciso LIV do artigo 5º da CRFB/88), (c) aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o exercício do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (inciso LV do artigo 5º da CRFB/88⁹) e (d) são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI do artigo 5º da CRFB/88).

O rol de Direitos Fundamentais processuais de caráter informativo, notadamente do devido processo legal, de forma garantista, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em julgamento procedido no início dos anos 90, sob a égide da vigente Constituição da República, positivou que o devido processo legal, que constitui garantia processual (processo judicial e extrajudicial), o que significa garantia do processo e garantia de justiça. (Mattos, 2009, p.202)

À luz do neoconstitucionalismo,²⁸ dos preceitos normativos constitucionais atuais e da doutrina brasileira, alguns juristas preceituam que a garantia do devido processo legal abrange, entre outros, “o juiz natural, o direito de defesa e a adequação das formalidades imprescindíveis dos procedimentos” materializados na Constituição da República e nas leis de regência. (Mattos, 2009, p.203).

Há quem entenda, por sua vez, que a garantia do devido processo legal inclui a acessibilidade econômica e técnica, juiz natural, tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo, plenitude de defesa, com todos os meios a ela inerentes, principalmente o direito de ser bem informado de forma eficaz, a bilateralidade da audiência e ao direito a todos os meios de prova legitimamente obtidas ou produzidas e a publicidade, desde o

²⁸ O neoconstitucionalismo consiste em um movimento teórico de revalorização do direito constitucional, de uma nova abordagem do papel da constituição no sistema jurídico, movimento este que surgiu a partir da segunda metade do século XX. Visa a refundar o direito constitucional com base em novas premissas como a difusão e o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e a força normativa da constituição, objetivando a transformação de um estado legal em estado constitucional.

aforamento da ação da parte, ou da acusação, até a prolação da sentença com robusta fundamentação e motivação (art. 93, IX, CF/88 c/c art. 489, CPC).

O processo deve sempre fundado nos preceptivos legais constitucionais de forma substancial e não apenas de acordo com a lei. (Didier Junior, 2011.v.1,p.45) É do referido preceito constitucional volvido em linhas pretéritas que se extrai o princípio do devido processo legal, uma garantia constitucional ampla (cláusula pétrea), que confere a todo indivíduo, o Direito Fundamental a um processo justo²⁹, devido. O devido processo legal, como bem avençado, representa um sobreprincípio, supraprincípio ou princípio-base, norteador de todos os demais que devem ser observados no processo de forma imperativa e cogente.

Com fundamento nessa conjuntura jurídica, a toda evidência, o *procedural due process* tem como objetivo principal verificar se os procedimentos estão sendo empregados pelos responsáveis na aplicação da lei (com regra, os magistrados), ou regulamento estão sendo devidamente respeitados.

Nessa inteligência, Luiz Rodrigues Wambier (1995) preleciona que a efetividade que se almeja das decisões emanadas da atividade jurisdicional do Estado é o direito ao processo, cujo resultado seja útil em relação à realidade dos fatos, porque o processo sem efetividade desrespeita o princípio do *due process of law*.

As partes têm o direito de ver resolvida, em tempo razoável e de forma substancial³⁰, a causa que submeteram ao Poder Judiciário, com o fito de impedir que as demandas judiciais se perpetuem, uma vez que decisão tardia não é justiça. Sob esse prisma, Cintra, Grinover e Dinamarco asseveram que, *in verbis*:

Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades

²⁹ Em verdade, justo é o processo que se desenvolve com respeito aos parâmetros fixados nas normas constitucionais e nos valores divididos pela coletividade. Nessa busca pelo processo justo e pela tutela adequada e efetiva dos direitos é mister que haja a cooperação entre as partes do processo, e a observância dos princípios processuais constitucionais como instrumentos à efetiva realização desse anseio pelo justo.

³⁰ Por ser de relevo e de pertinência temática, traz-se à colação alguns aduzimentos acerca dos princípios da razoável duração do processo. Alguns princípios constitucionais relacionam-se com o Princípio da Razoável Duração do Processo, como Devido Processo Legal, Segurança Jurídica, Dignidade da Pessoa Humana, Acesso à Justiça, Legalidade, Eficiência, dentre outros, mas o princípio considerado núcleo essencial é o Princípio da Razoabilidade, onde se contrapõe a celeridade tramitação do processo com a prudência na prestação jurisdicional. Introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de princípio fundamental, como inciso LXXVIII do art. 5º, tendo em vista ser a sua lavra do Poder Constituinte Derivado Reformador, o princípio denominado "duração razoável do processo", visa assegurar a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação com vistas à efetividade da prestação jurisdicional.

processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição. (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2007, p.88)

Essa expansão normativa das garantias constitucionais processuais não é um fenômeno brasileiro. Afirmam Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2011.p.434) que a adoção da Convenção Europeia de Direitos Humanos por vários países e expandiu os Direitos e Garantias nela contemplados no território europeu.

No mesmo desiderato, Gilmar Mendes argumenta que é “Por meio de uma interpretação dos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988 em consonância com as disposições da Convenção Europeia, tem-se hoje uma efetiva ampliação do significado dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente”. (Mendes, 2011.p.434)

Nessa mesma conjuntura jurídico-sociológica, convém prelecionar que o artigo 6º, inciso I da Convenção Europeia dos Direitos do Homem estatui, dentre outros, o direito a um processo equitativo (ou devido processo legal), sobretudo, o direito a um processo embasado na celeridade (dentro de um prazo razoável), e que seja examinado, publicamente, por um tribunal independente e imparcial.³¹

É de se ver que o princípio do devido processo legal, à época da sua edição, tutelava com primazia o direito processual penal, entretantes já foi expandido para processual civil e até para o administrativo. Na contemporaneidade, por sua vez, invade a esfera do direito material. (Jansen, 2022)

Sustenta José Afonso da Silva com robustez que, *in verbis*:

O princípio do devido processo legal combinado com o direito de acesso à justiça (artigo 5º, XXXV), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), fecha o ciclo das garantias processuais. Assim, garante-se o processo, com as formas instrumentais adequadas, de forma que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um, o que é seu. (Silva, 2005. p. 431-432)

³¹O artigo 6º, inciso I da Convenção Europeia dos Direitos do Homem tem a seguinte redação: 1. “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, entre outros interesses de ordem pública.

Posto isso, é inegável que o contraditório, a ampla defesa e o direito de acesso à justiça (princípio da inafastabilidade da jurisdição) são inerentes ao devido processo legal. É inquestionável que de fato, representam corolários da aplicação deste princípio.

A materialização, portanto, do devido processo legal vai mais além do exposto, uma vez que se concretiza de forma ainda mais holística. Veja-se: a boa-fé³² e o tratamento paritário conferidos às partes envolvidas no processo³³ e paridade ; a publicidade do processo³⁴ a proibição da produção de provas ilícitas³⁵; a imparcialidade do magistrado(julgador), bem como a garantia do juiz natural³⁶; a motivação das decisões,³⁷ a razoável duração do processo,³⁸ entre outros.

Todos esses princípios e garantias dão alicerce substantivo ao devido processo legal, ou seja, formam um hígido processo legal e constitucionalmente estabelecido à luz dessas premissas jurídicas postas.

Conclui José Alfredo Oliveira Baracho (p.67) que “o Direito de ação e o Direito de defesa judicial são assegurados aos indivíduos, de modo completo, por toda uma série de normas constitucionais que configuram o que se denomina de ‘*due process of law*’, processo que deve ser justo e leal”.

Observa-se que o Devido Processo Legal substancial está previsto no preceito normativo próprio Direito de ação³⁹ e na fundamentação obrigatória sob pena de nulidade de todas as decisões judiciais e administrativas.⁴⁰ Esse princípio é aplicável a todos os ramos do Direito. Nos exatos termos do artigo 3º, I da Constituição Federal de 1988: “constituem objetivos da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária”. É objetivo da República Federativa do Brasil que as normas e atos do Poder Público tenham conteúdo, justo, razoável e proporcional.

O Devido Processo Legal substancial é reforçado pela Constituição da República, e, como decorrência, exige-se zelo à razoabilidade e à proporcionalidade (ponderações) das leis. Para Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, (2009, p.2) : “a

³² Art. 5º, CPC – “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

³³ Art. 7º, CPC – “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

³⁴ Art.5º, LX, CF/88.

³⁵ Art. 5º, LVI, CF/88.

³⁶ Art.5º, XXXVII e LIII, CF/88.

³⁷ Art. 93, IX, CF/88.

³⁸ Art.5º, LXXVIII, CF/88.,

³⁹ Art.5º, XXXV, CF/88.

⁴⁰ Art.93, IX e X da CF/88.

razoabilidade e a proporcionalidade das leis e os atos do Poder Público são inafastáveis, considerando-se que o Direito tem conteúdo justo”.

O Devido Processo Legal substantivo⁴¹ irradia luzes ao direito administrativo (princípio da legalidade, no direito civil (liberdade de contratar e direito adquirido), no direito penal (proibição de retroatividade de lei penal), no direito tributário (princípios da anualidade e incidência única), no próprio direito constitucional (garantias dos direitos fundamentais) (Nery Júnior, 2006, p.134).

A jurisprudência pátria do Supremo Tribunal Federal tem intensificado a aplicação do princípio constitucional do Devido Processo Legal e suas normativas inclusive declarando inconstitucionais, caso violem seu conteúdo substancial, veja-se, *in verbis*:

DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL. RAZOABILIDADE. RACIONALIDADE. *Due process of Law*, com conteúdo substantivo – substantive due process – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (reasonableness) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexa com o objetivo que se quer atingir. (STF. ADIn. 1.511-7/DF. Ministro Carlos Velloso, Decisão publicada no DJ 31.10.1996). (Silva, 2022)

O Devido Processo Legal substancial necessita ser processualmente justo, cabe ao Poder Judiciário, por sua vocação constitucional⁴² cumprir com a tarefa de proteger, pronta e eficazmente, os direitos subjetivos envolvidos em situações de litígio. Nessa perspectiva, argumenta a mestra (Pamplona, 2008, p.129)

A regra é que o Poder Judiciário deve sempre prestar a jurisdição, não a seguir é atentar diretamente contra o Devido Processo Legal em seu aspecto material, que exige que, presentes as condições, o Poder Judiciário atenda o indivíduo e diga o direito no caso concreto.

⁴¹ O devido processo legal substantivo é estruturado pelo princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Ambos autorizam o Poder Judiciário a perquirir acerca da constitucionalidade de um ato normativo que imponha a restrição a um direito ou garantia fundamental (princípio da proporcionalidade) ou que erija como critério de delimitação da esfera de incidência de uma da regra de conduta um elemento que não guarde correlação lógica com o fim objetivado pelo legislador. Esta última situação é verificada quando determinada situação é incluída ou excluída da incidência dos efeitos preordenados da norma (princípio da razoabilidade).

⁴² A função do Poder Judiciário consiste não apenas em administrar a Justiça, o Supremo Tribunal Federal guardião da Constituição Federal, é competente para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual que desrespeita o princípio do Devido Processo Legal, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

O Devido Processo Legal substancial controla o arbítrio do Poder Legislativo e a discricionariedade dos atos do Poder Público, ou seja, é por seu intermédio que se procede ao exame da razoabilidade e da racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral. É instrumento que visa a eliminar leis ou atos administrativos que ofendam os direitos dos cidadãos, pois através da razoabilidade e proporcionalidade dos atos administrativos e legislativos, o Poder Judiciário controla o excesso da norma ou do ato administrativo.

O Estado Democrático de Direito brasileiro assegura tratamento igualitário que supera as desigualdades naturais que existam entre as partes. A igualdade substancial corresponde à exigência de um processo justo, porque somente com uma defesa efetiva é que se estará garantindo o acesso a uma ordem jurídica justa. Essa tese é garantida pela cláusula do Devido Processo Legal.

Para Andrea Proto Pisani (2002, p.266-267), em síntese, aduz que, *in verbis*:

[...] justo processo envolve o direito de as partes poderem influenciar no convencimento motivado do juiz, pela necessidade de reconhecer às partes os poderes de ação e defesa, os poderes instrutórios, o direito de discussão escrita ou oral quando a causa estiver madura para decisão[...] possibilidade de a parte sucumbente, diante de um provimento jurisdicional, impugnar a decisão perante um juízo diverso”.

Afirma Sérgio Chiarlone (2008, p.145-146) que “o processo é justo na medida em que seja estruturado para garantir, dentro das possibilidades, a justiça do resultado”. Um ordenamento que consagra o modelo de Estado Constitucional incorpora, em maior ou menor medida, mas sempre em grau razoável, os valores que o inspiram.

Em virtude da natureza constitucional da ampla defesa e do contraditório, eles devem ser observados não apenas formalmente, mas, sobretudo substancialmente, sendo inconstitucionais as normas que não os respeitem. A fundamentação de decisões legítimas e úteis tem implicação substancial e não meramente formal. O juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão.

2.8 Do devido processo justo sob a perspectiva da nova dogmática jurídico-processual

Feitas essas ponderações razoáveis e necessárias, haja vista a complexidade do conteúdo das suas premissas do devido processo legal, é oportuno, inexoravelmente, trazer à luz, a toda evidência, algumas prelações acerca das aludidas exigências

constitucionais e processuais para a contribuição e a concretização do princípio ora analisado.

No que alude ao contraditório, entendido como a premissa jurídica de natureza ciência bilateral dos atos do processo. O contraditório representa a oportunidade de resposta e o núcleo da dialeticidade processual. Por sua vez, a ampla defesa, que de certa forma decorre do contraditório, é assegurada ao indivíduo para a defesa dos seus direitos em todas as fases do processo.

O núcleo duro e ineliminável da garantia do justo processo abrange o direito de as partes poderem influenciar no convencimento motivado do juiz, pela necessidade jurígena de reconhecer às partes os poderes de ação e defesa, o direito de discussão, os poderes instrutórios, de forma escrita ou oral quando a causa estiver madura para decisão, pela provocação pelo juiz da discussão das partes sobre questões de Direito ou de fato que podem ser apreciadas de ofício pelo julgador,⁴³ e pela possibilidade de a parte sucumbente, diante de um provimento jurisdicional, impugnar a decisão perante um juízo diverso.

Voltando ao tema deste tópico, salienta Nicolò Trocker (2001, p.382) que justo não é qualquer processo que se limita à mera obediência ao plano formal processual e constitucional.

Em essência, justo é o processo que tem seu desenvolvimento com respeito acurado aos parâmetros fixados nas normas constitucionais e nos valores divididos pela coletividade.

Nessa predileção cognitivo-jurídica, Comoglio (1991, p.689) afirma se tratar de um modelo internacional de garantias do devido processo legal constitucional, que inclui os componentes essenciais de igualdade entre as partes perante o juiz, a independência, imparcialidade e a pré-constituição por lei dos órgãos judiciais, inexoravelmente a razoável duração do processo, a publicidade das audiências e das decisões judiciais, a efetividade do acesso à justiça, obviamente sem qualquer discriminação subjetiva, o contraditório em todas as suas dimensões, a defesa técnica em juízo e o direito à prova.

À luz dessas premissas silogístico-jurídicas volvidas em linhas pretéritas, para adentrar na amplitude dos preceitos normativos fundamentais do processo justo e a tutela jurisdicional adequada e efetiva, porque como é cediço, todo processo sofre a influência

⁴³Ver art.10, CPC. “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

de um conjunto de fatores externos a técnica processual. É cediço e incontroverso que o “processo judicial deve se desenvolver dentro de uma ordem lógica e cronológica razoável com o intuito de atingir seu objetivo maior que é a resolução dos conflitos ponderando pela justiça”. (Taruffo, 2013)

Nesse mesmo sentido, Michele Taruffo (1997, p.319-321) sustenta a tese que três são os critérios que se devem estabelecer para uma decisão justa e igualitária, quais sejam: a) a correta escolha e interpretação da norma jurídica aplicável ao caso, b) o accertamento fidedigno dos fatos relevantes para o caso, e c) o emprego de um procedimento válido e justo. Por consectário, logo há de se respeitar o cumprimento dos três mencionados requisitos para a concretude de uma decisão como justa, nenhum deles sendo, por questões óbvias, por si só, suficiente.

É cediço que os ordenamentos jurídicos dos países latino-americanos e dos países da Europa continental, principalmente, foram estabelecidos segundo os paradigmas da *civil law*, que é o sistema jurídico que tem a lei como fonte principal do Direito, sendo coadjuvado pela jurisprudência, que apenas o afirma, ao contrário do ocorre nos países de tradição anglo-saxã, cujos ordenamentos jurídicos foram estabelecidos segundo os padrões ditados pelo *common law*, que se caracteriza de forma substancial pelo uso dos costumes e da jurisprudência como fonte principal do Direito, “expressando-se na cultura pelo seu reconhecimento pretoriano reiterado, o que se dá pelo reconhecimento da normatividade dos precedentes”.(Fiori, 2022)

É o que revela a doutrina (Marinoni, 2014, p.53): “não há dúvida de que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de Direito e de jurisdição. Se o Direito não está mais somente na lei, pois depende da Constituição, a jurisdição passa a ter a incumbência de controlar a validade da lei a partir dos Direitos Fundamentais”.

Obtempera-se que com os precedentes⁴⁴ judiciais se aplicados com coerência, racionalidade e ponderação, espera-se evitar as aventuras processuais ou incongruência, porque eles promoverão uma padronização da entrega da prestação jurisdicional e facilitará a compreensão dos jurisdicionados sobre seus direitos. Assunto esse que será

⁴⁴ Em palavras mais amenas, precedente é a decisão judicial de um caso específico (concreto), que pode servir como exemplo para outros julgamentos similares. Há, entretanto, várias discussões no sentido que decisões isoladas poderiam ser consideradas jurisprudência. Jurisprudência, por sua vez, é um termo jurídico, que significa o conjunto das decisões, aplicações e interpretações das leis. A jurisprudência pode ser entendida de três formas: 1) decisão isolada de um Tribunal que não tem mais recursos; 2) um conjunto de decisões reiteradas dos tribunais; e, 3) Súmulas, ou seja, orientação dos tribunais para que seja adotado um entendimento dominante.

tratado no próximo capítulo desta tese, quais sejam: os precedentes nos sistemas jurídicos do *common law* e *civil law* e outros institutos jurídicos.

3. DOS PRECEDENTES JUDICIAIS ADOTADOS NO BRASIL E SEUS INSTITUTOS JURÍDICOS CORRELATOS

3.1 Considerações iniciais

Segundo as suas premissas jurídicas da primazia da realidade sociopolítica e jurídico-constitucional brasileira, há uma interação entre o Estado Democrático e o Estado de Direito, que por conseqüência, resulta no Estado Constitucional, no qual o poder estatal e o poder político devem ser organizados com fundamentos democráticos que possibilitem a reflexão para que os cidadãos exteriorizem a sua vontade, a qual conduz a vida do Estado, haja vista este ser uma criação humana, um instrumento que visa, por meio do bem comum, a permitir ao homem atingir seu fim como pessoa humana.

Em palavras mais amenas, o Estado é conjunto de instituições permanentes que organizam e controlam o funcionamento da sociedade. Em síntese, a razão de sê-lo “é a satisfação das necessidades do ser humano”.(Costa, 2022)

Sabe-se, a título de memorização, que a Constituição da República de 1988 representou marco significativo entre o Estado Liberal, no qual imperava o Direito negativo que impedia interferências do Estado na autonomia pessoal e o Estado Social, caracterizado pelo Direito positivo, o qual objetiva a garantia e a promoção dos direitos, notadamente os Direitos Fundamentais e sociais (cláusulas pétreas).

A tradição jurídica brasileira adotou o sistema jurídico romano-germânico, o qual é denominado de *civil law*. (Gomes, 2022) É notório que a partir da topografia institucional esse sistema foi “esboçado pela Revolução Francesa e, posteriormente, arquitetado com traços fortes pela Escola da Exegese daquele país, abriu-se um abismo institucional entre as principais funções do Estado de Direito moderno”. (Bustamante, 2022)

Nesse contexto, J. J. Canotilho (2003) defende que o Estado Democrático de Direito se pauta em alguns pressupostos, dentre os quais merece destaque a imposição aos órgãos estatais da atuação, conforme estabelecida na Constituição Federal de 1988, em especial quanto à interpretação do Direito, que deve ser realizada à luz do texto constitucional.

Nessa direção de cunho hermenêutico jurídico, embora, como é cediço, o Brasil tenha forte influência da tradição romano-germânica, entretanto é nítida a aproximação entre o *civil law* e os institutos do *common law*, entretanto os meios, métodos e técnicas não são os mesmos, entretanto aplicados à luz da lógica cultural de cada país.

Os precedentes judiciais provenientes do *stare decisis*⁴⁵ são marcados pela fundamentação mais acurada de suas decisões, a qual é dirigida a todos os jurisdicionados, e não somente aos que se encontram como jurisdicionado, sujeito da sentença; pois a porção do precedente judicial utilizada em julgamento posterior é extraída a partir da análise da fundamentação, apontando-se assim a *ratio decidendi* (razão da decisão) e seus consectários.

Os precedentes constituem o ponto fulcral para a discussão acerca da lide, como regra nos países de origem anglo-saxão, por meio da qual os agentes do processo expõem suas razões jurídicas, e este papel que no *civil law* é desenvolvido pela própria legislação vigente. O precedente normalmente é argumentativo, a partir do qual os autores do processo (autor e réu) expõem seus argumentos e, por consequência, é heurístico⁴⁶ (Cruz; Tucci, 2004, p.186), porque advém da comunidade jurídica que o formou.

Pode-se considerar como precedente decisão judicial que, tomada à luz de um determinado caso específico (concreto) tem a serventia de orientar as diretrizes para decisões posteriores. “Em sentido *lato*, o precedente é uma decisão judicial que foi tomada em um processo antecedente, sendo que, aquilo que expressa em termos de decisão vincula casos análogos julgados posteriormente”. (Bueno, 2017, p. 633)

Para melhor compreensão, todavia não se pode ignorar o comando normativo (lei) das decisões judiciais,⁴⁷ tendo em vista que no sistema jurídico brasileiro, “a sentença é vista como uma norma jurídica individualizada, construída pelo magistrado a partir da aplicação da lei em casos concretos”. (Didier JR.; Braga; Oliveira, 2016, p. 316-317)

⁴⁵A teoria do *stare decisis* se relaciona com o brocardo latino *stare decisis et non quieta movere* ("mantenha-se a decisão e não ofenda o que foi decidido"). Juridicamente, o emprego da expressão denota que os precedentes firmados por um tribunal superior são vinculantes para todos os órgãos jurisdicionais inferiores dentro de uma mesma jurisdição. Trata-se, pois, de uma teoria típica dos sistemas judiciais que valorizam sobremaneira a força dos precedentes. Assim, por exemplo, pelo *stare decisis*, uma decisão da Suprema Corte tem capacidade de vincular todos os demais juízes e tribunais brasileiros.

⁴⁶Heurística é a arte de descobrir e inventar, uma característica típica dos seres humanos, principalmente quando estes estão em busca de respostas para questões complexas. É uma técnica de pensamento e comportamento praticamente automática nos humanos, que agem de modo intuitivo e inconsciente para achar prováveis respostas para aquilo que procuram. A imaginação, a criatividade, o pensamento lateral e divergente, aliados as experiências de vida própria ou observada são responsáveis por ajudar a formar os processos cognitivos da heurística. No âmbito pedagógico, o método heurístico é aplicado para auxiliar os alunos a encontrarem as respostas sobre determinado assunto por conta própria, através do encaminhamento feito por meio de algumas perguntas, por exemplo.

⁴⁷Segundo Hans Kelsen, o Direito é uma ordem de conduta humana, ou seja, é um conjunto de normas. Kelsen, então, passa a desenvolver uma teoria jurídica livre de qualquer ideologia política e independente dos elementos das demais ciências sociais e da natureza; uma teoria autônoma ciente da fidelidade à especificidade do seu objeto de estudo. E é nesse sentido ideológico kelsiano que há muitas críticas ao seu escólio positivista.

Essa nova concepção de que a norma jurídica é o resultado da interpretação cedeu espaço para que se compreendesse que a decisão judicial, além de ser um dos meios de solução de determinado caso concreto, mas também como meio para a promoção da unidade do direito, é nesse sentido que anuem Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 606).

Em outras palavras, Gustavo Henrique Paschoal e Paulo Antonio Brizzi Andreotti defendem que “uma decisão judicial se transforma em precedente porque produz uma norma jurídica individualizada passível de aplicação para casos análogos que serão levados ao Poder Judiciário posteriormente”.(Paschoal, Andreotti ,2022)

Em suma, o precedente judicial demanda a construção de uma tese jurídica que está alicerçada em determinado contexto fático e normativo, sendo que a referida tese será utilizada como norma passível de ser replicada em processos vindouros, quando houver esse mesmo contexto fático e normativo. Esse é o principal sentido dos precedentes judiciais.

Por conseguinte, na conjuntura fático-jusnormativa, a tese jurídica – também denominada como *ratio decidendi* (ou *holding*) – consiste em uma descrição do entendimento jurídico, que serviu de sustentáculo para proferir a decisão: sua identificação por consectário pressupõe a avaliação dos fatos pertinentes à ação, “questão jurídica posta em juízo, dos fundamentos da decisão e da solução determinada pelos tribunais pátrios”. (Mello; Barroso, 2017, p. 45)

Deve-se compreender que a *ratio decidendi* de um precedente, a breve trecho, é a norma extraída da argumentação da decisão judicial em que foram ponderados regras e princípios dentro de um contexto fático, ou seja, “fundada na análise dos fatos relevantes do caso concreto, argumentação da questão levantada em juízo, da fundamentação e do que ficou decidido”. (Legale,2016, p.824).

É dentro desse contexto, fruto de substrato jurídico e sociológico, que o dever de fundamentação da decisão judicial ganha um novo contorno, uma vez que o CPC de 2015 torna esse dever mais rigoroso, de maneira que se pode obtemperar que os precedentes judiciais estabelecem um padrão máximo de fundamentação das decisões judiciais e do regime jurídico dos precedentes, inclusive da distinção de casos (*distinguishing*) e da superação (*overruling*),consoante afirma Cleyton Maranhão.(2016, p.104)

Nesse contexto, com efeito, pode-se aduzir, por pertinência temática e por ser de relevo, que o indeferimento liminar do pedido encontra suporte no precedente judicial, rigorosamente, no efeito obstativo do precedente judicial; por outro lado, por sua vez, o

indeferimento liminar do pedido concretiza os princípios da razoável duração do processo e da segurança jurídica, nesse sentido, acelera-se a extinção do processo por meio da antecipação da improcedência e, ao mesmo tempo, resguarda a autoridade do precedente judicial vinculante, mantendo, portanto, a estabilidade, a integridade e a coerência das decisões judiciais.

É coerente o CPC/2015 com o que ele próprio propõe quanto à eficácia dos precedentes dos tribunais ao impor a procedência liminar do pedido quando a petição inicial retratar pretensão colidente” (BUENO, 2017, p. 322), tanto que se julga “imediatamente improcedente com a legitimidade emprestada pelos precedentes identificados nas hipóteses do art. 332 do CPC/2015 e com a segurança de que se trata de posição estável. (Mouzalas *et. al.*, 2017, p. 511).

O art. 332 do CPC de 2015 que tem a finalidade de disciplinar e ampliar as hipóteses de improcedência liminar do pedido, em todas as hipóteses enumeradas nos incisos I a IV deste preceptivo legal – e mesmo naquela relativa à verificação pelo magistrado da “ocorrência de prescrição ou decadência, estatuída no § 1º do art. 332 - a possibilidade de improcedência liminar do pedido tem, como requisito comum, a circunstância de se tratarem de “causas que dispensem a fase instrutória”.(Guerra,2022)

Aduzem Geoffrey Marshall e Maccormick, D. Neil; Summers, Robert S que o enunciado vinculante deve se compor não somente a partir dos fatos relevantes e pertinentes, “mas igualmente da proposição jurídica implícita e necessária à justificação da decisão”. A aludida proposição jurídica comporá, na perspectiva do entendimento dos autores *supra*, a regra universal apta não apenas a solucionar o caso presente, mas também a orientar a solução de casos futuros. Esse critério de delimitação da *ratio decidendi* é designado método abstrato-normativo.(Marshall, Maccormick, D. Neil; Summers, Robert S, 1988).

Quando vários órgãos do Poder Judiciário começam a proceder a distinções inconsistentes em grande escala, por consectário lógico, limita-se a previsibilidade do Direito, o tratamento isonômico entre as partes e o funcionamento eficiente do sistema judicial, gerando dessa forma, incontáveis decisões divergentes e multiplicando-se os recursos para os tribunais. De forma paradoxal, podem, também, funcionar como um mecanismo de correção de precedentes equivocados, incompletos ou obsoletos.⁴⁸

Ainda nessa mesma linha cognitiva, esclarece Eisenberg (1988) que, *in verbis*:

⁴⁸ Sobre a relação de causa e efeito entre distinções inconsistentes ou entre precedentes obscuros ou contraditórios e sua superação, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 239-240.

A resistência das cortes vinculadas em cumprir um precedente que repute errado e a sistemática produção de distinções inconsistentes geram uma pressão sobre os tribunais superiores. Leva a tais tribunais uma massa de recursos, levanta novos pontos de vista, reforça argumentos em prol de uma solução diversa e pode fazer com que as cortes vinculantes revejam seu entendimento e, por conseguinte, superem seu precedente. Há, de fato, uma íntima relação entre a resistência das cortes vinculadas a aderir a um precedente, a produção em massa de distinções inconsistentes e a superação parcial ou total do precedente. (Eisenberg, 1988, p. 140.)⁴⁹

3.2 Sistemas de *common law* e de *civil law*: origem, conceitos, diferenças entre si e aplicações

Feitas essas ponderações preliminares em linhas precedentes, mister se faz tecer alguns comentários acerca dos mencionados sistemas jurídicos, embora não sejam objeto desta pesquisa, contudo têm a ver de forma reflexa (indireta) e são os institutos jurídicos mais empregados no mundo contemporâneo (ocidental e oriental), os quais são: o *common law*⁵⁰ e o *civil law*.

Verifica-se que cada país realiza o seu próprio sistema de normas dentro da sua jurisdição. Em especial, quando se verifica o tratamento dado à jurisprudência pelo direito ocidental, tendência no uso de dois grandes sistemas de Direito, que têm a serventia de base para a instalação das diversas normatizações.

Esses modelos de ordenamento jurídico possuem regimentos diferentes. O *common law*,⁵¹ por sua vez, tem como origem a Inglaterra, por consequência seguido pelos países colonizados, que o recepcionaram o aludido sistema. Inicialmente se baseava

⁴⁹ Como esclarece Eisenberg: “Algumas vezes pode ser preferível se deslocar para a melhor regra aos poucos, mesmo com o preço de gerar certa inconsistência com a transição. Com a utilização da técnica da distinção inconsistente, uma corte poderá, concomitantemente, movimentar o direito na direção da congruência social, proteger a confiança no sistema e preparar o caminho para uma virada jurisprudencial que não teria sido adequada de outro modo” *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p. 140.

⁵⁰ No sistema de *common law*, o direito é criado ou aperfeiçoado pelos juízes, por uma decisão a ser tomada num determinado caso para referência, que poderá afetar o direito a ser aplicado a casos futuros. Nesse sistema, vale lembrar, quando não existe um precedente, os juízes possuem a autoridade para criar o direito, estabelecendo um precedente. O conjunto de precedentes é chamado de *common law* e vincula todas as decisões futuras. Nos países que seguem o sistema do *Common Law*, os precedentes judiciais possuem eficácia vinculante, em especial os precedentes oriundos de Corte Superior, assegurando assim que casos análogos futuros sejam solucionados da mesma forma; trata-se da chamada Teoria do Precedente Judicial (*Stare Decisis*).

⁵¹ O sistema *common law* é a base dos sistemas jurídicos da Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte, Irlanda, Canadá, Estados Unidos, Austrália, Nova Zelândia, e outros países geralmente de língua inglesa, ou membros da *Commonwealth*. Acerca desse assunto, confira DELLAGNEZZE, René. Os sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law*. Revista *Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6348, 17 nov. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86328>. Acesso em: 18 abr. 2022.

em costumes, mas, atualmente, pode-se aduzir “que é um método jurisprudencial, de precedentes judiciais”. (Lima Neto, 2022.)

Segundo Miguel Reale (2006, p.31) na tradição dos povos anglo-saxões (*common law*) o Direito, em essência, revela-se bem mais e de forma acentuada pelos usos e costumes e pelo precedente judicial do que pelo trabalho abstrato e genérico do parlamento, o que não ocorre no sistema *civil law*, por exemplo.

As duas tradições já anteriormente mencionadas se divergem do ponto de vista estrutural, cultural e da forma da aplicação do Direito. No Direito Inglês não há as divisões entre Direito Civil e Direito Comercial, tampouco entre Direito Público e Privado. Diferente do que se pode pensar, o Direito inglês possui códigos físicos, leis Constituição escrita, mas os magistrados não precisam encontrar fundamento na lei para decidir, há a valorização da prática jurisprudencial, esse enaltecimento é da essência do sistema *common law* (direito comum) e da *law of the land* (lei da terra).

A doutrina do *stare decisis*⁵² é também fundamento do *common law*. A decisão judicial nos países que adotam a aludida doutrina fixa um precedente, com força vinculante e, dessa forma, garante que um caso análogo que venha a ser decidido da mesma forma. Tal instituto, como regra, tem maior repercussão e temática jurídica nos países que adotam o *common law*, por exemplo, Inglaterra, Estados Unidos, Austrália, Canadá.

Entre os países que adotam o *common law*, notam-se algumas peculiaridades, por exemplo, notadamente na Inglaterra e Estados Unidos da América. “Nos Estados Unidos da América, diferente da tradição inglesa, a Constituição é um documento normativo,” uma fonte de Direito, uma norma escrita e conscientemente elaborada, portanto, a tradição jurídica norte-americana efetua um processo de aproximação com a cultura do direito romano-germânico, mas na solução dos litígios, aplicam-se também os precedentes”.(Daidone,2006.p.31)

Nos Estados Unidos da América há códigos, porém não vinculam os magistrados ao procederem à fundamentação de suas decisões nos respectivos códigos, haja vista o mencionado país adotar a doutrina do *stare decisis* e a prática jurisprudencial. Cabe uma

⁵² *Stare decisis* é uma expressão norte-americana e tem o seguinte significado: "ficar com as coisas decididas". É atrelado à escola do *common law*, entretantes ambos institutos são sinônimos e não iguais. Parafraseando Marioni, "*stare decisis* é um elemento moderno do *common law*, cuja existência da segunda expressão é mais antiga, ou seja, o *common law*. Em outras palavras, na prática, as decisões judiciais criam precedentes para futuros casos análogos, cuja eficácia é vinculante em tribunais superiores e/ou inferiores.

exceção, que é do atual Estado-Membro da Louisiana, o qual foi convertido em Estado em 1812 e manteve a tradição francesa que é o sistema romanístico (*civil law*).⁵³

Já no Brasil foi adotado o sistema jurídico legalista *civil law*. “Este, além de ser adotado pelo Brasil, é aplicado em quase todo Continente Europeu, na América Latina, Central e grande parte da Ásia e África”. Argumenta Venosa (2004, p.101) que

Nesses países, as normas surgem vinculadas a preocupações de justiça e moral. Há predominância da lei como fonte do direito. As obras de doutrina, e isto é uma constante entre nós, preocupam-se em ser dogmáticas e interpretar os textos legislativos, relegando a jurisprudência e a prática do direito a plano secundário.

O sistema do *civil law* se caracteriza pelo primado do processo legislativo, e as fontes tendo valor secundário. Como é de sabença de todos que a tradição *civil law* se acentuou depois da Revolução Francesa, quando a lei foi considerada a única forma autêntica da nação, expressada pela vontade geral.

O sistema alhures citado dá primazia à lei (como regra, esta é a fonte primária). Em toda decisão dos magistrados deve-se ter como base a lei, tendo em vista possuir acentuada autoridade e credibilidade nesse modelo, uma vez que as normas positivadas são as fontes principais no sistema *civil law*.

Como bem delineado em linhas precedentes, os dois sistemas jurídicos representam expressões da lógica cultural distinta e vêm sendo “contagiados” mutuamente nos últimos anos. “Enquanto as bases legais ganham mais força no sistema Anglo-Saxão, a doutrina do *stare decisis* vem ganhando destaque no modelo legalista, do *civil law*”(Mancuso, 2007).

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso (2007,p.168-169) a constante aproximação entre os sistemas jurídicos em exame, ao afirmar que “impede reconhecer que a dicotomia entre *civil law* e *common law* hoje não é tão nítida e radical como foi outrora, sendo visível uma gradativa e constante aproximação entre aqueles regimes”.

René David (2002), todavia, defende que nas últimas décadas têm sido constantes os laços entre as duas famílias. “Os direitos têm mostrado certa tendência de aproximação, inclusive se pode falar atualmente de uma grande família de direito ocidental”, a qual engloba as duas famílias.

⁵³ Outra particularidade em relação aos Estados Unidos e Inglaterra que adotam o sistema *Common Law* e que vem a repercutir nesse âmbito do direito interno é a divisão organizacional do Estado. O país norte-americano, por ser uma Federação, estar-se descentralizado o poder, tendo a estrutura judiciária dividida em Federal e Estadual, respectivamente, tendo a jurisdição Federal e Estadual. Ocorrendo de forma diferente na Inglaterra essa organização judiciária.

Na mesma linha de raciocínio, André Ramos Tavares (2007), acerca do *stare decisis* do direito norte-americano, pontua que a partir da aproximação entre os dois modelos mencionados em linhas pretéritas, “deve-se mensurar o porquê da introdução da súmula vinculante no direito brasileiro”.

A aproximação dos dois sistemas jurídicos, *civil law* e *common law*, tem causado repercussão e vem se expandido por muitos países, e esse fenômeno merece ser refletido no mundo dos humanos, entenda-se no caso em tela, do Direito brasileiro.⁵⁴

Os sistemas jurídicos e suas tradições formam o *civil law* e o *common law*, os quais compõem os dois principais modelos jurídicos existentes, trata-se de dois sistemas profundamente distintos quanto à sua origem, em virtude das circunstâncias em que surgiram e se desenvolveram.(Galio, 2022).

O conceito de *civil law* se origina da influência que o Direito Romano exerceu sobre os países da Europa Continental e suas colônias, porque o Direito local cedeu passagem quase que integralmente aos princípios do Direito Romano, dessa forma deu ensejo à elaboração de leis, códigos, constituições, assim aduz Andréia Costa Vieira, *ipsis litteris*

E, por isso, a expressão *Civil Law*, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico. (Vieira, 2007, p.270)

Já a expressão *common law*, por sua vez, significa em inglês, o “direito comum” em toda Inglaterra.(David,2002,p.359) O direito era “comum”, pois vinha dos Tribunais de *Westminster*, “cujas decisões vinculavam toda a Inglaterra, em oposição aos direitos particulares de cada tribo”. (Ramires, 2010, p. 63).

Percebe-se que nesses elementos de identidade cultural, o marco de encontro entre essas duas grandes tradições jurídicas, as quais se formaram na Idade Média: “romano-canônica na Europa continental de tradição romanística e *common law* na Inglaterra”, de forma reflexa foi influenciada pelo direito romano, em razão do ambiente cultural presente no período de sua formação. (Barreiro; Paricio, 2010)

Traz-se à baila que o citado sistema jurídico romano-germânico, em divergência com evento singular inglês da *common law*, que é conhecido pelos britânicos como *civil*

⁵⁴ Este assunto alusivo às súmulas vinculantes será tratado de forma minudente em capítulo específico desta pesquisa.

law, tem sua origem na Europa continental, no início do século XIII d.C., e até no atual momento, preserva essa região como ponto fulcral para o seu surgimento (David,1972, p.57).

O *civil law* teve sua gênese nas concepções do arcaico Direito Romano e Canônico, Direitos esses que estão relacionados com a trivialidade da sociedade germânica que convencionalmente dominam a Europa Central depois do século V d.C., surgiu então um “conjunto composto de diretriz jurídicas que estão na estrutura dos ordenamentos dos países direta ou indiretamente influídos pelas concepções do continente europeu”. (Lima, 2013, p. 79-82)

O citado sistema jurídico *civil law* tem sua origem e nascimento na tradição jurídica romano-germânica no século XII e XIII no período do Renascimento da Europa Ocidental. Nessa época, as cidades e o comércio ganharam nova organização, também se intensificou o ideal de que “somente o Direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso”. (David, 2002, p.39).

Vale obterem que a separação entre o Direito e a Religião que por consuetudinário demonstrou a origem da autonomia do Direito, a qual compõe os dias atuais uma das características da civilização ocidental.

Os romanos foram os primeiros a sistematizar o Direito, extraindo a regra jurídica dos casos concretos do cotidiano, identificando sua classificação e, em seguida, aplicando aos novos casos. No romano clássico, a jurisprudência se apresentava como interpretação e constituía uma atividade criadora, contudo sempre num sentido derivado e não originário.

À guisa do exposto, a ordem legal se apresenta como um limite externo do Direito desenvolvido à luz da jurisprudência. (Barreiro;Paricio,2010, p. 40) . Do “método de análise textual exegético nasceu a primeira literatura jurídica em forma de anotações explicativas ao texto romano, denominadas glosas, atribuindo aos juristas o nome de glosadores”. (Barreiro; Paricio, 2010, p. 189-190)

Por isso que “o Estado Romano foi fundamental para a história do direito que hoje vigora e por muitos doutrinadores é apontado como marco divisório nos processos de formação dos sistemas de *civil law* e *common law*”. (Wambier, 2010, p.35)

Como registra a história, desde o século XII da era cristã que o *Corpus Iuris Civilis*⁵⁵ foi encontrado e os textos romanos , à época, passaram a ser estudados nas

⁵⁵ O *Corpus Iuris Civilis* ou *Corpus Iuris Civilis Romanii* (em português: Suma Completa do Direito dos Romanos) é obra jurídica fundamental publicada a em meados do século VI, a partir de Edito, especial por

universidades, e por consequência e foi “incorporado não só o conteúdo terminológico e conceitual, mas também a técnica própria de raciocínio jurídico para a formação das soluções jurídicas, tornando o direito o fruto de um intenso trabalho intelectual, distanciando-se do pensamento do homem comum”. (Barreiro; Paricio, 2010, 185-186)

Os abusos e os privilégios excessivos dos nobres, do Clero e também dos magistrados resultaram na Revolução Francesa, que foi o grande marco da História responsável pela consolidação de um novo modelo jurídico nacional e mundial.

Após a Revolução Francesa, com a queda da monarquia absolutista, ascensão da burguesia e do parlamentarismo ao poder, deu-se azo ao surgimento de um novo direito, alheio às antigas concepções da monarquia e que contrariava os magistrados ainda aliados ao antigo regime. (Vidal, 2022)

É nesse contexto de arquitetura sociológica e jusnormativa que surgiu, à época, a necessidade de controlar a atuação judicial, limitando o trabalho dos juízes apenas à aplicação literal do texto legal.

Para a revolução francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis. A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria Lei. Lembre-se que, com a Revolução Francesa, o poder foi transferido ao Parlamento, que não podia confiar no judiciário. (Marinoni, 2009,p.46)

Registre-se que a interrupção com a antiga governança e a abertura de um novo modelo para o direito é a essência deste novo ideário europeu, vocacionado a desagregar-se de sua tradição eivada de vícios para satisfazer os anseios da sociedade da época.

Como bem delineado em linhas volvidas, a lei passou a ter uma função fundamental de representar a vontade do povo⁵⁶, “ impossibilitando qualquer forma de

determinação imperial, o que na ocasião viera do imperador bizantino Justiniano I (que assumiu o trono em 527 d.C.). Ele, dentro de seu projeto de unificar e expandir o Império Bizantino viu que era indispensável criar uma legislação congruente e que tivesse capacidade de atender às demandas e litígios vivenciados à época. Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Corpus_Juris_Civilis. Acesso em: 24, abr. 2022.

⁵⁶ No discurso de lançamento da obra *Quem é o Povo*, do jurista e filósofo alemão Friedrich Müller, ficou evidenciado que a questão fundamental da democracia é o povo, mas que povo é esse? COMPARATO revela que a primeira utilização consequente do conceito de povo como titular da soberania democrática, nos tempos modernos, aparece com os norte-americanos. Thomas Jefferson atribuía ao povo um papel preeminente na constitucionalização do país, pois ao redigir o projeto de Constituição para a Virgínia (1776), propôs que essa lei suprema, após declarar caduca a realeza britânica, fosse promulgada “pela autoridade do povo. COMPARATO, Fábio Konder. *Variações sobre o conceito de povo no regime democrático*. Estud. av. [on-line]. 1997, vol.11, n.31, pp. 211-222. ISSN 0103-4014. De acordo com

interpretação, devendo inclusive o magistrado restringir sua decisão ao texto legal”. (Wambier, 2010, p. 36)

Os ordenamentos jurídicos dos países latino-americanos e dos países da Europa continental adotaram paradigmas da *civil law*, que é o sistema jurídico que tem a lei como fonte principal do Direito, sendo auxiliado pela jurisprudência, que apenas o afirma, como é de praxe, o que não ocorre nos países de tradição cultural anglo-saxã, cujos ordenamentos jurídicos foram estabelecidos segundo os padrões ditados pelo *common law*, que se caracteriza substancialmente pelo uso dos costumes como fonte primordial e principal do Direito, expressando-se na cultura pelo seu reconhecimento reiterado, ou seja, a jurisprudência, o que se dá pelo reconhecimento da normatividade dos precedentes.

3.3 Globalização judicial: um dos motivos do fenômeno da aproximação dos dois sistemas jurídicos (*common law e civil law*)

O direito, assim como as demais áreas do conhecimento, não foge à regra da globalização. Em essência, o Direito está presente em várias áreas no dia a dia da sociedade e passa a ser compartilhado entre os países. A dialeticidade na comunicação e, por conseguinte, a troca de informações, faz com que o diálogo e a troca de experiências também entre os costumes jurídicos sejam inevitáveis.

Assim, metaforicamente, da mesma forma que algumas moedas se tornam comuns em todo mundo, por consectário lógico, o direito faz parte dessa integração. (Mancuso, 1999, p.174). Considerando as lições de Paolo Grossi (2006), globalização tem a concepção de “desterritorialização; e também significa a primazia da realidade econômica em detrimento da política”, que, para os juristas de cultura do regime romano-germânico, isso se reflete na abertura do monopólio e do inflexível controle estatal do Direito. Por questão lógica, “as novas exigências jurídicas promovem novos instrumentos jurídicos, a fim de acompanhar o desenvolvimento da globalização”.(Grossi, 2009, p.160)

Como ficou evidenciado em linhas pretéritas, neste contexto de formação de uma sociedade global, a qual diuturnamente compartilha interesses, comportamentos e necessidades, torna-se mais amena a ideia de dicotomia entre os sistemas *civil law* e

Lincoln, conforme menciona o próprio José Afonso da Silva (2000, p. 130), “democracia é governo do povo, pelo povo e para o povo”. Em síntese, pode afirmar que povo é o elemento humano do Estado. São as pessoas que mantêm um determinado vínculo jurídico-político com o mesmo. É o conjunto de todos os nacionais, estando estes em território pátrio ou não. Ex.: brasileiro no exterior

common law, “afinal considerando a aproximação gradativa, o Direito legislado cresce no *common law*, na medida que a jurisprudência se destaca nos países que adotaram o *civil law*”, a exemplo o Brasil, notadamente a partir do advento da EC. n. 45, de 2004 e do atual CPC, art. 926 e 927,(Mancuso,1999, p.168-174)

Isso não quer dizer que *common law* e *civil law* são a mesma coisa e que os seus métodos e técnicas de interpretação da norma jurídica são os mesmos. Porque como é de sabença elementar, no sistema *civil law* a fonte primária predominante é a lei.

Há uma lógica cultural⁵⁷ em conformidade com a Hermenêutica Jurídica para se proceder à interpretação do Direito legislado.⁵⁸A proposta da Teoria Tridimensional elaborada⁵⁹ pelo jusfilósofo Miguel Reale (1994) a primeiro momento foi visto como uma forma de alcançar uma visão integral do Direito, ultrapassando algumas das visões e explicações unilaterais aprofundadas por alguns grandes nomes já citados anteriormente.

Essa então “nova teoria” (Teoria Tridimensional) se tornou uma forma inovadora de abordagem da ciência jurídica através de três aspectos conhecidos como normativo, onde se percebe o Direito como ordenamento; o fático, com a afetividade histórica e social, e por fim, o valor.

Sabe-se que o movimento de convergência entre as tradições jurídicas tem ficado mais acentuado em virtude do fenômeno da globalização que é irreversível, a qual promove a circulação de soluções e propostas entre as famílias romano-germânica e de tradição *common law*.(Porto, 2006, p.764) A troca de informações entre os dois sistemas jurídicos é evidente e mútua, haja vista consistir em uma tendência inevitável, com as

⁵⁷Cf. REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva 1994. O Direito é formado por um tripé, uma tríade: Fato, Valor e Norma. São várias as teorias que explicam essa tridimensionalidade, mas algumas acabam utilizando-se desses fatores para reduzir o papel do Estado e da sociedade. Daí entra Miguel Reale, com a sua teoria tridimensional do direito, na qual defende a coexistência recíproca desses elementos para uma melhor relação do Direito com a sociedade. Comportamento embasado pelos indivíduos que as compõem. Em todas estas características é possível encontrar os três elementos que os definem: fato, valor e norma.

⁵⁸ Neste capítulo não se vai aqui apontar as supostas incongruências e inconstitucionalidade dos precedentes e das súmulas vinculantes.

⁵⁹ Há quem defenda a Teoria Pentadimensional – Pura e Prognosticada - esta vem doutrinar um novo conceito de aplicação dos princípios cuja teleologia é para que as normas sejam ajustadas à alidade social e às relações sociais que ainda não tenham sido reguladas por falha do direito positivo. É salutar ressaltar que não se trata de ativismo judicial, pelo contrário, ao ler a nova teoria, nitidamente percebe-se que em havendo limitação da norma propriamente dita, o magistrado poderá, à luz dos princípios, decidir hermeneuticamente, entretentes sempre limitado à uma norma posta, pois o magistrado não estará legislando, e sim, julgando com base nos princípios. Neste sentido, as normas devem estar sempre à mercê dos princípios e, uma vez, não estando, a problemática poderá ser moldada pela decisão judicial para alcançar a premissa principiológica. Sem dúvidas, ao ler a obra, sua visão jurídica se projetará a um modelo de sistema normativo mais equilibrado e isonômico.

devidas proporções, “ambos afluem para a mesma finalidade, que é gerar previsibilidade e respeitar a isonomia”, consoante assevera Marco Antonio da Costa Sabino(2010,p.52), *in verbis* :

A tendência moderna do direito judiciário aponta para uma aproximação entre eles, justamente para que no âmbito do *common law* o direito escrito seja mais celebrado, enquanto que, no campo do *civil law*, os precedentes judiciais ocupem lugar de maior destaque.

Vê-se que essa aproximação maior diuturnamente das tradições jurídicas tende por decorrência a formação de sistemas jurídicos híbridos, arrojados de conceitos, valores e fundamentos adequados à nova realidade social, resultante do processo de globalização.

A principal característica desse fenômeno jurídico e social está relacionada com a forma de interpretar e aplicar o direito, haja vista que nos países criados sob a estrutura de *civil law* é possível observar mudanças no que tange ao olhar que se tem sobre o Direito e a razão de decidir.

Esse fenômeno não mais é visto somente baseado em seus códigos, abrindo espaço para discussões baseadas em casos concretos. Também na tradicional *common law* se observa a crescente produção legislativa, notadamente aliado a novas formas de decisões judiciais, passa a operar com conceitos e fundamentos antes próprios do sistema romano-germânico, resguardadas as adequações e a aplicação dos seus métodos e técnicas.

Essas predileções também ecoam no escólio de Rodolfo de Camargo Mancuso, que faz uso da expressão “atenuação progressiva” para caracterizar esta transformação judicial. Defende Mancuso que “os regimes que partiram de diferentes pontos na história do Direito, agora caminham na mesma direção, tendo em vista os objetivos compartilhados”. (Mancuso, 1999, p.165-166)

Acerca do tema em epígrafe, obtempera Michele Taruffo (2010) que o fenômeno denominado “consequências jurídicas da globalização” se trata de um fator da evolução dos modelos jurídicos(Vidal, 2016) e abrange diversas áreas do Direito, em especial o Processo Civil, o qual vem assumindo crescente relevância para os juristas em todo mundo. (Taruffo, 2003, p. 554)

Aduz ainda Taruffo que cada sistema jurídico, seja *civil law* ou *common law*, afasta-se e afrouxa seus vínculos, também se aproximam de famílias distintas, dirimindo o antagonismo histórico.(Taruffo, 2010,p.169) Ademais, os legisladores mais atuantes colaboram com a intensificação dessa miscigenação jurídica, uma vez que “são responsáveis pelas reformas da justiça civil e, de acordo com Taruffo, tendem a ‘emprestar’ os institutos que consideram favoráveis, sem qualquer vínculo à tradição

nacional, contribuindo para a desconstituição dos modelos tradicionais gerais”. (Taruffo, 2003, p. 153-154)

É nessa inteligência que vêm surgindo e se propagando os institutos jurídicos, tais como súmulas vinculantes e os precedentes jurídicos, em princípio sob a influência do sistema jurídico *common law*.

3.4 O Código de Processo Civil inglês: *Rules of Civil Procedure* e sua influência do *common law*

Nesse contexto jurídico de globalização explicitado *supra*, torna-se essencial mencionar também acerca das mudanças que vêm ocorrendo nos países de tradição *common law*. Embora o Direito inglês tenha se desenvolvido essencialmente à luz da jurisprudência e dos precedentes judiciais, conforme já aduzido, é acentuada a importância dada a legislação e aos regulamentos naquele ordenamento, (DAVID, 2000, p.19) que “vai ao encontro desta nova concepção de globalização judicial”.

Como é cediço, o século XX trouxe suas influências para o Direito inglês, despertando as ponderações do Direito para a legislação (*statue law*), uma vez que a abrangência com a aspiração de Estado do Bem-Estar Social, o qual desenvolveu a produção legislativa com a pretensão de igualar a justiça para todos a partir de legislações e regulamentos oriundos do Estado.

Nesse cenário jusnormativo, assevera René David (David,2000, p.11) que o “Direito inglês, que até o século XX era um Direito essencialmente jurisprudencial, atribui hoje uma importância cada vez maior à lei”. Em detida e acurada análise procedida acerca do moderno Processo Civil Inglês, Neil Andrews (2009) identificou que atualmente o Direito está intimamente ligado às leis escritas, as quais hoje são uma das principais fontes do Direito Processual Civil, como regra, nos países de cultura *civil law*.

Vale aqui trazer à colação que o Direito Inglês ainda é primordialmente aplicado (razão de decidir) à luz dos precedentes, haja vista várias teorias contratuais são essencialmente resultado das decisões judiciais. Assim afirma o autor alhures citado, *in verbis* :

O direito inglês, hoje em dia, está fortemente influenciado por leis escritas. Estes incluem o direito derivado (sobretudo normas codificadas). Os “regulamentos” europeus têm força igual à legislação primária. Quanto aos “Precedentes”, o Common Law é uma expressão frequentemente utilizada para designar o conjunto de decisões vinculantes. (Andrews, 2009, p.39)

De mais a mais, diversos precedentes judiciais vinculantes se originaram da interpretação da lei escrita, “razão pela qual se destaca que o sistema de precedentes permanece como a base do Direito Inglês”. (Andrews, 2009, p. 40-41) foi nesse viés cognitivo que o ano de 1999 representa um marco das transformações do tradicional Direito inglês, levando-se em consideração que 26 de abril de 1999 foi instituído o Código de Processo Civil Inglês, o qual é denominado de *Rules of Civil Procedure*, que reconhece a organização sistemática do Processo Civil na Inglaterra, que caracteriza uma inovação legislativa. (Moreira, 2000, p.74)

À guisa do exposto, as *Civil Procedure Rules* entraram no ordenamento jurídico inglês, com o objetivo de favorecer as condições processuais da justiça daquele país, assim como garantir de forma substanciada o seu acesso a toda população, e é nesse sentido que Antônio Carlos Marcato ressalta as características desta inovação, *in verbis*:

Por conta disso, nas *Civil Procedure Rules* foram adotados, com lastro nas sugestões apresentadas no relatório de *Lord Woolf*, os seguintes princípios que devem estar presentes em um sistema civil garantidor do acesso à justiça: (a) ser justo nos resultados que proporciona; (b) ser imparcial na forma de tratar os litigantes; (c) oferecer procedimentos apropriados a custos razoáveis; (d) lidar com os casos em velocidade razoável; (e) ser compreensível àqueles que o utilizam; (f) ser responsável com as necessidades daqueles que o utilizam; (g) fornecer tanta certeza quanto a natureza particular do caso possibilitar; e (h) ser efetivo: com recursos adequados e organizados. (Marcato, 2011, p. 24)

Antônio Carlos Marcato (2011) sustenta que a criação de uma legislação processual inglesa teve como objetivo amenizar os custos processuais e reduzir a excessiva duração dos processos, é nesse sentido que Barbosa Moreira (2000,p.74) enfatiza que “o ponto central da referida reforma está na transformação referente ao *adversary system*⁶⁰”.

Essa alteração pode ser observada no que alude à ampliação dos poderes do juiz na condução do processo, porque as variações processuais na esfera cível do direito inglês modificaram a imagem do juiz tradicional no modelo adverso da *common law*, o qual tem a função primordial de assistir aos litigantes durante o processo e, por consequência, fiscalizar para uma boa resolução de conflitos, e essa realidade foi substituída pelo modelo de juiz ativo e participante, “principalmente em decorrência das *Civil Procedure*

⁶⁰ O sistema do contraditório é um sistema legal usado nos países de direito consuetudinário onde dois advogados representam o caso ou a posição de suas partes perante uma pessoa ou grupo de pessoas imparciais, geralmente um juiz ou júri, que tenta determinar a verdade e julgar adequadamente. É em contraste com o sistema inquisitorial usado em alguns sistemas de direito civil (ou seja, aqueles derivados do direito romano ou do código napoleônico) onde um juiz investiga o caso.

Rules, que adotaram, ainda que parcialmente, princípios e características próprios da origem do sistema da *civil law*”. (Marcato, 2011, p. 18)

3.4.1 Da exposição de motivos do novo Código de Processo Civil brasileiro

Inicialmente, é mister trazer à colação alguns comentários, a breve trecho, da exposição de motivos do novo CPC. O novel *codex* teve a seguinte comissão de de notáveis juristas: O grupo foi presidido pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux, Ministro do STF, e composto pelos juristas Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Junior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinícius Furtado Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora-Geral dos trabalhos).

Um sistema processual civil, que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização⁶¹ dos Direitos ameaçados ou violados não se harmoniza com as garantias constitucionais⁶² de um Estado Democrático de Direito.⁶³ Quando processual é ineficiente, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. Em síntese, transcreve-se abaixo trecho da referida motivação, *in verbis* :

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.
De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.⁶⁴ Não há fórmulas mágicas. O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas.

⁶¹ Essencial que se faça menção a efetiva satisfação, pois, a partir da dita terceira fase metodológica do direito processual civil, o processo passou a ser visto como instrumento, que deve ser idôneo para o reconhecimento e a adequada concretização de direitos.

⁶² Isto é, aquelas que regem, eminentemente, as relações das partes entre si, entre elas e o juiz e, também, entre elas e terceiros, de que são exemplos a imparcialidade do juiz, o contraditório, a demanda, como ensinam CAPPELLETTI e VIGORITI (diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano. Rivista di diritto processuale, II serie, v. 26, p. 604-650, Padova, Cedam, 1971, p. 605).

⁶³ Os princípios e garantias processuais inseridos no ordenamento constitucional, por conta desse movimento de “constitucionalização do processo”, não se limitam, no dizer de LUIGI PAOLO COMOGLIO, a “reforçar do exterior uma mera ‘reserva legislativa’ para a regulamentação desse método [em referência ao processo como método institucional de resolução de conflitos sociais], mas impõem a esse último, e à sua disciplina, algumas condições mínimas de legalidade e retidão, cuja eficácia é potencialmente operante em qualquer fase (ou momento nevrálgico) do processo” (Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. Studi in onore di Luigi Montesano, v. II, p. 87-127, Padova, Cedam, 1997, p. 92).

⁶⁴ É o que explica, com a clareza que lhe é peculiar, BARBOSA MOREIRA: “Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua

A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no Código revogado significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições. A expressiva maioria dessas alterações, como, por exemplo, em 1994, a inclusão no sistema do instituto da antecipação de tutela; em 1.995, a alteração do regime do agravo; e, mais recentemente, as leis que alteraram a execução, foram bem recebidas pela comunidade jurídica e geraram resultados positivos, no plano da operatividade do sistema.

O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito. Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade.

Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência.

Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo país. Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais.⁶⁵

Assim, e por isso, um dos métodos de trabalho da Comissão foi o de resolver problemas, sobre cuja existência há praticamente unanimidade na comunidade jurídica. Isso ocorreu, por exemplo, no que diz respeito à complexidade do sistema recursal existente na lei revogada. Se o sistema recursal, que havia no Código revogado em sua versão originária, era consideravelmente mais simples que o anterior, depois das sucessivas reformas pontuais que ocorreram, se tornou, inegavelmente, muito mais complexo. [...]

instrumento eficiente de realização do direito material” (Por um processo socialmente efetivo. Revista de Processo. São Paulo, v.27, n.105, p. 183-190, jan. /mar. 2002, p. 181)

⁶⁵ Sálvio de Figueiredo Teixeira, em texto emblemático sobre a nova ordem trazida pela Constituição Federal de 1988, disse, acertadamente, que, apesar de suas vicissitudes, “nenhum texto constitucional valorizou tanto a ‘Justiça’, tomada aqui a palavra não no seu conceito clássico de ‘vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu’, mas como conjunto de instituições voltadas para a realização da paz social” (O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania. In: FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio. As garantias do cidadão na Justiça. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 79-92, p. 80).

O grupo de juristas não se quedou inerte da necessidade de se construir um Código de Ritos coerente e harmônico *interna corporis*, segundo os preceitos da primazia da realidade. O objetivo desse notável grupo não convergiu na obsessão em elaborar uma “obra de arte” magistral, no que tange à estética e à técnica perfeita em detrimento de sua funcionalidade.

De fato, a preocupação foi com a coerência substancial, entretantes se mantiveram incólumes todos os preceitos normativos da Constituição Federal da República.

Afinal, segundo a topografia constitucional quanto à hierarquia das leis estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro, é na lei ordinária e em outras normas de *status* inferior que se justificaria a predileção de realização e concretização dos valores encampados pelos princípios constitucionais. O novel Código de Processo Civil, à luz da sua principiologia constitucional-garantista, tem o potencial de usinar um processo de forma mais dinâmica, célere e mais justa(Dinamarco, 2009),⁶⁶ porque mais rente às necessidades sociais⁶⁷ e muito menos complexo.⁶⁸

Vê-se do exposto que a celeridade não é um valor a ser obedecido a qualquer custo. A celeridade processual constitui o valor por excelência, e nesse sentido os processualistas avançam sempre nesse sentido, haja vista a morosidade processual ser maléfica a qualquer jurisdicionado, em princípio. Isso, *prima facie*, não significa dizer que uma justiça rápida é necessariamente boa, pois não há uma métrica única para todos os processos, porque a razoável duração do processo depende da complexidade de cada processo.

José Barbosa Moreira (2001,p.232) aduz que o que todos almejam é uma prestação jurisdicional melhor e mais dinâmica, entretantes não a qualquer preço. Aduz o mesmo autor que

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Esses

⁶⁶ Atentando para a advertência, acertada, de que não o processo, além de produzir um resultado justo, precisa ser justo em si mesmo, e portanto, na sua realização, devem ser observados aqueles standards previstos na Constituição Federal, que constituem desdobramento da garantia do *due process of law* (DINAMARCO, Cândido. Instituições de direito processual civil, v. 1. 6.a ed. São Paulo: Malheiros, 2009).

⁶⁷ Lembrando, com Barbosa Moreira, que “não se promove uma sociedade mais justa, ao menos primariamente, por obra do aparelho judicial. É todo o edifício, desde as fundações, que para tanto precisa ser revisto e reformado. Pelo prisma jurídico, a tarefa básica inscreve-se no plano do direito material” (Por um processo socialmente efetivo, p. 181).

⁶⁸ Trata-se, portanto, de mais um passo decisivo para afastar os obstáculos para o acesso à Justiça, a que comumente se alude, isto é, a duração do processo, seu alto custo e a excessiva formalidade.

dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. (Moreira, 2001, p. 232).

José Joaquim Gomes Canotilho (2000,p.256) entende que a segurança jurídica tem conexão com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, “segurança de orientação e realização do Direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos atos”.

3.4.2 O novo CPC brasileiro e o seu núcleo principiológico favorável a um processo justo

Após ampla discussão e aprovado de maneira democrática e após razoável tempo de debate dentro do Congresso Nacional, principalmente na Câmara Federal, o Código Processual Civil entrou em vigor em 2015 e possui afeto ao ambiente cultural e que reflete de maneira mais fidedigna as relações do processo com o direito material e com o direito constitucional, daí porque o atual novel Código de Ritos tem base principiológica e estrutura, consoante preceitua a Lei Maior, o qual tem “respeito ao princípio da não surpresa (com o contraditório prévio)e a legitimidade da decisão final de mérito(com a fundamentação completa das decisões, em especial da sentença)”.(Marcato, 2011) ⁶⁹

Os avanços do novel diploma infraconstitucional apontam para um processo civil que vem ao encontro de uma verdadeira sintonia com CF/88, uma vez que as condições para que o juiz possa proceder a decisões à luz da realidade da causa; as exigências procedimentais foram simplificadas com a preocupação central em resolver a lide;(menos relevância à formalidade) imprimiu, com certeza, maior grau de organicidade ao sistema (“coesão”); “deu o rendimento possível a cada processo

⁶⁹ Usar-se-á como referência geral uma das obras mais balizadas e completas obras a respeito do tema: RUBIN, Fernando. O Novo Código de Processo Civil – Da construção de um novo modelo processual às principais linhas estruturantes da Lei n. 13.105, de 2015. Atualizado de acordo com as alterações da Lei nº 13.256, de 2016. São Paulo: LTr, 2ª edição, 2017.

(“máximo aproveitamento”), inclusive autorizando a autocomposição envolvendo partes e matérias fora da causa de pedir e do pedido.⁷⁰

O precitado CPC aponta para ampla resolução dos conflitos, sendo objetivo do Código de Ritos acentuada relação do Direito adjetivo com o Direito material e notadamente com os valores e com as normas fundamentais estatuídas na Constituição da República.

Vê-se que o artigo 1º do referido *códex*, com os próximos onze dispositivos subsequentes formam a Parte Geral do Código de Processo Civil, sendo responsáveis por estabelecerem uma macro-orientação a respeito dos principais-eixos do código, que guardam pertinência temática diretamente com a CF/88⁷¹ e auxilia na hermenêutica e na exegese dos demais preceptivos legais insertos no referido *codex* (interpretação sistemática e estruturante) (Schimitz, 2016, p. 107/138).

O CPC tem predileção primordial com o julgamento do mérito da contenda (NUNES, 2016, p.139-178), seja pela decisão com exame do contencioso pelo juiz (heterocomposição), seja pela via do acordo, ou seja, autocomposição (Rubim, 2022). Em ambas as hipóteses a decisão é fundamentada e coberta pelo manto da coisa julgada material (sentenças definitivas), de forma diversa das hipóteses de extinção sem julgamento de mérito (sentenças terminativas), “cuja importância para o sistema processual passa a ser agora significativamente reduzida, a ponto de não ser repetida pelo *codex* a consagrada expressão de Liebman a respeito das “condições da ação”. (Liebman, 2000, p. 81.)

Em essência, o aludido código ultrapassou a fase científica do processualismo, e o ambiente cultural contemporâneo e encaminha para o *status* de “ processo sob um ângulo externo, privilegia a preocupação com a tutela constitucional de Direitos’. (Oliveira, 2006, p.7/31), e os apegos demasiados à forma, ou seja, os formalismos perniciosos sejam colocados em segundo plano, em favorecimento da matéria e do pronunciamento de mérito. (Marinoni, 2006, p.7-31)

Na profusão de vários conceitos, o referido CPC tem a teleologia idealizada na busca por um processo civil de resultados, econômico, qualificado e efetivo; com

⁷⁰ De acordo, inclusive, com informações contidas na Exposição de Motivos do Projeto do Novo CPC: Exposição dos motivos do anteprojeto do Novo CPC. Disponível em www.senado.gov.br, acesso em: 30,abr,2022.

⁷¹A respeito desse momento cultural de estudo do processo com base no âmbito constitucional, pesquisar: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo*. São Paulo: Atlas, 2014, 2. ed.; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2013.

vocação dialética da flexibilidade e do dinamismo procedimental; com cosmovisão participativa e colaborativa do processo, com “vocação na boa-fé objetiva; simplificação do sistema recursal e prestígio aos precedentes aumento do risco da sucumbência; e amplo espírito de conciliação”. (Marinoni, 2006)

No que alude aos triviais procedimentos enfatizados por Buzaid (cognição, execução e cautelar), foram proferidas modificações pontuais na execução e diminuição do tamanho das cautelares, sendo oferecidas de forma efetiva mudanças centrais no procedimento de conhecimento (o rito comum ordinário de Buzaid ⁷², que passa a ser denominado doravante de “procedimento comum”).

Defende Michele Taruffo (2012, pp.108/127) que as novidades podem, em sentido *lato*, ser catalogadas em duas amplas ordens: as relativas a consolidações de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais pátrios; e as relativas a construções adjetivas relacionadas a exemplos vindos de legislações estrangeiras, inclusive do *common law*.

Como reforço remissivo, por ser de relevo, os centrais pontos que merecem destaque, os quais têm vínculos e pertinência temática com aparte principiológica do *codex*, repita-se, a saber, dispositivos já mencionados, estatuídos nos arts. 1º ao 11 da Lei n. 13.105, de 2015, leia-se Código de Processo Civil, os quais não devem ser vistos como meras “garantias”, mas sim como Direitos Fundamentais Processuais de todos os cidadãos, partes no processo, porque a constitucionalização do processo passou a exigir um novo olhar hermenêutico e holístico das garantias (meios de defesa contra o Estado), notadamente “os Direitos ativos de construção e poder de interferência tempestiva das partes ao longo de todo o desenvolvimento do processo”. (Oliveira, 2002, p. 31-42.)

3.4.3 Do contraditório prévio e do dever de fundamentação como eixo central da base principiológica do novel CPC, cuja teleologia é um processo justo

Embora se tenha outros eixos da base principiológica do aludido CPC de relevância, tais como a razoável duração do processo (art. 4º), a boa-fé objetiva (art. 5º) e a lógica da colaboração (arts. 6º e 7º), compreendem-se que são dois os principais

⁷² O rito comum sumário (arts. 275/281) foi, de fato, suprimido do Novo CPC, restando, pois, tão somente o procedimento comum. Já a respeito do outro grande rito preservado no Brasil, para causas de menor potencial econômico, consultar: RUBIN, Fernando. Os ritos processuais sumaríssimos no Brasil. *Unisul de Fato e de Direito*, v. 10, p. 257-267, 2015.

dispositivos insertos no CPC, que configuram o eixo central da base principiológica estão artigos 10 e 11, os quais dispõem, respectivamente, acerca da obrigatoriedade do contraditório prévio e do dever de fundamentação completa das decisões – tendo em vista existir grande espaço em que almejava há muito a infraconstitucionalização no que alude ao conteúdo do *due process of law* pelo novo CPC. (Porto, 2006) ⁷³

Pelo o que se observa, trata-se, repita-se, do eixo principiológico central do mencionado código: o comando normativo do art. 10 exige o contraditório prévio para que se proceda ao exame de toda e qualquer questão, ao passo que por consequência lógico-jurídica. Nesse viés, a fundamentação por inteligência cognitiva é o exame dos argumentos apresentados, consoante está estatuído no comando legal do art. 489, § 1º, IV do CPC (Dellore, 2016, p. 564).

Ravi Peixoto e Lucas Buril Macedo corroboram o mesmo entendimento de forma bem aclarada, *in verbis*:

Há, de fato, relação direta e fundamental que se deve fazer entre o direito ao contraditório prévio e o direito à completa fundamentação, ao passo que na decisão judicial é que se deve demonstrar que toda a atuação dialógica anterior foi muito além do “cumprimento de etapas[...]”. (Peixoto; Macedo, 2016, p. 35)

Antônio Pereira Gaio JR.; Cleyson de Moraes Mello têm a seguinte compreensão:

[...] o magistrado além de a) necessariamente ouvir as partes, mesmo em matérias que poderia se pronunciar de ofício, ao tempo de julgar deve também b) necessariamente se manifestar sobre os principais argumentos trazidos tempestivamente pelas partes, devolvendo aos jurisdicionados a legitimidade que se espera do agente político investido no Estado Democrático de Direito. (Gaio JR, Mello, 2016, p. 365)

O descumprimento do contraditório prévio entre as partes litigantes (primeira etapa), assim como da fundamentação completa de decisão judicial (segunda etapa), por consequência, geram a nulidade da medida tomada pelo Estado-juiz, interlocutória ou final (Reichelt, 2014, pp. 77/97) ⁷⁴

⁷³ “O conteúdo desse novo processo civil, em expressa sintonia com os propósitos constitucionais, é representado pela ratificação de um conjunto de direitos aptos a permitir o exercício da Cidadania por meio de direitos constitucionais endoprocessuais” (PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual – processo constitucional e o novo processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 45 e ss.).

⁷⁴ A respeito desses cenários, que contam com uma decisão tomada pelo julgador com prejuízo a uma das partes litigantes, consultar: REICHELTL, Luís Alberto. A exigência de publicidade dos atos processuais na perspectiva do direito ao processo justo in Revista de Processo n. 234 (2014), p. 77/97; O direito fundamental das partes à imparcialidade do juiz no direito processual civil in Revista de Processo nº 227 (2014), p. 105/122.

Diante das premissas jurídicas postas em linhas pretéritas, abre-se um parêntese para se estabelecer a diferença entre procedimento justo e processo justo, com a predileção de justificar a opção pelo último, embora se saiba que no universo jurídico que não se confundem os termos procedimento e processo. (Schima, 1986) ⁷⁵

Quando se traz à colação procedimento justo, ou legitimidade do procedimento⁷⁶, é mister pôr em evidência o cumprimento das regras jurídicas que dizem respeito aos aspectos procedimentais, os quais estão atrelados à efetividade (razoável duração do processo) e a segurança jurídica (devido processo legal) ao longo do processo de cognição (postulatória, saneadora e instrutória), independentemente do resultado final do processo.

Em não havendo obediência do Estado-Juiz ao processo e procedimento justos, o magistrado será responsabilizado pelos danos causados. Nesse entendimento cognitivo, a responsabilidade civil do Estado representa uma conquista do Estado Democrático de Direito, consectário de um processo evolutivo inserido no ordenamento jurídico em nível constitucional e legal.

Ademais, frise-se, que a Constituição da República consagrou a responsabilidade objetiva do Estado em face de danos decorrentes do exercício da atuação dos seus agentes públicos e políticos, ressaltou a possibilidade de que estes respondam pelos prejuízos causados, em caso de dolo ou culpa (responsabilidade subjetiva), inclusive pela via do Direito de Regresso. (Pontes, 2022)

Preleciona Marco Félix Jobim (2012) [...] que o dever de indenizar em apreço está sedimentado no §6º do artigo 37 da Constituição da República⁷⁷, e não do artigo 5º, inciso

⁷⁵ A respeito de um conceito esplêndido de formação de uma específica “teoria geral de procedimentos”, consultar: SCHIMA, Hans. *Compiti e limitidi una teoria generale dei procedimenti*. Trad. de Tito Carnacini in *Rivista trimestrale di diritto e proceduracivile*, n. 7 (1953): 757/772. Também outro enorme nome alienígena, a respeito do tema: FAZZALARI, Elio. *Procedimento e processo (teoria generale)* in *Enciclopedia del diritto*, n. 35 (1986): 819/835

⁷⁶ A maior referência na pesquisa da função legitimadora do rito procedimental é o sociólogo: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Corte Real. Editora Universidade de Brasília, 1980. Ver inclusive prefácio Tércio Sampaio Ferraz Jr., p. 04. Ressalta Luhmann que se deve distinguir claramente a “aceitação das premissas de decisão” da “aceitação da própria decisão”, o que justificaria o exame apartado das premissas. No entanto, e mais de acordo com a nossa visão crítica de procedimento justo, admite também o sociólogo que a legitimidade do procedimento envolve “o reconhecimento das premissas de decisão, contanto que se decida sobre elas” (p. 32).

⁷⁷ CF, art. 37, § 6º “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

LXXV,⁷⁸o qual estatui “o Estado indenizará o condenado por erro do Poder Judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Insta salientar, em densificação jurídica aos cânones constitucionais, proclamados no artigo 5º, incisos LIV e LV da Lei Fundamental, dada a sua força motriz e sua consagração em cláusula pétrea, caracterizada como norma superior de eficácia imediata⁷⁹. Em obediência às normatividades do devido processo legal insculpidos na Constituição da República, o CPC vigente traz a lume nos seus 11 primeiros artigos essa determinação de cunho constitucional.

“É que o justo seria já resultado de um procedimento adequado”.⁸⁰(Rawls, 2002) Inclui-se a perspectiva dos objetivos adequados do processo, em que se busca o resultado justo do procedimento, tendo-se como consequência o resultado congruente da decisão final, com os critérios viáveis para o seu controle – entenda-se “a relação íntima da fundamentação sentencial com o contraditório prévio travado entre as partes litigantes ao longo de toda fase do processo de cognição, sendo passível essa decisão final a revisões dos tribunais superiores, “ao menos amplamente nas instâncias ordinárias”(Torino,1998,pp. 968-995).

Em busca de um processo justo, consoante as balizas fulcrais estabelecidas pela parte principiológica do citado Código de Processo Civil (Cappelletti; Garth,1988,p.163/164).⁸¹Estatui o art. 10 do aludido código que “em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício”.⁸²

⁷⁸ CF, art. 5º, LXXV – “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

⁷⁹ CF, art. 5º.” § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

⁸⁰Estudos na filosofia do direito chegaram a abordar a concepção de uma teoria de justiça procedimental pura, com base em: RALWS, John. Uma teoria da justiça. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Especialmente p. 89 e segs. No entanto, e mais de acordo com a nossa visão crítica de procedimento justo, mesmo Rawls deixa claro que no âmbito do processo devemos reconhecer a presença da justiça procedimental imperfeita, já que “mesmo que a lei seja cuidadosamente obedecida, e os processos conduzidos de forma justa e adequada, pode-se chegar ao resultado errado” (p. 92).

⁸¹ Lembrando as preocupações de Cappelletti e Garth em obra clássica sobre o acesso (efetivo) à justiça quanto aos riscos de procedimentos modernos e eficientes abandonarem as garantias fundamentais do processo – essencialmente as de *um julgador imparcial e a do amplo e tempestivo contraditório* (CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. Tradução Ellen Gracie. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 163/164).

⁸² CPC, art. 10. “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

A teleologia desse comando legal do precitado artigo 10 é a lógica da não surpresa de forma mais aperfeiçoada nesse novo dispositivo, o qual disciplina a paridade entre os atores processuais que até o advento do atual CPC ainda não havia de forma efetiva. “Pelo novel caderno de ritos, o Estado-juiz não está mais em posição acima das partes para estabelecer comandos abruptos e decisivos para processar as decisões lotéricas” sem que os litigantes tenham prévia ciência dessa possibilidade, a ponto de poderem se manifestar de maneira ampla, com condições de interferirem na ulterior tomada de posição pelo diretor do processo”(Cappelletti; Garth,1988, pp.163/164).⁸³

Numa análise perfunctória, o dispositivo poderá limitar a atuação do magistrado, impedindo-o de deliberar acerca de questões que seriam, sob sua visão unilateral, de evidente resolução. A reflexão, contudo, deve ser mais profunda. Assinala Donizetti que os pensadores do Direito, no Brasil, devem observar que, na moldura do processo, é mais eficaz e salutar uma questão jurídica bem discutida uma só vez do que diversas mal elaboradas e mal resolvidas (Donizetti, 2012, p.38/40, p. 57).

Não há dúvida de que a redação proposta pelo Novo CPC representa um substancial avanço, notadamente quanto à prática de decisões. Confirmam Bento Herculano e Zulmar Duarte(2012,p.38/40,p.57) que se busca evitar o que se denominou “decisão-surpresa”, no que “sobressaltava às partes por motivação até então não cogitada, em verdadeira inovação processual, sendo esse um reflexo do processo cooperativo ou colaborativo”. (Oliveira, Duarte, 2012, p. 38-40, 57)

O princípio-norma do contraditório, epigrafiado na Constituição da República e no CPC, notadamente este, em uma moderna análise ao ser conferido ao processo, não se configura tão só como uma garantia processual para as partes.

Nessa perspectiva, Fernando Rubim pontua que

É um instituto vital de auxílio na aproximação do processo com a verdade material e conseqüentemente com o decidir justo no caso concreto, assumindo assim uma posição de importância suprapartes mais bem definida a exigir um constante e honesto diálogo entre as partes, bem como entre estas e o julgador, os quais necessitariam estar em posição hierárquica similar.(Sic) (Rubin, 2011, pp. 28/44)

⁸³“Se há matéria que as partes não se manifestaram, não falaram no processo, qual o motivo de realizar-se a decisão desde logo? Oportunizar as partes de versarem sobre a matéria, com argumentos diversos, demonstrando fundamentos diferentes, comparações com a matéria de direito e os fatos em questão é, no mínimo, salutar. São diversas as formas de contribuição material e processual que ambas as partes podem trazer ao processo; não há motivos para dispensar as partes de manifestarem-se e, simplesmente, decidir sem a devida oportunidade processual para tanto” (LEMOS, Vinícius Silva. Recursos e processos nos tribunais no Novo CPC. São Paulo: Lexia, 2015, p. 70/71).

Essa ótica de natureza também publicista do contraditório não se enquadra nos moldes do Código de Processo Civil anterior, uma vez que se acreditava que as partes tinham plenas condições de provar a existência do direito que alegavam possuir, o que levaria o magistrado se manter “acima e distante (em posição passiva), preocupando-se unicamente com o andamento regular do procedimento (lógica burocrática), que, naturalmente, deveria se encaminhar para a prolação de decisão coerente a transitar em julgado”(Grinover, 2007)

Durante a vigência do Código de Processo Civil pretérito (de 1973), o contraditório por muito tempo foi aplicado numa visão de princípio lógico-formal (Oliveira,1999. p.132-150), o que levou muitos processos não obter resultados, em princípio, frutíferos, por consequência não legitimando, na sua essência, o Poder Judiciário como meio efetivo de estabelecer a paz social fazendo justiça à luz da primazia da realidade.

Levando-se em consideração o exposto nas perspectivas silogístico-jurídicas, há a necessidade de maior “ativismo”⁸⁴ do Estado-Juiz, o qual deve presidir o processo, com a intelecção de promover a efetividade do contraditório, com o fito de incentivar o diálogo entre as partes, em todas as fases do processo em relação às matérias oficiosas. (Oliveira, 1999)

Em fase recursal, inclusive, prima-se pela aplicação do princípio do contraditório, tendo em vista a previsão e o oferecimento de vista à parte recorrida antes de se proceder a qualquer decisão que possa mitigar os seus interesses. O art. 1.023, § 2º, do CPC assim dispõe: “o juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de cinco dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada”.

Vale lembrar, por ser de relevo, que a jurisprudência pátria antes mesmo da aprovação do Código de Processo Civil vigente, “ há muito já vinha reconhecendo o

⁸⁴ Fala-se muito em ativismo judicial, porém de forma genérica e abstrata o que leva a uma profusão de dúvidas, uma vez que muitos autores não explicam suas premissas palpáveis confundem a função do legislador positivo e negatício (juiz). Para muitos, contudo, ativismo seria algo ligado ao juiz se tornar mais atuante, protagonista, alguém que toma iniciativas e não se contenta em ser mero expectador das provas do processo. O ativismo judicial tem a sua origem após a Segunda Grande Guerra Mundial, com o alargamento das declarações de direitos na Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU (1948) e nas novas Constituições dos países democráticos. O ativismo judicial pode e deve ser praticado. Porém, com maturidade, comedimento, em decisão bem refletida, fundamentada e que possa ser executada, pois nada desmoraliza mais o Judiciário do que o descumprimento de ordem judicial.(FREITAS, 2022)

direito do jurisdicionado de prévia vista ao embargado, desde que ao recurso pudesse ser dado efeito infringente.⁸⁵

Em busca por justiça e paz social, em tempo breve e observada a segurança jurídica, com a participação efetiva do magistrado com o empenho colaborativo das partes, aguçá notável relevo prospectivo do processo contemporâneo. (Knijnik, 2005. pp. 63/70)

Dentro dessa "nova" análise hermenêutica do aludido princípio do contraditório, como garantia de jurisdição, há uma extensão quanto à sua serventia processual de tal sorte que deve ele estar presente (deve ele ser lembrado) durante todo tempo, uma vez que esse instituto estabelece uma relação menos abstrata entre os atores do processo, que inclui o magistrado como presidente (sem hierarquia e sem subordinação entre advogado juiz e promotor de justiça) do processo e todas as suas fases.

Por sua vez, o art.11, *caput*, do referido Caderno de Ritos disciplina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões sob pena de nulidade”. Preceito esse que tem origem no art. 93, inciso IX da Constituição da República, consoante já citado alhures.

A fundamentação das decisões judiciais é pressuposto para o devido processo legal, porque o magistrado ao fundamentar suas razões de Direito, com base nos fatos arrolados no processo, possibilita as partes a exercer o contraditório e a ampla defesa.

3.4.4 Obrigação da fundamentação das decisões judiciais e sua essencialidade jurídico-constitucional

É condição necessária que as decisões dos magistrados sejam fundamentadas, porque essas farão lei entre as partes processuais, serão consideradas a “verdade” para cada caso específico e por isso os magistrados não podem se abster de informações e justificativas, que posteriormente criarão o precedente judicial.

Nessa compreensão intelectual, Didier Junior (2016, p.322) defende que:

A garantia da motivação das decisões judiciais possui natureza de direito fundamental do jurisdicionado. A própria Constituição Federal, em seu art. 93, IX, estabelece que toda a decisão judicial deve

⁸⁵ "A atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração supõe a prévia intimação da contraparte; sem o contraditório, o respectivo julgamento é nulo" (STJ, EAg 778.452/SC, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, DJe de 23/08/2010).

ser motivada e, fugindo um pouco à sua linha, prescreve norma sancionadora, cominando pena de nulidade para as decisões judiciais desmotivadas. Ainda, porém, que não houvesse disposição constitucional expressa nesse sentido, o dever de motivar não deixaria de corresponder a um direito fundamental do jurisdicionado, eis que é consectário da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito. A regra da motivação compõe conteúdo mínimo do processo legal.

O dever de fundamentação do magistrado é de suma relevância porque possui *status* de direito processual fundamental (cláusula pétrea), para que assim, o jurisdicionado saiba quais foram os objetos constitutivos de mérito da *ratio decidendi* e, uma vez insatisfeito, possa interpor o devido recurso, tempestivamente, com as devidas fundamentações de estilo.

O art. 489, § 1º do Código de Processo Civil, por sua vez, está em harmonia com o precitado dispositivo constitucional inserto no art. 93, inciso IX – essa base legal do aludido CPC é um dos preceitos civilizatórios mais importantes de um Estado Democrático de Direito.

Defendem Marinoni, Arenhart e Mitidieri (2015.V2. P.444-455) que são inadmissíveis decisões judiciais não fundamentadas porque ferem o Direito Constitucional do jurisdicionado de ter suas demandas julgadas de forma fundamentada, *in verbis*:

Se determinada decisão apresenta fundamentação que serve para justificar qualquer decisão, é porque essa decisão não particulariza o caso concreto. A existência de respostas padronizadas que servem indistintamente para qualquer caso justamente pela ausência de referências às particularidades do caso demonstra a inexistência de consideração judicial pela demanda proposta pela parte. Com fundamentação padrão, desligada de qualquer aspecto da causa, a parte não é ouvida, porque o seu caso não é considerado (Marinoni, 2015. V2. P. 444-455)

Disciplinam os comandos legais do citado artigo do mencionado *codex* que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III- invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem

identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (Rubim, 2014)

Sabe-se que a fundamentação é primordial e *conditio sine qua non* para que se tenha legitimidade de qualquer decisão proferida por magistrado, seja ela decisão interlocutória ou final (sentença ou acórdão), razão pela qual a matéria pode ser objeto de discussão até nas instâncias extraordinárias, haja vista provável violação dos preceptivos legais e constitucionais citados em linhas volvidas.

A controvérsia firmada quanto à fundamentação completa *versus* fundamentação suficiente é bem conhecida há décadas no universo forense, inclusive a jurisprudência pátria, na vigência do Código de Processo Civil anterior, consolidou entendimento, o qual o autor desta pesquisa nunca aceitou e muitos outros pensadores do Direito tampouco, no sentido de que o magistrado não está vinculado a desenvolver fundamentação plena, entretantes só é necessário para se posicionar a favor dos interesses de uma das partes que está em litígio.⁸⁶

Alega Egas Moniz de Aragão (2005, p.248) de forma crítica, que é trivial se falar que na fundamentação da sentença ou acórdão, não é necessário o magistrado proceder à análise de todas as questões do processo: sem dúvida agir dessa forma é miliar em equívoco; é inadmissível pensar que o magistrado possa escolher, para julgar apenas questões que as partes lhe submeterem. “Sejam preliminares, prejudiciais, processuais ou de mérito, o juiz tem de examinar todas. Se não o fizer a sentença estará incompleta”.

Nessa mesma compreensão, aduz Teresa Arruda Alvim Wambier (2005,p.248) que, à da realidade da dificuldade do acesso às superiores instâncias, que há necessidade de uma motivação mais acurada e análise jurídico-sociológica de todos os elementos fáticos apresentados nos autos do processo, para que a motivação seja mais completa, e

⁸⁶ Nesse sentido, dentre outros arestos, seguem-se dois: “O provimento dos embargos de declaração prequestionadores só poderão ser providos no caso de haver omissão, contradição ou obscuridade na decisão recorrida, o que não foi demonstrado do recurso proposto. Salienta-se que o magistrado tem o dever de fundamentar devidamente sua decisão, mas não tem a obrigação de analisar todos os argumentos apresentados pelas partes” (Embargos de Declaração nº 70016937179, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 19/10/2006); “Inexiste obrigação do julgador em pronunciar-se sobre cada alegação trazida pelas partes, de forma pontual, bastando que apresente argumentos suficientes às razões de seu convencimento, pretensão de rediscussão da matéria, o que se mostra inviável pela via eleita, já que o recurso ora manejado, originariamente, possui natureza integrativa. Inteligência do art. 535 do CPC” (Embargos de Declaração nº 70022860035, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 28/02/2008).

o juiz cumpra o seu mister jurisdicional de motivar suas decisões, principalmente em se tratando das instâncias ordinárias.(Rubin, 2014,p.36-41)

Como ficou evidenciado em linhas volvidas, vê-se que as balizas jurídicas garantem, repita-se, a plenitude do disposto no art. 93, inciso IX,CF/88 c/c art. 489, § 1º do CPC, principalmente os contidos nos incisos III e IV, tendo em vista ser inadmissível que o Estado-Juiz ao proceder a uma decisão no processo não analise todos os argumentos trazidos pelas partes, capazes de desarticular a conclusão adotada pelo julgador. Em suma, as partes devem influenciar na decisão do magistrado, ao contrário não há processo, no sentido próprio do termo.

Como bem delineado em linhas precedentes, dada a relevância e a profundidade dos dispositivos em comento da CF/88 e do CPC, não há dúvida de que eles devem ser aplicados a todos os procedimentos, inclusive nos ritos sumariíssimos dos Juizados Especiais, nas demandas cíveis coletivas e mesmo nos procedimentos trabalhistas. Não se ignora que essas áreas específicas possuem suas regulamentações adjetivas próprias, entretantes o novel CPC deve ser aplicado supletivamente a todos, sempre que o texto do citado CPC não apresente colidência com as disposições especiais.

Em oposição a essas premissas jurídicas inseridas no art. 489 do CPC, de 2015, o Enunciado n. 47 da ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) dispõe que não se aplica ao sistema de juizados especiais.

No mínimo causa espanto tal posicionamento, ora, com tantos aspectos processuais que podem ser ajustados diante da redação do novel diploma processual, realmente não se sabe a teleologia da ENFAM em relativizar a menor a dimensão de um dos mais importantes artigos do aludido *codex*, justamente área que adota o rito sumariíssimo em que diuturnamente muitos pensadores do Direito vêm denunciando a baixa qualidade da fundamentação das decisões e, por consectário, a baixa qualidade e demora da prestação jurisdicional.

É direito de todo jurisdicionado, num Estado de Direito, exigir do Estado-juiz decisões robustas e completas, que devolvam legitimidade ao cidadão que clama por prestação jurisdicional que obedeça de forma substancialmente ao devido processo legal em todos os graus de jurisdição, em matéria de fato, mas também em matéria de direito.

Como visto, há expressa previsão de que os centrais argumentos das partes devem ser enfrentados pelo julgador – capazes de influenciar a conclusão proferida pelo juiz, como também que a observação dos precedentes deve ser feita de forma adequada

– identificando-se os fundamentos determinantes que unem o paradigma e o caso específico.(Rubin, 2014)

Ademais, nos termos dos arts. 926 e 927 do CPC, as decisões a serem proferidas devem guardar coerência e integridade com o sistema de precedentes, isto é, não devem destoar de outras decisões já prolatadas sobre o mesmo tema(objeto) e envolvendo as mesmas circunstâncias, isso com vistas a conferir maior segurança jurídica e estabilidade à sociedade, excepcionalizando-se, contudo, a hipótese em que a análise de caso concreto e o precedente aventado seja distinto (*distinguishing*), ou quando o próprio entendimento do precedente tiver sido superado pelas peculiaridades do contexto histórico e jurídico daquele momento (*overruling*).

Trata-se de caso distinto (*distinguishing*), ou superação (*overruling*), cabendo ao magistrado quando do enfrentamento do caso posto em apreço proceder à decisão, afastando-se o precedente ou a súmula vinculante, de forma fundamentada.

Nesse mesmo sentido, Marcos Jobim esclarece que

A técnica da *distinguish* é uma forma de diferenciação de aplicação de precedentes e não de superação, a qual é feita por meio do *overruling*. Ambas não podem ser estudadas conjuntamente, tendo em vista que partem de diferentes premissas para que sejam aplicadas de formas diferentes uma da outra. (Jobim,2022)

A doutrina brasileira tem focado dois pontos no que alude aos precedentes, que seria a sua formação e o modo como é aplicado, ou seja, as técnicas de distinção entre o precedente e o novel caso *sub judice*, conhecida como *distinguishing*, assim como as técnicas de superação, denominada de *overruling*. (Câmara, 2018).

3.4.5 Na teoria da decisão no sistema *civil law*, o juiz pode ignorar a lei?

Certamente, uma das contribuições da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) é a defesa da autonomia do Direito, o que por consequência lógica e metodológica depende de uma postura conservadora no sentido de não se admitir, salvo em situações muito específicas, o afastamento da lei, a qual é a principal fonte primária do sistema *civil law*. (Raatz, 2022.)

Trata-se, pois, de questão fulcral para uma democracia atuante e desenvolvida, na medida em que a obediência à legislação, fruto e função típica do Poder Legislativo e

não ao Poder Judiciário(Costa,2018),⁸⁷não deixa de ser uma defesa da Constituição da República. Proferida em palavras mais amenas, a defesa da autonomia do Direito é também defesa da garantia fundamental da legalidade.

Na mesma perspectiva e sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito, é factível a possibilidade de encontrar critérios, meios e técnicas para que o magistrado venha, excepcionalmente, deixar de aplicar a lei.

No ordenamento jurídico brasileiro, como dito, há uma teoria prescritiva acerca do excepcional, ou seja: afastamento da lei, que, entretantes, tornou-se praxe no Direito brasileiro. “Na verdade, a confusão entre o espaço jurisdicional e legislativo vem permitindo que o primeiro absorva o segundo”. (Marcato, 2011)

No mesmo rumo, há confusão conceitual entre a jurisdição e o processo, que culminou, para “boa parte dos setores doutrinários brasileiros, em fenômeno semelhante: nada escapa ao poder jurisdicional, que, nesse caminho, vai suplantando a legalidade e o processo, os quais, longe de serem concebidos como garantias, passam a ser encarados como instrumentos a serviço da jurisdição”. (Marcato, 2011)

Vale aduzir, por ser de relevo, que a teoria da decisão proposta pela Crítica Hermenêutica do Direito considera um rol de critérios e indagações, os quais devem ser feitos antes de proceder a uma decisão judicial. Todas essas premissas e critérios são explicitados nas diversas obras de Lenio Streck (2017, pp.258-259), entre as quais, cita-se o texto denominado de “resposta adequada à Constituição” do Dicionário de Hermenêutica que traz vários preceitos e premissas silogísticas atinentes a critérios de forma bem sistematizada. Veja-se:

Assim, um juiz somente pode deixar de aplicar uma lei em seis hipóteses: (i) quando a lei for inconstitucional, ocasião em que deve ser aplicada a jurisdição constitucional difusa ou concentrada; (ii) quando estiver em face do critérios de antinomias; (iii) quando estiver em face de uma interpretação conforme a Constituição; (iv) quando estiver em face de uma nulidade parcial com redução de texto; (v) quando estiver em face da inconstitucionalidade com redução de texto; (vi) quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio, ocasião em que a regra perde sua normatividade em face de um princípio constitucional, entendido este como um padrão, do modo

⁸⁷ Como bem observou Eduardo José da Fonseca Costa, “no plano pré-constitucional da racionalidade jurídica, pode-se conceituar as três funções primordiais do Estado, em linhas gerais, do seguinte modo: a) legislação é a criação do direito; b) jurisdição é a aplicação imparcial do direito; c) administração é a aplicação parcial do direito. Trata-se de três conceitos complementares, sem superposição, que, soldados, varrem o horizonte da atividade jurídica do Estado. Daí o deslize metodológico de vários processualistas, cujas definições isoladas de jurisdição se fazem arbitrariamente, sem cotejo lógico com as definições de legislação e administração”. Disponível em <<http://emporiodireito.com.br/leitura/as-garantias-arquifundamentais-contrajurisdicionais-nao-criatividade-e-imparcialidade>>. Acesso em: 20, mar.2018.

como explicitado *em* Verdade e Consenso. Fora dessas hipóteses, o juiz tem a obrigação de aplicar, passando a ser um dever fundamental. (Sic)

À luz dos preceptivos normativos fundamentais, insertos na Constituição da República, vários são os que apenas reproduzem princípios e valores jusnormativos, como por exemplo, os que aguçam a ideária arquitetura constitucional de processo (art. 1º); o princípio da inércia processual (art. 2º, CPC); da inafastabilidade jurisdicional (art. 3º, CPC); da ampla defesa e do efetivo contraditório (art.9º, CPC); e, ainda, do dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 11º, CPC), todos já citados em linhas pretéritas e se traz novamente a lume como reforço remissivo.(Lima, 2022)

O artigo 8º, do CPC, em sua literalidade, traz os seguintes deveres do magistrado ao proceder à subsunção: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Percebe-se que os vários parâmetros estatuídos no CPC e na CF/88, os quais o julgador não pode ignorar quando da razão de decidir e durante todos os atos do processo, são eles: a atenção aos fins sociais; à exigência do bem comum, à promoção da dignidade da pessoa humana, além da observação à proporcionalidade, à razoabilidade, à legalidade, à publicidade e à eficiência, entre outros.

Nessa mesma linha silogístico-intelectiva, Schmitz , de forma didática, assevera que, *in verbis* :

[...] alerta que, em que pese esse dispositivo não guardar paralelo com o código passado, trata-se, na verdade de uma mixagem teórica de diversos conceitos já espalhados no ordenamento jurídico em variados momentos históricos, desde conceitos típicos da Alemanha do final do século XIX, passando pela concepção de dignidade da pessoa humana desenvolvida no pós 2ª guerra mundial, até conceitos desenvolvidos pelos argumentativistas ao longo do século XX, como é o caso da proporcionalidade e a razoabilidade(Schmitz, 2016, p. 130) .

Nessa perspectiva, vê-se que muitos desses preceitos normativos são cópias quase literais da Lei de Introdução do Direito Brasileiro (LINDB) em seu artigo 5º, alterando-se apenas a palavra “lei”, por ordenamento jurídico, tendo em vista haver outras fontes do Direito, além da fonte legal, e impreterivelmente todas elas devem ser consideradas o momento de magistrado proceder à decisão no caso específico. “Observe-se: ”o art. 5º da LINDB dispõe que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se

dirige e às exigências do bem comum. ” Trata-se, pois, de preceito normativo muito vago e genérico sob a ótica de uma hermenêutica mais atualizada acurada.

Cabe ao magistrado proceder à análise das informações que são trazidas aos autos e ao final do processo prolatar a sentença, com o fito de resolução da contenda.

Vale aduzir que antigamente o magistrado prolatava a sentença com fundamento apenas nas alegações e provas produzidas pelas partes do processo, logo não tendo maior interação e interferência na produção dessas, dessa forma impossibilitava a sua busca pela verdade possível.

Atualmente, com o advento do novel CPC e a reformulação da LINDB, isso deu maior autonomia ao magistrado para solicitar a produção das provas (supletivas) em busca dessa verdade, dessa forma pautando sua decisão com mais clareza, segurança, integridade e garantindo um pronunciamento mais justo, coerente e factível.

Em essência, na defesa da completude sistêmica jurídica , pronuncia-se Norberto Bobbio que, *ipsis litteris* :

Por completude entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente “lacuna”, “completude” significa falta de lacuna. Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado por uma norma tirada do sistema (BOBBIO, 1997, p. 115) .

José de Albuquerque Rocha (2002, p. 49), por sua vez, ao tratar dos princípios constitucionais do processo, defende que há três funções básicas para os mesmos, são elas: função orientadora da interpretação, função fundamentadora e função de fonte subsidiária.

Quanto aos modos de integração da lei, a LINDB, em seus preceitos normativos, institui que “o magistrado pode recorrer à equidade, reconhecida como meio de adaptação da norma ao caso concreto, ou seja, capacidade que a norma tem de atenuar o seu rigor adaptando-se ao caso *sub judice*. ” (Diniz, 1997, pp. 134/135)

O aludido artigo 8º do CPC apenas sistematizou, organizou e repetiu conceitos indeterminados, lamentavelmente, já estavam contidos em outras leis e, notadamente na Constituição Federal. Quando a decisão não pode servir como artifício do magistrado a literalidade do texto legal de sentido vago e genérico para proceder a decisões fundamentadas meramente em suas próprias concepções pessoais, pois dessa forma a

permanência do Estado Democrático de Direito e do Estado de Direito não tiveram muito lucro social.

É mister pensar os limites da atuação do magistrado no momento em que este interpreta e aplica o Direito, à luz dessas concepções, deve-se pensar em construção criativa da jurisdição e os meios de exercê-la dentro de uma concepção democrática em uma sociedade plural e dinâmica.

3.4.6 A hermenêutica dos precedentes aplicada às decisões judiciais das cortes superiores

Hermes Jr. Zaneti (2014,p.39) obtempera que no Brasil se tem observado que a evolução processual brasileira evidencia uma convergência das jurisdições constitucional e infraconstitucional .

O Código de Processo Civil de 2015 é importante instrumento que busca alicerçar essa fusão, isso por meio do desenvolvimento da capacidade decisória dos tribunais de justiça , de mecanismos de uniformização das decisões, e principalmente, um modelo normativo de precedentes (vide arts. 10; 926, 927, 489 do CPC/2015. Tal modelo se apresenta compatível mesmo em países de matriz do *civil law*⁸⁸, como o Brasil (Marinoni, 2014, p. 101).

Entende-se por hermenêutica dos precedentes judiciais o modo pelo qual se interpreta com continuidade as decisões judiciais, levando em consideração a fundamentação específica e nuclear sobre a matéria, objeto da decisão, e nessa predileção, e é a partir dessa argumentação proferida nas decisões passadas para proferir decisões presentes que se enquadrem na mesma moldura categórica dos fatos, ou ainda, pautado nessa mesma argumentação, proceder à diferença ou revogar a aplicação/vinculação das decisões tomadas anteriormente, tendo por base, casos *sub judice*, desde que se justifique, juridicamente de forma robusta, a revogação/superação (*overrruling*⁸⁹) e a distinção (*distinguishing*⁹⁰).

⁸⁸ *Civil Law* ou sistema romano-germânico representa a família de direito em que as normas eram codificadas, e a interpretação era originalmente vedada, sendo apenas permitido a aplicação da lei pelos juízes. Em tal sistema iniciado após a revolução francesa, não havia a preocupação do juiz interpretar a lei, seu papel era apenas aplicador da lei. Esta tradição jurídica passou por mudanças ao longo da história e se adaptou à nova realidade do direito.

⁸⁹ *Overrruling* é a possibilidade de modificar a interpretação a partir de uma decisão judicial e com isso tornar obsoleto os precedentes sobre o tema, é uma mudança de entendimento que renova a interpretação e passa a valer para casos futuros sobre o mesmo tema.

⁹⁰ *Distinguishing* é a técnica dentro da hermenêutica dos precedentes aplicada para casos em que, diante do contexto fático é criado uma decisão paralela ao precedente antes consolidado, de modo que as duas

Seguindo esse cenário arquitetado sob o prisma dos mencionados institutos vinculantes, Luiz Guilherme Marinoni(2014) afirma que o modelo normativo dos precedentes judiciais estabelecidos pela EC n. 45, de 2004 e pelo CPC de 2015 pode definido como, o conjunto de técnicas próprias da teoria do direito, e não apenas de um sistema (tradição) específico(a) de direito, que tem por incumbência instituir formas de influenciar as decisões judiciais em tempo e modo, tendo por primazia garantir que o direito não se torne imutável, entretanto vise a conservar sua característica de exercer a jurisdição com igualdade, racionalidade e segurança.

Em outros termos, Hermes Jr. Zaneti (2015, p.102) preleciona que se trata de uma técnica que contribui para que as decisões formadas em casos concretos sirvam de complemento normativo para casos futuros, desde que mantenha pertinência fática entre os casos julgados e os casos futuros. Em resumo, “precedentes judiciais aplicados às decisões objetivam dar igualdade na aplicação do direito” .

A evolução dessa técnica caminhou para que os precedentes fossem empregados com valor vinculante, contudo, como forma de equilíbrio e higidez da vinculabilidade, foram estabelecidas” técnicas de superação e distinção dos precedentes para não petrificar a interpretação jurídica’. (Marinoni, 2014 p. 30).

Nessa intelecção, Lenio Streck preleciona que, *in verbis* :

Nesse sentido vale ressaltar (i) a mudança da lei é um fato que constitui um fator relevante para a mudança de um precedente, seja por revogação ou por distinção; (ii) no mesmo sentido, quando juiz está diante de um precedente inconstitucional,⁹¹ ele pode afastá-lo desde que fundamente exaustivamente sua decisão, pois, no Brasil o Judiciário tem a prerrogativa de afastar uma lei inconstitucional, e de forma análoga pode também afastar um precedente. Contudo, o que é totalmente vedado para a aplicação destas modalidades é a discricionariedade do interprete. (Streck, 2013)

interpretações se mantêm no sistema, porém, a decisão que diferencia o caso para não aplicar o precedente, pode, ou não, formar outro precedente, isso irá depender de casos futuros, pois, um precedente completa seu processo hermenêutico quando realiza-se duas premissas, que o são: (i) o momento de sua formação; (ii) o momento de sua aplicação.

⁹¹ Há posições de juristas que entendem que o julgador diante de um precedente inconstitucional deve aplicá-lo com uma ressalva de entendimento em sua decisão, e desta forma abrir a possibilidade da discussão subir de instância até chegar à corte que fixou o precedente, e assim possa revê-lo, esta a posição dos ditos transcendentalistas, por outro lado, este artigo e seus autores adotam a visão que foi exposta no texto, de que o juiz pode afastar um precedente inconstitucional desde que fundamente, esta é a posição dos hermeneutas

Historicamente, a hermenêutica dos precedentes tem sua gênese nos países de cultura do *common law*⁹², repita-se, por meio do instituto do *Stare decisis*,⁹³ como uma tentativa de estabelecer igualdade na aplicação do direito, “e embora estejam estreitamente conectados, os citados conceitos possuem distinções entre si”.⁹⁴

Nos países originários do sistema jurídico de tradição do *civil law*, a tentativa foi no intuito de diminuir a capacidade interpretativa do magistrado, vinculando-o somente à lei (Marinoni, 2016, p. 51).

Com a modificação do direito nos últimos séculos e a profusão das tecnologias dos dois sistemas, com diversas adaptações, houve, em certos aspectos, uma convergência entre *civil law* e *common law*, ocasionando diversos ordenamentos híbridos, que apesar de serem originalmente filiados há uma tradição, possuem elementos incorporados historicamente proveniente de outra tradição jurídica (Zaneti, 2015, p. 45).

Em síntese, nos países de tradição do *common law* a vinculação do intérprete repousa no costume praticado e chancelado pelo Poder Judiciário por meio de suas decisões; já nos países de tradição do *civil law*, o aplicador do Direito tem vinculação somente à lei. Porém, com a evolução e continuidade das duas tradições e do próprio Direito, o que se viu foi que, em ambos os sistemas a interpretação deve permear as decisões judiciais e diante disso os mecanismos de limites das duas tradições podem coexistir de maneira complementar.

Feitas essas considerações, o constitucionalismo pode ser considerado o grande vetor que permite a comunicabilidade dessas duas tradições. No Brasil, por exemplo, nossa influência clássica provém do *civil law*, mas, devido à Constituição de 1891 e a inclusão do controle difuso de constitucionalidade baseado no Direito norte-americano, a jurisdição constitucional brasileira evolui adotando traços da tradição jurídica do *common law*, principalmente após a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988), quando houve uma explosão da jurisdição constitucional no país. O sistema brasileiro, portanto, pode ser considerado um híbrido entre as duas tradições (Zanetti, 2015, p. 56)

⁹² O *Common Law* ou direito anglo-saxão, representa toda uma tradição ou família jurídica que se desenvolveu em certos países (Inglaterra e E.U.A.) e que o direito é revelado por meio das decisões dos tribunais, neste sistema, os juízes não estão vinculados a lei, mas as decisões judiciais das cortes.

⁹³ Vale aduzir que o *Stare decisis* é a autoridade que vincula a decisão de um caso paradigma a outros casos sobrepostos na mesma categoria de fatos. Tal expressão tem origem do latim e significa: respeitar o que está decidido e não modificar o que está estabelecido.

⁹⁴ Ao se mencionar o sistema da *common law*, estar-se-á se referindo ao modelo de direito inglês caracterizado por possuir como principal fonte o costume (jurisprudência, nascido como forma de oposição ao poder dos feudos pelos Reis ingleses. Já o sistema do *stare decisis* se refere ao modo de operacionalizar o sistema da *common law*, conferindo certeza a essa prática. (OLIVEIRA, 2014, p. 46)

A jurisdição constitucional foi pioneira no sistema brasileiro em utilizar uma teoria de precedentes nas decisões em controle de constitucionalidade, porém sem uniformização, sem uma aplicação equitativa pelas cortes, e nem fixar graus de vinculabilidade.

Com o Código de Processo Civil de 2015, busca-se adotar um modelo normativo de precedentes compatível com nossa ordem jurídica, que seja aplicado em toda a jurisdição, sem deixar de lado a teoria da legalidade, mas apenas utilizando-se dessa técnica hermenêutica para dar maior racionalidade ao nosso sistema (Zaneti, 2015, p. 102). O modelo de precedentes proposto no Código de Processo é condizente com a prática judicial do país, de forma que tal modelo é complementar ao modelo legalista de utilização da lei como fonte primária.

Tal modelo, conforme insculpido no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), em certa medida, deixa em aberta a vinculabilidade das próprias cortes em seguir seus precedentes, e tal abertura hermenêutica deve ser resolvida sob a ótica da eticidade da teoria dos precedentes. Consequentemente, ainda que os precedentes judiciais não substituam as leis na força de sua vinculação, podem por sua tradição e seu conteúdo, serem um paradigma decisório que firme um entendimento, de modo que, a interpretação do Direito deve procurar ser convergente, em conformidade com a Constituição e os preceitos democráticos.

A teoria dos precedentes judiciais pode ser um elemento de se evitar turbulências sociais causadas por contradições decisórias, pois a decisão equilibrada entre efetividade e estabilidade, atinge seu alvo, resolvendo a controvérsia judicial e aperfeiçoando a interpretação do Direito (Dworkin, 2001, p. 180).

Uma correta aplicação dos precedentes possui respaldo na importância dos tribunais em reduzir as indeterminações do texto normativo e conformar o discurso jurídico.

Com a abertura principiológica do Direito, todavia, as cortes do Poder judiciário são responsáveis por dar dinamismo aos mandamentos normativos, garantindo a efetividade do Direito no tempo; mas também, por outro lado, constituem uma ameaça à unidade do Direito, de forma que as decisões judiciais devem alcançar uma posição de elemento racionalizador do Direito, ou seja, os tribunais ao lidarem com princípios estabelecem os fundamentos para a hermenêutica do Direito (Larenz, 1985).

A prática habitual de se decidir sobre o mesmo tema eleva o nível da discussão jurídica e aprimora a solução aplicada sem que a decisão seja construída a partir do marco

zero, ou seja, a decisão-paradigma é o ponto de partida, mas não é a última palavra sobre o assunto. A construção argumentativa de um precedente, que é aplicado reiteradamente, petrifica e dá robustez à interpretação, de tal maneira que, para se derrubar um precedente posto e habitualmente aplicado, torna-se uma complexa tarefa hermenêutica. (Ferraz JR, 2016, p. 87).

A adoção, portanto, de uma hermenêutica dos precedentes judiciais no Direito brasileiro, em especial na vinculação vertical das cortes superiores aos precedentes, encontra respaldo pelos diversos fatores expostos; de dar racionalidade, aplicar o Direito equitativamente, com igualdade, com coerência, e também, oferecer segurança jurídica aos jurisdicionados.

Em síntese, pode-se aduzir que “[...] hermenêutica é a arte de compreender a linguagem escrita e falada”(Schmidt, 2014,p.19), e se relaciona também com “interpretação”, e ambos os termos têm origem na palavra grega, *hermeneuein* (Schmidt, 2014, p.11).

No que alude à decisão judicial, o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto’, muitas vezes “nem de longe pode significar a possibilidade de este estar autorizado a atribuir sentidos de forma arbitrária aos textos, como se o texto e norma estivessem separados”. (Streck, 2017-a, p.92).

Em princípio, em princípio, milita em equívoco quem afirma, por exemplo, que o magistrado primeiro decide, para somente depois fundamentar; porque em essência, ele só decide porque já encontrou antecipadamente o sentido, o fundamento (a justificação). [...]“os sentidos que atribuirá ao texto não dependem de sua vontade” haja vista que “[...] se o intérprete impuser sua vontade, já não haverá hermenêutica. Não haverá compreensão. Haverá uma extorsão de sentido”.(Streck, 2017-a, p.94).

Diante dessas premissas jurídicas postas, quando se busca compreender o emprego de forma adequada dos precedentes, tem-se por interesse demonstrar que por meio de uma teoria hermenêutica da decisão judicial é factível obter mais segurança jurídica, com o fito de amenizar a discricionariedade, relativismos e aumento da previsibilidade da estabilidade do sistema jurídico.

Posto isso, é necessário que o sistema de precedentes não seja deturpado, devem por consectário ser utilizados de forma a universalizar prospectivamente as decisões, para evitar o problema da discricionariedade judicial, em homenagem aos preceptivos normativos democráticos do devido processo legal e da democracia, desde que se obedeça ao devido processo legal substantivo e à Constituição Federal.

A evolução processual brasileira declara uma convergência das jurisdições constitucional e infraconstitucional (Zaneti, 2014, p. 39). Nessa linha de intelecção o Código de Processo Civil é uma ferramenta muito importante, uma vez que busca solidificar essa fusão, por intermédio do considerável aumento da capacidade de decisão dos tribunais pátrios de mecanismos que têm a predileção de uniformizar as decisões, e notadamente, um modelo normativo de precedentes (vide arts. 10; 926, 927, 489 do CPC) (BRASIL, 2022). O modelo em apreço guarda as peculiaridades se mostra compatível até nos países que adotam o sistema *civil law*, como o Brasil, por exemplo. (Marinoni, 2016, p. 101)

Entende-se que a hermenêutica dos precedentes judiciais é a maneira de proceder à interpretação das decisões judiciais, levando-se em consideração a fundamentação que cada caso requer, objeto nuclear de cada matéria decidida.

Na essência, utiliza-se da argumentação produzida nas decisões pretéritas para prolatar decisões presentes, desde que se encaixem na mesma categoria de fatos, ou ainda, pautado nessa mesma exposição normativa, diferenciar ou revogar a aplicação/vinculação das decisões proferidas preteritamente, tendo-se como fulcro casos *sub judice*, desde que se justifique de forma minudente a revogação/superação (*overruling*) e a distinção (*distinguishing*).

Luiz Guilherme Marinoni defende que, *in verbis*:

O modelo normativo dos precedentes judiciais pode ser visto como, o conjunto de técnicas próprias da teoria do direito, e não apenas de um sistema (tradição) específico(a) de direito, que tem por função estabelecer formas de manipular as decisões judiciais no tempo garantindo que o direito não se torne imutável, mas também conserve sua característica de exercer a jurisdição com igualdade, racionalidade e segurança (Marinoni, 2014, p. 96)

Trata-se de uma técnica, a qual contemporiza decisões cuja formação se deu em casos concretos, os quais têm a serventia de complementação normativa para casos futuros, observada a relação de equivalência fático-jurídica da *ratio decidendi* dos casos julgados e os futuros. “Em síntese, precedentes judiciais aplicados às decisões objetivam dar igualdade na aplicação do direito”. (Zaneti, 2015, p. 102)

Historicamente, a hermenêutica dos precedentes, como já dito, tem sua gênese nos países de cultura *common law*,⁹⁵ por meio do *stare decisis*, cuja expectativa é trazer

⁹⁵O *common law* ou direito anglo-saxão, representa toda uma tradição ou família jurídica que se desenvolveu em certos países (Inglaterra e E.U.A.) e que o direito é revelado por meio das decisões dos tribunais, neste sistema, os juízes não estão vinculados a lei, mas as decisões judiciais das cortes.

à colação isonomia na aplicação do Direito, “e embora estejam estreitamente conectados, os citados conceitos possuem distinções entre si”.⁹⁶(Oliveira, 2014, p.46-48) Nos países de tradição do sistema *civil law*, vê-se que a aposta foi com a pretensão de mitigar a margem interpretação do magistrado, por sua vez, vinculando-o somente à lei. (Marinoni, 2016, p. 51).

Com a profusão das tecnologias dos dois sistemas e a modificação do Direito nos últimos séculos, com várias adaptações dialógicas no universo do Direito, por conseqüência houve uma convergência entre *civil law e common law*, em certos seguimentos culturais que, por consequência ocasionaram alguns ordenamentos jurídicos “híbridos, que apesar de serem originalmente filiados há uma tradição, possuem elementos incorporados historicamente proveniente de outra tradição jurídica”. (Zaneti, 2015, p. 45)

Daniel Mitidiero esclarece que

[...] exercer *controle retrospectivo* sobre as causas decididas em primeira instância e *uniformizar a jurisprudência* [...] enquanto as Cortes de Precedentes, compostas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça teriam como função [...] outorgar interpretação prospectiva e dar unidade ao direito. (Mitidiero, 2018, pp.80-81)

A rigor, sugerem Motta e Ramires, (2018, p.106) que os precedentes não são regras abstratas, e sim uma regra que está intimamente sintonizada com os fenômenos fáticos que lhes deram origem, e “o conhecimento das suas razões é imprescindível”.

Nesse viés cognitivo, aduz Lenio Luiz Streck que

Para que o sistema de precedentes seja legítimo, o dever de respeitá-lo não deve ser consequência de um argumento de força, no sentido de que um precedente [...] vale porque tem autoridade e não porque tem determinado conteúdo (como se os julgados das cortes superiores fossem [...] teses gerais e abstratas, pois o CPC não disse que ‘as teses’ ou ‘teses abstratas e gerais’ devem ser íntegras e coerentes”, mas, sim, a jurisprudência, que é mais do que precedente. (Streck, 2018, p.57-58)

Dessa utilização dos precedentes com efeito de contingência, defluem algumas celeumas, dentre os quais, por exemplo, o uso de forma indiscriminada de conceitos e abstrações, “colhidos em situações concretas e descoladas *a posteriori* dos casos que lhes deram origem”, gerando outro problema, que é a “legitimação de uma ‘escolha’ arbitrária entre precedentes antagônicos”. (Motta; Ramires, 2018, p.103).

⁹⁶ Embora se tenha falado anteriormente na ligação direta entre o sistema da *common law* com o sistema de precedentes eles não se confundem. Ao se mencionar o sistema da *common law*, estar-se-á se referindo ao modelo de direito inglês caracterizado por possuir como principal fonte o costume, nascido como forma de oposição ao poder dos feudos pelos Reis ingleses. Já o sistema do *stare decisis* se refere ao modo de operacionalizar o sistema da *common law*, conferindo certeza a essa prática. (OLIVEIRA, 2014, p. 46).

Se se permitir que precedentes sejam utilizados como se tivessem caráter geral e abstrato, sem relação com o caso que foi julgado, gera-se o problema inicial, de se ter uma norma com efeito prospectivo, e que pode ser interpretada livremente, e “admitir a existência de poder discricionário é, em última análise, reconhecer a possibilidade de alguém escolher, conforme critérios pessoais e subjetivos, entre duas ou mais soluções, *todas igualmente legítimas*”.(Câmara, 2018, p.235).

Como é cediço e mencionado em linhas volvidas, o dever de fundamentar a decisão judicial é Constitucional (art. 93, IX,CF/88 e legal (art. 11, *caput*, cumulado com Art. 489, §1º, ambos do CPC), e é mister que “[...] o juiz mostre, com clareza, o percurso lógico do seu raciocínio, fundado nos fatos, nas provas e no direito” (Lunardi; Rezende, 2019, p.79).

Nesse sentido, afirma Alexandre Câmara Freitas que

[...] **uma decisão que se limita a citar decisões tomadas anteriormente sem indicar os motivos pelos quais é ela empregada**, no julgamento de um novo caso, como base para a formação desta decisão posterior, **é mesmo que** uma decisão que deve ser equiparada aos **pronunciamentos judiciais não fundamentados**. (Câmara, 2018, p.174) (Grifou-se)

Alega Lenio Luiz Streck (2017) que muitas decisões são proferidas pelos magistrados sem a devida fundamentação, apenas reproduzindo de forma automática e enunciados e, por consequência, vêm descumprindo o dever de fundamentação da forma prescrita no art. 489, §1º, do Código de Processo Civil, o que não poderia ocorrer, pois seria uma tentativa de se sustentar “[...] argumentos para esvaziar escaninhos a qualquer custo” (Streck, 2018, p.68), o que contradiz a Constituição da República, as proposições do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal, uma vez que “o dever fundamental (art. 93, inciso IX, CF/88), de justificar as decisões assume especial relevância no plano da transparência do processo democrático de aplicação das leis”. (Streck, 2017, p.645).

Nesse sentido, vê-se que a democracia será resguardada se o magistrado ao proceder às decisões judiciais obedecerem à Constituição da República. Em essência, seu dever de fundamentar, à luz da integridade e da coerência, busca-se “[...] conferir segurança jurídica e se evita uma loteria na esfera jurisdicional, e se restringe, portando a prática de um ativismo judicial exacerbado”.(Leite, 2018, p.125).

À luz das premissas jurídicas postas, pode-se afirmar que “se os casos são suficientemente similares, aplica-se o precedente. Se não o são, deve-se distingui-los (arts. 489, §1º, VI, 927, §1º, e 1.037, §9º, do CPC). (Mitidiero, 2018, p.113).

3.4.7 O significado do termo “observarão” no *caput* do art. 927 do CPC

O *caput* do art. 927, do CPC vigente estatui que “Os juízes e os tribunais observarão”, ao iniciar o rol dos precedentes que devem obedecidos. Trata-se do primeiro problema a ser debatido, haja vista que os demais dependem da forma de percepção do seu significado, “afinal, se se tratar de mera persuasão, não haverá sequer a necessidade de discussão acerca da constitucionalidade ou não dos precedentes supostamente obrigatórios, mencionados no referido texto normativo”.(Peixoto, 2022)

A partir de uma análise perfunctória do *caput* do art. 927 do CPC fica clara a intensão de o legislador de impor ao magistrado a observância obrigatória dos precedentes. Nesse sentido, a forma verbal “observarão” significa olhar com muita atenção os precedentes (e as súmulas vinculantes). Sobre o assunto, insta enaltecer o comentário dado por Ronaldo Cramer em sua obra, *in verbis* :

A redação do *caput* do art. 927 do NCPC, ao dispor que “juízes e tribunais observarão”, tem clareza semântica difícil de superar. O verbo observar, nesse caso, não tem o sentido de “olhar com atenção”, mas o de “cumprir” ou “respeitar”. Diante do que está escrito no texto, não há maneira mais inequívoca de se estabelecer a eficácia vinculante dos precedentes. Além do mais, o art. 927 do NCPC, tanto o *caput* e os parágrafos, encontra-se estruturado a partir da premissa de que os precedentes ali relacionados são vinculantes. O maior exemplo disso, como já explicado, constitui o seu §1º, que exige contraditório prévio e fundamentação específica na aplicação dos precedentes arrolados pelo *caput*. Essa regra só tem razão de ser se, evidentemente, os precedentes do *caput* forem considerados vinculantes. Do contrário, ela não faz o menor sentido. É possível concluir, a partir de tudo o que foi dito, que o art. 927 do NCPC abriga uma relação de precedentes vinculantes. (Cramer, 2016, p. 191)

Pela leitura do excerto do escólio de Cramer (2016, p. 191) os comandos legais do mencionado artigo do CPC, a teleologia desses preceitos deixa evidente a vinculação dos juízes aos precedentes e às súmulas vinculantes.⁹⁷

⁹⁷ Ora, em que pese o art. 927 definir que os juízes e tribunais observarão a) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; b) os enunciados de súmula vinculante; c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; d) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados; é bem verdade que, nos termos do art. 489, §1º, inc. VI, o novo Código de Processo Civil possibilita que qualquer juiz ou tribunal

Pontua-se que a Emenda Constitucional n. 45, de 2004 acrescentou o §2º ao artigo 102 da Constituição Federal, que atribui o caráter vinculante às decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade. A citada emenda também incluiu na Constituição da República o artigo 103-A, que trata das súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal. (Cramer, 2016)

O CPC vigente dispõe, em seu art. 489, §1º, inc. V, a *contrario sensu*, que a observância dos precedentes deve ser feita a partir dos fundamentos determinantes. Observa-se que a dicotomia entre *obter dictum* e *ratio decidendi* forma um salutar papel no estudo analítico acerca da teoria dos precedentes judiciais, uma vez que não é crível e salutar reduzir toda a discussão jurídica de um caso concreto a apenas uma fundamentação jurídica, sob pena de deixar pobre e desconexo o discurso jurídico. Embora, na essência, não exista uma única resposta certa para o Direito, entretanto para cada julgado deve haver uma razão de decidir. (Silva, 2013)

Desse modo, verifica-se que a aludida emenda constitucional garantiu um respaldo constitucional para o legislador ordinário introduzir no CPC os incisos I e II do artigo 927. Os incisos III⁽⁹⁸⁾, IV⁽⁹⁹⁾ e V⁽¹⁰⁰⁾, como já dito, não encontram previsão expressa na Constituição da República, o que por consectário lógico, leva alguns doutrinadores questionarem a constitucionalidade de tais dispositivos legais, já que, em princípio, os comandos normativos dos aludidos incisos somente poderiam ser tratados pela Lei Maior.

De igual modo, Cassio Scarpinella Bueno (2016, p.657) defende em sua obra a inconstitucionalidade dos incisos III, IV e V do artigo em comento. Isso porque não caberia ao legislador infraconstitucional atribuir eficácia vinculante aos incisos mencionados, *ipsis litteris*:

Porque sou daqueles que entendem que decisão jurisdicional com caráter vinculante no sistema brasileiro depende de prévia autorização constitucional – tal qual a feita pela EC n. 45/2004 – e, portanto, está

possa fazer a distinção entre o texto de enunciado de súmula ou precedente que se pretende aplicável e o caso discutido. Desde já, alerta-se, por ser de relevo, que qualquer tentativa de configurar o sistema processual brasileiro como se estivesse caminhando rumo ao *common law*, apenas porque se adota súmulas, vinculantes ou não, filtros recursais e jurisprudência dominante, desconsidera as matizes históricas, metodológicas e filosóficas do sistema processual e também toda a construção do pensamento jurídico nacional.

⁹⁸ CPC, III – “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”;

⁹⁹ CPC, IV – “ não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”;

¹⁰⁰ CPC, V – “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”;

fora da esfera de disponibilidade do legislador infraconstitucional [...] faço questão de frisar, há limites para o legislador infraconstitucional alcançar aquele desiderato. E, também insisto, fossem suficientes Súmulas dos Tribunais (a começar pelas dos Tribunais Superiores) e, até mesmo, a técnica de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos, e as experiências mais recentes, ainda sob a égide do CPC de 1973, teriam surtido efeitos bem melhores do que estatísticas sobre a redução de casos julgados perante os Tribunais Superiores. Não consigo ver, portanto, nada no CPC de 2015 que autorize afirmativas genéricas, que vêm se mostrando comuns, no sentido de que o direito brasileiro migra em direção ao common law ou algo do gênero. Sinceramente, prezado leitor, não consigo concordar com esse entendimento (Bueno, 2017).

Não é diferente o entendimento de Hugo Nigro Mazzilli (2022) também procede a críticas acentuadas ao legislador ordinário, uma vez que ao atuar desse modo mitigou o princípio da separação de poderes¹⁰¹ e, por consequência, impede o perfeito funcionamento do sistema de freios e contrapesos, *in verbis*:

O CPC voluntariosamente quis mudar o sistema brasileiro. Nossa Constituição já confere ao Supremo Tribunal Federal o poder normativo nas ações declaratórias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, e nas súmulas vinculantes. CPC acreditou-se no mesmo nível da Constituição, e acrescentou outras hipóteses.... Afirmou que os acórdãos proferidos em incidentes de assunção de competência, em resolução de demandas repetitivas, em recursos extraordinários ou em recursos especiais repetitivos também têm força vinculante abstrata. Repicando a ousadia, afirmou que passam a valer como normas todas as súmulas do STF (não apenas as vinculantes). E mais: não só as súmulas e enunciados do STF e do Superior Tribunal de Justiça, mas também a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes estejam vinculados. Todas essas decisões criam normas obrigatórias para os casos atuais e até para casos futuros... O juiz só se desobriga de seguir o precedente se demonstrar a distinção do caso ou a superação do entendimento. [...] Mesmo nas poucas hipóteses em que o poder legiferante dos tribunais é admitido pela Constituição, ainda assim é anomalia em nosso sistema, pois quebra o princípio da separação de poderes e impede o funcionamento adequado do sistema de freios e contrapesos. [...] Por isso, ressalvadas as hipóteses em que o próprio poder constituinte já outorgou ao STF o excepcional poder de fazer leis materiais dotadas de generalidade e abstração, no mais nem mesmo esta Corte pode criar lei material. O CPC de 2015 já começa por dar o mau exemplo de quebra do princípio da segurança jurídica, ao concentrar os poderes de fazer a lei e julgar os conflitos decorrentes da aplicação da lei nas mãos do mesmo órgão judicial, que, de resto, ainda é o mesmo que decide sobre a constitucionalidade da mesma lei.

¹⁰¹ Art. 2º, CF/88 – “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Como se sabe, a separação dos poderes foi estabelecida pela Constituição de 1988 numa de suas bases inabólveis, numa cláusula pétrea, conforme deflui do art. 60, § 4º, III, da Lei Maior.

Na mesma direção intelectual, é salutar o entendimento de Lenio Luiz Streck (2022) acerca do tema, parecer formado pelo referido autor antes do advento do atual CPC, já levantava a tese de inconstitucionalidade da norma, *in verbis* :

[...] E eis os meus enunciados para evitar a fabricação de enunciados despistadores: [...] O inciso III do artigo 927 é inconstitucional, devendo, em controle difuso ou concentrado, ser expungido do ordenamento; Somente podem ser vinculantes as súmulas vinculantes editadas segundo a EC 45, com quórum de oito ministros e obedecidos os requisitos legais para a emissão do provimento; portanto, é inconstitucional o inciso IV do artigo 927; O inciso V do artigo 927, que diz ser vinculante a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados, deve sofrer uma *verfassungskonforme Auslegung* (interpretação conforme a Constituição), ou seja, somente é constitucional se a orientação do plenário ou órgão especial não se confrontar com orientação tomada pelo Supremo Tribunal Federal; [...].

Pois bem, não obstante seja de salutar relevância a posição dos citados juristas, muitos entendem que essa não é a orientação mais coerente a se seguir, haja vista a eficácia vinculante dos precedentes (aqui de forma genérica) judiciais encontra amparo nos princípios constitucionais, principalmente, da igualdade e da segurança jurídica. Refutando, dessa maneira, o argumento de ausência de previsão constitucional.

Sabe-se que princípio da isonomia previsto na Constituição da República impede que situações semelhantes tenham decisões diferentes.

É justamente essa pretensão que os incisos do artigo 927, CPC, em geral buscam a garantir, o que se questiona e a natureza vinculante, objeto desta pesquisa, porque no sistema *civil law* adotado no Brasil, pode-se questionar a inconstitucionalidade de uma lei, inclusive os magistrados podem fazer mutação de um preceito constitucional, entretantes não podem, à primeira vista, ignorar um precedente judicial, o qual não tem recepção na Constituição da República.

Nesse mesmo sentido, aponta Luiz Guilherme Marinoni (2022) que, *in verbis*:

[...] não pode limitar-se, no âmbito do exercício da função jurisdicional, ao tratamento isonômico das partes, com garantia de participação em igualdade de armas, ou à igualdade de acesso à jurisdição e igualdade de acesso a determinados procedimentos e técnicas processuais; é necessário pensar também no princípio isonômico visto sob o viés da igualdade perante as decisões judiciais. (Sic)

Os defensores dos precedentes (com respeito aos que pensam em contrário) entendem que os incisos do aludido artigo 926, do CPC refletem a segurança jurídica tão almejada pela Constituição da República, porque assegura o respeito a situações

consolidadas, às legítimas expectativas surgidas e às condutas adotadas a partir de um comportamento presente (Braga, 2015, p. 470).

Muitos pensadores do Direito entendem ser infundada a tese da inconstitucionalidade dos aludidos incisos, porquanto a observância não decorre simplesmente do CPC, e sim, a partir de uma interpretação sistemática, estruturante e holística dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da isonomia estatuídos na Carta da República.

Em arremate, no que alude ao argumento ponderado trazido a lume de que o Poder Judiciário estaria invadindo competência legislativa, Daniel Amorim Assunção Neves (2017.p.1.396) contradiz a ideia e preleciona que o citado Poder Judiciário não cria norma jurídica nesses casos, não se deve confundir a atividade de dar um sentido unívoco à norma que foi criada pela via legislativa com a tarefa de criação de norma.

3.4.8 Posicionamento do Enunciado n. 170, do FPPC e seus consectários

O enunciado *supra* adota o posicionamento de que tais precedentes judiciais são obrigatórios, ou seja, vinculantes, logo não cabendo aos magistrados decidirem ou não, quando o caso em apreço estiver sob o âmbito de incidência de uma das hipóteses arroladas no art. 927 do CPC, esse é o entendimento trazido pelo¹⁰² citado Enunciado n. 170, do FPPC¹⁰³

O rol das hipóteses listadas pelo art. 927, do CPC, as quais são vinculantes – vejam-se : a) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, b) os enunciados de súmula vinculante, c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos

¹⁰² Parte-se do pressuposto de que as causas repetitivas estão relacionadas com a teoria dos precedentes e não com a coisa julgada, como vem defendendo Marinoni, ponto de vista que implicaria outra espécie de discussão. Sobre o ponto de vista do autor: MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 249, 2015;

¹⁰³ No mesmo sentido, destacando a obrigatoriedade dos precedentes, tem-se o enunciado 170, do FPPC: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”. Na mesma linha: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, p. 588-589; NEVES, Daniel Amorim Assunção. Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105, de 2015. São Paulo: Método, 2015, p. 467; ABOUD, Georges; STRECK, Lenio. O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando? MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords.). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 176; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo código de processo civil brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 257, jul. -2016.

extraordinário e especial repetitivos; d) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Alexandre Freitas Câmara defende que, *ipsis litteris* :

[...] o comando normativo inserto no *caput* do art. 927, CPC: “observarão” implica apenas um dever de levar o precedente em consideração, requerendo outra norma que a ele atribua eficácia vinculante. Afirma o autor que o caso “a” é vinculante pelo comando do art. 102, §2º, da CR, o “b” pelo art. 103- A, da CR, o incidente de assunção de competência, pelo art. 947, §3º, do CPC, o IRDR, pelo art. 985, I e II, do CPC/2015 e os recursos especial e extraordinário repetitivos, pelo art. 1.040, do CPC/2015. Os demais casos mencionados seriam meramente persuasivos. (Câmara, 2015, pp. 434-435)

José Miguel Garcia Medina (2016) tem compreensão semelhante, contudo defende o cabimento de Reclamação como instrumento capaz de gerar uma vinculação no plano formal. Dessa forma, os casos dos incisos IV e V do art. 927 do CPC seriam apenas persuasivos por não ser admissível a reclamação, não obstante possam ser menosprezados por força do art. 489, §1º, VI, CPC, que exige robusta fundamentação, a qual se materializa no *distinguishing* para a não aplicação do precedente. (Medina, 2016, p. 507)

Vê-se, por consequência, que há quem entenda haver vinculação advinda do citado comando do art. 927, CPC por meio do termo “observarão”

Acerca dessa premissa de cunho vernacular, aduz Ravi Peixoto que

[...] não parece, ter, de forma alguma, conotação de um mero dever de levar em consideração. Para, além do próprio termo, haveria a criação de um sistema completamente contraditório, uma vez que seria possível admitir que um precedente advindo de um IRDR de um tribunal de justiça seria vinculante, enquanto um precedente advindo do tribunal pleno do STF sobre matéria constitucional seria meramente persuasivo. (Peixoto, 2016)

“É importante estabelecer que o cabimento ou não da Reclamação, ao menos no Brasil, é irrelevante para a denominação do precedente como vinculante”. (Macêdo, 2016, p.1.324.)

Nas hipóteses em que é cabível, “a Reclamação atua apenas como mais um ‘remédio’ jurídico processual apto à correção da não aplicação adequada de um determinado entendimento jurisprudencial vinculante”.¹⁰⁴

¹⁰⁴ A bem da verdade, como já mencionado em outro texto, o cabimento da reclamação para controle dos precedentes “Trata-se de uma medida autoritária, que parecer permitir o entendimento de que, em relação

Luiz Guilherme Marinoni (2015) defende que a segurança jurídica e a exigência de integridade, estabilidade e coerência dos precedentes inseridas no art. 926, do CPC impõem que os precedentes mencionados no art. 927 do mesmo CPC sejam obedecidos de forma compulsória.

Não se ignora, repita-se, a coerência e a integridade do Direito devem ser preservadas pelo Poder Judiciário para que haja segurança jurídica, haja vista os juízes e tribunais serem organismos que servem a um poder e ao sistema de distribuição de justiça, entretantes o que merece discussão é a forma como os precedentes vêm sendo aplicado, que muitas vezes mitigam o convencimento motivado¹⁰⁵ dos magistrados e Direitos Fundamentais, que será analisado de forma minudente no próximo capítulo.

Por todo o exposto, quiçá um dos maiores obstáculos no que alude à observância e à aplicação da norma posta no art. 926 do CPC seja a interpretação que o Poder Judiciário tem concedido à palavra “observarão”, já que alguns magistrados e tribunais vêm se demonstrando que o conteúdo do mencionado artigo não impende numa análise obrigatória dos precedentes que os incisos deste mesmo artigo descrevem. Dito em outras palavras, em que pese a norma estabeleça uma imposição legal para os magistrados na resolução do caso específico (concreto), alguns argumentam que tais determinações não são impositivas.

Em essência, a teleologia do mencionado preceptivo inserto art. 927 do CPC é que o juiz deve levar em consideração os precedentes existentes acerca do tema, e por consectário lógico, deve proceder a um estudo tridimensional quando da aplicação do Direito no caso específico, nesse sentido o exame do tema é impositivo, entretantes poderá o magistrado deixar de aplicar o precedente por distinção ou superação.(Lemos, 2022)

a esses precedentes, haveria apenas um intérprete”.(PEIXOTO, Ravi. Proibição da venda casada de reclamação e precedentes obrigatórios. Disponível em: <http://justificando.com/2015/04/23/proibicao-da-venda-casada-de-reclamação-e-precedentes-obrigatórios/>. Acesso às 14h, do dia 18 de agosto de 2016). Também criticando o cabimento de reclamação para o controle de precedentes eis que “Em termos de política legislativa, trata-se de previsão em si mesma equivocada.

¹⁰⁵ STRECK (2022) faz alerta acerca desse preceito: Na verdade, os juizados e as turmas recursais criaram/estabeleceram um mundo jurídico à parte. Há cenas hilárias, como no caso de um uma juíza que, mesmo tendo usado uma jurisprudência equivocada (contraditória com o que disse), alertada sobre isso por advogado, mandou que a parte ingressasse com embargos. E já avisou que seu colega não pediria vista, com o que o colega, obviamente, concordou. Em suma: há uma bolha hermenêutica no ordenamento e na aplicação do Direito no Brasil. E dessa bolha ninguém pode sair. A única saída seria pela estrada do recurso extraordinário, mas espera-se uma estátua ao recurso que recebeu repercussão geral. (STRECK, Lenio Luiz. O poder sem limites dos juizados e das turmas recursais. Disponível em <https://www.conjur.com.br/>. Acesso em: 29,ago.2022).

Assim sendo, é provável que ao se utilizar do termo “observarão” explicitado no CPC impõe a obrigatoriedade dos precedentes arrolados no art. 927 no Caderno de Ritos. Enfim, trazendo a lume a premissa jurídica da obrigatoriedade dos precedentes, é possível entender a sua (in)constitucionalidade em cada lide específica, caso o aplicador do Direito, abra mão dos fundamentos e da razão de decidir de cada súmula vinculante, o que garante ao magistrado aplicar a distinção ou superação.

Nessa linha de raciocínio, Maria Clara Queiroz Araújo esclarecer que, *in verbis* :

Proceder hermeneuticamente à compreensão dos enunciados de súmulas vinculantes, com o confronto da tese sumular com os fatos determinantes do caso concreto à luz do ordenamento jurídico, é condição de possibilidade para a aplicação adequada das Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal no processo judicial. (Araújo,2019,p.657) ¹⁰⁶

O intérprete ao proceder à análise e reconstruir o Direito proporciona uma maior discussão sobre os métodos de utilização das súmulas vinculantes e dos precedentes judiciais com a finalidade precípua de delimitar a premissa de que a compreensão e interpretação dos enunciados sumulares e dos precedentes decorrem da investigação das circunstâncias fáticas dos julgados que deram origem aos citados institutos vinculantes e da fixação da fundamentação jurídica considerável a ser empregada na demanda judicial.

3.4.9 Análise acerca da coerência e da integridade sob a perspectiva do atual CPC

Acredita-se que haverá coerência, em princípio, se os mesmos preceitos normativos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos análogos; estará tutelada a integridade do Direito à luz da força normativa da Constituição da República.

Vale dizer, por ser de relevo, que coerência e a integridade são elementos da igualdade aplicáveis ao caso específico da decisão judicial, analiticamente. Porque o objeto nuclear da coerência e da integridade é a concretização da igualdade, que, *in casu*, está justificada porque atende aos preceitos da concepção de dignidade humana. Dito isso, coerência está ligada à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar pertinência entre si. Trata-se, pois, de uma acomodação que as conjunturas fáticas

¹⁰⁶ARAÚJO, Maria Clara Queiroz. O papel da compreensão e da interpretação na aplicação das súmulas vinculantes.p.657- Revista Temas de Direito Processual Contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual (Volume II) / Heitor Sica, Antonio Cabral, Federico Sedlacek e Hermes Zaneti Jr. (organizadores) Serra: Editora Milfontes, 2019.

do caso em apreço devem guardar com os elementos que o Direito impõe ao seu desfecho.

A integridade, por sua vez, tem a finalidade de exigir que os magistrados edifiquem de forma robusta seus argumentos com feição integrada ao ordenamento jurídico, numa concepção de coalizão de substância meritória. Assevera-se, de outro modo, que a integridade se alude ao freio de “dois pesos e duas medidas nas decisões judiciais”, que por consectário, constitui-se em uma garantia contra atos arbitrários interpretativos solipsistas¹⁰⁷ e voluntarismos.¹⁰⁸

Pelo o que foi aduzido em linhas precedentes, vê-se que para o Poder Judiciário, em essência, possa prolatar suas decisões de forma coerente, dependerá de uma reconstrução com racionalidade mais acurada e coerente com direito legislado, uma vez que a coerência e a chave para “obter a integridade pretendida por harmonizar e integrar passado, presente e futuro”.(Cavalcanti,2023)¹⁰⁹

A teleologia do Estado Democrático de Direito requisita que a coerência e a integridade tenham como finalidade tratamento isonômico aos jurisdicionados que atuam num processo. Ademais, a integridade busca abolir o livre convencimento do juiz (excluído do CPC). Conseqüentemente, a ideia fulcral da coerência e da integridade é busca da concretização da igualdade.

A interpretação adequada do valor isonômico deverá levar em consideração a convivência com um valor igualmente relevante, porque cumprir a letra da lei formalmente não haverá respeito ao Direito em sua integridade.

Nesse aspecto, apesar de não haver previsão expressa na Constituição federal no tocante aos incisos III, IV e V do aludido artigo 927, CPC, ao se realizar uma leitura sistemática do ordenamento jurídico, aduz Lenio Luiz Streck que

É exatamente esse conjunto íntegro e coerente de princípios que diminuirá aquilo que com o novo CPC está proscrito: o “livre convencimento” que constava em quatro dispositivos e que agora desaparece — espero que para todo o sempre — para o bem da

¹⁰⁷ A doutrina define como sendo o solipsismo um derivado de uma corrente filosófica que estabelece a ideia de existência de apenas um Eu que acredita que a única certeza de existência é o pensamento bem como que o conhecimento deve estar fundado em suas aspirações interiores, em sua razão. O solipsismo “é a consequência extrema de se acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles”. (Dicionário *Oxford* de Filosofia, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997).

¹⁰⁸ Doutrina que se caracteriza por privilegiar a importância ética, psicológica ou metafísica da vontade em relação às disposições intelectuais humanas.

¹⁰⁹ CAVALCANTI, Alessandra Damian. O novo CPC e o direito como integridade. Disponível em <file:///C:/Users/990661/Downloads/mariarfs,+10333-29011-1-CE.pdf>. Acesso em: 28,jul.2023.

Constituição, da democracia e da teoria processual. E não se diga que isso é para “inglês ver”. Basta uma simples comparação com o antigo artigo 131 do CPC/73. Aliás, o dever de fundamentação previsto no art. 93, IX da CF e a coerência e a integridade já por si impediriam o livre convencimento. Coerência e integridade são incompatíveis com o voluntarismo judicial. (Streck,2022)

E ainda pontua Lenio Luiz Streck que

[...]JJ Gomes Canotilho, Gilmar Mendes e Ingo Sarlet defendem que são cinco princípios (padrões) que devem ser obedecidos em cada decisão são os seguintes: a) preservar a autonomia do direito; b) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional; c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; e) garantir que cada decisão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.(Streck, 2022)

Leciona Dworkin (2002) que a integridade exige que os magistrados formem seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito de tal sorte que garanta a não arbitrariedades interpretativas; buscam-se efetivos freios, por meio dessas generalidades de princípios, evitando-se assim atitudes solipsisto-voluntaristas.

Então, de um modo mais simples, decisão íntegra e coerente quer dizer respeito ao Direito Fundamental do cidadão frente ao poder público de não ser surpreendido pelo entendimento pessoal do julgador, um Direito Fundamental a uma resposta adequada à Constituição, que é que, ao fim e ao cabo, sustenta a integridade (Oliveira, 2008).

Na construção principiológica de Guilherme Valle Brum (2014, p.124-150),sempre que uma determinada decisão for proferida em sentido favorável ou contrário a determinado indivíduo, ela deverá, necessariamente, ser prolatada da mesma maneira para os outros indivíduos que se encontrarem na mesma situação.

Em síntese, a coerência e a integridade são os vetores principiológicos que o sistema jurídico na sua íntegra deve ser lido. Em palavras mais amenas, em toda decisão judicial a fundamentação - inclusive as medidas cautelares e as tutelas antecipadas - deve ser respeitada a coerência e a integridade do devido processo legal, democraticamente, à luz dos preceitos normativos constitucionais.

“Se os tribunais devem manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, logicamente os juízes de primeiro grau devem julgar segundo esses mesmos critérios”. (Streck, 2020)

3.4.9.1 Princípios do convencimento motivado do juiz e do magistrado

O tema desta tese já indica que o juiz tem convencimento motivado, e não livre convencimento.¹¹⁰ De início, deixa-se evidente que a discussão acerca do princípio de convencimento motivado do magistrado, que doravante se emprega a abreviação PCM, não é uma simples questão terminológica vernacular. Trata-se, pois, de uma questão essencial sobre os poderes do magistrado e da *ratio decidendi*, para, além de atrair a cognição de diversos institutos processuais convergentes.

Como justificar, na democracia, o livre convencimento ou a livre apreciação da prova? Se democracia, segundo Bobbio, é exatamente o sistema das regras do “jogo”, como pode uma autoridade pública, falando pelo Estado, ser “livre” em seu convencimento? Nesse imbróglio, indaga-se, ainda: A sentença (ou acórdão), afinal, é produto de um sentimento pessoal, de um subjetivismo ou deve ser o resultado de uma análise do Direito e do fato (sem que se cindam esses dois fenômenos) de uma linguagem pública e com rigorosos critérios republicanos? Como resposta pode-se afirmar que democracia é o respeito às “regras do jogo”.

Segundo a arquitetura constitucional e processual e ainda nesse mesmo ideário, ainda se indaga: é possível relativizar a garantia do direito ao silêncio? Por exemplo, se há uma ata registrando que houve a quebra de uma garantia, essa prova pode ser relativizada? Será, por exemplo, que a prova de que o réu foi torturado para confessar, pode ser relativizada? Com certeza, não.

Aduz Pedro Paulo Teixeira Manu(2023) que o livre¹¹¹ convencimento do juiz reside na faculdade que ele possui de avaliar todos os meios de à dos preceitos normativos aplicados à espécie e do entendimento jurisprudencial sistematizado, “agregando suas experiências profissionais e de vida, bem como suas convicções, mas jamais ignorando a lei, a prova dos autos e o entendimento sumulado a respeito de cada tema, como garantia aos litigantes do respeito ao princípio do devido processo legal”.(Manus,2023)

Pode-se afirmar que o convencimento motivado no processo penal brasileiro se sujeita a critérios científicos e a observância ao fiel cumprimento dos Direitos Fundamentais da pessoa humana, estabelecidos na Constituição da República.

¹¹⁰ Da (in) constitucionalidade das súmulas e dos precedentes vinculantes em detrimento do convencimento motivado do juiz e das cláusulas pétreas: limites e possibilidades para uma mudança hermenêutica à luz da teoria da decisão.

¹¹¹ Veja que o autor supramencionado emprega o termo “livre convencimento”, em vez de convencimento motivado, aliás, muitos autores também entendem dessa forma.

Não é novidade no universo jurídico que o magistrado inicia o julgamento em observância aos critérios limitadores e balizadores, notadamente estatuídos na constituição Federal e nas leis aplicadas à espécie versada. O ordenamento jurídico brasileiro admite o juiz com livre convicção sem critérios apriorísticos? Antes de adentrar no mérito, acredita-se, salvo melhor juízo, que não.

É decorrência disso, a lógica do Princípio da Livre Investigação, ou convencimento motivado, é que o magistrado poderá determinar durante o íterim do processo todas as diligências que entender necessárias e legais para aclarar a verdade, mesmo que não sejam requeridas pelas partes.

Traz-se à colação que o LCM não defenderia a subjetividade plena de o juiz ao valorar a prova. Em essência, seria apenas uma alternativa menos “engessada” ao sistema da aludida “prova tarifada”, pelo qual os critérios de valoração de cada tipo de prova estariam de forma minudente estabelecidos em lei. Em virtude disso, o CPC de 1973 trouxe LCM como uma espécie de meio-termo ao qual todos os juristas sensatos deveriam fazer adesão.¹¹²

Nessa mesma compreensão jurídico-filosófica, defende Lenio Luiz Streck que

[...]o CPC/2015 manteve em sua sistemática o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado [...] conforme o disposto nos artigos 370 e 371 [...]”.não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. (Streck,2022)

À época da vigência do CPC de 1973 a 2016¹¹³, o livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova era corolário do paradigma da intersubjetividade, entrementes com a inovação inserta no novo CPC, o livre convencimento por parte dos magistrados na *ratio decidendi* por consectário é caso de nulidade da decisão.

Vê-se que com o novel processo civil brasileiro não há mais espaço para o livre convencimento motivado. No processo cooperativo, notadamente instituído no CPC de 2015 o magistrado não está acima das partes, tampouco está abaixo delas. Vale aduzir que todos os atores do processo atuam, em de condições de igualdade, “com forças

¹¹² A redação original do CPC/73 é sintomática: Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

¹¹³ O novo CPC foi promulgado em 2015, contudo houve um ano de *vacatio legis*, vindo por consequência o atual *codex* entrar em vigor em 2016.

equivalentes, na construção participativa do resultado final do processo e se assim for, não só no papel, mas na prática, a valoração democrática da prova trará enorme avanço para o processo brasileiro”. (Penteado,2023)¹¹⁴

O termo “livre convencimento motivado” (LCM) foi imensamente empregado em todo território brasileiro para designar o modo pelo qual os magistrados procediam à valoração das provas quando da decisão das lides. Sua hegemonia foi intensa que foi positivado em diferentes códigos processuais.¹¹⁵Nas últimas décadas, a discricionariedade judicial passou a ser analisada como um dos empecilhos fulcrais no sistema jurídico brasileiro. (Lopes, 2022)

O ponto central desse debate hermenêutico e propedêutico veio com a elaboração do novo Código de Processo Civil em 2015, no qual – apesar das controvérsias – vários juristas tiveram a pretensão de democratizar o processo judicial, o que restou por consequência adequação dos mecanismos de participação e de fundamentação das decisões. E nesse viés, foi sugerido por Luiz Lenio Streck¹¹⁶ o abandono do LCM, um dos principais críticos do instituto em apreço. A sugestão foi acatada por outros juristas e pelos legisladores, que no novo CPC a expressão “livre” foi suprimida.

O atual Código de Processo Civil brasileiro, no seu artigo 371, assim estatui: “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Nas últimas décadas, formou-se uma crítica mais acalorada acerca da teoria do direito à discricionariedade judicial de que os magistrados são livres para fazer suas valorações quando não há regras claras e o direito entra numa certa zona de penumbra. Entende Ronald Dworkin, mesmo nessas hipóteses que os juízes não são livres para decidir.

Como é cediço, há padrões normativos mais complexos do que as regras, propriamente ditas, de que a interpretação do direito deve ser integrada para a plenitude

¹¹⁴ PETEADO, Luiza Vieira. Livre convencimento motivado à luz do NCPC. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9859/O-livre-convencimento-motivado-a-luz-do-NCPC-15>. Acesso em: 13.jun.2023

¹¹⁵ O juiz Antônio Carvalho, em brilhante conferência de abertura do Congresso da ABDPRO em Curitiba, dia 19 último, deixou a todos os presentes impressionados pelo modo lúcido com que tratou dessa temática — os malefícios do instrumentalismo e do protagonismo. A propósito: parabéns a toda a ABDPRO — resistência contra o arbítrio processual.

¹¹⁶ Vejam-se os verbetes 26 e 27 de: STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do direito, 2020.

do Direito, conforme a colmatação (integração) das normas aplicáveis às situações mais difíceis. A discricionariedade judicial era a uma falta de controle racional das decisões.

Os magistrados são agentes do poder público (agentes políticos) subordinados às restrições que lhes são impostas pela organização estatal (Estado-Juiz) que tomou para si a função de julgar as lides sociais e as delegou aos juízes a incumbência de decidir conflitos dentro das balizas normativas legais vigentes no País.

Pensar que o sistema jurídico é apenas o limite dentro do qual o juiz pode julgar a lide, consoante seu livre convencimento é militar em equívoco no que alude aos conceitos de decisão e escolha, que Streck (2020) vem diferenciando a partir de Heinrich Rombach. “Aqui não há liberdade, e sim “constrangimento epistêmico”, pontua o autor supramencionado.

É antagônico à hermenêutica jurídica dizer que essas questões aquilatadas em linhas precedentes não têm nada a ver com o devido processo legal (valoração da prova, separando questão de fato e questão de direito, entre outros).

Nesse mesmo raciocínio, obtempera Lenio Luiz Streck que

[...]Vistos em sua dimensão filosófica, os termos “liberdade”, “convencimento” e “motivação” são todos ligados a um paradigma subjetivista e até mesmo psicologista. Coisa parecida pode ser dita a respeito de outro termo usado como equivalente ao LCM, o tal sistema da “persuasão racional” – que hoje em dia chega a soar autocontraditório.

Engana-se quem pensa que a crítica ao LCM é muito abstrata, e que não tem repercussões concretas relevantes. Essa naturalização de uma margem de discricionariedade judicial pela dogmática se liga a um conjunto de práticas decisionistas, que usam o LCM como um chavão retórico para aumentar os poderes judiciais e diminuir seus deveres de fundamentação. (Streck, 2022)

Com o advento do novel CPC, vige no sistema jurídico brasileiro o Princípio do Convencimento Motivado do Juiz (art.371, CPC), como já dito alhures, segundo o qual dentro dos parâmetros legais, o juiz pode dirimir e julgar um litígio segundo os preceitos normativos que lhes pareçam mais adequados e segundo os meios de provas juntados aos autos do processo, dentro dos limites impostos pela lei e pela Constituição da República Federativa do Brasil, sempre motivando sua decisão – “fundamentação -Cabe-lhe, tendo em vista as provas e todos os argumentos colacionados pelas partes – Persuasão Racional – decidir à lide”. (Sgarbossa,2022)

O convencimento motivado do juiz implica a inexistência de uma solução apriorística para dada situação, devendo os litígios, *pari passo*, serem decididos

pelo juiz, consoante os preceitos normativos pertinentes à razão de decidir, em obediência às limitações constitucionais e legais.

Para tanto, deve ele levar em consideração todos os métodos de hermenêutica, notadamente sistemático, teleológico, estruturante, entre outros, não descuidando, portanto, das finalidades perseguidas (art. 5º da LINDB) pela norma em análise e do sistema jurídico em que se insere.

No processo, o juiz, entre outros meios processuais, é guiado pela verdade formal (possível) (Beltrán, 2017, p. 67)¹¹⁷ e material.¹¹⁸ Assim, ao valorar a prova, o juiz deve se submeter tanto à normatividade que se extrai da Constituição da República e das leis processuais quanto ao uso normativo da lógica e da verdade, a partir das provas coletadas no processo.

Sob a perspectiva processual civil e constitucional deverá o magistrado respeitar os limites do convencimento e motivar a sua decisão, evitando assim a nulificação. A independência do juiz e a liberdade de apreciação da prova exigem que os motivos que apoiaram a decisão sejam compatíveis com a realidade dos autos do processo, sendo impossível desqualificar esta ou aquela prova sem a devida motivação.

No que tange ao processo penal, essencialmente, o magistrado permanece inerte até o requerimento da acusação (Ministério Público) ou pela defesa (Advogado), em atendimento ao comando legal do artigo 3º-A do Código de Processo Penal; podendo, porém, de ofício determinar a produção de provas em casos específicos, contudo sempre com cuidado para não usurpar a função do órgão acusatório, com o fito de afastar o estado de não culpabilidade do réu.

Cecilia Mello, Flávia Silva Pinto e Júlia Dias Jacintho afirmam que, *in verbis*:

[...]é conferido ao juiz atuar de ofício em outras hipóteses previstas no Código de Processo Civil em vigor, a exemplo das situações dispostas nos artigos: (i) 421 – exibição parcial dos livros e dos

¹¹⁷ A verdade formal é aquela que se obtém no processo, como resultado da atividade probatória. Tal verdade formal pode coincidir ou não com a material, mas seria aquela que gozaria de autoridade jurídica. Independentemente da coincidência com os fatos realmente ocorridos, à declarações de fatos provados realizada pelo juiz ou tribunal na sentença é atribuída a qualificação de verdadeira formalmente. (BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito* – tradutor: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 67).

¹¹⁸ A verdade material (ou verdade real) é aquela de que se fala fora do processo judicial. Por isso, também é possível referir-se a essa pela denominação de verdade *tout court*, sem outros qualificativos. Não está claro quais seriam as condições de verdade, nesse sentido, em que os teóricos que propuseram tal distinção estavam pensando, mas é plausível sustentar que a verdade (material) de um enunciado dependa de sua correspondência com o mundo: da ocorrência dos fatos cuja existência é afirmada, ou da não ocorrência dos fatos cuja existência é negada. Essa é, precisamente, a verdade que se crê inalcançável, pelo menos em muitas ocasiões, no processo judicial. (BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito* – tradutor: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 67).

documentos; (ii) 461, incisos I e II – inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas e acareação de duas ou mais testemunhas quando, sobre fato determinado que possa influir na decisão da causa, divergirem suas declarações; (iii) 464, § 2º – em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade; (iv) 480 – determinação de segunda perícia, quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida; (v) 481 – inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa. (Mello; Pinto ; Jacinto, 2022)

Lenio Luiz Streck (2015) é defensor do fim do livre convencimento e sustenta que “as pré-compreensões do juiz, seu pensar individual ou sua consciência não interessam aos jurisdicionados”. E obtempera que esses elementos pertencem, de forma subjetiva, ao juiz e interessam a si próprio e não ter reflexo nos autos do processo, porque a jurisdição objetiva resolve as lides, consoante o Direito legislado, segundo a interpretação das leis e dos princípios constitucionais.

3.4.9.2 Da discricionariedade do juiz e suas consequências jurídicas

Na visão Lenio Luiz Streck (2018), a discricionariedade pode ser vista como "escolha", e não "decisão". Toda decisão deve ser fundamentada, segundo os comandos normativos, consoante dispõe, repita-se, o art. 93, IX da Constituição da República. A fundamentação deve obedecer a alguns requisitos (Teoria da Decisão).

Segundo a premissa jurídico-filosófica posta, mister se faz presumir que qualquer fundamentação está apta a cumprir o seu papel constitucional, logo qualquer decisão "fundamentada" que atribua sentido contrário ao propósito estatuído no inciso IX, do art. 93, CF/88 pode ser considerada uma decisão inconstitucional e por consequência anulável, uma vez que não foi fundamentada. (Arbiza, 2022)

À luz do exposto, ressalte-se, por oportuno, segundo o preceptivo legal inserto no art. 60, §4º, inciso IV da Constituição da República Brasileira de 1988 não ser objeto de deliberação, pelo Congresso Nacional, proposta de Emenda à Constituição, no sentido de abolir direitos e garantias fundamentais por se tratar de cláusulas pétreas. E consoante já decidiu o Supremo tribunal Federal “os direitos e garantias fundamentais, notadamente o direito fundamental ao devido processo legal, são elementos integrantes da identidade e

da continuidade da Constituição, logo não sendo cabível, tampouco legítima qualquer reforma constitucional que venha a suprimi-los. (art. 60, §4º, CF/88).¹¹⁹

Preleciona Cláudia Servilha Monteiro (2022) que os fundamentos da Teoria da Decisão no Direito são constituídos por três preceitos teóricos. São eles: da Matemática se origina a caracterização da Teoria da Decisão; da Filosofia originam-se as premissas sobre formação do raciocínio e dos seus ideários de racionalidade, e do próprio Direito procedem às explicações de conceitos da Hermenêutica Jurídica, da Teoria da Argumentação Jurídica e, por fim, da Teoria Dogmática da Aplicação do Direito.

Descortinados esses esclarecimentos preambulares, a Teoria da Decisão Judicial é produto gerado a partir de algumas miscigenações regulares que organizam uma “interdisciplinar em que hipóteses colam conceitos estratégicos da Teoria da Decisão da Matemática a outros filosóficos, jusfilosóficos e teórico-jurídicos”.(Monteiro, 2022)

Voltando ao assunto da discricionariedade do juiz (e do magistrado), o estudo da divergência entre Hart (1994) e Dworkin(1997) no que alude à existência ou não de discricionariedade do magistrado em situações mais difíceis pode ser mais bem explicitada essa divergência, apontando-se as três acepções para o termo "discricionariedade", indicadas por Dworkin.

“A primeira é a aplicação, por funcionários, de critérios estabelecidos por uma autoridade superior, ou mais especificamente, na escolha, pelo juiz, entre critérios "que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras".(Dworkin,1997)

A segunda acepção se manifesta pela ausência de revisão da decisão tomada por uma autoridade superior. Essas duas primeiras acepções formam, segundo Dworkin, uma discricionariedade em sentido fraco, sendo também encampadas por Hart. A terceira acepção indica o ponto de divergência com Dworkin (1997),¹²⁰ uma vez que esta corresponde à discricionariedade em sentido forte, implica a ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados ou, em palavras outras , a ideia de que os padrões existentes não impõem qualquer dever legal sobre o magistrado para que proceda à decisão.(Dworkin,1997)

Vale dizer que a prefalada terceira acepção estaria em conexão com as questões da completude ou incompletude do Direito, seja de natureza legal ou meramente de

¹¹⁹ Ver EXp.986/BO, relator : Ministro Eros Roberto Grau , Julgamento : 15/08/2007, Tribunal Peno, DJ 05.10.2007,p.21.

¹²⁰ Dworkin, portanto, não defenderia a tese de que o juiz não teria qualquer discricionariedade, mas apenas a tese de que o juiz não teria discricionariedade em sentido forte.

natureza moral dos princípios, da competência ou incompetência do magistrado de elaborar leis.

Na discricionariedade, o que se encontra é o juízo moral/consciência do magistrado descartando o Direito e interferindo em sua decisão, tornando-a, assim, uma escolha. Em suma, pode-se entender a discricionariedade por meio de um aperfeiçoado exemplo didático apresentado Luiz Lenio Streck (2020), *in verbis*:

[...]o juiz discricionário é como o arqueiro que atira a flecha e, apenas depois, pinta o alvo. Assim, o tal juiz discricionário, em seu imaginário (e, muitas vezes, no imaginário popular), nunca erra. O centro do alvo sempre será onde ele desejar.
Em outras palavras, o magistrado atribui arbitrariamente sentido ao texto jurídico e confirma esse sentido por meio de sua consciência, o que cria uma eterna validação de sua fundamentação.

Diante dessa topografia republicana e dessa breve conceitualização da discricionariedade, percebe-se ser incompatível a normalização de que "cada juiz pode decidir como quiser, de acordo com a forma que analisar", pois de acordo com a arquitetura constitucional (art. 93, IX, CF c/c art. 489 do CPC, entre outros), cuja teleologia é a imparcialidade do magistrado e com a segurança jurídica.

Dessa forma, os poderes conferidos aos magistrados foram ampliados, permitindo-se, por vezes, que os interpretem de forma criativa os preceptivos legais adaptando-os aos casos concretos, devendo fundamentar suas decisões pelos motivos e fundamentos já explicitados alhures.

Todo jurisdicionado que busca o Poder Judiciário tem direito a uma prestação jurisdicional constitucional, procurando saber o que o ordenamento jurídico dispõe sobre sua situação, e não a opinião pessoal (entenda-se consciência) do julgador.

É nessa perspectiva que Beccaria (2014,p.21) há muito sedimentou seu entendimento na sua clássica obra "Dos delitos e das penas", que "o juiz interpreta apressadamente as leis, segundo as ideias vagas e obscuras que estivessem, no momento, em seu espírito". Somado a isso, vê-se o exposto por Oliveira (2012, p. 04), quando escreve que "admitir essa subjetividade é imprescindível para delimitá-la".

O juiz quando procede à aplicação do Direito jamais deve ser valer de sua moral (Pereira, 2022) como *ratio decidendi* - o que é, em essência, aduzir que não deve haver insegurança jurídica na decisão, haja vista as premissas da Moral serem de cunho metafísico e subjetivo, logo se entende não haver na Moral métrica de natureza jurídica para mensurar a conduta humana(lícita e ilícita) no campo do Direito legislado.

No ordenamento jurídico brasileiro, o magistrado há muito não é mais considerado apenas a “boca da lei,”¹²¹ uma vez que possui uma responsabilidade salutar de interpretar a lei com fulcro na Constituição da República, levando em consideração de todos os aspectos sociais existentes no contexto de comunidade.(Pereira,2022)

Lenio Luiz Streck leciona que

[...]discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo, uma questão de democracia[...] o "drama" da discricionariedade que crítico reside no fato de que esta transforma juízes em legisladores. [...] Há discricionariedade onde há escolhas. Mas decidir não é escolher” (Streck, 2017^a, p. 104).¹²²

Numa visão à mostra dos conseqüências do neoconstitucionalismo, o Direito dialoga com a Política e a Moral (objetiva e subjetiva). Contudo é mister evitar a absorção completa do Direito tanto pela Política, quanto pela Moral, pressupõe uma vigilância constante por parte de seus pensadores incluindo legisladores, notadamente no que tange aos sistemas jurídicos que, normativamente, nutrem certa pretensão de integridade, que por força normativa inclui o Direito Processual brasileiro.

3.5 Dos limites e alcances da interpretação constitucional na atividade jurisdicional sob olhar neopositivista

De introito, quanto ao positivismo jurídico, primeiramente faz-se necessário conceituá-lo. Trata-se da aplicação da Filosofia Positivista no Direito, a qual retira dele a ideia de justiça, ao mesmo tempo em que se retira da filosofia a ligação que se faz com a ideia de valores.

São duas as correntes principais do positivismo jurídico: a corrente mais radical, tem por primazia afastar por inteiro a participação da Moral quando se procede à análise do texto jurídico (vale tanto para verificar sua validade, quanto para interpretá-lo), pondo a autoridade no posto de fonte exclusiva do Direito e promove um *status de*

¹²¹ Expressão surgida na França, após a Revolução Francesa, o juiz “Boca da lei” denota que os magistrados deveriam se ater unicamente a aplicar, de modo mecânico, as normas jurídicas editadas pela autoridade competente. Naquela época específica, tendo em vista o contexto revolucionário na Europa dos séculos XVIII e XIX, a codificação das leis exerceu um papel relevante para unificar o sistema jurídico a partir do Poder Legislativo sob o impulso do positivismo em voga. (SILVA,2022)

¹²² Lenio Streck faz uma diferenciação entre decisão e escolha. Segundo o autor, “a decisão jurídica – não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução do caso concreto, escolhe aquela que lhe pareça mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher. A escolha, aos olhos de Streck, “[...] é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância”.(STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? p.106.)

“obediência” da população (que segue as normas ou por medo, ou por respeito à autoridade que a criou). A segunda corrente, agora mais branda, “continua defendendo a separação da Moral e do Direito, entretantes permite que tal separação seja relevada em casos específicos de validação e interpretação da norma legal”.(Bittar, 2009)

As críticas de forma acentuada feitas à mencionada doutrina é a seguinte: ao seguir o positivismo jurídico, aplicar-se-á a lei de forma mecânica e autômata, sem análise das nuances e, principalmente, a intelecção de o legislador ao criá-la. “E mais, em fazê-lo, os juízes ficam vedados de fazer qualquer julgamento moral do caso *sub judice*, já que, no caso em que determinado comportamento possui previsão legal, basta ao magistrado que apenas aplique a lei”.(Morrison, 2006)

A dogmática pós-positivista implicou várias mudanças radicais na teoria da eficácia constitucional, notadamente após a evolução científica que desaguou na consolidação da força normativa dos princípios constitucionais. Dessa feita, diuturnamente, novos elementos hermenêuticos são incorporados à nova interpretação constitucional, com a pretensão principal de consolidar tal normatividade. Como se sabe a efetividade dos princípios constitucionais deve ser consolidada por meio da harmonização entre o texto da lei e a pauta de valores axiológicos da Constituição.

É nessa perspectiva que se traz a lume a relevância da elaboração de uma nova hermenêutica judicial sem descurar da separação de poderes e do Estado Democrático de Direito. É mister defender a construção um novo modelo que reconheça a dimensão retórica das decisões judiciais como fator integrante da normatividade do Direito, porém sem invadir desproporcionalmente o espaço discricionário do legislador democrático.(Goes ; Rasga, 2022)

Para a resolução das controvérsias constitucionais requer que haja o ativismo judicial proporcional, moderado, haja vista não poder extrapolar os limites imperativos estabelecidos pelo núcleo intangível dos direitos e garantais fundamentais (at.60, §4º, CF/88).

À guisa do exposto, conclui-se que a garantia desse núcleo mínimo de direitos(cláusulas pétreas), assim como o controle intersubjetivo da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, tal qual propagada por Peter Häberle (1997), irão dar legitimidade democrática para prolação de decisões judiciais aditivas.

Nessa perspectiva hermenêutico-jurídica, para “realizar a Constituição” o pensador e aplicador do Direito e da Constituição deve:

[...]a) aplicar a eficácia nuclear para garantir o conteúdo mínimo da norma constitucional apenas com base no seu próprio texto normativo, sem necessidade de ponderação e nem de interposição legislativa superveniente; b) aplicar a eficácia ponderável para garantir a realização da norma constitucional após a ponderação de valores.(Goes; Rasga, 2022)

Nessa intelecção, a efetividade das normas constitucionais tem a primazia de superar, quiçá seu maior obstáculo do século XXI, qual seja: desenvolver preceitos e fórmulas hermenêuticos avançados, capazes de realizar diretamente a vocação constitucional, sem necessidade de intervenção legislativa que venha a agredir o princípio da separação de poderes, um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito.

Tendo em vista essas premissas jurídicas postas, obtempera-se que fica mais acessível compreender os preceitos do neoconstitucionalismo pós-positivista, que necessita reconstruir uma nova hermenêutica centrada na superação do sistema fechado de regras jurídicas.

Sem ignorar a cientificidade do Direito, a perspectiva neoconstitucional e a dogmática pós-positivista usinam um novo enfoque para a teoria da eficácia constitucional. Dessa forma, no plano hermenêutico, a dogmática pós-positivista dá nova feição para a correção normativa do Direito, na medida em que aguça a eficácia jurígena ao conjunto de argumentações jurídicas usado na elaboração das decisões judiciais.

Vale aduzir, por ser de relevo, que essa nova visão da hermenêutica constitucional não se confunde com o mero decisionismo judicial, desprovido de qualquer controle científico metodológico.

Como ficou evidenciado em linhas volvidas, o juiz não é livre para impor sua própria vontade; não é soberano para decidir consoante sua pré-compreensão e/ou consciência, pelo contrário é obrigado a convencer o auditório (Perelman, 1988) de que sua norma-decisão está conforme o sentimento constitucional de justiça, que, por sua vez, guarda os valores éticos da sociedade em geral e, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana e as regras do devido processo legal .

Aduz Niklas Luhmann que

Na visão da dogmática tradicional, os valores axiológicos ainda não positivados pelo legislador democrático não tinham o condão de penetrar no universo fechado das regras jurídicas, sem o grave risco de quebra de cientificidade do direito. É nessa extensão que o positivismo jurídico projeta a imagem de um direito autopoiético, fechado em si mesmo, autorreprodutor e autorregulador, tal qual concebido por Niklas Luhmann.(Luhmann, 1998)

Em essência, a abordagem credita ao Direito a possibilidade de autorreferência sistêmica dentro de uma visão formal e autossuficiente, partindo da premissa como se o Direito fosse autônomo em relação à sociedade e as demais secreções epistemológicas. Sob o prisma da refinada teoria de Luhmann (Luhmann, 1998).¹²³

Partindo-se dessa premissa, o Direito autopoietico é incomunicável com os demais subsistemas sociais, uma vez que é fechado em si mesmo. Em outras palavras, a racionalidade jurídica positivista parte de uma lógica de “ordem no sistema sem contradições, que não se coaduna com as antinomias objetivas do Direito constitucional contemporâneo, eivado de colisões de normas constitucionais de mesma hierarquia”. (Luhmann, 1998)

Na realidade a tarefa de aquinhoar justiça com segurança jurídica, integridade, coerência e estabilidade é, sem dúvida, um dos grandes objetivos gerais do paradigma neoconstitucionalista, que em essência vai muito além da mera aplicação mecânica do dogma da subsunção, porque a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, determinado pela coerência do conteúdo de suas normas que se harmonizam na unidade axiológico-finalística da dignidade humana, um dos fundamentos da República.

A teoria neoconstitucional e a dogmática jurídica pós-positivista, juntas, simbolizam a antítese da visão autopoietica do Direito de Niklas Luhmann, cujo destino é constante e rejeita velha hermenêutica do paradigma de racionalidade silogístico-subsumtiva da concepção dedutiva do Direito.¹²⁴

A Constituição da República do Brasil é compromissória,¹²⁵ logo, por sua vez, não se adapta à aplicação inflexível do paradigma de racionalidade silogístico subjuntivo-

¹²³ Para uma abordagem academicamente densa acerca do direito enquanto sistema autopoietico, sugere-se a leitura de DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo. Teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004, p. 123-166.

¹²⁴ É nesse sentido que Perelman entendia que “as concepções modernas do direito e do raciocínio judiciário, tais como foram desenvolvidos após a última guerra mundial, constituem uma reação contra o positivismo jurídico e seus dois aspectos sucessivos, primeiro o da escola da exegese e da concepção analítica e dedutiva do direito, depois o da escola funcional ou sociológica, que interpreta os textos legais consoante a vontade do legislador”. É por isso que, em linhas gerais, a racionalidade retórico-argumentativa de Perelman refuta o discurso axiomático do direito, especialmente na inteligência de que o direito é um sistema fechado de axiomas pré-estabelecidos e capazes de regular a vida social. Cf. PERELMAN, Chiim. *Lógica Jurídica. Nova retórica*. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p.9.

¹²⁵ A Constituição de 1988 é híbrida, nitidamente compromissória na medida em que tenta albergar, a um só tempo, as vertentes do liberalismo burguês e da social democracia. Daí a tendência de positivizar o texto constitucional de modo amplo sem maiores detalhamentos acerca das condutas necessárias para a realização dos fins pretendidos, optando-se por fórmulas abertas que projetam “estados ideais”, cuja exegese é mais complexa, na medida em que o intérprete fica obrigado a definir a ação a tomar. Em essência, a Constituição de 1988 fica dividida entre valores contrapostos (axiologicamente fragmentada), ou seja, de um lado, os

dedutiva do Direito, desnutrindo, dessa forma, a interpretação constitucional, haja vista que a operação exegética e hermenêutica ficam desprovidas do jogo concertado dos princípios, instrumento central da atividade decisória dos magistrados hodiernamente.

3.5.1 Uma Crítica à sociedade aberta dos intérpretes a partir da Jurisdição Constitucional

Ao se falar de jurisdição constitucional é mister levar em consideração que a supremacia da Constituição advém de uma gradação normativa.(Feliciano,2022).

A superioridade da Constituição está associada as várias transformações jurídico-sócio-culturais por que passou e por conseqüência conservou um núcleo permanente: “a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem”. (Kelsen, 2003, p. 130). Segundo Kelsen, “a Constituição é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender” .

A Constituição é o corpo de Leis obrigatórias que têm *status* de superioridade das demais normas, havendo ou não a possibilidade de modificação do seu texto de forma rígida. A existência, todavia, desse corpo obrigatório há a necessidade de mecanismos de controle quanto à “sua efetividade e adequação dos conteúdos legislativos e das demandas jurídicas de origem relações sociais e com o Estado, ou seja, a jurisdição constitucional” (Moraes, 2013, p. 10) .

Para Kelsen (2003,p.123), “a garantia jurisdicional da constituição – a jurisdição constitucional – é um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais”. Desse modo, a jurisdição é a forma pela qual as funções estatais são legitimadas.

Sob a ótica da tese da sociedade aberta de intérpretes proposta por Haberle, transcrita em linhas precedentes, este, *prima facie*, desconsidera a existência de uma crise de representatividade por parte do povo em sentido amplo.

Embora Haberle (1997) não tenha fixado sua tese em questões empíricas da participação das pessoas que vivem a norma e o exercício de uma jurisdição constitucional no plano fático-social, é relevante notar que a legitimidade do povo¹²⁶ em

direitos sociais pressionando por ações estatais positivas superadoras da reserva do possível e, do outro, as liberdades privadas requerendo estatalidade mínima ou negativa.

¹²⁶ Art. 1º, Parágrafo único, CF/88. “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

participar da interpretação da norma está sob o pilar democrático do pressuposto da outorga de poderes para o Estado. A jurisdição, ainda que exercida pelos juristas, está legitimada como democrática, e não como uma forma de diminuição da democracia, consoante vocifera Haberle (1997).

A Constituição da República de 1988, no seu artigo 1º, Parágrafo único, estatui que “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. E essas são as premissas democráticas (regras do jogo) que outorgam aos poderes ao Estado, por meio de representantes.

Desse modo, ao contrário do que assevera Haberle, propor uma abertura interpretativa das normas não iria apenas alterar a forma de pensar e exercer o processo constitucional.

Estar-se-ia diante de um outro fator que Haberle, aparentemente, silencia em sua teoria é o que se refere ao papel do Poder Judiciário como realizador da norma constitucional, como seu garantidor, tendo o papel de guardião da Constituição e, quando necessário, a função de determinar a inconstitucionalidade de normas criadas pelos legítimos representantes do povo por meio do processo legislativo.

Afirma Luís Roberto Barroso que, *in verbis*:

A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado na experiência americana: O da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados contra a ação eventualmente danosa do processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao judiciário (Barroso, 2014, p. 285).

Sob essa ótica, a cealema constitucional da interpretação transcenderia a órbita jurídica para a ceara social, o por consequência, pode gerar obstáculo no que alude ao exercício da jurisdição constitucional. Diante do foi aquilatado, é salutar depreender que a proposta de Haberle¹²⁷ é, *prima facie*, baseada na ideia de comunidade e não de pluralismo.

A ideia de comunidade tem relação com vida em comum, a formação de um núcleo que surge com o nascimento com os bens e males relacionados a eles (Galuppo, 2001, p. 48). Que na visão dos antigos, Bauman Zygmunt assevera que, *in verbis*:

No interior da comunidade, os filósofos têm o Direito e o dever de detalhar as regras que decidem quem são e quem não são os debatedores

¹²⁷ Cf. HÄBERLE, Peter. **Heremênutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

racionais; seu papel é avaliar a justificativa e a objetividade das opiniões, e suprir os critérios de crítica, que será vinculante por causa desses critérios. Dentro da comunidade, os filósofos podem e devem assegurar a sobrevivência da certeza, o domínio da razão – embora dessa vez exclusivamente pela força de seu próprio trabalho. (Zygmunt, 2010, p. 199) .

Haberle, em suas prelações, propõe uma teoria que vai de encontro aos anseios e premissas, movimentos constitucionais democráticos, porque enquanto sua teoria visa ao indivíduo, “vivente” da norma como centro do poder interpretativo das normas; em contrapartida o movimento hermenêutico constitucional visa à coletividade e à compatibilização dos anseios individuais com os objetivos da sociedade.

Segundo a perspectiva de Haberle, cada cidadão ou indivíduo vivenciará a norma jurídica, segundo os calores da sua cultura, suas crenças, visões de mundo, desejos e sonhos de cunho pessoal. “É, portanto, de certo modo, difícil compreender como se daria a jurisdição constitucional a partir dessa abertura interpretativa”. (Galuppo, 2001, p.52).

Impende consignar, por ser de relevo, que, quando se trata de interpretação normativa, a principal serventia do pós-positivismo é a de conceder à sociedade um exercício hermenêutico (“correto”), coerente e íntegro por parte dos juízes, cuja teleologia “é evitar os decisionismos e o ativismo judicial”. Visando a afastar do labor jurisdicional a influência de valores pessoais e/ou políticos no universo da jurisdição constitucional. (Galuppo, 2001).

Quanto à legitimação dos intérpretes, o argumento utilizado por Haberle é o da “vivência da norma”, não havendo como dissociar essa “vivência” com a capacidade cognitiva de interpretar a norma.

A Constituição, sob essa perspectiva, é o elemento supremo e o objeto nuclear determinante de todo o ordenamento jurídico.¹²⁸ Para, além disso, deve ser afastada a tese que atribuía às normas constitucionais um sentido de simples direção política ou caráter meramente programático, hoje, reconhece-se, em princípio, de forma uníssona, a

¹²⁸ Em síntese, “o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. Essas três características são herdeiras do processo histórico que levou a Constituição de documento essencialmente político, e dotado de baixíssima imperatividade à norma jurídica suprema, com todos os corolários técnicos que essa expressão carrega.” (BARCELLOS, 2005, p.84).

sua força normativa e a obrigatoriedade da observância de seus preceitos normativos como premissa maior de todos os comandos jurídicos.

Nesse contexto, como é a regra, a lei se torna submissa ao texto constitucional, por se tratar da Lei Suprema e o fundamento de validade de todo o sistema normativo. Ademais, ao separar a Moral do Direito, este não terá condições de acompanhar as mudanças sociais – e, por consectário, deixará de se adaptar a elas, já que é a própria Moral aproxima o Direito da sociedade –, se tornando um mero instrumento pelo qual as autoridades legitimarão seu poder. (Perelman, 1998)

O positivismo jurídico foi uma manifestação do Direito moderno pautado nas premissas daquele, são elas:

a) o direito como fato, não como valor; b) o direito definido em função do elemento da coação; c) a teoria da legislação como fonte preeminente do direito; d) a teoria da norma jurídica; e) a teoria do ordenamento jurídico; f) a teoria da interpretação mecanicista e g) a teoria da obediência. Mister adentrar em cada uma dessas diretrizes. (Bobbio,1995. p.147)

Ab initio, é mister prelecionar que o positivismo jurídico, compreendido como um movimento teórico-científico, encontra sua definição no conjunto de proposições teóricas em torno dos fundamentos do ordenamento jurídico, “o Direito é um conjunto de normas formuladas e postas em vigor por seres humanos” (Dimoulis, 2006, pp. 65-66, 78).

Depois de o positivismo jurídico e seus princípios estabelecerem e romperem ideia de um Direito Natural, o qual decorre de outra fonte que não a razão humana. Pode-se dizer que o positivismo jurídico é um movimento que estuda e formula proposições do Direito positivo, o qual, como informa Dimoulis (2006, p.79), constitui-se a partir da vontade humana expressa em atos legislativos – como a Constituição, as leis complementares e as leis ordinárias – e normativos atípicos – emanados dos outros poderes, como os decretos, as resoluções e as instruções –, dotados de caráter vinculante. A grande contribuição de Kelsen para a compreensão do Direito, (Morchón, 2013)

Machado Edinilson Donisete pontua que, *in verbis* :

O positivismo, no qual se pode dizer que se fundamenta toda a teoria do ordenamento jurídico, descreve o direito como composto de regras em que se resolvem todos os conflitos dentro do próprio sistema normativo, cujos fundamentos não se abriam a questionamentos filosóficos ou mesmo políticos. A teoria kelseniana foi o ápice e a que melhor expressou o pensamento jurídico positivo, consolidando, na teoria pura do Direito, a tentativa de apresentar respostas a todas as

questões que lhe são relativas, dentro do sistema. (Donisete, 2011, p. 27)

A norma jurídica, segundo a métrica estabelecida por Kelsen é, deontologicamente, a noção de que “algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira”. (Kelsen, 1998, p. 4)[Sic] Para o ordenamento normativo, com o objetivo de regulamentá-la em aspectos positivos ou negativos:

A conduta humana é regulada positivamente [...] quando a um indivíduo é prescrita a realização ou a omissão de um determinado ato” ou “negativamente regulada[...] quando, não sendo proibida por aquele ordenamento, também não é positivamente permitida por uma norma delimitadora do domínio de validade de uma outra norma proibitiva” (Kelsen, 1998, p. 11-12)

É salutar observar a premissa de que a criação é controlável, uma vez que a Constituição de um país está acima da interpretação e, por conseguinte, da vontade dos seus jurisdicionados. Pela ideia de força normativa da Constituição e também pela proposta concretizadora, a partir dos conceitos de Hesse (1991), é possível encontrar não somente os limites, mas os alcances da interpretação das normas, que devem ser conjugadas com a realização das tarefas que a Constituição impõe.

O intérprete labora com os sentidos das disposições que já existem, logo não deve emprestar palavras à Constituição sem levar em conta o mundo fático, a teleologia e a historicidade da norma que pretende ter como solução ao caso concreto, sempre tendo em mente os limites da interpretação constitucional.

Afirmar-se que a Constituição possui força normativa se está a dizer que esta tem o poder de conformar a sociedade, logo as normas constitucionais têm *status* diferenciado das demais normas do ordenamento jurídico. Essa percepção, por consequência, tornou premente a modificação de diversos institutos e instrumentos jurídicos, “como a expansão da jurisdição constitucional, e a instituição de novos instrumentos de controle de constitucionalidade”.(Presgrave, 2022)

O Direito Constitucional, com otempera Gustavo Zagrebelsky (2011, p.27-28), “não pode se contentar em ser um subproduto da história e da política, propondo soluções voltadas ao passado; pelo contrário, deve voltar-se ao futuro, convertendo-se em força autonomamente constitutiva tanto da história quanto da política”.

As expressões abertas e plurais devem ser interpretadas sempre objetivando a uma evolução do pensamento jurídico e da norma constitucional, a toda evidência, não para

justificar a vontade e a escolha do intérprete. No que alude à aplicação dos princípios, eles, em tese, coexistem e se aplicam ao caso concreto de forma concomitante.

Segundo Eugênio Bulygin (1991), há uma criação judicial do Direito, como quando é feita a análise das decisões dos tribunais e também em casos difíceis, não havendo dúvidas de que essa atividade interpretativa e criativa surge como a solução a inúmeros problemas ainda pendentes de regramento específico.

Como regra, é unívoca a ideia de que a interpretação é um atributo necessário da atividade jurisdicional, assim como o juiz precisa adaptar a norma geral melhor aplicável ao caso concreto, dada à impossibilidade de antecipar todas as situações sociais para o campo jurídico.

O desafio de pôr limites ou parâmetros à discricionariedade, repita-se, do magistrado em atividade criativa ainda persiste, e muitos juristas continuam afirmando que os juízes têm discricionariedade e há muita literatura nesse sentido, que não condiz com a legalização aplicada à espécie, notadamente na esfera cível.

A legislação no sistema jurídico *civil law*, é o caso do Brasil, é um parâmetro para a formação de juízos interpretativos, é por essa razão que ainda que a busca pela maior eficácia constitucional, pois é plausível e factível pensar uma teoria da decisão (*ratio decidendi*) com a presença de critérios racionais, coerentes e relevantes, que considerem o maior número possível de propriedades da norma e de sua aplicação ao caso concreto, sempre numa marcha evolutiva.

Quando qualquer aplicador da lei se deparar diante de um caso complexo e houver temeracidade, deve-se julgar o caso levando-se em consideração aos requisitos do princípio da interpretação conforme a Constituição, como método de interpretação, esse princípio sugere que, diante de mais de uma interpretação possível da norma infraconstitucional, o intérprete se deve pautar por aquela que esteja em conformidade com a Constituição, "ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto"(Barroso; Barcellos, 2004, p.5).

3.5.2 Crítica ao positivismo jurídico

Como é de sabença de todos, em suma, o positivismo jurídico foi uma idealização científica, consoante já consignado em linhas precedentes. Seus mentores e idealizadores tinham a pretensão criar uma ciência jurídica que tivesse as mesmas características das ciências "exatas" e naturais e para que essa idealização ocorresse de forma satisfatória foi

necessário haver uma separação do Direito com a Moral, fazendo com que o Positivismo Jurídico se tornasse imperativo e agisse de forma coativa.

A intenção essencial era equipar Direito a uma ciência autossuficiente, ou seja, uma ciência que não dependesse de nenhuma outra para aplicar todos os seus preceitos normativos. Assim sendo, a ciência do Direito passou a ser conhecida como um juízo de fato ao invés dos juízos de valor. Por essa razão, é que surgiram os primeiros problemas de cunho jurídico, onde um dos mais importantes era a forma como o Direito era abordado. (Mota, 2022)

Em outras palavras, para essa doutrina, o Direito somente é aquele posto pelo Estado (por meio das autoridades parlamentares competentes), ou seja, válida o Direito positivo a ponto de tal sorte que não abre espaço para interpretação da norma jurídica: se determinada lei estatui algo é certo, assim o será. E aí está um dos grandes equívocos do positivismo jurídico.

As principais correntes mais inflexíveis, do positivismo jurídico são duas, a saber : a primeira corrente afasta por completo a participação da Moral quando da análise do texto jurídico (tanto para verificar sua validade, quanto para interpretá-lo), colocando a autoridade legislativa no posto de fonte exclusiva de Direito, promovendo um *status* de “obediência” da população (que segue as normas ou por medo, ou por respeito à autoridade que a criou).

Já a segunda corrente, dessa vez mais moderada, defende a separação da Moral e do Direito, entretanto permite que essa separação seja denegada na hipótese de casos específicos de validação e interpretação da norma jurídica. Verifica-se nesta doutrina do positivismo jurídico que se aplica a lei de forma mecânica, sem que sejam analisadas suas nuances e, principalmente, a intenção do legislador ao criá-la.

Os magistrados ao interpretarem e aplicarem a norma jurídica sob a ótica pós-positivista, a eles é defeso fazer qualquer julgamento moral do caso *sub judice*, já que, no caso em que foi determinado comportamento possui previsão legal, nessa hipótese basta que os magistrados apenas apliquem a lei.

Como bem delineado em linhas precedentes, a principal crítica ao positivismo jurídico é atinente à “abordagem valorativa do Direito”. (Bobbio, 1995, p.135) Essas críticas podem ser reunidas em “duas posturas triviais: a tese da neutralidade, segundo a qual o conceito de Direito deve ser estabelecido prescindindo seu conteúdo; e a tese do subjetivismo, segundo a qual os critérios do Direito são de natureza subjetiva”. (Hoerster, 2000. p.11)

Para Hoerster, “a tese da neutralidade é a tese central do positivismo jurídico, sendo aceita por todos os positivistas, o que não acontece com a tese do subjetivismo”. (Hoerster, 2000.p.16)

Dworkin(2001) insiste que, se se aceitar a teoria positivista da regra de reconhecimento, tem-se que admitir ao mesmo tempo que os princípios e diretrizes políticos não formam parte do Direito; que ele é terreno exclusivo das normas. (Magalhães; Magalhães,2013)

Dworkin (2021) com essa visão pretende solucionar de forma mais satisfatória, tanto para a questão da segurança jurídica em relação às obrigações, quanto para a questão da separação de funções entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Ora, se os princípios determinam a possibilidade de solução para os casos difíceis, logo não é necessário que o juiz não possa tomar para si a função do legislador. A função do magistrado é a de buscar nos princípios a resposta para a questão de qual é a interpretação adequada das normas em cada caso específico.

3.5.3. O Dever de Fundamentar e a busca pela resposta correta como oposições à tese do “livre” convencimento dos juízes

O instituto jurídico do “livre” convencimento motivado em obediência ao preceito normativo inserto art. 93, inciso IX da Constituição da República c/c art. 489, § 1º. do CPC¹²⁹ fixam as exigências de fundamentação dos provimentos jurisdicionais, e paradoxalmente muitas vezes sinalizam para uma confusão epistemológica entre o que vem a ser o ato de motivação e uma fundamentação adequada.(Pedron, 2023) ¹³⁰

Deve-se privilegiar a interpretação que favoreça a manutenção da unidade política da Constituição, produzindo um efeito conservador, no bom sentido do termo, da

¹²⁹ Art. 489, §1º, CPC - § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

¹³⁰ PEDRON, Flávio Quinaud. A impossibilidade de afirmar um livre convencimento motivado para os juízes: as críticas hermenêuticas de Dworkin. Disponível em <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.102.09/60746473>. Acesso em: 22.jun.2023.

unidade constitucional. Trata-se de especificação do princípio da unidade, assumindo caráter particular no que diz respeito à integração política e social, na medida em que ressalta a primazia desta, favorecendo o reforço da unidade política constitucional. Nesse sentido, ensina J. J. Gomes Canotilho que , *in verbis* :

[...] o princípio do efeito integrador significa precisamente isto: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política. Como tópico argumentativo, o princípio do efeito integrador não assenta numa concepção integracionista de Estado e da sociedade (conducente a reducionismos, autoritarismos, fundamentalismos e transpersonalismos políticos), antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras.(Canotilho,2000)

Pontua Michele Taruffo (2006) que, *ipsis litterim*:

Assim, nossa TGP se limita a compreender que a atividade de motivar uma decisão equivale ao ato de fornecer razões para justificar e, com isso, limitar/disciplinar o arbítrio do juiz diante do seu processo de tomada de decisão. (Taruffo, 2011; Santos, 2011).

Nessa mesma compreensão, preleciona Ramires (2010, pp. 41-42) e defende que, *in verbis*:

Precisamos falar urgentemente sobre essa ficção chamada livre convencimento motivado (LCM) ou livre apreciação da prova (LAP). Com o argumento da LAP ou do LCM, diz-se qualquer coisa. Nesse ponto a Suprema Corte não fornece bom exemplo. É a porta de entrada do autoritarismo judicial. Por exemplo, se a lei estabelece que um crime (que deixa vestígio) somente estará provado com laudo pericial, o ônus argumentativo do MP e do PJ aumenta consideravelmente — para dizer o mínimo. Não é a livre apreciação que resolverá esse *gap* probatório. (Ramires,2010, pp. 41-42)

Ademais, o inciso VI do artigo 315 do CPP dispõe que a decisão judicial será nula se o magistrado não observar as “súmulas ou precedentes e a lei processual, invocado pela parte sem demonstrar *distinguishing* - e é nessa palavra que reside o ponto central”.(Streck, 2020)

Veem-se, no dia a dia, inúmeras obras de Direito Processual (com raríssimas exceções) todos trazem o sistema de provas do livre convencimento que veio para superar a prova tarifada. E as obras se repetem sobre o mesmo tema. E quase todos os autores desses livros concordam o Livre Convencimento Motivado foi uma conquista. Lenio Luiz Streck (2022) tem travado embates sobre isso, a ponto que influenciou na retirada da palavra "livre" do art. 371 do CPC.

O art. 371 do CPC traz a seguinte redação de forma coerente com as premissas legais do devido processo legal substancial, *in verbis*: art. 371, CPC. “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

O legislador ao proceder à elaboração do atual Código de Processo Civil no que alude ao sistema de valoração da prova pautado no subjetivismo do juiz sem nenhum limite consoante permissão legal do antigo CPC.

Inovou ao suprimir advérbio “livremente”, contribuição intelectual de Lenio Streck, um crítico do protagonismo do Poder Judiciário, sugestão essa “acompanhada de uma exposição de motivos, na qual se ressalta a incompatibilidade do sistema democrático com juízos intimistas na apreciação das provas”, revela uma tímida, porém importante reação do Poder Legislativo contra os excessos cometidos pelo Poder Judiciário, nos últimos tempos. (Vasconcelos, 2022)

Pontua Humberto Theodoro Júnior, que, *in verbis* :

A inovação, por certo, sepultará a antiga e incoerente nomenclatura “livre convencimento motivado”, atribuída pela generalidade dos estudiosos e pela unanimidade dos tribunais ao sistema de valoração probatório brasileiro, fazendo ascender, provavelmente, a expressão “persuasão racional”, já empregada por alguns autores. (Theodoro Júnior, 2009. V.1, p. 415)

Essa inovação trazida no preceptivo legal inserto no mencionado artigo do CPC sepultou a antiga e incoerente nomenclatura “livre convencimento motivado”, isso foi herança dos “estudiosos e pela unanimidade dos tribunais ao sistema de valoração probatório brasileiro, fazendo ascender, provavelmente, a expressão ‘persuasão racional’, já empregada por alguns autores”.(Theodoro Júnior, 2009.V.1, p.415)

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos como elementos de uma ordem de valores, consoante, aliás, importante decisão do Tribunal Federal Alemão, especificamente no julgamento do caso Lüth (1958), momento em que se trouxe a lume que os direitos fundamentais estão em primeiro lugar, destinados a assegurar a esfera de liberdade do indivíduo frente as intervenções do poder público, configurando-se como direitos de defesa do cidadão em face do Estado. (Mattos, 2009 ,p. 146)

O citado artigo 371 do CPC de 2015 traz um recado de sentido unívoco e de clareza solar aos magistrados, haja vista não haver, no desempenho da função

jurisdicional, espaço para o arbítrio e para a irracionalidade.¹³¹ Como é de sabença de todo pensador do Direito que as decisões judiciais são controláveis e devem ser levados em conta os preceitos normativos do ordenamento jurídico pátrio, notadamente constitucionais e a "atividade criativa", própria de qualquer texto humano, não pode, dentro do Direito, ser instrumento de veiculação de uma irracional (pré) concepção. (Bellesini ,2022)

E com fulcro nesses induzimentos de pertinência temática, indaga Streck(2022)

Todavia, indago: 1) se foi uma conquista, portanto, um avanço, por qual razão garantias processuais penais-constitucionais são "superadas" pelo LCM ou pela LAP?; 2) por qual motivo se usa o LCM sempre para não cumprir garantias explícitas (taxadas)? (Streck, 2022)

Como bem delineado em linhas precedentes, indaga-se: com o expressivo rol de hipóteses taxativas estatuídas na Constituição da República por qual razão o LCM ou LAP continuaria sendo um avanço? “Parece evidente que o paradigma do constitucionalismo contemporâneo rompe com posturas instrumentalistas e com o protagonismo judicial”. (Streck, 2020)

Defender a discricionariedade dos juízes equivale a concordar com a frase dos Realistas Jurídicos de que “os juízes decidem baseados aquilo que comeram no café-da-manhã”.(Holmes,199,p.427))

Se o LCM veio para superar a prova tarifada, falta fundamentar duas premissas: a) em que hipótese ou circunstância o LCM continua sendo um avanço hoje; e b) por que o imenso rol de garantias¹³² vale menos do que o livre convencimento? Vê-se que a resposta a essa indagação é óbvia: não tem sentido plausível afirmar-se que no ordenamento jurídico brasileiro ainda prevalece o LCM.¹³³

A República Federativa do Brasil adota, expressamente, o sistema do livre convencimento motivado em matéria penal, consoante dispõem os comandos

¹³¹ Embora não seja objeto de estudo desta pesquisa, porém o CPP artigo 155 mantém o termo “livre”, ao estatuir que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

¹³² Para extremar os direitos fundamentais das garantias fundamentais, é válido fazer uso do raciocínio estabelecido por Ruy Barbosa. Enquanto os direitos são albergados em dispositivos declaratórios ou enunciativos, as garantias estão plasmadas em normas de cunho assecuratório ou instrumental. As garantias são instrumentos postos à disposição de quaisquer jurisdicionados para postularem em juízo seus direitos. As garantias Constitucionais são os remédios “assecuratórios das liberdades.

¹³³ Por esse sistema “cada prova tinha um valor preestabelecido em lei, inalterável e constante, de sorte que ao juiz não era livre a avaliação, agindo bitolado pela eficácia normativa”, segundo explica Adalberto Camargo Aranha. Ou seja, a cada prova era conferido um determinado peso e ao juiz, como consequência disso, não era dada a possibilidade de qualquer análise subjetiva, dando maior ou menor importância a uma ou outra prova.

normativos insertos nos artigos 155 do Código de Processo Penal, bem como o sistema da íntima convicção (apenas para o tribunal do júri). É inegável, entretanto, em essência, que o sistema da prova tarifada¹³⁴ ainda possui resquícios no Direito Processual Penal, haja vista os acentuados ranços inquisitórios que ainda há nos dispositivos do Código de Processo Penal e, por conseqüência, a mentalidade de alguns dos julgadores brasileiros.

Se o LCM é um avanço, deveria sempre ser usado para afirmar garantias e direitos, e jamais os mitigar. Se LCM é um avanço por que até agora ninguém explicou como se deu esse "avanço" — LCM entra em conflito com o rol de garantias e direitos insertos nas leis de regência e com a Constituição da República, a qual é dirigente¹³⁵ garantista.

Como reforço califásico, entende-se que o “princípio” do livre convencimento motivado não prospera em um sistema normativo estatuído no CPC vigente, que trouxe de forma aguçada, o contraditório como pilastra garantidora de influência e não surpresa e, por essa razão, alimenta esforços para se ajustar ao paradigma da intersubjetividade, em que o processo é visto” como um *locus* normativamente condutor de uma comunidade de trabalho na qual todos os sujeitos processuais atuam em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade na construção e efetivação dos provimentos judiciais”.(Theodoro Junior; Nunes; Franco Bahia, Pedron, 2015)

Esse novo modelo teórico influencia sobremaneira a temática da fundamentação das decisões judiciais – bem como o devido tratamento aos princípios constitucionais processuais do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do devido processo –, a despeito da exigência constitucional contida no art. 93, inciso X, da Constituição de 1988(além do art.489, § 1º, CPC).(Pedron, 2023)

¹³⁴ A confissão era considerada uma prova absoluta, uma só testemunha não tinha valor etc. Saltam aos olhos os graves inconvenientes de tal sistema, na medida em que não permitia uma valoração da prova por parte do juiz, que se via limitado a aferir segundo os critérios previamente definidos na lei, sem espaço para sua sensibilidade ou eleições de significados a partir da especificidade do caso. (LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 13 ed. São Paulo. Saraiva. 2016, p. 205- 206) O sistema legal de provas ou sistema da prova tarifada, como o próprio nome já sugere, é um sistema hierarquizado, no qual o valor de cada prova é predefinido, não existindo, portanto, uma valoração individualizada, de acordo com cada caso concreto. Ou seja, cada prova já possui seu valor definido em lei de forma prévia. Nesse sistema o juiz não possui liberdade para valorar as provas de acordo com as especificidades do caso concreto.

¹³⁵ A constituição dirigente é a que estabelece um plano de direção objetivando uma evolução política. Traçam diretrizes para a utilização do poder e progresso social, econômico e política a serem seguidas pelos órgãos estatais. Possui normas programáticas que, em regra, quando não cumpridas ensejam a inconstitucionalidade por omissão. (GOMES,2022)

Não obstante a exigência normativa inaugurada pela Carta Magna, que consagrou um modelo principiológico de processo, conforme lição de Andolina e Vignera (1990), a práxis forense ainda não rompeu para com o modelo anterior (Pedron, 2022) .

Assim, o CPC, de 2015 não se limita a ampliar os participantes no processo, mas inclui o reconhecimento de que o ordenamento é interpretado e concretizado também além dos tribunais, e que o seu sentido é produzido por meio de debates que ocorrem em todos os locais em que existe o exercício da cidadania.

Por este motivo, estabelece novos marcos teóricos para o Direito Processual Civil brasileiro, recepcionando os princípios constitucionais processuais com nítidas alterações de concepção e de semântica, conforme se depreende do teor do art. 7º, art. 10 e art. 11 do CPC.

No que alude ao dever de fundamentação dos provimentos, estatuem os preceptivos legais insculpidos no art. 489, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § regra positivada.

136

¹³⁶ A definição de como tais regras são criadas não se prende exclusivamente ao modelo de uma atividade legislativa, reconhecendo Hart que o judiciário (principalmente quando define um precedente) também tem um papel político como órgão criador (ou descobridor) de regras jurídicas, sendo igualmente responsável por tal positivação.

Um juiz de cultura positivista¹³⁷ tem seu trabalho limitado a identificar, nos casos a ele submetidos para julgamento, a partir de um raciocínio silogístico, no qual as regras se amoldam aos fatos do litígio e aplicar, tomando o sentido estabelecido no passado tais regras? Eis a questão.

Observa-se que as falhas nessa teoria aparecem quando o magistrado não encontra regras previamente elaboradas para subsumir e, por consequência, a solução da lide *sub judice*. Tem-se aqui a opinião de Hart entre casos fáceis e difíceis. Nos últimos, há a presença de uma lacuna (ou anomia) no Ordenamento Jurídico pátrio.

Em tal cenário, a solução encontrada pelo Positivismo Jurídico é uma só: autorizar ao mesmo magistrado que promova um julgamento discricionário; ou seja, o mesmo estará agora autorizado a utilizar sua consciência e seu senso de justiça para decidir de modo unilateral o caso concreto. (Hart *apud* Pedron, 2022)

Sob essa ótica, estar-se-á admitindo ao juiz ser legislador positivo, ou seja: criar Direito (novo) e aplicá-lo de forma retroativa ao caso específico, que gera surpresa às partes do processo, o que é defeso segundo o ordenamento jurídico pátrio, notadamente as regras postas no CPC.

Dworkin (2022) compreende que tal quadro, pintado pelo conjuntura da teoria do positivismo, é de pobreza plena, uma vez que este não reflete as cores de uma Sociedade Democrática de Direito e admite ser possível pensar em outra teoria jurídica de natureza mais compatível e factível com as premissas da democracia e da sociedade.¹³⁸ “Imagine, então, que a noção que parece tão clara aos positivistas de que o magistrado tem discricionabilidade para decidir os casos difíceis é uma incoerência, quando contraposta ao ideal democrático” (Pedron, 2022).

Com a finalidade de combater essa realidade positivista, Dworkin procede a dois raciocínios distintos, mas que se complementam quando bem analisados. São eles: a) de

¹³⁷“O positivismo é uma corrente teórica inspirada no ideal de progresso contínuo da humanidade. O pensamento positivista postula a existência de uma marcha contínua e progressiva e que a humanidade tende a progredir constantemente. O progresso, que é uma constatação histórica, deve ser sempre reforçado, de acordo com o que Auguste Comte, criador do positivismo, chamou de Ciências Positivas. As Ciências Positivas teriam a sua mais forte expressão na Sociologia, ciência da qual Comte é considerado o fundador”. (PORFÍRIO, Francisco. O positivismo é uma corrente filosófica do século XIX que aposta na ordem e na ciência para a obtenção de progresso social. Disponível em <https://brasilescola.uol.com.br/sociologia/> . Acesso em: 19, maio.2022).

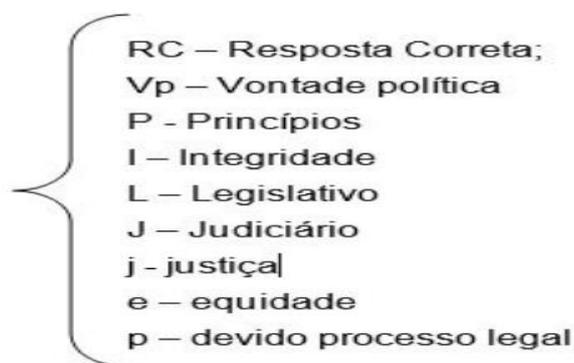
¹³⁸ Percebam a ênfase que Dworkin está dando para a ideia de que nossa sociedade é democrática (ou quer ser assim chamada) e está disposta a assumir tal virtude de braços abertos. Essa conclusão é importante: aquele que levanta objeções à proposta elaborada por Dworkin corre sério risco de assumir-se ou como um positivista jurídico, ou, pior, como um jurista não comprometido com a busca pela construção de uma sociedade democrática (o que está no próprio texto e na base ideológica da Constituição de 1988, art. 1º, *caput*)

que não pode haver discricionariedade, e para fazer essa afirmação, ele necessariamente deverá afirmar que todo aquele responsável por uma decisão jurídica deve zelar pelo comprometimento moral com a sociedade e aguçar os esforços, com o fito de melhor decisão para aquela situação fática, há apenas “uma única decisão correta ” para aquele caso em especial); e b) de que além das regras jurídicas, o ordenamento jurídico pátrio deve apresentar outras modalidades de normas, que sejam capazes de proibir de forma peremptória a existência de uma lacuna e, assim, conseguir definir naquela lide em questão a existência de um Direito para alguma das partes envolvidas. (MARINHO, 2022)

Dworkin (2005) estabelece mais uma condição (variável) contra factual para uma decisão judicial disciplinada pela integridade: a ideia de uma única e melhor decisão possível para cada caso específico.

Com isso, nega a possibilidade de haver duas ou mais respostas para a resolução de um caso e exclui qualquer vestígio de discricionariedade no mister judicante. Isso bastante controvertido, consoante afirma Dworkin, e tem provocado várias críticas.(Dworkin,2005).

Para descrever o enunciado do problema, Dworkin estabelece uma equação, na qual serão consideradas as seguintes incógnitas:



RC – Resposta Correta;
 Vp – Vontade política
 P - Princípios
 I – Integridade
 L – Legislativo
 J – Judiciário
 j - justiça
 e – equidade
 p – devido processo legal

Fonte: Jefferson Luiz Alves Marinho (2022)

Pelo o que foi aquilatado em linhas volvidas, pode-se aduzir que Dworkin ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos, deixa à disposição dos magistrados uma gama de possibilidades na prolação de respostas coerentes com o Direito legislado (positivo), entende-se que, de certa forma, limita a discricionariedade do magistrado, o qual deve pautar a sua decisão compatível com as provas, com o ordenamento jurídico e com a jurisprudência e precedentes existentes. Em suma, com o Direito. (Marinho, 2022)

Afirmar-se que há apenas “uma única decisão correta para cada lide, com todas as vênias de estilo, tal afirmação requer uma reflexão mais aprimorada, pois olhar o Direito

sobre um enfoque matemático não se vislumbra verdade inequívoca, porque os números no universo do Direito não são criados sem assento em uma realidade, ou seja, sem correspondência com fatos.

Pode-se concluir que há o dever fundamental, de justificar as decisões, há também o direito fundamental de obter respostas corretas como garantia à democracia. No caso de uma decisão judicial, o que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como Direito, ressalta-se que essa construção não é a soma de diversas ideias, mas sim, a interpretação mais adequada do Direito.

É com base no desenvolvimento da Matemática que surgem vários obstáculos em um "mundo objetivo", sem nem mesmo precisarem do concurso da vontade humana. Em essência, eles não são criados, contudo efetivamente descobertos no seio de “um mundo objetivo, “que, de fato, inventar ou criar, mas que (como toda invenção) se objetiva, liberta-se de seus criadores e se torna independente de sua vontade”. (Popper, 2006, p. 44)

Num Estado Democrático de Direito, de cultura *civil law*, magistrados têm, sim, liberdade para decidir um caso, contudo dentro das balizas legais e constitucionais. À guisa dessa ótica argumentativa, traz-se à colação dois argumentos para negar a possibilidade de discricionariedade de decisões judiciais, segundo Kelsen:

[...] (a) o governo é limitado pela responsabilidade de seus ocupantes, que são eleitos pela maioria; e (b) criando um direito novo, o juiz pune injustamente a parte sucumbente, uma vez que o aplica de forma retroativa. Afirmar e defender a discricionariedade equivaleria, então, a concordar com a frase dos Realistas Jurídicos de que os juízes decidem baseados aquilo que comeram no café-da-manhã. (Kelsen, 1999) ¹³⁹

Sendo o Direito produto dos homens (produto humano) e ciência factual social (e não uma ciência “exata”, leia-se formal), logo se entende não ser plausível defender a tese de que há única resposta correta diante de um universo de possíveis (racionais) decisões. O raciocínio e a argumentação jurídica têm a serventia fulcral de evitar as aberrações. Portanto afirmar e defender a discricionariedade limita-se em equívoco, então, concordar com a frase dos Realistas Jurídicos de que os juízes decidem baseado naquilo que comeram no café da manhã.

¹³⁹ Mas o problema de afirmar a possibilidade de uma moldura das decisões/interpretações possíveis já foi enfrentado por Kelsen (1999). Contudo, o jurista austríaco se viu encurralado em sua própria construção teórica, tanto que admitir como igualmente jurídicas decisões fora da moldura normativa – ou seja: ilegítimas, inconstitucionais, antidemocráticas ou padecendo de qualquer outro vício jurídico-político, pura e simplesmente porque o Judiciário tem o poder coercitivo para fazer cumprir tal decisão.

Dworkin (2022) defende que ninguém na condição de destinatário da decisão aceitaria “como razoável a afirmação de que seu caso foi tratado pelo Poder Judiciário como apenas mais um. Por reforço remissivo, é cediço que o dever de fundamentação explicitado nos mencionados artigos art. 489, do CPC, vê-se que esse dispositivo legal apenas desdobrou o preceptivo inserto no art. 93, inciso IX,CF/88, devendo-se a motivação ser proferida e estruturada pela própria jurisdição.¹⁴⁰

Com o advento do atual *CPC*, as inovações para o aperfeiçoamento da argumentação judiciária quicá tenham vindo dos comandos imperativos dos arts. 1º⁽¹⁴¹⁾, 8º⁽¹⁴²⁾, 13⁽¹⁴³⁾ e 489, § 2º⁽¹⁴⁴⁾, todos do CPC de 2015. Do exposto fica claro que não restou autorizada a liberdade interpretativa axiológica ilimitada, o que se amolda às limitações da teoria procedimental de Robert Alexy (2005), que, *prima facie*, talvez tenham influenciado os legisladores brasileiros, entrementes “o estímulo da interpretação do processo civil, tendo os valores encartados na Constituição Federal como axioma, pode ser bem vindo, assim como o é o desenvolvimento da aplicação prática da proporcionalidade em sentido estrito”. (Fernandes, 2022)

Vale aduzir que a observância pelos juízes das decisões promovidas pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) e pela Corte Interamericana, inclusive na promoção do debate da possibilidade ou não do controle de convencionalidade aproximando o ordenamento processual do caminho dos demais países que observam o Estado Democrático de Direito.

Em arremate, o Código de Processo Civil de 2015 nada mais é do que um reflexo do que todas as outras normas vêm tratando de forma menos explícita: a obrigatoriedade de o Poder Judiciário fundamentar todas as suas decisões, consoante preceitua a

¹⁴⁰ Embora pareça antagônico, mas a Suprema Corte pátria fulcrou entendimento de que é possível fundamentação *per relationem* na medida em que “não viola o art. 93, IX, da CF o acórdão que adota os fundamentos da sentença de primeiro grau como razão de decidir. ” (HC 98.814, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 23-6-2009, Segunda Turma, DJE de 4-9-2009.)

¹⁴¹ ”Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.(CPC).

¹⁴² “Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. (CPC)

¹⁴³ “Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte. (CPC)

¹⁴⁴ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.(CPC)

Constituição da República, bem como os princípios estatuídos no ordenamento jurídico brasileiro.

3.5.4 Diferenças entre texto, norma e princípios na visão neo-positivista

Preambularmente, sabe-se que se atribui à Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen uma das primeiras e mais significativas construções teóricas acerca do conceito de norma jurídica. Para essa teoria, o conceito de direito, *prima facie*, confunde-se com o próprio conceito de norma jurídica. Isso não significa dizer, todavia que a conceituação de norma é equivalente à de lei. Para Kelsen, a lei, na verdade, é apenas uma espécie de norma que faz parte de toda a estrutura da dinâmica jurídica. (Abboud, Carnio, Oliveira, 2013, p. 284)

Segundo, com a teoria kelseniana, a norma jurídica tem a concepção um esquema de interpretação (conceito semântico de norma), o qual institui o sentido objetivo dos atos humanos, dessa forma confere a eles um significado de Direito. Sendo assim, traz-se a lume que a norma jurídica confere sentido jurígeno aos atos da conduta humana. Vê-se, entretanto, que a norma é produzida por um ato jurídico, o qual também recebe a sua significação jurídica de uma outra norma, na estrutura da dialeticidade da ordem jurídica.

Muitos juristas foram influenciados pela teoria de Kelsen, inclusive Robert Alexy, em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, apesar de ter se esforçado para superar alguns aspectos do conceito formulado pela teoria kelseniana, também designou um conceito semântico de norma jurídica, haja vista que a prefalada teoria de Kelsen se subdivide em duas espécies, são elas : regras e princípios.

Tanto Alexy quanto Kelsen nutrem o conceito de norma como um esquema de interpretação cognitiva que por consectário desobriga a problematização para a sua existência, desse modo que confirma o seu caráter semântico. (Abboud, Cavalcanti, 2015)

Normas, conforme aduz Humberto Ávila, “são os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. (Ávila, 2015) Logo cabe aqui estabelecer a diferença entre regras e princípios.

A diferenciação entre ambos estabelece um ponto relevante para possíveis resoluções de problemas correlatos com os direitos fundamentais. A dicotomia entre regras e princípios pode ser empregada como instrumento jurídico que tem como primazia teleológica limitar a atividade jurisdicional do Estado-juiz. Em regra, consoante estabelece a Lei maior, todo magistrado deve fundamentar as suas decisões (93, IX, CF/88).

Segundo o escólio de Eros Roberto Grau, não se interpreta a norma, uma vez que esta é o resultado da interpretação, porque a interpretação do Direito é interpretação dos textos e da realidade”. Além disso, o seu sentido é criado pela “realidade histórica e social”. A realidade é parte da norma e do texto. “Na norma estão presentes inúmeros elementos do mundo da vida”. (Grau, 2018. p.18)

O juiz não poderá decidir de forma arbitrária. Trata-se de um dever imposto aos magistrados que é fundamentar todas as decisões que proceder, sob pena de nulidade. Entende-se que um juiz poderá decidir com base exclusivamente em princípios, tendo em vista que princípio é norma.

Segundo Robert Alexy, princípios são normas que dispõem que algo seja realizado na medida do possível, nos limites das possibilidades jurídicas e reais existentes. Trata-se de um "mandado de otimização". Os princípios apresentam um grau de generalidade mais alto que as regras. As regras são normas que podem ou não ser cumpridas.

Quando houver um conflito entre regras, somente poderá ser afastado à luz do princípio da especialidade ou será declarada inválida, no mínimo uma das regras. Sendo assim, a escolha de qual regra deve ser eliminada, deve-se utilizar regras de solução de conflito - lei posterior revoga lei anterior ¹⁴⁵- e - lei especial prevalece em relação as leis gerais.

Havendo um conflito entre princípios, a regra é que um dos princípios prevalecerá em detrimento do outro. O critério determinante de qual princípio deverá prevalecer, deve-se levar em conta as circunstâncias do caso concreto. Nessa hipótese, o conflito deve ser dirimido por meio da técnica da ponderação de interesses. Vê-se que na essência, não há exclusão de um princípio para prevalecer outro, há, sim, uma flexibilização de um princípio à luz do caso concreto. (Mendes, 2017)

Afirma Alexy que, *in verbis*:

O conceito semântico de norma certamente não é igualmente adequado a todas as finalidades, mas quando se trata de problemas de dogmática jurídica e da aplicação do direito é sempre mais adequado que qualquer outro conceito de norma. Esses âmbitos dizem respeito a questões como a de saber se duas normas são logicamente compatíveis, quais são as consequências de uma norma, como interpretá-la e aplicá-la, se ela é válida e, algumas vezes, se a norma, quando invalidada, deveria ser válida. O conceito semântico de norma é adequado exatamente para lidar com essas questões. (Alexy, 2012, p. 60)

¹⁴⁵ Art. 2º. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. (Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)).

Ainda comentando a mesma questão. Para Robert Alexy, a norma jurídica preexiste de forma abstrata antes da problematização jurídica. É por isso que ele também atribui à norma um caráter semântico. O conceito semântico de norma influencia diretamente os conceitos de regras e princípios na obra de Alexy, para quem a norma constitui o gênero do qual são espécies os princípios e as regras. (Alexy, 2012, p. 91)

A teoria da norma trazida por Alexy fundamenta-se principalmente nessa distinção entre regras e princípios, respectivamente, em mandados de definição e mandados de otimização. As regras e princípios, portanto, seriam espécies do gênero norma jurídica. (Alexy, 2012, p. 85)

Acontece que essa distinção somente é possível tendo em vista que o conceito de norma, na teoria alexyana, é operada no plano semântico, abstrato, desconsiderando a problematização jurídica. Segundo a doutrina, “por mais clara que essa distinção possa parecer, desde o ponto de vista lógico, ela sempre levará a mal-entendidos por se tratar de uma artificialidade que não problematiza a questão no âmbito pragmático”. (Abboud, Carnio, Oliveira, p. 299)

Afirma Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio, Rafael Tomaz de Oliveira que assim, surgiram autores, como, por exemplo, Ronald Dworkin, que não aceitam o caráter semântico da norma jurídica. Para ele, não existe conceito prévio e abstrato de norma jurídica. Vale dizer que a normatividade somente surgirá, concretamente, na própria atividade interpretativa e “não em um sistema lógico previamente determinado”(Abboud, Carnio, Oliveira, p. 32).

Conforme a teoria de Ronald Dworkin, o direito surge de um processo interpretativo de construção e justificação. Essa ideia se contrapõe às teorias semânticas da norma jurídica, que aceitam que as decisões judiciais sejam firmadas com em processo de subsunção de fatos à norma jurídica. Para essas teorias, a norma jurídica preexiste, por sua vez, deve apenas ao intérprete analisar a correta adequação dos fatos à norma jurídica (subsunção).

Dworkin critica, veementemente, as teorias semânticas, sustentando a necessidade de uma interpretação construtiva e pragmática acerca da aplicação do direito . E explica que, *in verbis*:

Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. Daí não se segue, mesmo depois dessa breve exposição, que

um intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem; que um membro da comunidade hipotética fascinado pela igualdade, por exemplo, possa de boa-fé afirmar que, na verdade, a cortesia exige que as riquezas sejam compartilhadas. Pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos, ainda que, como veremos, a natureza dessa coerção deva ser examinada com cuidado. Do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto. (Dworkin, 2010, p. 63-64.)

A visão conceitual de norma, desse modo, é posta em plano pragmático (concreto) e não mais meramente na seara semântica (em abstrato) como entendem Kelsen e Alexy. Vê-se, nessa intelecção, que a norma deixa de ser um mero esquema de interpretação de caráter semântico e passa a ser assinalada como a própria interpretação, que é pertinente com a atividade jurisdicional. A norma só possui significado ou normatividade, concretamente, após a atividade interpretativa e construtiva.¹⁴⁶

Essa virada no conceito de norma jurídica, resultante da dicotomia entre texto normativo e norma jurídica, atribuindo-lhe um caráter pragmático e não semântico, essa foi a primordial justificativa teórica para a gênese do paradigma pós-positivista da norma jurídica e, por consectário, da decisão judicial. Esse paradigma contribuiu para a superação do positivismo normativo de Kelsen, seguido, e em alguns aspectos por Alexy.

Aduz Lenio Streck que

A diferença entre texto e norma é ontológica, em que texto é ente, norma expressa o “ser”, e “ente não existe como ente, pois só ganha existência quando internalizado. No entanto, quando isso ocorre, o texto (ente) expressa sua capacidade de promover a reorganização do universo compreensivo e, conseqüentemente, gerar novos sentidos. (Streck, 2004. p. 246)

De qualquer forma, sem dúvida de que a observância do texto, sem aventuras interpretativas, é de suma importância para preservar a lei e salvá-la do império da discricionariedade, porque o Poder Judiciário (e, notadamente o STF) não pode realizar a função de novo soberano. (Mirrafon, 2023)

Preleciona Frederich Müller que, *ipsis litteris* :

O texto da norma não contém normatividade e a sua estrutura material concreta. Ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da

¹⁴⁶ Nesse sentido, transcrevem-se as lições da doutrina: “Portanto, normas não são coisas com um caráter significativo pré-determinado e nem tampouco categorias semânticas que operam deonticamente de uma maneira prévia, descolada da existência. Daí ser fundamental a presença de caso concreto (real ou fictício), pendente de solução, para que se possa vislumbrar a manifestação da norma jurídica” (ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. op. cit., p. 300).

concretização materialmente determinada do direito no âmbito de seu quadro. Conceitos jurídicos em textos de normas não possuem ‘significado’, enunciados não possuem sentido segundo a concepção de um dado orientador acabado. (Müller, 2005, p. 41)

Segundo o escólio do autor supracitado, o texto jurídico dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do Direito, no âmbito de seu quadro. Consoante o paradigma pós-positivista do Direito, a norma jurídica não se confunde com o mero texto normativo. Há, assim, um processo concretizador da norma jurídica.

Ainda aduz Müller que, *ipsis litteris*:

Somente o positivismo científico-jurídico rigoroso pode fiar-se em ‘aplicar’ a lei, na medida em que tratou o texto literal desta como premissa maior e ‘subsumiu’ as circunstâncias reais a serem avaliadas aparentemente de forma lógica ao caminho do silogismo na verdade vinculado ao conceito e, assim, vinculado à língua. (Müller, 2005, p. 192)

A bem da verdade, é cediço que o texto normativo é apenas o ponto de partida na estruturação da norma jurídica. Por consequência, o significado da norma jurídica apenas surge diante da problematização do caso concreto.

O programa normativo tem sua composição por elementos linguísticos (texto normativo) do processo interpretativo e concretizador da norma jurídica. Esse teor literal do programa normativo é preexistente de forma abstrata antes da problematização. Já a norma, por sua vez, é sempre se concretiza quando da decisão nunca dispensando a solução do caso concreto.

O recorte da realidade é elemento integrante da composição da norma jurídica, juntamente com os dados linguísticos, no processo interpretativo. (Abboud, Carnio, Oliveira, 2013 , p. 68)

Nessa predileção cognitiva, pelo que foi expresso em linhas volvidas, pode-se afirmar que o programa normativo e âmbito normativo são entidades jurídicas que dão alicerce à “concretização da norma jurídica, sendo ambos inseridos nela própria”. (Müller, 2005 pp. 254-255)¹⁴⁷

¹⁴⁷ Conforme explica Müller: “Nos direitos fundamentais e em outras disposições legais do direito de Estado e direito constitucional, os âmbitos normativos são, em geral, especialmente produtivos, fazendo com que tais normas apareçam, então, como particularmente ‘abstratas’ ao serem equiparadas a seu texto normativo. Somente o texto normativo é de fato abstrato. Ao lado dele e da norma de decisão concludente, a noção estruturante de norma deve ser tipologicamente elaborada, sendo que seu âmbito normativo, possível no real, potencialmente, visto que estruturalmente engloba os casos que se subordinam à norma. Também na teoria da norma, o tipo se mostra como o ‘meio-termo’ entre o geral e o particular’. O âmbito normativo designa como figura intermediária tipológica um âmbito estrutural possível no real para os casos reais,

Não se deve fazer confusão entre texto normativo com a própria norma jurídica, porque o texto normativo corresponde ao programa normativo, ou seja, elemento linguístico da norma jurídica (texto legal, súmula vinculante, *ratio decidendi* dos precedentes judiciais). Apenas o programa normativo preexiste abstratamente. Por outro lado, a norma jurídica é estruturada por um complexo processo de concretização constituído não apenas pelo programa normativo, mas também pelo âmbito normativo, ou seja, pelos elementos não linguísticos, “o recorte da realidade social que, no processo de interpretação prática e na aplicação de normas jurídicas, é assinalada como estrutura básica relevante pelo programa normativo”.(Müller, 2005p. 248-249).¹⁴⁸

Não há possibilidade de aplicar de textos normativos (lei, súmula, acórdão, precedentes, etc.) sem proceder à interpretação. Daí por que a impossibilidade em se admitir o silogismo como mecanismo para aplicação de regras jurídicas ou de qualquer outro elemento jurídico. O programa normativo é um limite intransponível para a atividade interpretativa. A norma jurídica concretizada deve se ater às balizas do enunciado normativo.(Nery Junior , 2011, p. 16)¹⁴⁹

O art. 501 do CPC de 1973 e o art. 998 do CPC/2015 preveem de forma expressa a possibilidade de o recorrente desistir do recurso, mesmo sem a anuência da parte

potencialmente reunidos e subordinados à disposição legal. A metódica racional, ultrapassando o estágio intermediário da tipologia da concretização articulada de acordo com programa normativo e âmbito normativo, une o caso à norma, os quais formam os dois polos não isolados da concretização, sendo integralmente inseridos nela” (MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante... cit., p. 254-255).

¹⁴⁸ Sobre como deve ser compreendido o âmbito normativo Müller explica que: “O âmbito normativo continua sendo, também nesse contexto que engloba valores, um elemento constitutivo da normatividade materialmente determinada e continua permanecendo a seu serviço e não a serviço do sociologismo ou do existencialismo jurídico. Ele não é uma mera soma de fatos, mas um conjunto de elementos estruturais, obtidos a partir da realidade e que em geral já aparecem tradicionalmente formados ou coformados pelo direito, sendo formulado como algo possível no mundo real. Os âmbitos normativos são, assim, esferas da liberdade ‘natural’, nem devem ser utilizados como natureza das coisas desvinculada de normas, corregedora da norma ou simplesmente superpositiva. A ‘natureza’ das coisas a serem aqui apreendidas pela teoria da norma significa apenas estrutura material básica das circunstâncias reais do mundo social normatizadas, apreendidas pela norma e cofundadoras da normatividade concreta da disposição legal. Por causa da formação jurídica existente, o âmbito normativo não se limita ao puro empirismo de um recorte da realidade. Ele não engloba a totalidade absoluta dos fatos a serem concretamente inseridos nesse recorte, porque, como parte integrante da norma estruturante vista, ele só aparece quando o programa normativo assinala, no processo de interpretação prática e na aplicação de normas jurídicas, as estruturas básicas relevantes desse âmbito normativo, considerando o caso particular” (idem, p. 248-249).

¹⁴⁹ Nelson Nery Junior, tratando sobre a mutação constitucional, leciona que: “Hodiernamente, a mutação constitucional deve ser entendida como adaptação interpretativa entre o texto constitucional e a realidade a ser operada principalmente pelos Tribunais Constitucionais. Contudo, a mutação possui limites, a fim de se evitar decisionismos e arbitrariedades, e ultrapassar esses limites implica violação do poder constituinte e da soberania popular. O texto constitucional, ou seja, o teor literal da CF, demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, isto é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis. Decisões que passam claramente por cima do teor literal não são admissíveis” (NERY JR., Nelson. Prefácio. In: ABOUD, Georges. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 16).

contrária e a qualquer tempo. Veja-se o teor do dispositivo, *in verbis*: “O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso”.

Nunes Leal¹⁵⁰ batizou a biblioteca do STF e o centro de estudos da AGU. Era vice-presidente do STF quando foi de forma compulsória aposentado pelo governo militar. As emblemáticas decisões de Nunes Leal foram comentadas por Fernando Menezes de Almeida, autor de precioso Memorial Jurisprudencial desse combativo juiz e advogado. (Leal, 2006)

Esse estudo se inicia com comentários ao decidido no Recurso Extraordinário 54.190; segundo Fernando Menezes de Almeida, "trata-se de acórdão cujo interesse diz respeito não à questão de fundo debatida, mas à invocação de determinada súmula, o que, no caso, deu ensejo a amplos debates sobre o modo de se aplicarem as súmulas e, em especial, de se as interpretar".(Almeida, 2006,p.11)

Essa decisão, fixe, é a certidão de batismo das súmulas, em sua dimensão operacional. É o antepassado mais vivo do inciso IV do art. 927 do atual Código de Processo Civil.

O Ministro Victor Nunes Leal¹⁵¹, no início da década de 60, foi o primeiro a propor a elaboração de súmulas para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ingressando

¹⁵⁰ Victor Nunes Leal **se tornou** bacharel em Direito pela Faculdade do Rio de Janeiro, sendo professor de Direito Constitucional e Doutor em Ciências Sociais. Jurista talentoso, foi nomeado ao Supremo Tribunal Federal em 1960, pelo presidente Juscelino Kubitchek. Na Suprema Corte, o dedicado ministro foi o precursor das famosas súmulas, visto que sistematizou as matérias já julgadas pelo tribunal para verificar se era conveniente decidir, novamente, sobre os mesmos temas. A partir das ideias de Nunes Leal foram criadas as súmulas vinculantes. Com o golpe de 1964 advieram diversos **atos institucionais** oriundos do governo vigente, corajoso, Victor Nunes Leal, em uma importante decisão, considerou que os atos institucionais possuíam hierarquia inferior ao da Constituição de 1967, **sua atuação independente desgostou o regime militar**. Victor Nunes era o vice-presidente da Corte quando foi forçado a se aposentar, junto com outros dois magistrados, por ordem do governo de Artur da Costa e Silva. O Ato Institucional 5 (AI- 5), em 13 de dezembro de 1968, deu ao marechal poderes irrestritos de ingerência no Legislativo e no Judiciário: ele fechou o Congresso Nacional e suspendeu direitos políticos e garantias individuais, por exemplo.

¹⁵¹ Victor Nunes Leal se tornou bacharel em Direito pela Faculdade do Rio de Janeiro, sendo professor de Direito Constitucional e Doutor em Ciências Sociais. Jurista talentoso, foi nomeado ao Supremo Tribunal Federal em 1960, pelo presidente Juscelino Kubitchek. Na Suprema Corte, **o dedicado** ministro foi o precursor das famosas súmulas, visto que sistematizou as matérias já julgadas pelo tribunal para verificar se era conveniente decidir, novamente, sobre os mesmos temas. A partir das ideias de Nunes Leal foram criadas as súmulas vinculantes. Com o golpe de 1964 advieram diversos **atos institucionais** oriundos do governo vigente, corajoso, Victor Nunes Leal, em uma importante decisão, considerou que os atos institucionais possuíam hierarquia inferior ao da Constituição de 1967, sua atuação independente desgostou o regime militar. Victor Nunes era o vice-presidente da Corte quando foi forçado a se aposentar, junto com outros dois magistrados, por ordem do governo de Artur da Costa e Silva. O Ato Institucional 5 (AI- 5), em 13 de dezembro de 1968, deu ao marechal poderes irrestritos de ingerência no Legislativo e no Judiciário: ele fechou o Congresso Nacional e suspendeu direitos políticos e garantias individuais, por exemplo.

a mesma no ordenamento jurídico pátrio com o título de Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, por intermédio de Emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (Sampaio, 2023)

A elaboração das súmulas, para a fixação da jurisprudência dominante do Supremo, tinha como objetivos: a) criar um sistema oficial de referência dos precedentes judiciais por meio da citação de um número convencional; b) diferenciar a jurisprudência consolidada daquela que se encontrava ainda em fase de sedimentação; e c) atribuir à jurisprudência consolidada consequências processuais para decidir processos repetitivos com maior rapidez. (Leal, 1964)

À luz da realidade brasileira, que adota o sistema jurídico *civil law*, a lei, a súmula, os precedentes judiciais e a *ratio decidendi* são textos normativos abstratos que preexistem à problematização do caso concreto e possuem o objetivo principal de resolver casos que venham a surgir futuramente. Por essa razão, milita em equívoco, em princípio, quem entende que os precedentes judiciais brasileiros possuem norma jurídica (ou, como alguns preferem, regra jurídica) a ser aplicada por simples subsunção aos casos repetitivos.

A súmula não pode funcionar como um “escudo que impeça a argumentação sob seus fundamentos”, de forma que é sempre necessário retomar “os casos que a formaram”. Inclusive, no § 2º do artigo 926 disciplina-se como requisito para edição de enunciados de súmulas que o tribunal se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Evidencia-se a fundamentalidade de se levar em conta os casos concretos tanto na criação como na aplicação das súmulas (Viana, 2018.p.213).

Nesse sentido, “a correta utilização da súmula” demanda “a compreensão de que o enunciado da súmula deve servir unicamente de referencial para facilitar a pesquisa das decisões adotadas pelo tribunal, não podendo conter qualquer conteúdo normativo por si só”. (Presgrave, 2017.p.179)

A interpretação, compreensão e aplicação da norma jurídica são atos que que ocorrem de forma simultânea da problematização de um caso concreto.¹⁵² Por isso que se

¹⁵² Conforme explica Lenio Streck: “A incidibilidade entre interpretar e aplicar representa a ruptura com o paradigma representacional metodológico. Não interpretamos por partes. Na verdade, quando interpretamos, aplicamos. É o círculo hermenêutico que vai se constituir em condição de ruptura do esquema (metafísico) sujeito-objeto, nele introduzindo o mundo prático, que serve para cimentar essa travessia, até então ficcionada na e pela epistemologia. Não há como isolar a pré-compreensão. Há um sentido que está com o intérprete desde sempre e que se constitui na antecipação do sentido, circunstância que transforma o ato de compreensão em uma espécie de vetor de racionalidade estruturante e não meramente explicativo. A procura de elementos de racionalidade que garantam uma orientação de validade intersubjetiva transforma esta racionalidade em um vetor de segundo nível” (STRECK, Lenio

comete um equívoco afirmar que primeiro se decide para depois buscar o fundamento da decisão. Essa conduta constitui em verdadeira arbitrariedade do intérprete.(Abboud, 2005)

Só é possível extrair o significado da norma jurídica por uma interpretação criativa, a qual leva em consideração os aspectos da realidade social, haja vista que o texto normativo não é a própria norma jurídica já definida a ser aplicada ao caso concreto. (Bueno, 2012, vol.1, p.105) ¹⁵³

A ideia de que a *ratio decidendi* extraída dos precedentes judiciais estabelece regra jurídica pronta e acabada para ser aplicada por subsunção ao caso concreto não se compatibiliza com o paradigma pós-positivista, porque parte da premissa de que ela é a própria norma jurídica já definida e que dispensa a problematização e a interpretação construtiva.

Da mesma forma, é relevante a compreensão de que os julgamentos de casos repetitivos - no bojo de incidentes de resolução de demandas repetitivas, nos recursos extraordinário e especial repetitivos - e no incidente de assunção de competência também formam precedentes obrigatórios.

Cabe destacar, em relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas, que, dentre seus requisitos, além da repetição de processos sobre a mesma questão de direito, há a necessidade de que exista risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, nos termos do artigo 976, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

Em relação à eficácia vinculante da orientação do plenário ou órgão especial, previsto no inciso V do artigo 927, se refere às “decisões colegiadas, proferidas no Tribunal Pleno, no Supremo Tribunal Federal e na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, além dos órgãos plenos dos tribunais de segundo grau quando a questão versar sobre direito local”. (Neves, 2020.p.1.397-1.398)

Importante, ainda, tecer breves considerações acerca das teses fixadas pelos tribunais em sede de recursos extraordinários, especiais e incidentes de resolução de

Luiz. Op. cit., p. 467). Em sentido contrário, Kelsen afirma: “Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior” (KELSEN, Hans. Op. cit., p. 387).

¹⁵³ Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno: “O direito precisa ser interpretado para ser aplicado. Ele serve para ser interpretado e aplicado. É como se dissesse, sem muito exagero, que não há, propriamente ‘direito’ sem sua específica aplicação aos casos concretos. Há, no máximo, texto que representa o direito, mas não as normas jurídicas propriamente ditas. Estas precisam, sempre, ser interpretadas e aplicadas para existirem como tais” (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 1, p. 105).

demandas repetitivas e de assunção de competência.(Cunha, 2023) Nesse ponto, são interessantes as conclusões de Rodrigo Barioni e Teresa Arruda Alvim em estudo acerca do incidente de resolução de demandas repetitivas:

A interpretação do precedente, com o foco voltado a definir a *ratio decidendi* e seu alcance, conduz a uma proposta de regramento para o caso em que se pretende aplicar o precedente. Essa tarefa, porém, deve ser auxiliada pela fixação da tese jurídica pelo próprio tribunal que produziu o precedente, que tem de indicar qual situação fática se procurou solucionar. Em outras palavras, ao estabelecer a tese jurídica, o tribunal define desde logo a hipótese de incidência da *ratio decidendi*, delimitando a zona de certeza positiva das situações fático jurídicas que estão abrangidas pela regra criada pelo precedente. Significa, portanto, que a *ratio decidendi* e a tese jurídica mantém a relação de continente e conteúdo.(Barioni;Alvim, 2019, p.200)

A análise procedimental de decisão por precedentes judiciais é, por óbvio, e funcionalmente de caráter hermenêutico em virtude dois aspectos principais. O primeiro é porque a decisão por precedentes não se articula com textos pré-definidos: o precedente, e, mais especificamente a *ratio decidendi*, não podem ser capturados, tampouco limitados por um texto, súmula, entre outros enunciados, sob risco de deixar de ser *ratio decidendi*.

O segundo aspecto diz respeito à necessidade de individualização do caso: a questão a ser dirimida por um precedente, não abarca previamente uma questão fática. Nesse caso mister se faz a demonstração da singularidade de cada caso, para que se evidencie que o caso sub examine não de submetê-lo à solução por precedentes. Não há, repita-se, aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Do contrário, não será decisão por precedente.

Em outras palavras, não há uma prévia e pronta regra jurídica pertinente para aclarar via efeito cascata vários casos processuais futuros, pelo contrário, a própria regra jurídica (precedente) é fruto de intenso debate e atividade interpretativa.

O precedente genuíno no *common law* nunca nasce desde-sempre precedente. No *common law*, o que confere essa dimensão de precedente à decisão do Tribunal Superior é sua aceitação pelas partes e pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário.

O precedente à brasileira não possui uma aura democrática, uma vez que os provimentos vinculantes estatuídos no CPC de 2015 já nascem dotados de efeito vinculante – e isso independentemente da qualidade e da consistência da conclusão de suas decisões. Por consequência, como se sabe, no *common law*, os Tribunais Superiores do Poder Judiciário quando decidem um *leading case*, não podem impor seu julgado

determinando que ele se torne um precedente. Nesse sentido é o caso *Marbury vs. Madison*.(Morais, 2023) ¹⁵⁴

Vale dizer, por força legislativa (art. 927 do CPC/2015), no Brasil, diversas decisões judiciais já nascem vinculantes independentemente da sua própria qualidade. Ou seja, ainda que não coerentes ou íntegras do ponto de vista da cadeia decisional, elas nascerão vinculantes. Essa verificação é primordial para se compreender a serventia do fator hermenêutico para se tratar da aplicação do CPC de 2015, com o objetivo de impedir qualquer tentativa de aplicação mecânica, ou meramente subsuntiva, de qualquer provimento vinculante.

À luz dos preceitos de hermenêutica jurídica, onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir (*ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio*), ou, onde há o mesmo fundamento haverá o mesmo direito (*ubi eadem ratio ibi idem jus*).

Pela inteligência normativa preconizada, nos termos dos arts. 926 e 927 do CPC, mesmo no sistema *civil law*, vê-se que a lei deixou de ser o único paradigma jurídico que vincula a decisão de magistrados, de tal forma que as decisões a serem procedidas devem guardar coerência e integridade com o sistema de precedentes, ou seja, não devem ser diferentes quanto à razão de decidir de outras decisões já prolatadas sobre o mesmo tema, tudo isso para guardar pertinência com a segurança jurídica e estabilidade à sociedade, excepcionalizando-se, entretanto, a hipótese em que a análise de caso concreto e o precedente aventado sejam distintos (*distinguishing*), ou quando o próprio entendimento do precedente tiver sido superado pelas peculiaridades do contexto fático e histórico-jurídico daquele momento (*overruling*).

¹⁵⁴ O caso *Marbury vs Madison* desempenha um importante papel no debate sobre a legitimidade do judicial *review* no sistema constitucional norte-americano. O caso entrou para a história como famoso *Leading Case* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Foi pela primeira vez no Estados Unidos da América que se fixou que caberia ao Poder Judiciário a fiscalização da constituição. O controle de constitucionalidade das leis, por via de exceção, surge pela primeira vez por meio da decisão do caso emblemático “*Marbury vs. Madison*”. O caso foi responsável pelo estabelecimento da doutrina do judicial *review*, que nada mais é que o controle do poder judiciário sobre as leis e atos normativos do poder legislativo e executivo. O controle de constitucionalidade das leis, por via de exceção, surge pela primeira vez por meio da decisão do caso emblemático “*Marbury vs. Madison*”. O caso foi responsável pelo estabelecimento da doutrina do judicial *review*, que nada mais é que o controle do poder judiciário sobre as leis e atos normativos do poder legislativo e executivo. (MORAIS, Fernanda de. *Marbury vs Madison: estudo de caso do controle de constitucionalidade*. Disponível em <https://direito.idp.edu.br/blog/direito-constitucional/marbury-vs-madison/>. Acesso em: 12, maio, 2023).

Os precedentes também demandam a compreensão do sentido de *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Para o escopo dessa investigação, foi relevante a compreensão da *ratio decidendi* como razões universais, que transcendem o caso concreto, se mostrando aptas a resolver outras controvérsias jurídicas similares. Sublinha-se, contudo, que a *ratio decidendi* não pode ser abstraída do contexto fático no qual foi formada. Já o *obiter dictum* se relaciona a argumentação jurídica que não se mostrou essencial a decisão do órgão julgador.

Por fim, no que tange aos institutos pesquisados, destaca-se o *distinguishing* e o *overruling*. O primeiro - exame de distinção - é uma técnica que se destina a afastar precedentes da solução do caso concreto, sendo fundamental para evitar a aplicação errônea de precedentes vinculantes e persuasivos. O *overruling*, por sua vez, é o instrumento adequado para evitar o engessamento do sistema jurídico, permitindo que precedentes sejam superados.

No aspecto, a técnica nomeada *disapprove precedent* se mostrou relevante ao permitir que juízes, sem embargo da aplicação dos precedentes vinculantes, possam fazer constar em suas sentenças argumentos que permitirão a rediscussão da matéria pelas cortes superiores.

Quanto à fundamentação constitucional para um sistema de precedentes no Brasil, foi possível identificar que este encontra embasamento nos princípios constitucionais da igualdade e da segurança jurídica. A igualdade, como visto, expressamente consagrada no texto constitucional, demanda tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida das desigualdades, a partir da máxima aristotélica. Isso significa que a aplicação do Direito que desconsidera tal princípio viola o próprio Estado de Direito e indica inefetividade na garantia de acesso ao Poder Judiciário.

Em relação à segurança jurídica, constata-se sua imanência ao Estado Democrático de Direito, de forma que foi possível depurar sua existência a partir de diversos dispositivos constitucionais como a coisa julgada, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido, a legalidade, o acesso à justiça, e as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Na ótica dos precedentes, a segurança jurídica representa uma prioridade pela estabilidade e previsibilidade do Direito.

Assim sendo, enquanto a igualdade demanda dos julgadores tratamento idêntico para pessoas na mesma situação e nas mesmas condições, levando em conta seu aspecto material, a segurança jurídica resta fulminada quando o Direito não se caracteriza pela estabilidade e previsibilidade. Permitiu-se ainda afastar a argumentação de que a

independência dos juízes seriam um impeditivo constitucional a adoção do sistema de precedentes.

O artigo 927, por sua vez, disciplina um rol de provimentos vinculantes. Quanto ao tema, foi necessário distinguir os precedentes (decisões do Supremo Tribunal em controle concentrado de constitucionalidade, os acórdãos em incidente de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, assim como a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados) das súmulas (enunciado de súmula vinculante e enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional).

Em relação às súmulas, constatou-se que são facilitadores aos juristas, sendo sempre necessário retomar os casos concretos que a formaram. Em relação às teses, foi relevante a observação de que podem ser compreendidas como uma hipótese de incidência da *ratio decidendi*, sendo altamente recomendável ao jurista que não se detenha somente à leitura das teses.

No que tange à atuação do intérprete e, conseqüentemente, do Poder Judiciário, estudou-se a distinção ontológica entre texto e norma. Assim, texto seria o equivalente ao enunciado normativo, ao passo que a norma seria o resultado da interpretação em face daquele mesmo enunciado a partir da relação entre o texto e a realidade. Portanto, observou-se que a norma, nessa perspectiva hermenêutica, somente surge após a interpretação e aplicação.

Tal distinção reforça a necessária postura interpretativista dos juristas, que, em nosso sistema, partem da lei – Constituição –, mas sem olvidar dos precedentes - e das circunstâncias fáticas que o formaram - até se alcançar a resposta do caso concreto.

Sem embargo, a reflexão impõe a conclusão de que são possíveis efeitos colaterais, diante da má utilização dos precedentes vinculantes. Nessa seara, a postura acrítica dos operadores do Direito no manuseio dos precedentes poderá acarretar o desvirtuamento do sistema.

A aplicação desatenta de ementas, conclusões de decisões judiciais, assim como de súmulas, como se leis fossem - descoladas dos casos concretos que as formaram -, são exemplos de posturas que descartam a interpretação do Direito. Tal modo de agir inevitavelmente acarretará a distorção do sistema (que impõe interpretação) e implicará um alto risco de respostas incorretas, se voltando e violando seus princípios fundantes: igualdade e segurança jurídica.

Em arremate, Sérgio Luiz Wetzel de Mattos conclui que, *in verbis* :

[...] princípios e regras são razões de tipo diferente. Os princípios são sempre razões *prima facie* para juízo s concretos de dever ser, no sentido de que essas razões podem ser superadas por razões opostas. As regras, por sua vez, são razões definitivas para juízos concretos de ser, – amenos que sejam excepcionadas. Segue-se , daí, que os princípios conferem somente direitos *prima facie* . As regras, por sua vez, quando são aplicáveis e não admitem qualquer exceção, conferem direitos definitivos. Direitos *prima facie*, conferidos por princípios, convertem-se em direitos definitivos quando, na solução de uma colisão de princípios, é estabelecida uma relação de primazia entre princípios colidentes, à luz das circunstâncias do caso concreto[...] (Mattos, 2009, p. 169)

Da decisão em que se empregou a técnica da ponderação (modo de aplicação dos princípios) tem como resultado uma regra, porque as possibilidades jurídicas são, por consectário, determinadas primordialmente por princípios em sentido contrário. A regras não são suscetíveis de ponderação. A subsunção é o modo de aplicação das regras .

3.5.5 Diferença entre precedentes judiciais e súmula com efeito vinculante

Bem, a princípio, não se deve fazer confusão e achar que súmula vinculante e precedente judicial são a mesma coisa. A primeira distinção é a forma como os dois institutos (súmula vinculante e precedente judicial) ingressaram em cada sistema jurídico. Afirmo Lenio Streck (2022) que “nos Estados Unidos da América, por exemplo, a força do precedente "reside na tradição, não estando estabelecida em qualquer regra escrita, quer na Constituição, tampouco em regra de ofício”.

Verifica-se que a súmula com efeito vinculante tem sua origem na teoria do *stare decisis*, ou teoria do precedente judicial vinculante, adotada em países filiados ao sistema jurídico do *common law*. Essa nomenclatura é uma abreviatura latina da expressão *stare decisis et non quieta movere*, que significa literalmente: mantenha-se a decisão e não mexa no que está quieto; está relacionada à ideia de que os juízes estão vinculados às decisões do passado, ou seja, aos precedentes.(Nogueira,2011,p.162)

Esse brocardo latino pode ser entendido como: o que está decidido não se move, não se altera. Relativa, portanto, ao precedente judicial¹⁵⁵ de caráter vinculante, logo, de

¹⁵⁵ Precedente é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de outro julgamento posteriormente proferido. É uma decisão judicial tomada em um caso concreto, que pode servir como exemplo para outros julgamentos parecidos. Por exemplo, uma decisão que não transcender o caso concreto nunca será utilizada como razão de decidir de outro julgamento, de forma que não é considerada um precedente.

seguimento obrigatório em casos subsequentes que se assemelhem a demandas decididas anteriormente pelos magistrados.

O precedente judicial¹⁵⁶ é típico do sistema jurídico do *common law*, embora o precedente vinculante tenha como fulcro a teoria do *stare decisis*, como já explicitado em linhas volvidas, a qual foi inserida nos países que adotam o sistema anglo-saxão, notadamente na Inglaterra, em razão da incursão dos romanos “em seu território nos séculos iniciais da Era Cristã”.(Souza,2022)

Com amparo jurídico na legislação aplicada à espécie versada, *prima facie*, a súmula vinculante ao contrário dos precedentes norte-americanos, seu valor é pelo enunciado genérico e abstrato e não pelos fundamentos que embasaram determinada decisão de algum Tribunal. No que alude ao modo de sua aplicação, por seu turno, o precedente judicial se constitui num critério jurídico, que serve como problematização e fundamentação para casos análogos, entretantes já o teor do verbete sumular vinculante tem *status* de preceito geral e abstrato que súmula vinculante *versus* precedentes. (Abboud, 2022).

Nessa perspectiva cognitiva, obtempera Cândido Rangel Dinamarco (1999) que no sistema *common law*, a força vinculante dos holdings, ou *rationes decidendi*, propicia a quádrupla vantagem expressa nas palavras: igualdade, segurança, economia e respeitabilidade.(Dinamarco,1999,p.51-65)

À guisa do exposto, a súmula com efeito vinculante prescreve um enunciado de forma literal tão quanto a lei, que estabelece uma solução para as hipóteses fixas e determinadas, enquanto que os precedentes judiciais carregam uma maleabilidade normativa que possibilita a ponderação de cada caso concreto.

Em premissa preambular é de bom alvitre que o deslinde de um caso no regime de precedentes é muito diferente da solução de um caso por meio da súmula vinculante, este ocorre da mesma forma que ocorreria perante a lei, sobre essa questão merece destaque a seguinte passagem de Dworkin que dispõe: "os juízes e os juristas não pensam

¹⁵⁶ Note-se que em recentes estudos também se analisa o precedente não judicial, o qual tem influência sob o precedente judicial. Apenas como exemplificação desses estudos, Trevor Morrison (2010) analisa o *stare decisis* no âmbito do *Office of Legal Counsel*, que pode ser tido como um escritório que é a mais significativa fonte de conselhos legais para o Executive Branch (Poder Executivo), e que, exercendo atividade delegada do Attorney General (o principal consultor jurídico do Governo), dá conselhos legais ao presidente dos Estados Unidos e também a outros órgãos do poder executivo. Com isso, o autor verifica a existência de um sistema de *stare decisis* mesmo em situações não judiciais, discutindo-se, assim, o precedente não judicial de atores não judiciais, também com argumentos não judiciais, verificando se existe um respeito às decisões anteriores mesmo que tomadas por esses atores que não atuam na justiça. Contudo, no presente artigo, analisar-se-á somente o precedente emanado de uma autoridade com poder jurisdicional.

que a força dos precedentes se esgota como aconteceria no caso de uma lei, devido aos limites linguísticos de uma determinada formulação”. (Dworkin, 2002, p.174)

Em sã consciência, acredita-se que os pensadores do Direito apoiam qualquer ideia que dê coerência, estabilidade, integridade e segurança jurídica¹⁵⁷ ao Direito, desde que se evite poluição semântica, uma vez que súmula com efeito vinculante, *ratio* do precedente; os provimentos enumerados no artigo 927 do CPC são todos nomeados como precedentes¹⁵⁸ - dando-se a entender que não haveria distinção conceitual entre eles. Isso caracteriza um equívoco (Streck, 2022)

Vê-se, diuturnamente, a utilização dos termos supracitados entre os pensadores do Direito, muitas vezes os aludidos termos (institutos jurídicos) são utilizados de forma equivocada e generalizada. “A inovação trazida pelo CPC vigente veio no sentido de impor ao julgador, de maneira expressa, a necessidade de observar as regras relativas aos precedentes vinculantes, julgados em sede de recursos repetitivos (STJ) ou repercussão geral (STF)(AGuiães, 2022) .

Não se pode olvidar que os preceptivos legais insertos no art. 489 CPC, ao tratarem dos elementos essenciais da sentença(requisitos essenciais), estatuem que a decisão será considerada não fundamentada, quando não trazer na sua arquitetura estrutural precedentes, notadamente em duas situações:” i) se se limitar a invocar precedente sem identificar seus fundamentos e, mais do que isso, sem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta aos fundamentos determinados no precedente ou; ii) deixar de seguir precedente invocado pela parte sem que promova a suficiente distinção

¹⁵⁷ Traz-se a lume que a integridade é entendida à luz de Ronald Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, *que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido*. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, por meio dessa *comunidades de princípios*, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética a qualquer forma de voluntarismo, ativismo e discricionariedade. Ou seja: por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, *não pode ele quebrar a integridade do Direito, estabelecendo um “grau zero de sentido”*, como que, fosse o Direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso — a morte do personagem — *não fosse condição para a construção do capítulo seguinte*. Portanto, ao contrário do que dizem alguns precedentalistas, Dworkin não autoriza uma correção moral do direito (aliás, nesse sentido tem isso em comum com Joseph Raz). Mas isto nem de longe possibilita o enquadramento de Dworkin como um “cognitivista” (formalista) como, equivocadamente, afirma Guastini. Cf. GUASTINI, Riccardo. *Intepretare e argomentare*. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 2011. p. 409. Na verdade, Dworkin é, sim, um cognitivista, mas jamais no sentido que Guastini (para falar só dele) entende. O cognitivismo de Dworkin é no sentido da meta-ética. Ou seja, antitético ao conceito descritivista (ato de conhecimento) referido por Guastini. Veja-se como a teoria do direito faz a diferença, clareando os conceitos.

¹⁵⁸ Importante registrar que, por ser de relevo, que na visão de alguns juristas, “precedentes” são apenas os julgados que possuem natureza vinculante.

entre o paradigma julgado pelo precedente e o caso concreto analisado”.(AGUIAIS, 2022)

Em palavras amenas, não há de se falar em precedente vinculante (como acontece, *prima facie*, com as súmulas vinculantes emitidas pelo Supremo Tribunal Federal – STF-art. 103-A CF/88), mas não há de se negar a importância dada aos julgados que consolidam o entendimento de um determinado órgão colegiado sobre o assunto. (Faria, 2022)

Em essência, precedente é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de outro julgamento posteriormente proferido. É uma decisão judicial tomada em um caso concreto, que pode servir como exemplo para outros julgamentos parecidos. Deve-se ter cuidado porque nem toda decisão, ainda que proferida por um tribunal, é um precedente.

Por exemplo, uma decisão que não transcender o caso concreto nunca será utilizada como razão de decidir de outro julgamento, de forma que não é considerado um precedente (Faria, 2022).

Cita-se como outro exemplo, uma decisão judicial que se vale de um precedente para poder decidir não pode ser considerada precedente, haja vista sua base já o é um precedente. E por último, as decisões que se limitam a aplicar a letra da lei também não podem ser consideradas precedentes.

Jurisprudência, em sentido estrito jurídico, é o resultado de um conjunto de decisões judiciais, aplicações e interpretações das leis no mesmo sentido sobre uma matéria proferida pelos tribunais de justiça ou administrativos. É formada por precedentes, vinculantes e persuasivos, desde que venham sendo utilizadas como *ratio decidendi* em outros processos ou meras decisões.

Pode-se dizer que a jurisprudência pode ser entendida em três dimensões: como decisão isolada de um tribunal da qual não caiba mais recursos; como um conjunto de decisões reiteradas dos tribunais e como súmulas de jurisprudência, que são as orientações resultantes de um conjunto de decisões proferidas com mesmo entendimento sobre determinada matéria. (Faria, 2022)

A súmula, por sua vez, é uma consolidação objetiva da jurisprudência (materialização objetiva). Vale dizer que o tribunal, após ter reconhecido já ter formado um entendimento majoritário acerca de determinada questão jurídica, tem o dever de formalizar esse entendimento por meio de um enunciado, por consectário notícia de

forma objetiva de qual é a jurisprudência presente naquele tribunal a respeito da matéria¹⁵⁹.

Se uma decisão judicial não for vinculante será considerado meramente precedente persuasivo, uma vez que os demais órgãos do Poder Judiciário não estão obrigados a obedecer a essa decisão (entendimento), porém possam reconhecer naquele julgado uma perfeita e harmoniosa interpretação à luz da hermenêutica jurídica de determinada questão e utilizá-lo como referência, orientando-se por ele para o julgamento de um caso vindouro.

3.5.6 Desacordo teórico racional e sua contribuição para razão de decidir

Desacordos são abundantes: seja na Filosofia, na Política, na Moral, na Religião, no Direito, assim também o é em quase todas as ciências encontram-se casos atuais ou passados de desacordo sobre alguma matéria em discussão. Às vezes o desacordo é pertinente à ação de fatores sociais e motivacionais como ideologia, pressões institucionais, orgulho, preconceito, rivalidade, controvérsias persistentes parecem “sugerir que há também desacordos que repousam em razões que se pode chamar de epistêmicas”.(Junges , 2022)

No campo do Direito é trivial e salutar a discordância entre os juristas. Acredita-se que esses desacordos ocorrem mais no Direito que qualquer outra ciência. Diuturnamente, veem-se pareceristas procederem a conselhos opostos. Doutrinadores tomam posições conflitantes. Tribunais fixam jurisprudências divergentes. O próprio processo judicial (civil e penal) é gestão de desacordo em virtude da sua dialeticidade para atender aos requisitos legais do devido processo legal. Muitos entendem, contudo, que esse fato da vida na esfera jurídica reflete apenas choques de vaidades, conflitos de interesses e disputas por poder, má-fé intencional, entre outros. Com todas as vênias de estilo, discorda-se.

Ziel Ferreira Lopes preleciona que

Uma posição mais complexa do que estas pode ser chamada de juridicamente “agnóstica”. Ela pode evitar discutir se existem sempre fundamentos jurídicos para decidir os casos, de maneira racionalmente controlável. Pode se reservar a dizer apenas que, mesmo se esses fundamentos existirem, eles não podem ser demonstrados de maneira

¹⁵⁹ Veja, por exemplo, que a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, em seu art. 59, III, § 2º, já estabelecia que “Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.

cabal, como ocorre com uma prova empírica ou lógica. Portanto, num desacordo sobre a interpretação do direito, alguém sempre vai poder se apegar teimosamente à sua própria interpretação, sem que se possa provar que ele está errado. (Lopes, 2022)

Ora, se o Direito é uma ciência social factual aplicada, logo não pode ter uma resposta única, pensamento matemático, tampouco ignorar os aspectos sociais, jurídicos, políticos, econômicos, filosóficos, entre outros, ou seja, no mínimo a teoria tridimensional do Direito, para uma devida compreensão e aplicação do Direito ao caso específico.

Dworkin, entretantes, entende que há algo mais intenso e significativo em jogo. Ao compulsar a leitura do primeiro capítulo de “O Império do direito” (1986) do referido autor, observa-se que alguns desacordos revelam que o Direito traz à colação um conceito interpretativo e dinâmico, e que os juristas têm diferentes concepções do Direito. (Junges, 2022)

Para Dworkin, contudo, há certo tipo de desacordo entre os juristas que revela que eles não acreditam nos mesmos fundamentos do direito, o que é aceitável. Ele aduz que existem três tipos de desacordo em direito. São eles: Desacordos sobre fatos, desacordos sobre direito e desacordos sobre moralidade e fidelidade.

Desacordos sobre fatos dizem respeito ao que aconteceu no caso. Se a vítima foi ou não assassinada a tiros, se o projétil saiu ou não daquela arma, se o alibi do réu foi ou não corroborado pela testemunha, se a testemunha era ou não confiável. Se dois juristas discordam sobre os fatos do caso, seu desacordo não é fundamental. **Desacordos sobre o direito** dizem respeito à solução do caso. Dois juristas podem concordar sobre os fatos, mas discordar sobre a solução. Podem ter um desacordo empírico sobre qual a norma válida aplicável ao caso. Um jurista pode achar que a norma que o outro suscitou não está valendo (por exemplo, foi revogada, ou é inconstitucional), ou não se aplica àquele lugar, tempo, sujeito ou situação. Novamente, seu desacordo não é fundamental. (Dworkin, 2005) (Grifou-se)

Juristas, magistrados, advogados, promotores de justiça, diuturnamente, travam desacordo teórico sobre como proceder à aplicação da norma jurídica e à sua adequada interpretação e aplicação. Não há norma clara que não aceite interpretação, porque para um jurista a norma expressa uma coisa; para o outro, estatui ao contrário, o que é perfeitamente aceitável e factível no mundo jurídico.

Para um a norma requer interpretação literal; para o outro, interpretação teleológica e assim é a luta pelo Direito. Para um a norma deve ser “temperada” ou afastada por um princípio-moral; para o outro, o tal princípio não se aplica ao caso em apreço, ou não tem peso determinante, ou sequer há lugar para princípios no Direito.

A História é testemunha que todas as grandes conquistas do Direito, tais como abolição dos escravos, da servidão pessoal, liberdade da propriedade predial, das crenças, etc, - foram alcançadas à custa de muitas lutas, de combates continuados no decorrer dos séculos.

Nessa hipótese silogística se entende que há desacordo fundamental. E assim caminha o Direito de forma dialética. É por isso que não se pode conceber resposta única para o Direito. E é para este justamente esse tipo de desacordo que Dworkin quer chamar atenção.

Ora, mesmo sabendo qual norma é aplicável ao caso em tela, os juristas em questão mesmo assim discordam, certamente é porque eles não têm a mesma concepção do que é o Direito. Um talvez conceba o Direito como um sistema fixo e prévio de regras hígdas, cuja função é assegurar objetividade e segurança. O outro, por sua vez, quiçá o conceba como um conjunto de regras, princípios e normas que realiza uma promessa de igual respeito e consideração para cada cidadão, entre outros conceitos.

Imagine, se juristas com distintas concepções do Direito olharem para a mesma norma, por consectário não terão a mesma interpretação. E se forem consultados acerca do mesmo caso difícil, certamente não recomendarão a mesma solução. Essa hipótese, por si só, explica por que há desacordos teóricos sobre o mesmo Direito.

Quando os juristas aceitam e aplicam os mesmos fundamentos do Direito, fixados de modo convencional. Nesse viés, Dworkin chama essas teorias de convencionalistas e também as rejeita como inadequadas, porque segundo ele, os fundamentos do Direito estão sempre em disputa, dialética e diuturnamente. E razão assiste a ele, porque o Direito é vivo e dinâmico.

Ronald Dworkin (2005) ao defender a jurisdição constitucional, ela alerta que a jurisdição “obriga o debate político a incluir o argumento acerca do princípio”. No que alude aos eventuais erros judiciais, “o simples fato de ter essa instância reflexiva funcionando pode ter sido fundamental para a formação de uma cultura jurídica que superou consensos injustos e reconheceu novos direitos”.

Os desacordos jurídicos são postos em debate e admitimos, uma vez que as normas jurídicas não são autoevidentes. Não seria possível, portanto aplicar a lei ao caso específico de forma mecânica e autômata, por consectário tendo o mesmo resultado que satisfizesse a todos. Nessa compreensão, Dworkin (2005. p.102.) defende que uma decisão deve ter como base as leis, doutrinas e precedentes adequados ao caso posto, identificar quais os princípios que os justificam a proceder à decisão.

Vale pontuar que aqui não se busca uma simples derivação de uma lei para um caso. O julgamento envolve um esforço holístico e hercúleo, como a pretensão de integrar o caso em toda sua dimensão jusnormativa. Nessa linha de pensamento, afirma Ronald Dworkin que

O melhor que fazemos é trabalhar, abertamente e com boa vontade, para que o argumento nacional de princípio oferecido pela revisão judicial seja o melhor argumento de nossa parte. Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem de profecia. Chamo isso de direito. (Dworkin, 2005. p. 103)

A crise brasileira, notadamente jurídica pode estar funcionando como dínamo desse processo. Ela representa o teste máximo sobre várias dimensões da capacidade de o Supremo Tribunal Federal ao agir como Corte Suprema, e não como as “onze ilhas” de que tanto se falava. Entrementes sempre levando em consideração os votos contrários(vencidos). Os ministros do STF precisam chegar a argumentos comuns e a consensos alicerçados em balizas jurídicas(Lopes, 2022) e não na mera agregação de opiniões individuais.

Feitas essas reflexões silogístico-jurídicas, sabe-se que “extremistas” vêm anunciando o fracasso da racionalidade jurídica e defendem o fechamento das instituições democráticas de Direito, encarregadas de implementá-lo, como o caso do STF, STJ, TSE, TST, entre outros.

E essa extremista polarização que os leva à seguinte lógica: se os juízes não estão em sintonia ideológica politicamente a seu grupo, é porque estão alinhados ao outro grupo. Não há uma terceira alternativa, uma posição jurídica acima do jogo de interesses.

Precisa-se ser combatido esse ceticismo jurídico. É verdade que a Suprema Corte seus atos controvertidos, porém são passíveis de acerto, porque a mencionada instituição jurídica deve prevalecer incólume para que possa exercer a sua jurisdição constitucional de forma salutar. É verdade que mudanças desse tipo não ocorrem espontaneamente e de forma efêmera.

Para gerar uma nova cultura institucional, serão necessárias reformas de pequena escala para incentivar decisões mais fundamentadas, além de críticas contínuas da comunidade jurídica para fiscalizar seus erros.

3.5.7 Da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*

Ab initio, é salutar proceder à dicotomia entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Para Lenio Streck (2013), *ratio decidendi* se caracteriza “o enunciado jurídico” e a partir disso é dirimido o caso particular. Em essência, o Poder Judiciário se utiliza dela como “regra jurídica” para estabelecer a fundamentação e a resolução da lide em questão.

À luz da Hermenêutica Jurídica, entretantes, não é crível levar em consideração essa “regra jurídica” sozinha, desvinculada, logo não será mais *ratio decidendi*, uma vez que esta deve ser observada em conjunto e de forma estruturante com “a questão fático-jurídica” que ela resolveu (Streck, 2013). Além da “função de colocar-se como fundamento jurídico a solucionar os casos no *common law*”, a *ratio decidendi* tem o encargo de dificultar “arbitrariedades” nas demandas judiciais. (Streck, 2013. p.43)

Salomão Viana (2012) aduz que distinguir os *obiter dicta* da verdadeira razão de decidir (*ratio decidendi*) é exercício mental indispensável no estudo dos precedentes judiciais, já que os efeitos do precedente judicial são extraídos da razão de decidir, e não de eventual *obiter dictum*.

Nesse prisma, sabe-se que os elementos que compõem o precedente têm a serventia de, justamente, evidenciar a parte obrigatória (*ratio decidendi*) da decisão e o que pode ser desconsiderado (*obiter dictum*). “O enfoque será no elemento *ratio decidendi*, ou seja, a razão de decidir, considerando que o significado de um precedente se encontra na fundamentação da decisão, ou seja, nas razões que levaram à decisão, que ensejaram à fixação do dispositivo”.¹⁶⁰ (Marinoni, 2014, p. 102).

O que transita em julgado é o dispositivo da sentença ou do acórdão, assim é entendimento do universo jurídico. O magistrado após analisar todos os autos do processo, acolhendo ou rejeitando os pedidos, insere de forma fundamentada as parcelas precedentes. Sabe-se que dispositivo significa a disposição do magistrado sobre a matéria litigiosa posta em juízo. Trata-se da última parte da sentença ou do acórdão.¹⁶¹

¹⁶⁰ Como regra, o que transita em julgado é o dispositivo da sentença ou do acórdão, assim é entendimento do universo jurídico. O magistrado após analisar todos os autos do processo, acolhendo ou rejeitando os pedidos, insere de forma bem fundamentada as parcelas precedentes. Sabe-se que dispositivo significa a disposição do magistrado sobre a matéria litigiosa posta em juízo. Para compreensão da expressão trânsito em julgado, é importante entender que o que transita por todas as instâncias do Judiciário é o processo. Daí o porquê da expressão trânsito em julgado. Tanto a rejeição quanto o acolhimento dos pedidos transitam em julgado, mesmo que a rejeição não conste na parte denominada de dispositivo. O §3º do art. 489 do atual CPC, de forma expressa estatui em sem comando legal que a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus e em conformidade com o princípio da boa-fé.

¹⁶¹ Art. 489, do CPC. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais

Tanto a rejeição quanto o acolhimento dos pedidos transitam em julgado, mesmo que a rejeição não conste na parte denominada de dispositivo. Notadamente o §3º do art. 489 do atual CPC, de forma expressa estatui em seu comando legal que a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus e em conformidade com o princípio da boa-fé.

O emprego de precedente no caso específico (concreto) não será tarefa tão fácil, haja vista que deve haver a interpretação do caso e de suas razões para que se reconheça a identidade do caso concreto ao precedente. É por isso que não haja diferenças substanciais, é mister o emprego da técnica da distinção (*distinguishing*¹⁶²), com o intuito de caracterizar a não incidência do precedente e, por consectário, recusar a sua aplicação, entretanto, consoante os critérios do uso da referida técnica, o que demonstra respeito aos precedentes.

Aduz Miguel Garcia Medina (2016, p. 1.234)

[...]deve ser observado “ora chamado de fundamentos determinantes, ora de entendimento firmado, mas que por comodidade, reunimos sob a expressão *ratio decidendi*, vem a ser os argumentos principais sem os quais a decisão não teria o mesmo resultado, ou seja, os argumentos que podem ser considerados imprescindíveis.

Verifica-se, ainda, que em conformidade com o teor do preceptivo legal inserto no art. 93, IX, CF/88, e do o CPC de 2015, nos termos do art. 11 e do art. 489, § 1º, cujo rol, quanto à obrigatoriedade da fundamentação das decisões, *verbi gratia*, as hipóteses em que não se considera fundamentada a decisão, especialmente, no inciso VI: “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.(De Paula, 2016, p. 75- 85)

Para a formação da *ratio decidendi* é necessária a análise dos elementos objetivos da demanda, apresentados no relatório da decisão, logo, mister se faz proceder à análise acerca da incidência da norma de direito em face dos fatos narrados. A *ratio decidendi*, em síntese, consubstancia os pontos fulcrais que levaram um magistrado a decidir o caso fático daquele modo.

ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

¹⁶² O emprego da técnica do *distinguishing* pode ser aplicada por qualquer juiz ou magistrado (conselheiro dos tribunais de contas municipais estaduais e da União), já a técnica do *overruling* (superação) só poderá ser aplicada pelos tribunais do Poder Judiciário e pelos tribunais de contas.

O *obiter dictum*, por sua vez, condiz “ao enunciado, interpretação jurídica, ou uma argumentação ou fragmento de argumentação jurídica” que fica claramente compreendida na “decisão judicial”, na qual “conteúdo e presença” são insignificantes para a resolução final do pleito (Streck, 2013. p.44).

É salutar e fundamental determinar os limites da diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* “no sistema de *stare decisis*”, com a pretensão de demonstrar o “precedente jurídico” que será essencial para a resolução de novas demandas. (Streck, 2013. p.44)

Além disso, há questionamentos à luz da doutrina até mesmo para determinar “o que é vinculante (*binding element*) dentro do precedente”. E nessa intelecção, acredita-se que a maior dificuldade está em proceder à dicotomia entre o que evidencia a *ratio decidendi* de uma decisão que é apenas *obiter dicta*. A *ratio decidendi*, por sua vez, representa “a regra de direito utilizada como fundamento da questão fática controvertida (lide)”. Na *obiter dictum* seu fundamento está na soma de “afirmações e argumentos contidos na motivação da sentença”, mas que não representam “fundamentos jurídicos” da decisão (Streck, 2013. p.45)

Entendem Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016. pp. 651-652) que não toda decisão judicial que tem a serventia de virar precedente e nem todo fundamento nele exposto é capaz de vincular. “O que vincula nas decisões capazes de gerar precedentes” são os fundamentos contidos “na sua justificação” que tem de ser analisados “a partir do caso exposto no seu relatório”.

Para os autores supracitados “a *ratio decidendi* constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes” para dirimir uma lide ou resolver “as questões de um caso pelo juiz”.

E por consectário, na mesma direção, Lenio Streck afirma que, *in verbis*:

Assim, a *ratio decidendi* não equivale a “fundamentação”, nem faria parte do “raciocínio judiciário”. A fundamentação diz “respeito ao caso específico (concreto), enquanto a *ratio decidendi* à unidade do direito”. Mas apesar disso, “tanto a *ratio* como a fundamentação” seriam construídas com base no conteúdo da justificação. (Streck, 2013. p.44)

3.5.8 A dicotomia entre *distinguishing* e *overruling*

O *distinguishing* é a prática de não aplicar dado precedente vinculante por se reconhecer que a situação *sub judice* (aquela que se está julgando imediatamente) não

se encarta nos parâmetros de incidência do precedente. O *distinguishing* é “uma técnica de não aplicação do precedente”. Em razão de uma composição de argumentos “de que a *ratio* do precedente não pode ser aplicada ao caso em julgamento” por existirem elementos que evidenciam “circunstâncias elementares” da *ratio decidendi*, que impossibilitam “o reconhecimento da similaridade necessária para aplicação do precedente”. (Camilotti, 2018. p.111).

É salutar destacar que o *distinguishing* “tende a ser uma revelação”, a partir da parte ou do próprio magistrado, “da existência de diferenças do precedente em relação às circunstâncias fáticas do caso analisado”.

Pode-se concluir que “a técnica de distinção” é útil apenas para o fim de “não aplicar o precedente. Pode ser assim, quando de fato haja o afastamento do precedente”; entretantes, existe diferença na prática, porque pode ocorrer também “aplicação com distinção”, o que faz com que a razão de decidir do precedente receba novas fronteiras de aplicação”. (Camilotti, 2018. p.113)

Para Lorena Miranda Santos Barreiros o *distinguishing* desempenha “papel fundamental no resguardo do direito da parte ao acesso à ordem jurídica justa”, uma vez que diminui “os excessos da tendência universalizante que subjaz à aplicação indiscriminada dos precedentes judiciais para a solução de casos concretos”, notadamente “quando se está diante de precedentes com força vinculante ou dotados de substancial carga persuasiva”(Barreiros, p.196-197)

Também é possível ocorrer a superação (*overruling*) dos precedentes. E nesse raciocínio, aduz Athur José Jacon Mathias preleciona que, *ipsis litteris*:

[...] é necessário que o precedente acompanhe “a dinâmica social e econômica” e não perca “atualidade” nem sua relevância. “Por isso, assim como as normas legislativas podem ser modificadas ou revogadas, os precedentes não são intocáveis”. Destarte, “há técnicas de superação do precedente (*overruling*),” podendo tão somente ser alterado “(*transformation*)” ou até “reescrito”, para apreender fatos que poderiam ter sido “regidos”, ou ainda, “para excluir fatos por ele não requeridos”. Sendo assim, “a superação de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste de sua congruência social”. (Matias, 2019. p.107)

A sistemática de provimentos não pode desconsiderar “a necessidade de desenvolver o direito, cuja finalidade é mantê-lo sempre fiel à necessidade de sua congruência social e coerência sistêmica”, e é nesse viés que impõe a necessidade de técnicas de superação dos precedentes.

É possível que a alteração do precedente ocorra para o futuro (*prospective overruling*), sendo que essa modulação dos efeitos da alteração encontra previsão no artigo 927, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, de forma a se resguardar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. (Mitidiero, 2015. p.338)

Jorge André de Carvalho Mendonça e Lúcio Grassi de Gouveia sustentam que que umas das dificuldades no que alude à “aplicação do *stare decisis* no Brasil” “enquanto os representantes das partes transcrevem as ementas ou conclusões de julgados anteriores”, com a pretensão de obter “uma vinculação da decisão a tais transcrições, os magistrados fazem o mesmo com o intuito de justificar o acerto do seu ato processual”.

E no mesmo sentido, os aludidos autores asseveram que, *in verbis* :

Sendo assim, é possível verificar “ementas invocadas nas mais variadas peças jurídicas – petições, pareceres, sentenças e acórdãos – sem a leitura “do inteiro teor da decisão” de quem a esteja empregando, “buscando saber se a ementa integra a jurisprudência consolidada do tribunal e investigando os fundamentos jurídicos essenciais que justificaram a construção do precedente – *ratio decidendi*” (Mendonça; Gouveia, 2016. p.335)

Assevera Peixoto (2019. p.145-146) que “a cultura jurídica brasileira ainda precisa de um longo caminho de adaptação” à sistemática dos precedentes, de forma que a má utilização pode criar “mais problemas do que soluções”. Por isso, a inapropriada aplicação da “teoria dos precedentes” poder-se-ia resultar num fracasso tendo em vista as particularidades do sistema jurídico brasileiro. (Peixoto, 2019. p.145-146)

Daniel Mitidiero ressalta que com fulcro no preceptivo legal inserto no 489, §1º, do Código de Processo Civil, os juízes devem “debater previamente a aplicação de um precedente a um dado caso concreto”. Isso porque o juiz não é livre para decidir, de acordo com a sua consciência, haja vista não ter livre convencimento, pois deve proceder a uma decisão que se racionalmente justificada e fundamentada. E essa justificativa não deve ser construída por meio “de argumentos morais, e sim, a partir das balizas sobre aquele caso específico (concreto).

A aplicação de forma equivocada do sistema de precedentes pode prejudicar todos os fundamentos utilizados na construção da segurança jurídica. Isso porque quando o Congresso Nacional brasileiro positivou o acesso à justiça, com todas as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, evidentemente que não tinha em perspectiva uma mera análise superficial das questões judicializadas.

Feitas essas considerações, há, de fato, “uma íntima relação entre a resistência das cortes vinculadas a aderir a um precedente, a produção em massa de distinções inconsistentes e a superação parcial ou total do precedente.

3.5.9 Dicotomia entre fonte normativa e e norma jurídica

Acerca da diferença entre fonte normativa e norma jurídica , ressalva-se que toda fonte, mesmo que não seja escrita, é um texto, entretantes ao contrário não é verdadeiro, porque nem toda fonte é normativa.(GUBERT, 2017)

Á luz dessa premissa silogístico-juridica posta, argumenta Roberta Magalhaes Gubert que , *in verbis* :

Por esta razão faz muito mais sentido denominar o ente , para o qual o jurista se dirige em busca do sentido, de fonte normativa , ao invés do texto. Por duas razões. Primeiro , pela razão acima anunciada , mesmo que toda fonte normaiva seja um texto , nem todo texto é fonte normativa . Segundo porque especialmente nos países de tradição romano-germânico , a noção de texto leva excessivamente a uma idicação à ideia de lei , demasiado restrita , uma que a lei é apenas um dos entres(fonte) a ser compreendido e aplicado como norma jurídica no Direito.(Gubert, 2017)

A lei, por sua vez, ou seja, o texto normativo não contém as normas jurídicas, haja vista ser frutos de uma endrenagem complexa de concretização.(MÜLLER,1999, p.36) O texto não se subscreve sem atribuição de sentido que se faz apenas na concretude.(Streck, 2017,p. 279)

O sistema jurídico *civil law*, pode-se conceituar como o modelo de justiça (ou ordenamento jurídico) no qual a forma de aplicação das normas jurídicas dar-se-á pela interpretação das leis escritas. Com isso, vale aduzir, por ser de relevo, que nesse sistema, a regra é que as normas sejam escritas e obedeçam aos requisitos do ordenamento jurídico brasileiro à luz dos preceitos jurídicos estatuídos na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Já os países que adotam o sistema jurídico *common law* têm Constituições e algumas leis escritas, entretantes uma das características desse sistema que o Direito não seja escrito ou seja parcialmente escrito. É por essa razão que é possível haver normas que sejam aplicadas sem que elas estejam escritas ou codificadas.

Na essência, a norma é produto da concretização que atribui o sentido de compreensão da lei. Fredecich Müller evidencia que o caráter hermenêutico de sua obra

e, principalmente, Frederick Müller estabelece a diferença ontológica, embora não proceda à diferença de forma expressa do texto. *Ipsis litteris*:

Os distintos tipos da ordem jurídica não podem ser generalizadas n" a norma jurídica. Não se pode derivar de tal *abstractum* consequências que resistem à trefa da concretização pública [...] Assim, que se evidenciou que o positivismo legalista ainda não superado pela teoria e práxis refletidas, com sua subsunção estritamente lógica, e com sua eliminação de fatos os elementos da ordem social não-reduzidos no texto da norma é tributário de uma função que não pode ser mantida na prática. (Müller, pp.40-41)

Müller traz a lume, de forma oportuna, outra reflexão importante que diz respeito às modificações às necessárias no que alude à Teoria do Direito impostas pela ideologia da publicização ou constitucionalização do Direito, isto é, o deslocamento do foco do Direito privado para o Direito Público.

As normas constitucionais e todas as transformações que elas sofreram e implicaram depois do advento da tese “Força Normativa da Constituição”(Müller, 1999, p.20) Isso porque toda a concepção de norma jurídica foi forjada no século XIX período no qual a atuação do Direito estava voltada para a esfera do Direito privado. À época havia o slogan: “Ontem, os códigos! Hoje, as constituições”.¹⁶³

No Direito, a diferença ontológica não está apenas entre o texto da lei e a norma jurídica, mas sim, entre toda e qualquer fonte normativa e a sua norma jurídica. Sendo assim, as normas jurídicas não são, exclusivamente, produto de atribuição de sentido do texto de lei, mas decorrem de diferentes manifestações e fenômenos (entes), que só podem ser concluídos como normas jurídicas. (Stein, 2000, p. 101)

¹⁶³. Ontem, os códigos! Hoje, as constituições! Com esta máxima extraída do discurso proferido por ocasião do recebimento da medalha Teixeira de Freitas, do Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1999, inaugura-se mais uma merecida homenagem a Paulo Bonavides.

4. DA OBRIGATORIEDADE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E SUPOSTA INCOMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Consoante já aduzido, a Emenda Constitucional n. 45, de 2004 veio a instituir a denominada súmula vinculante, com a inserção do art. 103-A¹⁶⁴ à Constituição da República. Além da disposição constitucional, por meio do artigo 103-A, as súmulas vinculantes são regulamentadas através da Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, a qual regulamentou o artigo 103-A da Carta Maior da República brasileira, além de outros artigos do Código de Processo Civil vigente.

O Código de Processo Civil de 1973, por sua vez, foi revogado pela Lei n. 13.105, de 2015, a qual deu vida ao Código de Processo Civil atual, e a partir da vigência desse código o sistema de precedentes judiciais obrigatórios¹⁶⁵ passou a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade de ver concretizada a ordem processual segundo os ditames constitucionais. (Cambi; Fogaça, 2016. pp.335-360)

Atualmente, no Brasil, é possível destacar que a vinculação de cunho hermenêutico é procedida no sistema jurídico brasileiro, em princípio, pelos seguintes institutos jurídicos que foram incorporados, paulatinamente, a partir da Emenda Constitucional n. 45, de 2004:

- a) Súmula vinculante prevista no artigo 103-A da Constituição Federal;
- b) Uniformização de jurisprudência prevista no art. 926 do CPC;
- c) Incidente de assunção de competência previsto no art. 947 do CPC e
- d) Incidente de resolução de demandas repetitivas previsto nos arts. 976 a 987 do CPC.

¹⁶⁴ 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.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

¹⁶⁵ O termo precedentes judiciais foi empregado aqui no sentido amplo, consoante foi grafado no artigo 926, do CPC. Fala-se isso porque o autor desta pesquisa faz uma dicotomia entre precedentes judiciais e súmula com efeito vinculante.

É possível também destacar alguns pontos específicos do Código de Processo Civil de 2015, que direcionam a vinculação subjetiva das decisões, como no art. 947 §3º, revelador do efeito vinculativo da decisão pacificadora da jurisprudência; e no art. 985-I e II impondo que a tese jurídica adotada deve ser aplicada a todos os processos individuais ou coletivos, inclusive aos casos futuros que versarem idêntica questão, inclusive aplicando-se o instituto da reclamação previsto no artigo 988 do mencionado código, caso não aplicado pelos magistrados ou tribunais. (Pussi, 2022)

Para Pussi (2022) a consequência disso é engessamento hermenêutico e a vinculação subjetiva do magistrado brasileiro, caso esses institutos vinculativos sejam aplicados de modo automático, mitigando-se o convencimento motivado dos magistrados e as cláusulas pétreas (os preceptivos normativos do devido processo legal).

Georges Abboud (2022), entretanto, aduz que o precedente judicial dinamiza o sistema jurídico não o engessa, isso porque ao proceder à interpretação do precedente deve-se levar em consideração a totalidade do ordenamento jurídico e “toda a valoração e a fundamentação que dão base para tal, dessa forma sempre que ele for a base de uma nova decisão seu conteúdo é passível de um ajuste jurisprudencial”.

Nesse rumo de raciocínio pondera Keith Eddey que:

[...] the main advantages of the doctrine are that it leads to consistency in the application and development of the principles in each branch of the law, and by virtue of this characteristic it enables lawyers to forecast with reasonable certainty what the attitude of the courts is likely to be to a given set of facts. The system is flexible in that it can find an answer to any legal problem, and it is essentially practical in that the courts are perpetually dealing with actual circumstances. (Eddey, 1982. p.129)¹⁶⁶

De acordo com o entendimento de Eduardo Sodero (2004, p. 227-228), todo magistrado ao prolatar uma decisão, cuja matéria tenha sido decidida em sentenças pretéritas, deve submeter os precedentes judiciais de fundamentação racional e decidir de forma independente, segundo sua convicção motivada e formada na exegese e hermenêutica proferidas, levando-se em conta o ordenamento jurídico, logo o juiz não deve aceitar cegamente os precedentes, tampouco as súmulas vinculantes.

¹⁶⁶ Tradução livre do autor: As principais vantagens da doutrina são que ela leva à consistência na aplicação e desenvolvimento dos princípios em cada ramo do direito e, em virtude dessa característica, permite que os advogados prevejam com razoável certeza qual será a atitude dos tribunais correspondente a um determinado conjunto de fatos. O sistema é flexível na medida em que pode encontrar uma resposta para qualquer problema jurídico e é essencialmente prático na medida em que os tribunais lidam perpetuamente com as circunstâncias reais.

4.1 Os precedentes judiciais, insertos nos artigos 926 e 927 do CPC violam o modelo constitucional de Direito Processual

Antes de se deter na questão em apreço, é necessário analisar o que significa “precedente”. O precedente é constituído pelas razões que determinam o resultado das decisões, ou seja, a *ratio decidendi*. Em síntese, “os precedentes judiciais determinam que nas resoluções de questões jurídicas análogas às já decididas de modo uníssono, deve-se aproveitar a norma emanada pelo precedente ao novo caso como fundamento de decidir”.(Nogueira,2022)

Sustenta, por sua vez, Cássio Scarpinela Bueno que, *in verbis*:

[...] os precedentes serão aquelas decisões que, originárias dos julgamentos de casos concretos, [...] querem ser aplicadas também em casos futuros quando seu substrato fático e jurídico autorizar. São precedentes não porque vieram de países de *common law*, e sim porque foram julgados com antecedência a outros casos – quiçá antes de haver dispersão de entendimento sobre dada questão jurídica pelos diversos Tribunais que compõem a organização judiciária brasileira – e, de acordo com o caput do art. 927 [do NCPC], é desejável que aquilo que expressam seja observado em casos que serão julgados posteriormente. (Bueno, 2016. p. 595)

Os precedentes são as razões que os tribunais judiciais e não judiciais (os tribunais de justiça e os tribunais de contas, respectivamente, por exemplo) empregam para proceder à solução da questão posta e justificá-las. “Sucedem que, quando nenhum dos fundamentos é sustentado pela maioria do colegiado, simplesmente não há *ratio decidendi* ou precedente.”(Marinoni, 2022)

Percebe-se que é dos precedentes que se extrai um comando intelectual e interpretativo que tem a serventia de orientar os demais julgados posteriores e de tribunais e juízes inferiores.

O mencionado art. 926, CPC dispõe que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Daí se compreende, à primeira vista, que uma vez estabilizada a jurisprudência ou firmados os precedentes, devem os tribunais observá-los, salvo quando presentes razões que justifiquem a sua revisão. É nesse contexto que se insere o dever de observância do precedente, conforme estatui o comando legal inserto no art. 927, III e V do CPC.

Postas essas premissas, os precedentes são uma fonte de Direito. Por consectário lógico, o juiz não tem apenas a função de declarar a vontade da lei, nessa perspectiva, ele assume uma função de controle de constitucionalidade dela e dos atos normativos. Pontua

Didier Jr (2014) que se “deve deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto”.

Com todo respeito ao escólio do processualista Freddie Didier, o constituinte originário não atribuiu aos magistrados a função de legislador positivo, pois afirmar isso causa espanto porque não há sustentação plausível e jurígena, levando-se em consideração os preceitos normativos insertos na Constituição da República.

Por óbvio não se ignora que a norma geral do caso concreto é a interpretação feita pelo magistrado do Direito positivo. A atividade criadora a partir da norma posta ao caso concreto está na fundamentação das decisões e se configura como aquilo que se chama de precedente judicial, que é exatamente essa norma geral criada a partir do caso concreto.

Assevera Eros Roberto Grau que, *ipsis litterim*

Os juízes aplicam o Direito, não fazem justiça! Vamos à Faculdade de Direito aprender Direito, não a justiça. Esta, repito, é lá em cima. Apenas na afirmação da legalidade e do Direito positivo a sociedade encontrará segurança e os humildes, proteção e garantia de seus direitos de defesa. (Grau, 2022)

Como é cediço, há uma diferença substancial entre justiça e Direito, *lex e jus*. Os magistrados procedem à aplicação do Direito, logo não fazem justiça. O que caracteriza o Direito moderno como ciência social aplicada é a objetividade da lei, a ética da legalidade. Os magistrados interpretam e aplicam a Constituição e as leis, não fazem justiça, pois ao fazer uma hermenêutica perfunctória na Constituição da República, notadamente nos art. 93, 94 e 96 percebe-se que há uma predileção de aplicação do Direito legislado ao caso específico.

Com vistas à uniformização das decisões, o Código de Processo Civil previu, nos seus artigos 926⁽¹⁶⁷⁾ a 928, e outros que têm pertinência temática, a obrigação dos juízes e tribunais “observarem” os precedentes. Frise-se: “observarem” e não “obedecerem”.

A polêmica dos precedentes gravita em torno do seu caráter vinculante e generalizado, essa leitura é extraída dos preceptivos legais insertos no artigo 927 do CPC, questiona-se senão estaria violando a topografia constitucional adotada expressamente

¹⁶⁷ Art. 926, CPC. “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. (Grifou-se)

pelo mencionado Código de Ritos. Nelson Nery Junior (2022) defende que “apenas o Supremo Tribunal Federal está autorizado constitucionalmente a emitir decisão de caráter vinculante, que, no caso, são as suas súmulas vinculantes”.

Pontuam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery(2018) que a Emenda Constitucional n. 45, de 2004 acrescentou o §2º ao artigo 102 da Constituição Federal¹⁶⁸e atribuiu o caráter vinculante às decisões colegiadas da Suprema Corte brasileira quando do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade. Aliás, a citada emenda também incluiu na Carta Magna o artigo 103-A, que trata das súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal. (Nery Junior, 2022)

Alegam os aludidos autores que a citada emenda constitucional garantiu um respaldo jurídico-constitucional para o legislador ordinário introduzir no Código de Processo Civil os incisos I e II do artigo 927 do CPC. Entretanto, os incisos III, IV e V não encontram previsão expressa na Constituição Federal , motivo esse que leva alguns doutrinadores, notadamente constitucionalistas questionarem a constitucionalidade de tais dispositivos legais , já que, em tese, o teor dos incisos somente poderia ser tratado pela Carta Maior. Assunto esse que será analisando de forma minudente em um tópico específico.

Os mencionados autores ainda pontuam que as normas jurídicas infraconstitucionais não têm o condão estatuir poderes para que outros tribunais de justiça não podem proceder a decisões de natureza vinculante, haja vista que nessas condições, o Poder Judiciário estaria exercendo uma função atípica de legislador, o que só é possível se houver autorização constitucional, o que em essência, acredita-se que não existe.

Por fim, aduz o mesmo autor que seria um paradoxo porque, para a Suprema Corte brasileira proceder à edição uma súmula de caráter vinculante, “deve obedecer a vários requisitos, já no que alude aos precedentes judiciais vinculantes, em síntese“ bastaria uma mera jurisprudência interna do tribunal e os juízes estariam obrigados a respeitá-la como se lei fosse, ”(Nery Junior, 2022).

Nessa mesma intelecção, Cássio Scarpinella Bueno (2016. p.595) entende que também que decisão jurisdicional com caráter vinculante no sistema jurídico brasileiro

¹⁶⁸ Art. 102, § 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide ADIN 3392).

depende de prévia autorização constitucional, consoante ocorreu dando da EC n. 45, de 2004 - e, por consequência, “está fora da esfera de disponibilidade do legislador infraconstitucional”.

Cássio Scarpinella Bueno ainda argumenta que

[...] mesmo que descarte o seu efeito vinculante fora dos casos previstos na CF, isto é, para além das decisões proferidas pelo STF no controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º, da CF) e de suas súmulas vinculantes (art. 103-A da CF), não vejo razão para desconsiderar a sua força persuasiva e a necessidade de ser estabelecida verdadeira política pública para implementar maior racionalização nas decisões e na observância das decisões dos Tribunais brasileiro. (Bueno,2016, p. 596)

Em sentido contrário, vê-se o entendimento de Marinoni (2022) que aduz “[...] o CPC também afirma (art.927), sem qualquer constrangimento, as espécies de “pronunciamentos” que devem ser observados pelos juízes e tribunais, misturando decisão, coisa julgada, súmula vinculante¹⁶⁹ e precedente como se fossem a mesma coisa.

Acredita-se que não cabe à lei dispor quais são as decisões das Cortes Supremas que possuem eficácia obrigatória. Cassio Scarpinella Bueno (2016) sustenta que “as Cortes Supremas definem o sentido da lei federal e da Constituição, agregando sentido à ordem jurídica, e apenas por isso os seus precedentes devem ser obrigatoriamente respeitados pelos juízes e tribunais”. (Marinoni, 2022)

É necessária prévia autorização da Constituição para que um tribunal emita precedentes com efeito vinculante, desde que não conflite com os preceitos jurídicos constitucionais, porque se uma Emenda Constitucional trouxer normas jurídicas que mitiguem cláusulas pétreas, como exemplo, será, sim, passível de controle de constitucionalidade (concentrado) junto ao Supremo Tribunal Federal.

Como bem prelecionado por Marinoni (2016), para que isso vincule os demais tribunais que não tenham proferido decisão no caso em julgamento, é mister que esteja previamente autorizado pela Lei Maior brasileira, consoante ponderaram Nelson Nery e Cássio Scarpinella, ou seja, nas hipóteses de controle de constitucionalidade (art. 102, § 2º da CF/88) e de suas súmulas vinculantes (art. 103-A da CF/88).

¹⁶⁹ Evandro Lins e Silva ensina que "para os não iniciados, para o público em geral, diremos: Súmula foi a expressão de que se valeu Victor Nunes Leal, nos idos de 1963, para definir, em pequenos enunciados, o que o Supremo Tribunal Federal, onde era um dos seus maiores ministros, vinha decidindo de modo reiterado acerca de temas que se repetiam amiudadamente em seus julgamentos. Era uma medida, de natureza regimental, que se destinava, primordialmente, a descongestionar os trabalhos do tribunal, simplificando e tornando mais célere a ação de seus juízes. (Matéria "Crime de hermenêutica e súmula vinculante" na Revista Consulex n. 5 de 31/5/1997).

Do contrário, aquele ato normativo deve funcionar tão somente como um norte a ser seguido pelos demais tribunais, entretanto sem a obrigatoriedade da vinculação. É indubitável que o Poder judiciário, ao proceder à sua jurisprudência com efeito vinculante, estaria exercendo uma função atípica do Poder Legislativo, o que, em princípio, só é possível com autorização constitucional, respeitadas as balizas estabelecidas na Constituição da República, leia-se, as cláusulas pétreas.

Por outro lado, afirma Luiz Guilherme Marioni (2016) que o CPC ao determinar no *caput* artigo 927 que “os juízes e tribunais observarão” os precedentes, o qual explicita em seus incisos que está na busca de oferecer aos jurisdicionados maior previsibilidade, integridade e segurança jurídica, e têm esses preceitos jurídicos a teleologia de tratar os atores processuais de forma isonômica e equânime, o problema é a forma como vem sendo aplicada por muitos juízes ou tribunais.

4.2 Dos argumentos doutrinários pela inconstitucionalidade dos precedentes judiciais

Consoante já aduzido em linhas precedentes, há um equívoco dos profissionais do Direito brasileiro em confundir o termo jurisprudência com o termo precedente. Isso leva muitos magistrados deixarem de proceder ao estudo do sistema do *common law* para entenderem *o stare decisis e se* voltam única e exclusivamente para a aplicação de normas e ementas dos precedentes, consoante exposto em linhas volvidas, pois a análise dos precedentes é muito mais complexa do que afirmam muitos pensadores do Direito, porque de forma alguma se assemelham às súmulas vinculantes e aos recursos repetitivos.

Para muitos juristas, o sistema de precedentes no Brasil é, na realidade, uma ficção. Na essência, há um conjunto de provimentos vinculantes; nada mais que isso. Vê-se, hodiernamente, em qualquer *site* de busca que os tribunais de justiça proferem decisões totalmente antagônicas acerca do mesmo assunto. Isso ocorre quiçá, principalmente, pela falta de conhecimento de como se implantar os precedentes num Estado que optou pelo *civil law*, é caso do Brasil.

Antes de qualquer predileção, pensadores do Direito devem levar em consideração que nessa seara o primordial é a qualidade da fundamentação das decisões com integridade e coerência. Para Ronald Dworkin (1991), coerência e integridade são

elementos que formam a igualdade, assunto esse que já foi analisado no capítulo anterior desta pesquisa.

Em síntese, a integridade tem como objetivo argumentos de forma integrada ao Direito, em uma efetiva perspectiva de ajuste de substância, porque os magistrados não estão autorizados a julgar a partir de ementas e julgados de modo autômato, sem preceitos hermenêuticos.

Segundo Ronald Dworkin(1991),“os efeitos mágicos de produção em série e veloz contracenam com o descompromisso, a ausência de responsabilidade do sujeito que assina”.(Magro,2022)¹⁷⁰Na ótica de Luiz Guilherme Marinoni (2017),¹⁷¹isso acontece porque o modelo arquitetado de julgamento das supremas cortes ainda é o das cortes de correção, cujo interesse almejado é apenas resultado ou a parte dispositiva da decisão.

Esse problema, inclusive, evidencia a necessidade de o julgamento colegiado ser conformado em direção de uma nova realidade.(Marinoni, 2015.p.14-17) ¹⁷² Ou seja, vê-se que o modelo atual de deliberação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça impossibilita a recepção *stare decisis*. Pode-se afirmar que a maioria das decisões proferidas pelo STF e pelo STJ, lamentavelmente não possuem eficácia perante os tribunais locais e os juízes de primeiro grau.

É dever do STJ quanto do STF sempre reunir seus ministros em cada julgamento, com a finalidade de estabelecer discussão acerca da uniformização da jurisprudência pátria, e todos os votos devem ter como foco os mesmos motivos determinantes, ou ainda, devem seguir, o que Dworkin sugere de “romance em cadeia”.

Na Suprema Corte Norte-Americana, por exemplo, prolata-se um único voto, embora o sistema jurídico adotado naquele país seja o *common law*, acredita-se que o ideal seria um único voto a ser prolatado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal-,

¹⁷⁰ Como referência, vale destacar o estudo de pesquisadores da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), que utilizou como base dados do projeto Supremo em Números. O levantamento analisou cerca de 120 mil decisões monocráticas de 2011 a 2013. Ao final, foi demonstrado que os ministros do STF recorrem à técnica do “cópia e cola” em um a cada três de suas decisões individuais. MAGRO, Maíra. Estudo aponta textos idênticos em decisões do STF. Valor, Brasília, 12 fev. 2016. Disponível em: Acesso em: 30, jun. 2022.

¹⁷¹ Cabe às cortes (STF e STJ, principalmente) definir qual é o sentido do direito, fazendo crescer conteúdo à obra vinculante”, como regra, as cortes supremas devem desenvolver o direito e definir normas que vão reger a sociedade.

¹⁷² As Cortes Supremas, na generalidade dos sistemas de civil law, foram concebidas para corrigir – seja mediante cassação ou revisão – a interpretação da lei”. MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 14-17.

ainda que não exista consenso -, contudo desde que haja entendimento da maioria, conforme o quórum previsto no Direito legislado.(Zobell, 1959) ¹⁷³

Ademais, o relatório das sentenças ou dos acórdãos deve ser o mais completo possível tecnicamente, haja vista ser por meio dele que a sociedade verifica a situação fática em discussão.

Vale trazer à colação que as considerações do ministro Gilmar Mendes no julgamento da proposta de súmula vinculante n. 57, ocasião em que foi a publicação de tese de repercussão geral:

Por mais que a gente possa dizer ‘ah, o fundamento determinante, a *ratio decidendi* deve vincular’, mas nós temos essa dificuldade. Quer dizer, de fato, o que é fundamento determinante? Especialmente diante da nossa técnica de julgamentos de votos autônomos.(Bogossian,2017)

Em essência o “romance em cadeia” – nas palavras de Ronald Dworkin, *in verbis*

[...]onde cada magistrado deve proceder como se estivesse escrevendo o capítulo de um romance, devendo para tanto partir do capítulo anterior, para poder avançar – cada novo juiz deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não só para descobrir o que disseram, mas também para chegar a uma opinião sobre o que os juízes fizeram coletivamente. Além disso, as novas decisões, assim como o romance em cadeia, devem ser construídas com base em princípios e não em políticas. (Dworkin, 2010. p.287)

Verifica-se que o Poder Judiciário pátrio continua sendo alvo de críticas em função da falta de previsibilidade, e uma possível solução, quiçá fosse a adaptação de um sistema misto unificando o *civil law* à verdadeira teoria dos precedentes.

A fundamentalidade dos precedentes para a unidade, segurança jurídica e o “desenvolvimento do Direito, a clareza, a generalidade, a promoção da igualdade

¹⁷³ Nos primeiros anos de funcionamento (entre os anos de 1793 e 1800), seguindo o costume judicial inglês, a Suprema Corte norte-americana anunciava suas decisões através das *seriatim opinions* de seus membros. Cada Justice pronunciava seu voto individualmente e o conjunto de todas as opiniões expostas ‘em série’ era assim apresentado ao público. Quando John Marshall se tornou *Chief Justice*, a Corte passou a adotar a prática de anunciar seus julgamentos em uma *single opinion*, que dessa forma passava a representar a opinião expressada pela maioria de seus membros. A partir de 1801, os Justices deixaram paulatinamente o costume de proclamar individualmente seus votos e passaram a estar mais comprometidos com a representação da unidade institucional da Corte, através da construção colegiada de uma única decisão, a *opinion of the Court*, dotada de uma única *ratio decidendi*. A redação seria então incumbida ao *Chief Justice*, que no caso era Marshall, mas o texto deveria expressar, em vez de sua posição pessoal, a opinião do colegiado de juízes, o qual teria que falar em uma só voz (*speak in one voice*). Essa inovação na prática deliberativa dos Justices demonstrou-se crucial para a afirmação da Suprema Corte como unidade institucional em face dos demais Poderes, num contexto político conturbado que marcou os primórdios da república norte-americana, e foi reconhecida posteriormente como um dos grandes feitos da histórica carreira de Marshall. Cf. ZOBELL, Karl M. *Division of Opinion in the Supreme Court: a history of judicial disintegration*. In: *Cornell Law Quaterly Review*, v. 44, p. 186-214, 1959.

substancial, o fortalecimento institucional, a limitação do poder do Estado, a previsibilidade, a racionalidade econômica e o respeito ao Direito”.(Marinoni, 2016)

Parte da doutrina considera o rol de precedentes obrigatórios existente no art. 927 inconstitucional, “desde que não haja previsão semelhante na Constituição”.¹⁷⁴O magistrado não seria nem boca da lei e nem boca dos tribunais, e sim mero a aplicar, de forma coercitiva da súmula com efeito vinculante e o resultado da procedência da ADIn ao caso concreto (art. 102, §2º e art. 103-A, ambos da Constituição da República).

Nas demais situações no que alude à espécie versada aplicariam os preceitos abstratos e gerais (leis, no sentido *lato sensu*) constantes da súmula simples dos tribunais, orientações do plenário ou do órgão especial do TRF e TJ, justificando a aplicação ou não do dispositivo oriundo do tribunal”. (Nery JR. 2016, p.370).

É ametódico e insustentável por meio de lei ordinária, impor a vinculação de “preceitos abstratos e gerais, com característica de lei”, com aptidão para obrigar a sociedade em geral. O STF e o STJ apenas são aptos a decidir caso concreto e não poderiam legislar.

O ônus argumentativo é mais avolumado quando se trata do intérprete-juiz, que, ao proceder à decisão, jamais poderá seguir uma opinião estritamente pessoal, entretanto deve respeitar as regras da tradição como fator de estabilidade do Direito, o que demonstrará uma decisão com caráter intersubjetivo. Como é cediço, a motivação da decisão guarda relação direta e estreita com atos não arbitrários. “Não basta que a decisão seja equitativa e aceitável, mas também deve estar de acordo com o Direito em vigor”. (Perelman, 2004, p. 222-223).

Nesse mesmo raciocínio, assevera Chaïm Perelman que, *in verbis*:

A construção do que é direito envolve uma dupla exigência: sistemática, na elaboração de uma ordem jurídica coerente e; ainda, pragmática, já que busca decisões aceitáveis pelo meio e, portanto, razoáveis, envolvendo um conceito de adesão e não de verdade (Perelman, 2004, p. 238).

¹⁷⁴ Nesse sentido, sem maiores considerações: BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, versão digital, capítulo 16, tópico 2.1. De acordo com Cruz e Tucci, haveria “inconstitucionalidade da regra, visto que a Constituição Federal, como acima referido, reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados do controle concentrado de constitucionalidade”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords.). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454). Também com esse raciocínio: ASSIS, Araken de. Dos assentos aos precedentes e sua inconstitucionalidade. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coords). Panorama atual do novo CPC. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

O *caput* do art. 927 do CPC afirma que “Os juízes e os tribunais observarão”, ao iniciar o rol dos precedentes que devem ser seguidos.¹⁷⁵ Trata-se do primeiro problema a ser debatido, pois todos os outros dependem da forma de percepção do seu significado, afinal, se se tratar de mera persuasão, não haverá sequer a necessidade de discussão acerca da constitucionalidade ou não dos precedentes supostamente obrigatórios, mencionados no referido texto normativo.

O *caput* do art. 927, do CPC vigente, estatui que “os juízes e os tribunais observarão”, ao iniciar o elenco dos precedentes que devem ser seguidos. Trata-se do primeiro problema a ser debatido, pois todos os outros dependem da forma de percepção do seu significado, afinal, se se tratar de mera persuasão, não haverá sequer a necessidade de discussão acerca da constitucionalidade ou não dos precedentes supostamente obrigatórios, mencionados no referido texto normativo.

A listagem proposta pelo art. 927, do CPC/2015, de força vinculante, repita-se, traz-se a lume por reforço remissivo, é a seguinte: a) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, b) os enunciados de súmula vinculante, c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; d) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Alexandre Freitas Câmara (2016, p.1.324), o preceito normativo de cunho linguístico-gramatical do *caput* do art. 927: “observarão” institui apenas um dever de levar em consideração os precedentes, requerendo outra norma que a ele atribua eficácia vinculante.

E continua o autor ao afirmar que, *in verbis* :

[...] é vinculante pelo comando do art. 102, §2º, da CR, o “b” pelo art. 103-A, da CF, o incidente de assunção de competência, pelo art. 947,

¹⁷⁵ O art. 926 do Novo CPC trata, então, da uniformização de jurisprudência. E reflete, desse modo, uma tendência do Novo Código de Processo Civil de dar maior destaque à atividade judiciária, através da menção não apenas à jurisprudência, mas também aos precedentes. O art. 489, Novo CPC, em seu parágrafo 1º, assim, dispõe que qualquer decisão judicial não será fundamentada se deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedentes invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. O art. 927, Novo CPC, então, apresenta um rol de observância aos juízes e tribunais, os quais devem seguir, inclusive, seus próprios precedentes. Desse modo, as novas decisões deverão estar adequadas e em consonância com o ordenamento jurídico através da observação dos incisos do artigo, cujas decisões são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos (Enunciado 170, FPPC). No entanto, é importante ressaltar que nem toda decisão forma precedente vinculante.

§3º, do CPC, o IRDR (incidente de resolução de demandas repetitivas), pelo art. 985, I e II, do CPC e os recursos especial e extraordinário repetitivos, pelo art. 1.040, do CPC. (Câmara, 2015, p. 434-435)

As demais hipóteses normativas mencionadas no aludido artigo seriam meramente persuasivas (Câmara, 2015, p. 434-435). Nessa mesma inteligência é a conclusão proferida por José Miguel Garcia Medina (2016, p. 1.324), mas com o foco para o cabimento de Reclamação como instrumento apto a gerar uma vinculação formal. Assim, os casos dos incisos IV e V do art. 927 do CPC seriam apenas persuasivos por não ser cabível a Reclamação, muito embora não possam ser ignorados por força do art. 489, §1º, VI, CPC, que exige a devida fundamentação para a não aplicação do precedente. (Medina, 2015, p. 434-435)

Para, além do próprio termo em apreço, haveria a criação de um sistema completamente contraditório, tendo em vista que seria possível admitir que um precedente que provém de um IRDR (incidente de resolução de demandas repetitivas)¹⁷⁶ de um tribunal de justiça seria vinculante, enquanto um precedente que provém do tribunal pleno do STF sobre matéria constitucional seria meramente persuasivo. “Não há qualquer necessidade de outros comandos normativos para que quaisquer dos casos mencionados no art. 927 tenham eficácia vinculante”. (Peixoto, 2022)

Vale lembrar que o próprio Supremo Tribunal Federal já reconhecia, antes do advento do atual CPC, que os precedentes cuja origem era de recursos extraordinários com repercussão geral eram vinculantes.

Aduz Ravi Peixoto (2022) que na vigência do CPC de 2015, que deu origem e vida aos precedentes, seria um contrassenso a interpretação restritiva da vinculação do art. 927, que implicaria até a retirada da eficácia vinculante já apontada pelo STF no período do CPC/1973”.

Postas essas reflexões silogísticas, entende-se, com permissa *venia*, que quando o art. 927 do mencionado diploma legal utiliza o termo “observarão”, que se estaria considerando esses preceptivos normativos como abstratos e de caráter geral, ou seja, com as mesmas características da lei. Isso significaria conceder poder aos tribunais de

¹⁷⁶ O Novo CPC trouxe várias mudanças ao Direito brasileiro. Entre mudanças introduzidas pelo Novo Código de Processo Civil está o chamado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ou IRDR, que visa, então, à uniformização de decisões em lides semelhantes. Contudo, como se verá, a interpretação acerca do instituto não é pacífica. Em torno dele, está a polêmica de sua constitucionalidade, tendo em vista que passa a atuar, na prática, como norma aplicável a demandas parecidas. (BASTOS, Athena, 2022).

legislar, o que apenas poderia ser realizado por meio de emenda constitucional, por consectário lógico os incisos III, IV e V do art. 927 são inconstitucionais.

Nessa inteligência, pontuam Nelson Nery JR., e Rosa Maria de Andrade Nery que tais precedentes teriam natureza somente persuasiva. Ou seja, seriam observados apenas pelo seu conteúdo formal e não por sua autoridade. (Nery JR.,2022) E continuam os autores alhures citados que mesmo que se tente demonstrar que a obrigatoriedade dos precedentes previstos na legislação infraconstitucional seria dirigida apenas ao Poder Judiciário.

Prelecionam Georges Abboud; Lenio Luiz Streck (2022) que isso não ocorreria com o IRDR, haja vista que “os preceitos normativos insertos no art. 985, §2º do CPC exigiriam que, nas hipóteses em que o incidente seja relacionado à prestação de serviço concedido, caberia ao órgão, ente ou agência reguladora competente fiscalizar a efetiva aplicação da tese por parte dos sujeitos a regulação”.

Acredita-se que inserção dos dispositivos alhures citados que estatuem obrigatoriedade na legislação infraconstitucional viola a independência funcional dos magistrados e a separação funcional de poderes.

Entende-se que os magistrados são livres para decidir (convencimento motivado) sem qualquer vinculação por meio dos precedentes, desde que de acordo com as leis em sentido amplo e em obediência à Constituição da República, apenas seguindo os precedentes dos tribunais superiores nos casos em que concordem com o seu conteúdo meritório.

A redação dada ao art. 103-A da Constituição da República, com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004, de forma expressa, já determinou que somente a matéria constitucional poderia ser objeto de súmula vinculante. Em 19 de dezembro de 2006, por sua vez, foi publicada a Lei n. 11.417, com o fito de regulamentar o aludido art. 103-A da Constituição da República, e alterou a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a qual regulamenta o processo administrativo, no âmbito da Administração Pública Federal. A aludida Lei n. 11.417, no artigo 2º, abaixo transcrito, também institui que a súmula vinculante vai ter em seu conteúdo apenas matéria constitucional. Tal fato se justifica, haja vista ser essa matéria que é necessária uma maior estabilidade da jurisprudência.(Vasconcelos, 2022)

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito 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 prevista nesta Lei.(BRASIL, CF/88)

Vale aduzir que pelo fato de a súmula vinculante tratar de matéria estritamente constitucional, pronunciou-se Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ministra do Supremo Tribunal Federal, antes de ser Ministra do STF, da seguinte forma, *in verbis* :

Essa qualificação da súmula não a dotaria apenas de “força de lei”, aqui tomada em sentido formal, a dizer, ato emanado do Poder Legislativo segundo processo próprio definido constitucionalmente, mas de “força de constituição”, pois a matéria a ser o seu objeto pelo Supremo Tribunal Federal seria, exatamente, a Lei Magna. (Lúcia, *apud*. Vasconcelos)

Aduz Daniel Favaretto Barbosa (2006, p.96) no que alude à circunstância de a súmula “vinculante” ter como objeto somente matéria constitucional, “vale ressaltar primeiramente que é levantada uma inconstitucionalidade formal quanto a esta”.

Tal afirmação merece uma explicação. A inconstitucionalidade aduzida é derivada do fato de que, no dispositivo original, redação aprovada pela Câmara dos Deputados (PEC 96-E/92),¹⁷⁷ tinha previsão no *caput* do artigo 103-A, “a criação de súmula vinculante após reiteradas decisões sobre a matéria”, e apenas no Senado é que foi adicionado o adjetivo “constitucional” ao termo “matéria”. Perceba-se que a citada Emenda, nesta quadra, não teve o mesmo texto aprovado por ambas as Casas do Congresso nacional, consoante preceitua o art.60,§2º⁽¹⁷⁸⁾ da Constituição da República.

Em complemento ao raciocínio desenvolvido nesta pesquisa, vale mencionar a teoria da Pirâmide Jurídica de Kelsen (art.59, CF/88), onde as normas não estão localizadas em um mesmo nível topográfico constitucional, logo existem no sistema jurídico-constitucional normas inferiores e normas superiores.

E neste sentido são as palavras de Hans Kelsen, veja-se, *in verbis*:

Dado que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser uma outra norma, este pressuposto tem de ser uma norma: não uma norma posta por uma autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta, quer dizer, uma norma que é pressuposta sempre que o sentido subjetivo dos fatos geradores de normas postas de conformidade com a Constituição é interpretado como o seu sentido objetivo. Como essa norma é a norma fundamental de uma ordem jurídica, isto é, de uma

¹⁷⁷ **Ementa:** Introdúz modificações na estrutura do Poder Judiciário. Nova ementa da emenda constitucional nº 45: Altera dispositivos dos artigos 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os artigos 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

¹⁷⁸ Art. 60, “§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

ordem que estatui atos coercivos, a proposição que descreve tal norma, a proposição fundamental da ordem jurídica estadual em questão, diz: devem ser postos atos de coerção observados os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas estabelecidas em conformidade com ela. (Em forma abreviada: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve.) As normas de uma ordem jurídica cujo fundamento de validade comum é esta norma fundamental não são como o mostra a recondução à norma fundamental anteriormente descrita - um complexo de normas válidas colocadas umas ao lado das outras, mas uma construção escalonada de normas supra-infra-ordenadas umas às outras. (Kelsen, 1999)

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal funciona como Corte Constitucional, que por meio de suas decisões e pronunciamentos, sentido de interpretar a Constituição Federal. Nesse sentido, segundo o escólio de Calmon de Passos (1997), seria uma incoerência decisão de tribunal superior sem força “vinculante”, “já que seu maior objetivo não é resolver casos particulares, mas sim proporcionar uma maior segurança ao ordenamento jurídico e pacificar os conflitos deste ordenamento como um todo, com uma harmonização do direito”.

As súmulas vinculantes referentes a outras matérias, que não são constitucionais, em princípio desgastam a credibilidade do referido instituto, porque facilitaria a ocorrência de hipóteses de alteração ou não aplicação o aludido verbete sumular, além de engessar outros ramos do Direito.

Além disso, com todas as vênias de estilo, entende-se que ao Supremo Tribunal Federal, que é o único Tribunal habilitado constitucionalmente para proceder à edição de súmulas “vinculantes”, não compete interpretar outras matérias jurídicas, que não sejam de índole constitucional.

4.3 Da (in) constitucionalidade dos incisos III, IV e V do artigo 927 do novel CPC

A Constituição Federal de 1988 representa marco da democracia brasileira, um símbolo de respeitabilidade e garantia dos Direitos Fundamentais básicos de todo povo brasileiro, ela é responsável pela manutenção do Estado Democrático de Direito e pelo Estado Constitucional, em resumo, é aquele que trata os iguais de forma isonômica, os desiguais, desigualmente na sua proporcionalidade para que haja igualdade. Lei Fundamental de um país deve manter uma estrutura de controle do Estado Garantidor.

As normas constitucionais brasileiras definem os poderes do Estado federado de forma que se assegure uma plena harmonia e independência entre esses três poderes que

sustentam a República, quais sejam, o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o poder Judiciário. Como é de sabença de todos, os Poder Judiciário brasileiro é um dos pilares da República. (Loureiro,2022)

Ao pôr a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, tem-se por predileção a Carta da República prestar tutela a direitos com excelência via atividade jurisdicional criativa do órgão julgador, que pela falta de legitimação do voto popular deve se socorrer da interferência dos cidadãos como forma de conferir legitimidade para a sentença, no que alude à atividade jurisdicional (princípio da justicialidade).

Nesse raciocínio, o magistrado não pode pensar sua atividade como uma mera adesão a normas positivadas (normativismo) nem pode criar o Direito *ex nihilo* (decisionismo), entretantes está obrigado a dar continuidade, em cada caso, à discussão democrática que está estatuída nas leis de regência, as quais foram legitimadas pelo voto popular quando os parlamentares foram eleitos. (Barzotto, 2005. p. 192-193)

A decisão que presta tutela a Direitos é aquela acessível às partes no processo e à sociedade, e deve ser sempre fundamentada de forma robusta em obediência ao devido processo legal, ou seja, a tutela de Direitos assume a dimensão particular e a geral. É com essa técnica que se reafirma a crença nas instituições democráticas de Direito, cuja arquitetura legal está de forma hígida embasada na Constituição da República.

O Direito como sistema se presta a orientar condutas, e prima pela soberania popular, liberdade, igualdade, dignidade, Direitos e Garantias e tantos “outros princípios que aqui poderiam ser invocados jamais conseguirá vincular cidadãos por decisões precárias, de deficiente fundamentação e, mais ainda, que dedicam a casos análogos soluções discrepantes. Somente uma decisão racional é capaz de vincular um ser racional”.(Weston,2022)

Direitos conquistados devem ser preservados, não sendo admitido o aniquilamento (retrocesso) de direitos de já foram consolidados. Sabe-se que houve batalhas para que os Direitos de hoje fossem desfrutados e respeitados, muitas vidas foram perdidas e muito sangue foi derramado nas guerras constantes das garantias dos Direitos Fundamentais.(Bernardi, 2022)

O Brasil por ter uma Constituição rígida, Carta Magna e guardiã suprema dos princípios e regras do Estado Constitucional. Toda autoridade de qualquer poder só é

constituída se a Constituição de 1988 assim legitimar. Assim como todas as normas que integram ou que venham a integrar o ordenamento jurídico brasileiro só terão validade se estiverem em conformidade com a Constituição e por ela validada, porque a soberania popular e a ligação do sistema político às redes periféricas da esfera pública política implicam a imagem de uma sociedade ampla.

4.4 Da supremacia da Constituição Federal no sistema jurídico brasileiro – *civil law*

A Constituição da República é a Lei Fundamental, na qual uma sociedade organizada ao proceder aos atos deve obediência à Lei Maior, haja vista a mencionada Constituição prescrever deveres e garantir Direitos, cria-se, assim uma atmosfera de controle deste Estado Garantidor. À guisa dessa premissa posta, aduz José Afonso da Silva (SILVA, 2002, p.41) que , *in verbis* :

A constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas políticas, religiosas, etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo.

A Constituição da República de 1988, em suma, é um conjunto de preceptivos normativos, cuja teleologia é organizar o Estado Brasileiro e os seus entes. É dizer que é a norma máxima e fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, portanto, todo o sistema jurídico brasileiro deve observar seus preceitos, garantias, Direitos Fundamentais (cláusulas pétreas), etc. Havendo entre esta e as demais normas hierarquia. Como preleciona José Afonso da Silva (2011, p.46): “Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro”.

Todas as autoridades só na Constituição da República encontram fundamento e só ela confere poderes, competências e prerrogativas governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos estados-membros, nem os dos municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas constitucionais. (Batista, 2022)

Afonso Arinos de Melo Franco afirma 1958, p.63) que

Uma das consequências principais da Constituição escrita é a sua supremacia jurídica sobre toda a legislação ordinária, quer se trate de lei formal, quer de decreto executivo, regulamento ou outro ato administrativo, bem como de costume com força de lei. Constatando-se a superioridade da Constituição Federal, seria possível vincular

decisão de juízes e principalmente de tribunais por outro meio que não por emenda à Constituição?(Franco, 1958, p.63)

Preleciona Airton Portela (2015) , *prima facie*, que impor a vinculação de juízes e tribunais a precedentes previstos no CPC é algo inovador no mundo jurídico. Dentre as novidades trazidas pela adoção do sistema de precedentes, os incisos do art. 927, principalmente o III, IV, e V são o que mais provocam controvérsias no mundo doutrinário, sendo visto por alguns como uma clara situação de inconstitucionalidade. (Neves, 2017. p.1397)

Como se não bastasse a grande inovação quanto à vinculação de precedentes, Código de Processo Civil dispõe em seu 489 § 1º, que juízes e tribunais fundamentem suas decisões, devendo demonstrar a relação com a causa e não apenas indicando/subscrevendo os precedentes. Veja-se:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

(Grifou-se)

É patente a inovação do novel Código de Processo Civil. Como é possível fazer atribuições a juízes, magistrados e tribunais por simples lei ordinária? É por essa razão que a doutrina não se quedado inerte, e tem demonstrando recusa a aceitar tais precedentes e aduz que é um desrespeito à Constituição Federal.

Nesse entendimento, preleciona Fernando da Fonseca Gajardoni que:

Não que não haja na Lei n. 13.105, de 2015 espaço interpretativo para negar aplicabilidade de uma série de seus dispositivos. De fato, é bastante duvidosa a constitucionalidade de disposição infraconstitucional que torne vinculantes precedentes dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de 2º grau, sem que haja comando expresso na Carta Constitucional[...](Gajardoni,2015, p. 1)

A Constituição federal é, entre outras coisas, o instrumento da organização do poder político e tem a primazia de estabelecer a sua limitação jurídica, logo ela deve estabelecer limites às atribuições, com a pretensão de conter os excessos dos poderes políticos da União e dos Estados-membros, o Poder Legislativo e Judiciário e Executivo, mantendo-se na órbita dialética das suas competências e obedientes às normas gerais da Constituição.

Fica, portanto evidente a impossibilidade dos incisos III, IV e V do artigo 927 do CPC se manterem no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que foram introduzidos por meio de norma infraconstitucional. Por desprezar a Carta da República que é superior (art.59, CF) no ordenamento e desprezar premissa básica do sistema jurídico brasileiro, o Princípio do Convencimento Motivado do Juiz. (art. 371, CPC), o qual já foi explicitado no capítulo anterior desta pesquisa.

4.5 Dos Direitos Fundamentais e suas características - princípios-vetores ao retrocesso

De acordo com a doutrina dominante, pode-se citar como características dos Direitos Fundamentais (cláusula pétreia): universalidade, indivisibilidade, interdependência, interrelacionaridade, imprescritibilidade, complementaridade, individualidade, inviolabilidade, indisponibilidade, inalienabilidade, historicidade, irrenunciabilidade, vedação ao retrocesso, efetividade, limitabilidade, bem como a constitucionalização dos Direitos Fundamentais. Direitos esses que não podem ser mitigados, tampouco abolidos sequer por Emendas Constitucionais, e por consectário lógico inadmissível por súmula vinculante.

Os Direitos e garantias fundamentais, ou seja, as normas protetivas que têm como objetivo proteger o cidadão da ação do Estado (uma vez que o Estado é obrigado a garantir as mesmas) e garantir os requisitos mínimos para que o indivíduo tenha uma vida digna perante a sociedade, estão previstas na Constituição Federal de 1988, no título II da mesma.

Perfilam nesse rol de juristas que defendem essas características dos Direitos Fundamentais, entre outros, são Ferreira Filho (1999) ; Silva (1992) ;Fernandes (2012, p.252) ;Bobbio (1992,pp.5-9) ; Mendes (2008, p.242) ; Alexandrino(2010, p.102) ; Barroso (2001, p.159) ; Piovesan (2000) ; Branco(2012, p.230-231) ; Hesse (1998, p.156) ; Sarlet (2009, p.366) e Nery Junior (2006). Não se vai aqui discorrer acerca das teses defendidas pelos autores supracitados por não ser objeto desta tese de forma direta.

Em contramão, salvo melhor juízo, ao devido processo e aos Direitos e garantias fundamentais, Alexandre de Moraes (2022), sem análise desses direitos limitativos ao Estado e até a Constituição, assevera que, *in verbis* :

As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à ideia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária.

Como é cediço, o devido processo legal (contraditório, juiz imparcial, ampla defesa, a vedação da prova obtida por meios ilícitos, presunção da não culpabilidade, a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, a duração razoável dos processos, entre outros) são preceitos jurídicos caros para todos os jurisdicionados, não podem ser mitigados, tampouco abolidos, nem mesmo por Emenda à Constituição, logo por consectário lógico, deve-se ter muita cautela ao empregar os precedentes judiciais e as súmulas com efeito vinculante, meramente para se cumprir preceitos legais sem, entretanto, proceder a uma acurada hermenêutica que cada caso requer.

Os princípios constitucionais atuam de forma conjuntamente, e permitem a evolução de forma sistemático-estruturante-constitucional, sem que haja a necessidade de modificação do seu texto legal, adequando-se, diuturnamente, ao contexto político, jurídico, social e econômico que a sociedade vivencia em determinado momento. E muitos se encontram expressamente previstos na Lei Maior, e outros não. (Seixas, 2022)

Posto isso, não é possível o jurista inventar os “seus princípios”, pois tais preceitos principiológicos deverão ser reconhecidos e balizados no ordenamento jurídico pátrio, passando a integrá-los. Dessa forma, os princípios constitucionais indicam em que se assenta e para onde se orienta uma comunidade, notadamente acadêmico-jurídica, são eles que amarrarão em um só corpo todo o sistema jurídico brasileiro, pois, apesar de não possuírem um local específico ou uma sede reservada no texto constitucional, é por meio desses princípios constitucionais que se chegará à interpretação e à aplicação mais correta da norma jurídica.

À guisa do exposto, Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz defende que

Os princípios constitucionais são a síntese dos valores principais da ordem jurídica. A Constituição é um sistema de normas jurídicas; ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A ideia de sistema está fundada na de harmonia, de partes que convivem sem atritos, já que em toda ordem jurídica existem

valores superiores e diretrizes fundamentais interagindo-se. Então, os princípios constitucionais são as premissas básicas que se irradia por todo o sistema. (Pariz, 2009, p.36)

Os consectários do devido processo legal têm¹⁷⁹ *status* de cláusula pétrea e como tais fazem parte do rol dos princípios constitucionais de direitos e garantias que não podem sofrer retrocesso, tampouco ignorar tais características citadas em linhas precedentes.

O devido processo legal surgiu pela primeira vez na Magna Carta de João Sem-Terra no ano de 1215, conforme já aduzido no segundo capítulo desta pesquisa, somente, esses Direitos e garantias foram reconhecidos de forma expressa pelo Direito positivo brasileiro na Constituição Federal de 1988, também já explicitado no mencionado capítulo alhures.

Com efeito, sabe-se que o devido processo legal substantivo ou material é a manifestação do devido processo legal na esfera material. Em seu aspecto material atua em todos os campos do Direito, não apresentando limites (exceto os legais e constitucionais) e podendo abranger quaisquer direitos.

Tem-se, por outro lado, que, apesar de intuitivo, o comando normativo inserto no art. 4º Código de Processo Civil não deixa dúvida, haja vista a celeridade processual se estender igualmente à fase de cumprimento de sentença e, por certo, inclui também o processo de execução, vale obtemperar que a atividade satisfativa em prol da parte vencedora.

A redação original da Constituição Federal inseriu, no inciso LIV do art. 5º, uma cláusula geral, assegurando, explicitamente, a garantia do *due process of law*: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". E, por consequência, para que não houvesse dúvidas, além dessa preceituação genérica, que já é suficiente para alcançar o fim por ela colimado, previu, em vários incisos do citado art. 5º e, ainda, no art. 93, inciso IX, CF/88, "incorrendo em manifesta redundância (porém louvável), inúmeros corolários da garantia constitucional do devido processo legal". (Cruz ; Tucci ,2022)

Em essência, por ser de relevo, traz-se à colação que o ideário constitucional, no que alude às garantias processuais das partes litigantes, fundamenta uma matriz democrática, alinhada com as novas tendências, notadamente com a ciência processual,

¹⁷⁹ A expressão devido processo legal é oriunda da expressão inglesa *due process of law*. Mas, somente foi utilizada pelos ingleses com o significado adotado pelo Brasil na lei inglesa *Statute of Westminster of the Liberties of London* em 1354.

que possibilita, tanto quanto possível, que o cidadão tenha acesso aos tribunais, podendo apresentar suas razões, em contraditório e em igualdade de condições com o seu adversário, sempre lhe se assegurando a tramitação de um processo revestido de forma robusta de publicidade, dentro de um prazo razoável, sendo, a final, proferida uma sentença devidamente motivada, em homenagem aos preceitos normativos insertos no art. 489, do CPC e do art. 93, IX, CF/88.

4.6 Instrumentos jurídicos que vinculam subjetivamente a decisão judicial

Com a teleologia primordial de vincular de forma subjetiva o juiz, foram adotados em nível constitucional e infraconstitucional e incorporados pelo legislador pátrio ao sistema jurídico brasileiro alguns institutos jurídicos, os quais permitem que, em determinadas matérias jurídicas, as decisões a serem prolatadas pelos juízes (de primeiro e até de segundo grau) ficassem vinculadas ao conteúdo hermenêutico, previamente deliberado e sedimentado.

Seguindo tal linha cognitiva, Michele Taruffo (1994) observa que “a organização do Poder Judiciário está interligada ao uso do precedente. Esta dimensão institucional classifica a decisão judicial como: (a) precedente vertical; (b) precedente horizontal; e (c) autoprecedente”.

Vê-se que no precedente vertical presume-se que há hierarquia de autoridade entre órgãos do Poder Judiciário. Por consequência, aquelas proferidas por órgãos superiores vinculam os juízos inferiores, assim pontua Taruffo: “O fenômeno do precedente aparece como um reflexo – mais claro ou mais nebuloso, conforme o caso – da organização hierárquica das Cortes ou Tribunais, nos vários ordenamentos”. (Taruffo, 1994)

O precedente horizontal se relaciona com a influência de uma decisão sobre outras de mesmo nível hierárquico. Desse modo, decisões proferidas por órgãos jurisdicionais de mesma hierarquia, somente possuem o poder de persuasão, e não o dever de vincular.¹⁸⁰

Veem-se, também, alguns pontos específicos do Código de Processo Civil de 2015, os quais determinam a vinculação subjetiva das decisões, por exemplo o preceptivo

¹⁸⁰ Vale aduzir que no Brasil é possível destacar que a vinculação hermenêutica é promovida no sistema jurídico pátrio, a princípio, pelos seguintes institutos jurídicos que foram incorporados, paulatinamente, a partir da Emenda Constitucional n. 45, de 2004: (a) Súmula vinculante prevista no artigo 103-A da Constituição Federal; (b) Uniformização de jurisprudência prevista no art. 926 do CPC; (c) Incidente de assunção de competência previsto no art. 947 do CPC; (d) Incidente de resolução de demandas repetitivas previsto nos arts. 976 a 987 do CPC.

legal inserto no art. 947 §3º, o qual revela o efeito vinculativo da decisão pacificadora da jurisprudência; já no art. 985- incisos I e II disciplinam que a tese jurídica adotada pelos tribunais deve ser aplicada a todos os processos individuais ou coletivos, tese essa com efeito extensivo aos casos futuros que versarem idêntica questão, aplicando-se o instituto da reclamação previsto no artigo 988 do mesmo diploma legal, caso não aplicado pelos magistrados ou tribunais.

Na mesma compreensão, o CPC vigente estabelece de forma expressa que “os tribunais devem proceder à sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926); de forma que os tribunais não devem estabelecer divergências internas acerca de questões jurídicas idênticas, mantendo-se a uniformidade dos julgados entre cada juiz, desembargador ou turma julgadora. (Garcia, 2016)¹⁸¹

Tanto a súmula vinculante como também os demais institutos, a força vinculativa é estabelecida no art. 927 do CPC, o qual determina que os juízes e os tribunais deverão observar as decisões proferidas nos institutos jurídicos alhures citados, os quais vinculam de forma subjetiva as decisões futuras dos magistrados de primeiro e segundo grau de jurisdição.

Dessa forma, vê-se uma crescente legislativa iniciada com a Emenda Constitucional n. 45 de, de 2004¹⁸² e culminou ordinariamente com a Lei n. 13.105, de 2015(CPC), com a pretensão de concretizar uma vinculação subjetiva nas decisões judiciais e administrativas, entretantes é fundamental destacar que a adoção de instrumentos jurídicos vocacionados a vincular decisões notadamente futuras quanto ao conteúdo decisório proferido pelos magistrados, vinculando-os a certos entendimentos decisórios em matérias específicas, está adstrito à segurança jurídica e também ao cumprimento do princípio da duração do processo em um espaço de tempo razoável.

¹⁸¹A uniformização, para além da simples edição de enunciados de súmulas, pressupõe a adequada referência aos fatos dos precedentes que formaram a sua criação (§§1º e 2º). A exigência de estabilidade está ligada ao dever de respeito aos precedentes já firmados e a necessidade de fundamentação adequada para a sua distinção e/ou superação. As noções de integridade e coerência, por sua vez, evidenciam que casos semelhantes devem ser decididos sob o prisma da igualdade, com respeito aos princípios que foram aplicados nas decisões anteriores. Em resumo, deve existir um processo interpretativo que leve em conta a força normativa da Constituição e a ideia de unidade do direito, afastando o voluntarismo e ativismo judicial pernicioso e arbitrário. (GARCIA, André Luis Bitar de Lima. Sistema de precedentes do novo CPC terá impacto em empresas. In: Consultor Jurídico, 22 ago. 2015. Disponível em: Acesso em: 04 out. 2016)

¹⁸²BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: www.presidencia.gov.br. Acesso em: 24,nov.2009.

A segurança jurídica, na sua essência, pode ser compreendida como subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito, que promove “a estabilidade e continuidade da ordem jurídica, além da previsibilidade acerca das consequências jurídicas”. (Caminker,2014,p.165)

Trata-se, pois, de institutos jurídicos idealizadores cuja teleologia é alcançar as políticas públicas, que foram de forma prévia estabelecidas como metas do Poder Judiciário. Não pode, todavia, ser negado, tampouco deixar de ser enfrentado, quando se tratar de limitação subjetiva (capacidade julgadora do juiz) ou, como de praxe a doutrina se refere: engessamento hermenêutico, e se percebe que há uma tênue linha intencional, que pode induzir a promoção de ideologias às decisões dos magistrados, quando se impõe limitações à liberdade de julgar, como bem expõe o jurista Lênio Luiz Streck (2004) *in verbis*:

Os argumentos utilizados para justificar essa verdadeira ‘cruzada’ na busca de mecanismos engessadores das manifestações das instâncias inferiores da justiça são sempre os mesmos: desafogar as prateleiras dos tribunais superiores, que estão assoberbados de recursos dos mais variados. Ou seja, busca-se uma ‘efetividade (meramente) quantitativa’. Talvez os articuladores de tais teses estejam demasiadamente preocupados com a solução do problema de funcionalidade do sistema, deixando de lado a discussão dos problemas da solução, que certamente passam, também, por uma análise estrutural e por uma compreensão crítica do imaginário dos operadores jurídicos, ainda atrelados aos paradigmas objetificantes aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, em um plano, e, em outro - embora tais planos não sejam separáveis - ainda mergulhados na crise de paradigma liberal-individualista-normativista.

No momento, por enquanto, há matriz determinante quando se objetiva engessar hermeneuticamente o magistrado em suas decisões ou, ao menos, em determinadas situações. É dizer que se evitar a expansão de decisões antagônicas em certas e restritas questões levadas ao Poder Judicial.

A matriz determinante não pode ser entendida como uma tentativa de cerceamento da magistratura ou como limitativa da função criadora do magistrado.¹⁸³

¹⁸³ Esta matriz dos precedentes, muitos defendem que deve ser enxergada como tentativa de se evitar que assuntos reiteradamente levados aos tribunais sejam julgados de forma não homogênea ou de formas díspares, por consectário acarretando verdadeiras avalanches de recursos e demandas de maneira a estender de modo desproporcional a solução de lides que, ao final de longo percurso, seriam julgadas de modo uniforme nos Tribunais superiores ou até mesmo no Supremo Tribunal Federal.

4.7 A ausência de força vinculante dos precedentes judiciais diante da não formação da *ratio decidendi*

Com o objetivo de alcançar maior estabilidade, coerência e integridade, é perceptível ao passar dos anos os esforços para implantar os precedentes judiciais no ordenamento jurídico pátrio. É o que se vê ante a criação de institutos com efeito vinculante como as súmulas vinculantes (art. 103-A, CF/88), a repercussão geral (art. 102, §3º, CF/88) e a previsão de efeito vinculante *erga omnes* nas decisões do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, §2º, CF/88 e art. 10, §3º, Lei n. 9.882, de 1999), os precedentes judiciais (arts. 926 e 927, do CPC).

A história tem mostrado “que não passaram de provimentos judiciais formalmente vinculantes e não precedentes judiciais ancorados numa teoria de precedentes”. (Ramires, 2010, p. 31)

Carolina Biazatti Borges ; Nauani Schades Benevides (2022) asseveram que o CPC de 2015, com inclusão do núcleo dogmático do modelo de precedentes brasileiro (artigos 489, §1º, V e VI, 926 e 927) em princípio, tem predileção de corrigir as impropriedades que havia no CPC de 1973 e cabe aos profissionais do Direito utilizá-lo como instrumento para a superação de velhos paradigmas e para a resolução de graves problemas que acometem o Poder Judiciário, como, por exemplo, a jurisprudência lotérica e o solipsismo dos juízes que se recusam a aceitar a extinção do livre convencimento judicial.

Nesse sentido, por pertinência temática, Lenio Streck (2017b. p.42) preleciona que, após a supressão do termo “ livre convencimento” do atual Código de Processo Civil, é defeso aos magistrados fundamentar suas decisões adotadas a partir de uma perspectiva solipsista. Para o referido autor, no paradigma do Estado Constitucional não é mais admissível “a figura do juiz como acima das partes”. (Streck, 2017b.p. 33-34)

Nesse desiderato, é possível, em síntese, afirmar que a Constituição da República de 1988 se impõe como o principal instrumento de constrangimento epistemológico dos juízes, de modo que os julgamentos (decisões) proferidos que não estejam adequados aos preceitos constitucionais estão incorretos e indicam a possibilidade de terem sido tomados a partir de um juízo solipsista.

Afirmam Guilherme Antunes da Cunha e Carolina Teles Carvalho que, *in verbis*:

Examinando o teor do inciso V do referido artigo 489, observa-se que o próprio Código de Processo Civil constrange o juiz a não se limitar à

mera invocação de precedente ou enunciado de súmula, sem demonstrar a partir da devida fundamentação que o caso sob julgamento se ajusta àqueles padrões decisórios. Ou seja, é imprescindível que o juiz compreenda e interprete tanto o caso *sub judice* como aqueles que originaram o precedente ou a súmula invocados. Da mesma forma, o inciso VI impede que o juízo se abstenha de seguir enunciado de súmula, jurisprudência, precedente - de forma a privilegiar a igualdade e segurança jurídica -, sem demonstrar o *distinguishing* ou o *overruling*, no caso em apreço. Não há, portanto, liberalidade para uma postura acrítica ou solipsista dos juízes.(Cunha;Cavalho, 2023)

Segundo os preceitos normativos constitucionais e do Código de Processo Civil, vê-se que não há possibilidade de os magistrados terem discricionariedade. No ponto, concorda-se com Lenio Streck. Essa prévia conclusão, também está em sintonia com os próprios comandos normativos do artigo 489 do CPC, o qual, ao dispor sobre a necessidade de motivação das decisões judiciais, deixa clara e evidente a teleologia de evitar a discricionariedade do juiz.

A principal premissa desse modelo de precedentes, com base legal no CPC é a compreensão de que se trata de elemento da teoria da decisão judicial e não mecanismo de mera uniformização de jurisprudência (Zaneti JR.,2016), haja vista que tais precedentes não são aplicados só no âmbito dos tribunais de justiça, e sim por todos os magistrados(tribunais de contas, por exemplo) que se encontrem diante de um caso específico cuja solução já foi deliberada em precedentes formalmente vinculantes.

Alerta com a compatibilização dos precedentes com o ordenamento jurídico brasileiro, vê-se que não é coerente que seja atribuída força vinculante a qualquer decisão judicial pela mera formalização de restarem preenchidos os critérios formais de subsunção nas hipóteses enumeradas nos incisos I⁽¹⁸⁴⁾ a V⁽¹⁸⁵⁾ do art. 927 do CPC/15.

Além dos critérios meramente formais e instituídos no citado artigo em linhas precedentes, há outros critérios materiais que devem ser analisados com maior reflexão hermenêutica em conformidade com a normatividade do devido processo legal substantivo expressos na Constituição da República e a legislação brasileira vigente (a não ser que esta seja afastada fundamentadamente por controle difuso de constitucionalidade), coerência da decisão com as questões submetidas ao julgamento do tribunal, com fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*).

¹⁸⁴ Art. 927, CPC. “Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”;

¹⁸⁵ Art. 927, CPC. “Os juízes e os tribunais observarão[...] V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

Isso não decorre somente do termo “precedentes” escolhido pelo legislador processual civil para se referir a tais provimentos vinculantes, mas também da existência de alguns dispositivos legais do mencionado código, como os incisos V⁽¹⁸⁶⁾ e VI⁽¹⁸⁷⁾ do art. 489, §1º do CPC/15, os quais trazem conceitos como “fundamentos determinantes”, “distinção” e “superação do entendimento”, que remetem, respectivamente, à *ratio decidendi*, elementos típicos da teoria dos precedentes do *common law*.

Em relação aos provimentos vinculantes arrolados no atual Código de Processo Civil de 2015 se enquadram como mecanismos meramente processuais vocacionados para a celeridade e decisão de demandas em massa, mas os analisam como integrantes de um modelo brasileiro de precedentes pensado a partir da teoria dos precedentes.

Depois de criado o precedente, os juízes e tribunais, na sua atividade judicante, deverão analisar se há identificação do caso atual com o caso precedente. Se houver, deverão obrigatoriamente aplicar o precedente, independentemente de sua anuência ou desejo pessoal de segui-lo. Para isso, basta a demonstração das semelhanças fáticas e jurídicas do caso atual e do caso precedente, sendo dispensável a repetição da fundamentação deste.

Por outro lado, caso seja identificada hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada que imponha solução jurídica diversa, deverão fazer a distinção e não aplicar o precedente. Neste caso, impõe-se maior ônus argumentativo ao magistrado, que deverá apontar, fundamentadamente, os pontos dos casos que são divergentes.

Em ambas as situações, seja na aplicação ou não aplicação diante da distinção, há o dever de fundamentação da decisão imposto aos julgadores pelos incisos V e VI do art. 489, §1º do CPC de 2015, que veda que eles se limitem a simplesmente afirmar a aplicabilidade ou não do precedente sem adequada justificação e fundamentação.

Contra um possível engessamento do Direito diante da vinculação à norma precedente advinda de lei, independentemente de sua qualidade, há a previsão do fenômeno da superação. A superação ou modificação do precedente, prevista no § 4º do art. 927 do CPC, dá-se pelo tribunal que o tenha criado ou, excepcionalmente, pelo tribunal de hierarquia superior, o que possibilita que os precedentes acompanhem as

¹⁸⁶ Art. 489, CPC, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

¹⁸⁷ “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

mudanças da legislação e das relações sociais vigentes, garantindo dinamicidade ao Direito, mas ao mesmo tempo controlando a estabilidade do entendimento, já que limita as autoridades competentes para sua modificação.

Um fato importante é que o modelo brasileiro de precedentes não legitima a enunciação de norma geral e abstrata como já visto em épocas pretéritas com as súmulas e os assentos portugueses. A norma-precedente é concreta e geral: concreta porque em seu antecedente normativo há um fato já ocorrido, o fato jurídico do caso precedente, e geral porque no seu consequente normativo há o estabelecimento de uma relação jurídica imposta a um número indeterminado de sujeitos.

Nesse sentido, a norma do precedente jamais pode se desprender dos fatos materiais que lhe deram causa, sob pena de se autonomizarem e se tornar inviável a distinção e a superação em relação aos casos que lhe sobrevierem.

Verifica-se, dessa forma, que trabalhar com precedentes torna a atividade jurídica muito mais complexa do que a simples utilização de jurisprudência, que historicamente vinha sendo aplicada no ordenamento brasileiro.

Pressupõe-se o conhecimento de uma série de conceitos e técnicas, sendo fundamental para a criação da norma do precedente a compreensão da ideia de *ratio decidendi* (para os ingleses) ou *holding* (para os norte-americanos), em português comumente traduzido como “razões para decidir”, “motivos determinantes” ou “fundamentos determinantes” da decisão.

4.7.1 A *ratio decidendi* para a construção e concretização da norma a ser elaborada a partir dos enunciados insertos no art. 927 do CPC de 2015

É imperioso trazer à colação o conceito de *ratio decidendi* para a construção e concretização da norma a ser elaborada a partir dos enunciados insertos no art. 927 do CPC de 2015, que conforme os seus preceptivos legais dispõem que os juízes e tribunais se vincularão aos fundamentos determinantes (ou *ratio decidendi*) dos provimentos previstos nos incisos I a V e não às teses neles enunciadas. (Bankowski; Maccormick; Marshall, 1997, p. 336)

Para a razão de decidir do precedente, há a necessidade de que os pensadores do Direito tenham expertise para elaborar o conceito de *ratio decidendi* e para desenvolver técnicas para identificá-la, ao contrário não terão possibilitados de saber de forma prévia

quais normas estabelecem regramento dos fatos e relações jurídicas que pretendem levar ao conhecimento do Poder Judiciário.

Conceituar *ratio decidendi* é uma das questões jurídicas mais controvertidas da doutrina pátria e também estrangeira da *stare decisis*, apesar de existir avença que ela revela uma ideia geral de “regra de Direito que foi posta como fundamento da decisão sobre os fatos específicos do caso” (Taruffo,2017,p.7), sendo reforço remissivo, por sua vez, todas aquelas argumentações afirmativas contidas na motivação da sentença ou do acórdão são úteis para compreensão da decisão e dos seus motivos, entretantes não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão, haja vista haver muita divergência no que alude “à sua definição específica e aos métodos para identificá-la no texto da decisão que formou o precedente judicial”. (MARSHALL,1997, p. 506)

Nessa direção, Marcelo Alves Dias de Souza, à luz da doutrina inglesa acerca do tema em apreço, pontua as cinco definições mais triviais da *ratio decidendi* como sendo, *in verbis*:

a) regra de Direito, explicitamente estabelecida pelo juiz como base de sua decisão, isto é, a resposta explícita à questão de Direito do caso; b) a razão explicitamente dada pelo juiz para a decisão, isto é, a justificação explícita para a resposta dada à questão do caso; c) a regra de Direito implícita nas razões do juiz para justificação de sua decisão, isto é, a resposta implícita à questão de Direito do caso; d) a razão implicitamente dada pelo juiz à decisão, isto é, a justificação implícita para a resposta dada à questão do caso; e) a regra de Direito na qual se fundamenta o caso ou se cita como autoridade para um posterior intérprete, isto é, a resposta dada à questão de Direito do caso. (Souza, 2011, p. 126)

Nesse viés, Pierluigi Chiassoni (2000,p.5-6) alega que há sete outros conceitos, e a doutrina mais balizada tem se revelado de forma criativa na definição do mencionado instituto. Está longe, contudo, de chegar a um consenso sobre o que efetivamente venha a ser, na essência, a *ratio decidendi*, o que por consectário é refletido na variedade de técnicas para a sua devida identificação no mundo fático.

Há vários autores que tentaram e tentam desenvolver teorias e métodos para, a partir do texto da decisão dos magistrados, identificar a *ratio decidendi*, mas atualmente não é ainda possível apontar uma única teoria para a sua identificação.

Quem decide tem o dever de enfrentar todos os fundamentos e os meios de prova trazidos pela parte, sendo a intersubjetividade “a condição para o surgimento de uma decisão. Nesse sentido, o magistrado deve controlar a sua subjetividade por intermédio

da intersubjetividade proveniente da linguagem pública(doutrina, jurisprudência, lei e Constituição) (Streck, 2022).

O Código de processo Civil de 2015 inovou em comparação a outros diplomas legais ao instituir, de forma detalhada, nos incisos do art. 489, § 1º do mencionado *codex* os requisitos para que as decisões judiciais sejam consideradas fundamentadas.

O excesso, contudo, de detalhes e as impropriedades terminológicas (confusão entre precedentes e súmulas vinculantes, por exemplo) nos preceitos normativos, em vez de contribuírem para o aprimoramento da fundamentação das decisões judiciais, podem aguçá-la a dificuldade de seu cumprimento. Quiçá possa abrir margem para argumentos capciosos e uma série de recursos protelatórios sob a alegação de falta de fundamentação nas decisões judiciais.

Traz-se a lume, por ser de relevo, que o interessante para o Direito, quando se visa a proceder à fundamentação de qualquer decisão judicial é saber se foi demonstrada a validade ou não dos argumentos a partir de premissas verdadeiras.

Em síntese, a decisão judicial será considerada fundamentada, consoante o entendimento de Robert Alexy: “os problemas ligados à justificação interna têm sido amplamente discutidos sob o nome de ‘silogismo jurídico’. Atualmente, há uma série de publicações em que se trata dos problemas relativos ao tema, aplicando-se os métodos da lógica moderna”. (Alexy, 2005, p. 218.)

Os comandos legais, notadamente expostos no artigo 489, §1º, VI do CPC dispõe que se a parte em suas manifestações jurídicas invoca um enunciado de súmula de efeito vinculante ou um julgado tido como precedente deve vê-lo aplicado. Exceto quando o caso for distinto (*distinguishing*) e fundamentar que o enunciado de súmula ou o julgado tido como precedente não é cabível para o caso concreto ou que adveio a superação (*overruling* ou *overriding*) do “entendimento que sufragava o enunciado de súmula, jurisprudência e precedente colacionado e cotejado pela parte em suas manifestações processuais”. (Streck; Nunes; Cunha,2022)

Alguns autores que desenvolveram a teoria do precedentes de maior relevância são Eugene Wambaugh, Herman Oliphant, Arthur Goodhart, Rupert Cross, Neil MacCormick e Michael Moore, mas são dotadas de maior prestígio as teorias de Wambaugh (Wambaugh, 1894,p.11-18).

A *ratio decidendi* é a razão jurídica sem a qual o caso seria decidido de forma diversa; a de Goodhart (Goodhart, 1930, p. 189-222) “que faz a identificação da *ratio decidendi* por meio dos fatos fundamentais (*material facts*) e da decisão do juiz embasada

nesses fatos; bem como a de Cross” (Cross; Harris,1991,p.77) , que combina esses dois métodos.

No ordenamento jurídico brasileiro, “tem sido aceita a definição *ratio decidendi* como as razões adotadas pelo juiz como passos suficientes e necessários para a solução específica dada a um caso ou a uma questão jurídica”. (Marinoni, 2016, p. 183-195; Zaneti jr., 2016, p. 303-310) , que acaba por utilizar o método eclético de Rupert Cross com algumas ressalvas.

4.7.2 A compatibilidade entre interpretação operativa e a Crítica Hermenêutica do Direito

Vê-se que a resistência de Lenio Streck (2014b) quanto à interpretação operativa tem como premissas dois argumentos bem delineados em sua opinião, são eles: a um, “a interpretação não seria uma atividade excepcional que ocorre somente quando o intérprete estiver diante de textos vagos e ambíguos; a dois, que a interpretação não seria uma questão de autoridade, como se o juiz tivesse um privilégio cognitivo na interpretação do Direito em relação aos demais atores jurídicos”.

Essa visão cognitiva de Lenio Streck parte de premissas desenvolvidas em sua Crítica Hermenêutica do Direito, porque como premissa basilar é preciso compreender a interpretação operativa à luz da concepção de Luigi Ferrajoli (1966,p.290-304) autor da aludida concepção, para, ao depois, compreender como esse conceito foi progressivamente aprimorado o contexto da teoria da decisão judicial de Jerzy Wróblewski.

Luigi Ferraroti, em ensaio publicado no ano de 1966, estabeleceu uma dicotomia entre interpretação doutrinária e interpretação operativa como espécies do gênero interpretação jurídica.

Nessa intelecção, traz-se à colação a interpretação doutrinária que é aquela realizada em abstrato pelos juristas, com a finalidade de estabelecer explicação no que atine aos conceitos e significados próprios do Direito, ou seja, os conceitos e significados da linguagem jurídica. Já a interpretação operativa, por seu turno, é aquela praticada pelos magistrados, em concreto, no contexto de interpretação/aplicação do Direito, e tem a primazia teleológica de buscar a compreensão do significado concreto e expresso na linguagem jurídica (Ferrajoli, 1966) .

Vale aduzir que o intérprete e aplicador do Direito não pode ignorar a facticidade e da historicidade que são inerentes ao processo de interpretação do Direito, uma vez que

sempre estará inserido dentro de uma tradição, e o Direito, seja de origem do *common law* ou do *civil law*, em essência não pode se desvincular dos atos sociais.

Como ficou evidenciado em linhas volvidas, é por conta disso, que o intérprete, ciente de que é evitado de preconceitos autênticos e inautênticos no que alude às possíveis interpretações, deve dialogar, diuturnamente com a tradição e com o mundo fático e histórico que o circunda, analisando criticamente o texto, objeto de sua interpretação.

Segundo Ferrajoli (1966,p. 290-304), é o contato com a experiência jurídica, que permitirá ao intérprete identificar o material normativo já interpretado por aquela comunidade política. “Se de um lado, a interpretação operativa consiste na decisão por um determinado significado do texto normativo, de outro, a Crítica Hermenêutica do Direito denuncia justamente que há uma diferença entre decisão e escolha”. Assim entende Streck (2015, p.113-114) afirma-se isso porque uma decisão jurídica não ocorre mediante escolhas interpretativas.

A escolha representa uma eleição de uma opção subjetiva em detrimento da outra, sem quaisquer critérios controláveis ou mensuráveis, o que resultaria em inaceitável discricionariedade (que, na sua concepção de Luiz Leno Streck (2015, p. 113-114),¹⁸⁸ é um modo de arbitrariedade.

Aduz Ronald Dworkin (1995) que “ao invés de escolhas, a decisão jurídica resulta de uma releitura do material normativo já interpretado pela comunidade política, uma consequência da necessidade de preservar a coerência e integridade do Direito”. A interpretação operativa está relacionada à teoria dos precedentes, porque a universalização das razões representa um limite à discricionariedade da escolha.

Se, de um lado, a interpretação operativa é resultado de um processo unitário de aplicação do Direito, de outro, a Crítica Hermenêutica do Direito, segundo Gadamer, “não é possível aplicar o Direito por etapas. A ideia de que compreensão, interpretação e aplicação constituem um processo unitário”. (Gadamer, 2008, p. 316),¹⁸⁹ busca superar a concepção da hermenêutica tradicional de que, primeiro, “interpreta-se um texto

¹⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz (2015, p. 113-114) defende que “a decisão – no caso, a decisão jurídica, não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parecer mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher. [...] A escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade”.

¹⁸⁹ Compartilhada por Streck (2014c, p. 288), cf.: “o processo unitário da compreensão, pelo qual interpretar é aplicar (*applicatio*) – que desmitifica a tese de que primeiro conheço, depois interpreto e só então eu aplico –, transforma-se em uma espécie de blindagem contra as opiniões arbitrárias”.

normativo para, ao depois, compreender o seu sentido e, só depois de compreendido o sentido do texto, aplicá-lo ao caso concreto”.(Zaneti JR. 2017, p. 133)¹⁹⁰

Afirma o autor acima citado Hans-Georg Gadamer (2008) que “Uma interpretação definitiva parece ser uma contradição em si mesma. A interpretação é algo que sempre está em marcha, que não conclui nunca. A palavra interpretação faz, pois, referência à finitude do ser humano e à finitude do conhecimento humano”.

Descortinados esses esclarecimentos preambulares de cunho jus-sociológico-hermenêutico, notadamente quanto à interpretação do Direito, Ferrajoli e Streck, cada qual à sua maneira de ver o mundo onde habitam os homens, tem a plena consciência de que o fenômeno de interpretação e aplicação se imbrica no ato decisório. Logo, por consectário, percebe-se que a interpretação operativa, conceito analítico desenvolvido por Ferrajoli e Wróblewski, é absolutamente compatível com a teoria da decisão judicial desenvolvida por Lenio Streck, de matriz hermenêutica.(Ferrajoli; Streck; Trindade, 2012)¹⁹¹

Tendo em vista as premissas jurídicas postas, dessa forma, consiste numa reação às compreensões puramente criacionistas e discricionárias do Direito jurisprudencial e do positivismo realista, especialmente quando vinculam o intérprete no âmbito do discurso jurídico em uma teoria dos precedentes.

4.7.3 A importância de compreender a interpretação operativa para o modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes do CPC/2015

Há uma relação estreita entre interpretação operativa e formação do precedente judicial, por sua vez, a interpretação operativa é meio do qual o precedente judicial é

¹⁹⁰ A aproximação entre a interpretação em Gadamer e a interpretação operativa está devidamente indicada por Zaneti Jr. (2017, p. 133 – nota de rodapé nº 179).(ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017).

¹⁹¹ Inclusive, os pontos de convergência e divergência entre o Constitucionalismo Garantista de Luigi Ferrajoli e a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck já foram objeto de debate em coletânea específica (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012). Ferrajoli (2012, p. 13-58) critica o que ele chama de constitucionalismo principialista, que reúne características do movimento contemporâneo do neoconstitucionalismo e a sua excessiva abertura principiológica, com a utilização da ponderação. Defende, por sua vez, um Constitucionalismo Garantista como espécie de positivismo reforçado no qual o Estado de Direito é complementado pelo controle de constitucionalidade. Streck, na réplica (2012, p. 59-94), abraça as críticas de Ferrajoli ao neoconstitucionalismo, ao principiológico e à ponderação, mas dele discorda quanto à impossibilidade de uma teoria pós-positivista da Constituição capaz de controlar a discricionariedade judicial. Sobre a possibilidade de diálogo entre hermenêutica e analítica, cf. ZANETI JR.; PEREIRA, 2016b. (FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (Org.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012).

resultado. Os magistrados e tribunais, por meio da interpretação operativa, têm a primazia de (re)construir o sentido dos preceptivos legais, levando em consideração as circunstâncias fáticas do caso concreto, “acrescentando à ordem jurídica um conteúdo normativo novo, devidamente (re)construído”.(Pereira, 2019)

No sistema *common law* é denominado de *enrichment model* (modelo de enriquecimento). Esse modelo convive perfeitamente com *by product model*, “no qual “as cortes de justiça procedem às regras jurídicas apenas como um *by-product* incidental da resolução de disputas”. (Eisenberg,1991,p.5-6; Amaral, 2016).

Esse modelo, no Brasil, convive a partir do duplo discurso, o qual se é extraído da decisão judicial, já identificado pela doutrina brasileira.

Daniel Mitidiero , acerca do assunto em apreço, leciona que

[...](i) primeiro, o discurso do caso, voltado à solução do litígio concretamente deduzido e que tem as partes como destinatários; (ii) segundo, o discurso do precedente, voltado à orientação da sociedade e da comunidade jurídica, visando imprimir racionalidade ao sistema de Justiça, preservando a igualdade e a segurança jurídica. Isso não quer dizer, de maneira alguma, que a interpretação é uma atividade presente somente nos casos em que o órgão jurisdicional estiver diante de textos vagos ou ambíguos. (Mitidiero, 2012)

A arte de interpretar não é uma atividade ocasional na vida do pensador e aplicador do Direito, mas verdadeiramente trivial e requer muito conhecimento hermenêutico e exegético(de cunho jurídico, sociológico, filosófico, entre outros), porque no estágio atual da ciência jurídica, não se pode ignorar a hermenêutica e seus requisitos jurídicos, propedêuticos, linguísticos e jusfilosóficos dos textos, e não importa de qual espécie, se constitucionais, legais ou precedentes, haja vista não valerem por si mesmos, porque eles não contêm uma clareza que os isente de interpretação, “porque interpretar é aplicar e vice-versa” (Zaneti JR., 2017, p. 147-148)

A interpretação operativa é um conceito que auxilia de forma analítica a compreensão do modelo de precedentes no Código de Processo Civil, como já explicitado em linhas precedentes (Didier JR. et al., 2015, p. 442 e Zaneti JR.; Pereira, 2016a).

Os magistrados e os juristas quando se deparam, na atividade jurisdicional, com textos lacunosos e por consequência com normas ambíguas, cuja aplicação reclama decisões interpretativas que tratem do significado mais adequado da norma jurídica e a

ela acrescentam um conteúdo de forma reconstrutiva(Zaneti JR; Pereira, 2023).¹⁹² .Quando houver dúvida acerca do significado do texto normativo, o seu intérprete terá a incumbência de decidir qual significado atribuirá ao texto. Essa modalidade de decisão, a qual busca dirimir a dúvida interpretativa é denominada de interpretação operativa, conceito esse sugerido inicialmente por Luigi Ferrajoli(1966,pp. 290-304)¹⁹³

O art. 700 do atual CPC dispõe que “a ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo”, trata-se de um termo vago que impõe ao órgão jurisdicional concretizá-lo de acordo com as circunstâncias fáticas de cada caso específico.

Nessa inteligência, o Poder Judiciário será, em princípio, provocado para proceder à decisão acerca de diversas provas escritas que instruirão ações monitórias. Diante da dúvida interpretativa, a decisão inserirá uma nova regra no ordenamento jurídico pátrio, pois o art. 700 do aludido CPC será reconstruído à luz de uma interpretação jurisdicional.

Isso ocorreu, por exemplo, quando o Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar os preceitos normativos insertos no antigo art. 1.102-A do CPC de 1973 (que utilizava o mesmo conceito jurídico indeterminado), o mencionado tribunal chegou à conclusão de que o contrato de abertura de conta corrente, acompanhado de extrato bancário e o cheque prescrito constituem exemplos de prova escrita, por consectário lógico sem eficácia de título executivo.

Vale obtemperar por haver pertinência temática, que esses precedentes foram enunciados em súmula com o objetivo de divulgar a *ratio decidendi* do julgamento, o qual reconstruiu o ordenamento jurídico, dizendo que “o contrato de abertura de crédito em conta corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, passou a constituir documento hábil para o ajuizamento da ação monitória” (Súmula n. 247) e que “é admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito” (Súmula n. 299)

Sabe-se que muitos são os intérpretes dos textos jurídicos, v.g., cidadãos, legisladores, administradores públicos, contratantes na iniciativa privada, entre outros, [...] entrementes só o juiz, magistrado ou tribunal de justiça ou de contas pode interpretar

¹⁹² ZANETI JR,Hermes Zaneti ;PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? Disponível em [file:///C:/Users/990661/Downloads/Por que o Poder Judiciario nao legisla n%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/990661/Downloads/Por%20que%20o%20Poder%20Judiciario%20nao%20legisla%20n%20(1).pdf). Acesso em: 15.jun.2023.

¹⁹³ Cf. FERRAJOLI, Luigi. Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. n. 43, p. 290-304, 1966.

a norma jurídica para decisão de um caso e, deste caso, extrair o precedente para os casos futuros.

De acordo com a Constituição da República (art.93,IX,CF) e com o CPC(art. 489,CPC)¹⁹⁴, em princípio,“ só os magistrados ou tribunais estão obrigados a justificar/fundamentar sua decisão” (Zaneti JR., 2017, p. 146-147). Embora hoje haja entendimento de que todos os agentes públicos, servidores e agentes políticos estão obrigados a fundamentar e motivar seus atos, sob pena de nulidade do ato.

O magistrado deve reconstruir o ordenamento tendo como parâmetro o que foi na doutrina referido como ponto de vista interno do Direito (*internal point of view*) e “consubstanciado na tradição jurídica, com o qual é obrigado a dialogar”. (Hart, 1997, p. 89 ; Pereira, 2019, p. 37-38) . “A questão aqui decorre do reconhecimento que o Direito obriga a uma determinada prática”. (Shapiro, 2006, p. 1157-1158).

Dessa forma, garante-se higidez “hermenêutica na decisão, aumentando o controle sobre a discricionariedade positivista e se aproximando das ideias de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade propostos na doutrina para a compreensão da segurança jurídica nos Estados Constitucionais”. (Ávila, 2014, p. 264-270)

Como é cediço, num Estado Democrático Constitucional, todos esses institutos se encontram em pé de igualdade e devem atuar segundo as funções estabelecidas na Constituição e legalmente previstas. Em palavras mais amenas, decidir não é um privilégio do juiz, tampouco representa um protagonismo de sua atuação, apenas é a função que ele exerce no processo. (Zaneti JR., 2014, p. 97)¹⁹⁵

A decisão deve sempre levar em consideração a interpretação proferida por outros sujeitos no curso do processo (contraditório e ampla defesa) e, sem dúvida, deve dialogar,

¹⁹⁴ Art. 489, CPC [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

¹⁹⁵ Inclusive, um dos autores deste texto (ZANETI JR., 2014, p. 97) já defendeu que “[n]o processo visto com procedimento em contraditório, o juiz participa ativamente e sobre ele também recaem encargos (entendidos como deveres-poderes) do diálogo judicial. Dentro da perspectiva do *iudicium*, fica saliente o ‘inafastável caráter dialético do processo’, que se constitui no ato de três pessoas: juiz, autor e réu”.

dialeticamente com as interpretações já procedidas pela comunidade acadêmico-jurídica acerca do tema em apreço (tradição, costume, princípios constitucionais, entre outros), respeitando a segurança jurídica (cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade).

4.7.4 Análise acerca dos precedentes (*leading cases*) e suas consequências no mundo jurídico

Dentro da nova sistemática processual, a fixação dos precedentes, denominados pela doutrina de *leading cases*, perfunctoriamente, permite a aplicação de soluções iguais para conflitos que possuam a mesma origem, o que traz para o jurisdicionado algo essencial: segurança jurídica, impedindo que casos iguais – ou semelhantes – recebam do Poder Judiciário respostas diferentes, gerando imensuráveis quantidades de recursos que abarrotam ainda mais os já caóticos tribunais pátrios, tornando-os mais inoperantes .

Tal sistema, contudo, passa a exigir mais dos pensadores do Direito: das partes, que procurem fundamentar corretamente suas pretensões, abstendo-se de aventuras judiciais; dos magistrados, que fundamentem corretamente suas decisões, com a predileção de embasar com perfeição à luz dos precedentes judiciais, que servirão de modelo para os demais julgamentos.

Essa é, em síntese, a teleologia dos precedentes judiciais, sem analisar os pormenores e os preceitos hermenêuticos estruturantes do núcleo rígido e hígido (cláusulas pétreas) dos dispostos na Constituição da República e obedecidos na dialeticidade processual, assim é o objeto do escólio do jusfilósofo Lenio Luiz Streck (2020).

Deixa-se claro que a pretensão não é antagonizar com quem pensa em contrário, e sim apontar os acertos e as incongruências ou inconstitucionalidades das leituras do CPC vigente. E tentar trazer os adversários epistêmicos para a realidade social. Desse modo, interessa conferir uma aplicação, conforme a Constituição do artigo 927 do CPC e evitar que a afirmação de que o CPC de 2015 criou um sistema de precedentes seja transformado em um enunciado performativo e, por consectários, traga seriíssimos problemas jurídico-processuais contemporâneos.

Diante desse imbróglio e segundo os comandos legais da Teoria Geral do Direito de Norberto Bobbio (2010)¹⁹⁶ e das normas, indaga-se : O sistema de precedentes que

¹⁹⁶ Bobbio defende que a força é um instrumento para a realização do Direito. Kelsen, ao contrário, sustenta que a força é o objeto de regulamentação jurídica, isto é, que por Direito deve-se entender não um conjunto de normas que se tornam válidas por meio da força, mas um conjunto de normas que regulam o exercício

passa a ser o paradigma de aplicação do Processo Civil, Processo Penal, Processo do Trabalho, Processo Administrativo, Processo Tributário, entre outros ? Com todas as vênias de estilo que o estudo requer, parece que não.

Como se sabe, o Direito é Ciência do Dever-Ser (ciência social factual aplicada), tem como objeto fato social e este está em constantes mudanças que são percebidas pelo juiz de primeiro grau, primeiramente, haja vista ser ele (juiz) quem primeiro toma conhecimento sobre determinada demanda, que por meio da dialeticidade, dos atos processuais impulsados que culminam com a decisão judicial, e aplicam-se o Direito na medida certa, que o caso requer, entretanto sempre em obediência aos preceitos normativos do devido processo legal(direitos fundamentais), estatuídos na CF/88.

Parte dos processualistas civilistas e constitucionalistas, que em obediência aos ao devido processo legal,¹⁹⁷entendem que é possível resolver o problema de insegurança jurídica, que é uma cealema e possui essencialmente qualitativo na prestação jurisdicional, mediante a criação de instrumentos de vinculação decisória, o que faz parecer que essa doutrina ignora que a própria Constituição da República e a legislação que vinculam efetivamente a atuação do Judiciário antes de tudo. (Streck, 2021)

Para citar apenas alguns desses instrumentos de vinculação decisória, mencionam-se súmula com efeito vinculante (que não é precedente), objeto desta pesquisa, atribuição de efeito vinculante para jurisprudência dos tribunais superiores, objetivação do controle difuso de constitucionalidade e até mesmo objetivação do julgamento da lide pelo STJ e pelo STF. Há até quem defenda que o CPC-2015 teria proporcionado a mutação constitucional do termo causa previsto nos artigos 102 e 105 da CF/88.

Diante do exposto aquilatado em linhas volvidas, pergunta-se: Será que se está diante de uma interpretação da Constituição segundo os comandos legais do novo CPC? Ainda não se tem uma resposta metodológica e axiológica convincente, pelo menos em nível processual e constitucional, embora se possa afirmar que sim.

Alerta o autor citado em linhas pretéritas que no Brasil, *ipsis litteris*:

[...] o apego ao efeito vinculante virou um fetiche. Atualmente, já se atribuiu à súmula vinculante *status* superior ao da legislação e, com o CPC, estende-se essa “supremacia” à grande parcela das decisões dos tribunais superiores, ainda que historicamente haja uma confirmação de atuação, voluntarista, ativista e discricionária em boa (ou má) parte das

da força numa determinada sociedade. (BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. Tradução Denise Agostinetti; 3. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2010).

¹⁹⁷ Nesse contexto inclui o princípio do devido processo legal, princípio do acesso ao Poder Judiciário, princípio da separação de poderes, princípio do contraditório e da ampla defesa, entre outros.

manifestações dos tribunais superiores. Ou seja: a doutrina sofre, vê, mas se nega a enxergar o *busílis* da questão [...]. (Streck, 2021)

Vale trazer à colação que segundo o escólio do mencionado jurista no sistema *common law*, o precedente não se sobrepõe à legislação. “ no sistema jurídico brasileiro (*civil law*), o costume e o precedente estão subordinados à legislação, haja vista “as regras consuetudinárias e de *common law* podem ser privadas do seu estatuto jurídico por uma lei parlamentar [...]”.Hart (2017).

Ancorado no escólio do mencionado jusfilósofo e outros que um *stare decisis* não pode ser à moda brasileira. Como é cediço, não é o CPC ou qualquer lei que criará ou modificará o sistema jurídico brasileiro, fazendo surgir o sistema de precedentes ou o próprio *common law* a partir da mera promulgação da lei, haja vista entender ser incompatível com as regras jurídicas do devido processual legal estatuídos na moldura constitucional, notadamente no artigo 5º da CF/88, tais elementos limitam o Estado e a CF/88, pois esses não podem tudo.

Ademais, no Brasil a introdução do sistema de precedentes (art. 927, CPC, redação dada pela EC. 45, de 2004, que se refere principalmente à súmula vinculante) é conseqüência do pensamento de que a razão de decidir seria a solução ideal para atenuar o problema do grande número de litígios no Brasil, ignorando a própria complexidade que é inerente ao *stare decisis* e seu respectivo sistema genuíno de precedentes.

À época do advento da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, na ânsia de implantar “sistema de precedentes”, com *permissa* vênua, foram suprimidos direitos caros e por conseqüência aumentou o Poder do Judiciário brasileiro. Ora, o fato de o artigo 927 do CPC enumerar vários provimentos que passaram a ser vinculantes, não pode induzir a leitura equivocada de imaginar que a súmula, o acórdão que julga o IRDR ou oriundo de recurso (especial ou extraordinário repetitivo) são equiparáveis à categoria do genuíno precedente do *common law*, com respeito aos que pensam em contrário.

Sem adentrar nas minúcias, numa visão perfunctória, *prima facie*, Marco Antonio da Costa Sabino (2010) preleciona que o sistema “puro sangue” de precedente inglês é criador de complexidade. Já o CPC vigente, por sua vez, criou provimentos judiciais vinculantes, cuja teleologia funcional é reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro dos litígios repetitivos.

Os aludidos provimentos insertos nos preceptivos legais do citado artigo 927 do CPC devem ser lidos como provimentos judiciais legalmente “vinculantes”, ou seja, textos normativos redutores de complexidade para o enfrentamento das lides repetitivas,

entrementes em descompasso com os fundamentos do *due process of law*, notadamente insculpidos no art. 5º da CF/88. Isso não é *common law*, no sentido estrito.

Um dos fundamentos da República é que todo poder emana do povo e não do Poder Judiciário. Na época do Positivismo, de forma equivocada, acreditava-se que a lei teria a infinidade de toda solução de conflitos, levo engano, tendo em vista que a sociedade é imensuravelmente mais dinâmica que o Direito. Atualmente, acredita-se que a premissa quase mística, porém ingênua, foi transportada e depositada nas decisões dos tribunais superiores. “Isto é, há uma ingênua aposta de que o STF poderia criar super decisões que, por si só, trariam a solução pronta (norma) para deslindar uma multiplicidade de casos”, assim entende Lenio Streck (2021) .

Como bem delineado e aquilatado em linhas precedentes, parece, com as vênias de estilo, com fundamento no escólio do jurista gaúcho, que antigo juiz boca fria da lei foi substituído por um *juiz* boca da súmula ou ainda juiz boca de qualquer provimento vinculante dos tribunais superiores (STF e STJ). É incrível como a comunidade jurídica aceitou o sistema de precedentes do CPC de forma pacífica.

Qualquer desses modelos de juízes é uma volta ao passado. Percebe-se que se ignora o caso concreto em benefício do julgamento em abstrato de teses. Em princípio, tribunais superiores julgam teses.

Já é difícil aceitar que só uma resposta correta para cada caso específico (concreto), imagine uma lei, um precedente ou uma decisão vinculante contendo a norma pronta em si para resolver diversos casos. Isso, salvo melhor juízo, é compreensão inaceitável.

O precedente, por razões já discutidas em linhas pretéritas, jamais será anunciado de forma completa, única e acabada, uma vez que é a partir das distinções, das ampliações, de acordos e desacordos das reduções que os precedentes são dinamicamente refinados pelo Poder Judiciário (sempre a partir das contribuições de todos os sujeitos processuais, haja vista segundo os preceitos do devido processo legal, as partes devem sempre influenciar na decisão da lide), sempre levando-se em consideração as novas situações e contextos, com a finalidade de se delimitar a abrangência da norma extraída do precedente.

Em princípio, o precedente originário estabelece o primeiro material jurisprudencial (não se pode ignorar o texto legal e a doutrina) acerca do qual se compulsarão os intérpretes dos casos subsequentes, com o passar do tempo, “uma linha de precedentes se formará a partir daquele primeiro precedente, confirmando-o,

especificando-o e conferindo-lhe estabilidade,(Macêdo, 2015, p. 363) e a técnica da distinção (*distinguishing*) desempenha uma importante função nesse processo de maturação do direito jurisprudencial”.(Macêdo, 2015, p. 363)

Vale aduzir que trabalhar com precedentes (ou súmulas e teses) estabelece um processo de individualização do Direito, “o que é diuturnamente ameaçado pelo formalismo dos enunciados sumulares e das teses estabelecidas pelos tribunais superiores, sem seguimento dos pressupostos democráticos contrafaticamente impostos no CPC/2015”. (Theodoro JR; Nunes; Bahia; Pedron,2015)¹⁹⁸na medida em que incentivam a desconsideração das peculiaridades dos casos concretos) e de universalização da regra estatuída nos precedentes ou nas súmulas com efeito vinculante, isso exige do intérprete do Direito atenção mais acurada quanto à dimensão subjetiva (construída processualmente, em especial na fase probatória) do caso concreto, sem a qual certamente será prejudicada sua conciliação com a dimensão objetiva do Direito.

A arquitetura propagada pela doutrina e pela jurisprudência brasileira no que alude às técnicas de distinção (*distinguishing*), com o advento do CPC/2015 impõe-se como decorrência lógica da moldura arquitetônica e estruturante constitucional de processo no marco da convergência de tradições jurídicas com fulcro na Constituição da República e nas normas fundamentais da nova legislação(Theodoro JR, 2015) ¹⁹⁹ e da utilização do Direito jurisprudencial como fonte normativa e instrumento para a manutenção de um ordenamento jurídico coerente , hígido e uniforme, preceitos esses que remontam, em *ultima ratio* , à integridade do Estado como garantidor de um sistema jurídico único.

Vê-se que se afastar de determinado precedente judicial em virtude de eventual distinção, nessa hipótese não se questiona sua validade, eficácia, legitimidade ou a hierarquia do tribunal que o formou, entretantes apenas a afirmar que se trata de Direito não aplicável à espécie versada, ou seja, no caso específico. “Até mesmo por isso é que, diferentemente do *overruling*, a distinção (*distinguishing*) pode ser realizada

¹⁹⁸ Para a devida compreensão das normas fundamentais e da interpretação do Novo CPC cf. **THEODORO JR**, Humberto; **NUNES**, Dierle; **BAHIA**, Alexandre; **PEDRON**, Flávio. Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

¹⁹⁹ Cf. **THEODORO JR**, Humberto; **NUNES**, Dierle; **BAHIA**, Alexandre; **PEDRON**, Flávio. Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

independentemente do nível hierárquico dos órgãos prolores da decisão e do precedente”.²⁰⁰

Nesse desiderato, em princípio, são indispensáveis a criação e o dimensionamento de técnicas de distinção quando da aplicação do Direito jurisprudencial ao caso concreto. O *distinguishing*, em essência, é como uma das modalidades de rupturas (*departures*), e tanto maior será sua importância (e necessidade) no ordenamento jurídico de determinado país quanto maior for a autoridade conferida ao direito jurisprudencial; caso contrário, menor será o espaço normativo em que poderão transitar todos os sujeitos do processo na construção da resposta correta a ser dada ao caso *sub examine*.

4.7.5 *Distinguishing within a case e distinguishing between cases (Distinção dentro de um caso e distinção entre casos)*

Quando se procede à aplicação da técnica do *distinguishing*, podem resultar duas consequências: ou quicá criar uma exceção à regra jurisprudencial estabelecida, dessa forma reduzindo o seu campo de incidência, ou se limita a aplicação dessa regra em virtude da existência de especificidades (que podem ser até mesmo contextuais) que por conseqüência desautorizam o mesmo tratamento jurisdicional do caso precedente ao caso concreto.

À guisa do exposto, descobrir a *ratio decidendi* de um precedente constitui, em essência, tarefa de reconstrução do passado e de atribuição de sentido normativo ao texto, com a finalidade de se definir qual é a norma jurisprudencial, cuja aplicabilidade ao caso presente será discutida na etapa posterior.

Esse labor apenas pode ser realizado pelos sujeitos processuais, caso a caso, *pari passu*, “ e em contraditório (lembrando que o contraditório, segundo se defende, deve ser lido à luz da teoria normativa da participação e do policentrismo processuais) ”. (Theodoro JR; Nunes; Bahia; Pedron,2022)

Neil Duxbury (2008) denomina de *distinguishing within a case* (distinguindo no caso precedente), que diz respeito à “separação dos fatos do precedente que são materialmente relevantes daqueles que são irrelevantes, pois é a partir dessa distinção que a norma jurisprudencial será definida”.

²⁰⁰ Nesse sentido, confira-se o Enunciado nº 174 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “a realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado”.

Nessa linha de raciocínio, Edward Levi (1949, p.1-2) preleciona que a “forma básica do raciocínio jurídico é o raciocínio por exemplos”; trata-se, pois, de um raciocínio que deve ser exercitado caso a caso que constitui “um processo de três etapas, descrito pela doutrina do precedente, em que uma preposição descritiva do primeiro caso é transformada em uma regra de Direito e, então, aplicada a uma situação similar posterior”.

Os precedentes judiciais são constituídos de (assim como a lei) textos abertos à interpretação e dotados de autoridade.

Dessa forma, incumbe ao aplicador do Direito interpretá-los e extrair-lhes o elemento que representa a força normativa, que pode ter graus diferentes, desde o mais forte, em que a norma é vinculante, salvo razões que recomendam o seu afastamento, neste caso aplica-se o *distinguishing* , ou mesmo superável pela via do *overruling*, até o mais fraco, quando o precedente terá força meramente ilustrativa - e quanto mais forte o elemento normativo for, mais relevantes se tornam as rupturas, tanto pelo *distinguishing* como pelo *overruling*, e mais se exigirá do magistrado ao fundamentar a sua decisão de seguir, ou não, o precedente. (Nunes, *et alii*, 2014)

Thomas Bustamante(2012,p.271-272)defende que a “multiplicidade de significados que parcela da doutrina atribui à *ratio decidendi* parte do equivocado pressuposto de que há apenas uma *ratio decidendi* em cada decisão, e que todo o restante seria dispensável”.

E nessa compreensão, continua o mencionado autor:

[...]é nas razões que os juízes dão para justificar suas decisões que devem ser buscados os precedentes, e a ausência dessas razões ou a sua superação por outros argumentos mais fortes compromete sua aplicação. As normas extraídas dos precedentes judiciais devem, todas, ser enunciadas sob a forma de enunciados universais do tipo ‘sempre que se verificarem os fatos operativos (OF), então devem se aplicar as consequências normativas[...]’(Bustamante, 2012,p. 270)

Geoffrey Marshall(1997), também apregoa que “a *ratio decidendi* talvez deva ser considerada um conceito essencialmente controvertido, porque ele não é puramente descritivo, mas também valorativo ou normativo (prescritivo legal) em sua força”. De modo semelhante, Lenio Streck e Georges Abboud (2014, p.46) afirmam que a *ratio decidendi* se constitui do “enunciado jurídico por meio do qual é decidido o caso concreto, isto é, a “regra do Direito utilizada pelo Poder Judiciário para fundamentar e justificar a decisão do caso,” devendo ser, necessariamente, considerando-se a questão fático-jurídica (caso concreto) que ela solucionou.

Como os autores do presente artigo já haviam sustentado em outra oportunidade:

o caráter normativo da *ratio decidendi* não exime, portanto, o intérprete do precedente de nele selecionar os fatos relevantes a serem extraídos para comporem a norma que servirá de ponto de partida para casos futuros. O enunciado universal não está pronto e acabado no precedente, aguardando que alguém o aplique sem maiores dificuldades em um caso análogo. A sua elaboração depende, substancialmente, da seleção dos fatos considerados relevantes para o deslinde da controvérsia, e isto constitui tarefa dos participantes do diálogo processual, que debaterão sobre a aplicabilidade de determinado precedente com base naquilo que deve e não deve ser considerado relevante, inexistindo fórmula apriorística para resolver esta questão. (Nunes, Horta, 2014)

Proferida a realização no que alude à distinção entre os fatos relevantes e os irrelevantes do precedente para a compreensão de qual é a norma jurisprudencial cuja aplicabilidade será discutida, adentra-se na segunda etapa, que, segundo Duxbury (2008) defende que pode ser chamada de *distinguishing between cases* (distinguindo entre casos). (Duxbury, 2008, p.113)

Levando-se em consideração que jamais um caso será igual ao outro, o *distinguishing* pode ser sempre realizado em maior ou menor grau, e mais importante do que a discussão acerca da diferença material entre os fatos do precedente e do caso presente é a discussão valorativa sobre desses fatos, já que o magistrado julga fatos, “isto é, o debate sobre a relevância normativa das comparações entre esses fatos e sobre em que medida tais comparações são substanciais e podem levar à aplicação da norma jurisprudencial ou à sua rejeição”. (Duxbury, 2008) .

Lenio Streck (1998) assevera que [...] “a norma decisória não existe por si só porque precisa ser produzida em cada processo individual de decisão jurídica. Não há norma em abstrato [...], isso é uma premissa que deve ser no mínimo analisada, porque ao contrário é o fim do Direito como ciência e o fim de nós advogados.

O advogado é o único profissional liberal que tem *status* constitucional (art. 133, CF/88), e como é cediço não há hierarquia, tampouco subordinação entre advogado, juiz e promotor de justiça (art. 6º. da Lei n. 8.906, de 1994).

O sistema de decisão por precedentes é natural e tem caráter hermenêutico em virtude de duas premissas principais. A primeira é porque a decisão por precedentes não se coaduna com textos pré-definidos, pois é mister aduzir que o precedente, e notadamente a razão de decisão dos magistrados não pode ser capturada e limitada por um texto, uma súmula, entre outros institutos vinculantes, sob risco de deixar de ser *ratio*

decidendi. Porque o Direito brasileiro, com todas as vênias de estilo, *não* cabe no precedente (vinculante).

A segunda premissa é a necessária individualização do caso a ser decidido por um precedente, o qual não abarca previamente uma questão fática, o que, neste caso é necessária a demonstração bem acurada acerca da singularidade de cada caso, para que se evidencie a possibilidade ou não de submetê-lo à solução por precedentes.

Os precedentes judiciais não são manuais de aplicação mecânica solução das lides. Muitos pensam que os aludidos precedentes devem assim ser aplicados, e pronto, em essência, entretantes militam em equivoco os que assim pensam e procedem.

O que mais assusta é que qualquer lei é interpretável ao caso concreto (subsunção, no mínimo), inclusive até um preceito constitucional pode sofrer mutação constitucional procedido pelo STF, por exemplo, já os precedentes não precisam, uma vez que já contêm todas as interpretações possíveis e inimagináveis. Há muita dúvida e inquietude acerca dessa premissa posta no sistema de precedentes. (Hart, 2017)

4.7.6 Da análise da aceitação do precedente nos sistemas *common law* e *civil law*

É mister trazer aqui à colação que no sistema *common law*, o que confere a dimensão de precedente à decisão do tribunal superior é sua aceitação primeiro pelas partes e, em seguida, pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário, razão pela qual se pode aduzir que tal sistema é laureado de preceito democrático, já o precedente à brasileira não possui esse condão, haja vista que os provimentos vinculantes do atual CPC já nascem prontos, e isso é no mínimo incongruente e incompatível com a Constituição da República (*prima facie*) com o devido processo legal.

Aduz Lenio Streck (2020) que “o CPC-2015 criou um sistema de precedentes. Falta só alguém sugerir que o Poder Legislativo elabore precedentes[...]”, Ironiza. Nessa inteligência silogística, como fica o substrato jurídico do princípio da primazia da realidade, art. 22 da LINDB?

Curiosamente, o aludido art. 927, do CPC vigente enumera determinados provimentos judiciais, que independentemente da sua qualidade, consistência e integridade, passarão a ser vinculantes para o enfrentamento de lide repetitiva que há de vir, todavia não se trata de sistema precedentes. O que não significa que o artigo 927 do aludido CPC não possa contribuir para resolução de várias “enfermidades” judiciais contemporâneas, por mais contraditório que pareça.

Para que essa contribuição não seja feita à custa das garantias constitucionais do jurisdicionado, consoante se vivencia, o atual CPC deve ser lido conforme a Constituição - não o contrário, isso é regra mínima de hermenêutica. Jurídica e de bom senso. Dentre as diversas razões, pode-se destacar o fato de que a *ratio decidendi*, ou seja, aquilo que efetivamente vincula em um precedente é determinado pelos tribunais inferiores e não pelo próprio Tribunal que decidiu a questão. Aduzem Gary Slapper e Davi Kelly (2011, n. 3.6.5, p.112.) que na realidade, “é importante perceber que são os juízes em casos posteriores que de fato determinam a *ratio decidendi* em casos *pretéritos*”.

Nesse contexto, quando se estabelece um paradigma judicial em que os provimentos judiciais passam a ser o ponto de partida e de chegada para a solução das questões jurídicas, lamentavelmente se mitiga a função do Poder Legislativo como nascedouro das leis, e esse viés desprezível se estende à Constituição Federal.

Pelo sistema de precedentes atual, transferem-se poderes para Tribunais Superiores sem que antes eles tenham adquirido uma legitimidade para tanto, estruturando uma jurisprudência minimamente íntegra, estável e coerente, isso é muito temerário porque se encaminha para estabelecimento de juízes legisladores e, por consequência, para uma Juristocracia.²⁰¹

Os provimentos judiciais vinculantes devem ser fiscalizados e visitados pela doutrina (interpretação quiçá mais científica), e sua aplicação judicial deve lançar mão das modalidades de controle de constitucionalidade. O risco da subsunção de precedentes como preceitos dogmáticos é grande, o que imensurável.

O Direito brasileiro se encontra fragilizado e cada dia distante da legislação, porque alguns setores do processo tenham aderido ao caminho mais fácil: não se pode *deixar* que o Poder Judiciário dê as respostas antes mesmo de se fazer as perguntas por intermédio dos casos concretos. Isso é no mínimo curioso, porque se entende que o sistema de precedentes brasileiro não existe, pelo menos à luz da Constituição da República que é garantista.

²⁰¹ Juristocracia - Sistema de governo, normalmente não democrático, baseado em decisões de juízes, magistrados, desembargadores, esse sistema é incompatível com o constitucionalismo liberal e fragiliza as Constituições desses Estados, tornando-as disfuncionais e incapazes de assegurar o equilíbrio de poderes, a defesa de direitos e conter o abuso do poder estatal. O comportamento das elites favorece um governo de juízes, que se encarrega de proteger os interesses das elites política e econômica porque, como parte que são da elite, compartilham de seus mesmos interesses, assegurando o regime político que o cientista político canadense Ran Hirsch denominou juristocracia. (Hirschl, Ran. *Juristocracy – political, not juridical. The good society*, v. 13, n. 3, 2004b, p. 7)

Lenio Streck (2020) preleciona que[...] “se aplicarmos os precedentes como ‘respostas antecipadas’, voltaremos à jurisprudência dos conceitos”. E estaremos dando um tiro no pé. O Poder Judiciário não faz lei. Cumpre. “Todo poder emana do povo e não da jurisprudência”.

Não pode prevalecer, com todas as *vênias* de estilo, o que pensa Roberto Barroso (Ministro do STF), que assevera: “A tese jurídica vai ser a grande arte ap asseverar que “A tese jurídica vai ser a grande arte da nova advocacia ”. Teses feitas por quem? Pelo Poder judiciário? Quando a lei for vaga e ambígua, justifica-se a formação de precedentes e, uma vez estes postos, nenhum juiz abaixo do STJ e STF pode não os aplicar.

E como ficam os preceitos constitucionais? É uma mescla de *common law* à brasileira. Indaga-se: Esses “precedentes” não são formados por palavras? E palavras não são interpretáveis? Ou são isentos a qualquer interpretação? Então a força do precedente à brasileira independe de seu conteúdo. É isso?

“Será que é possível, então o legislador do Brasil ser eliminado? “Deve-se alterar a CF/88 por mutação do CPC e doravante vale a premissa: Todo poder emana dos precedentes judiciais e das súmulas vinculantes”. Essas são algumas indagações retóricas de Lenio Streck (2020).

Como é cediço, a Teoria dos Precedentes foi gradativamente incorporada ao Direito brasileiro, principalmente na última década. Inicialmente, por parte da doutrina, que buscava uma solução para a falta de isonomia nas decisões. Mais tarde, os precedentes foram adotados pelo legislador pátrio, notadamente no CPC de 2015. Respeitadas as diferenças teóricas sobre o tema, os precedentes têm como função principal a implementação da ideia do *stare decisis*, ou seja, o respeito ao que já se decidiu e a preservação dos entendimentos previamente firmados.

A teoria dos precedentes exige o desenvolvimento de fundamentação que considere as decisões proferidas em casos anteriores para a tomada de decisão do caso atual. Nessa intelecção cognitiva, os precedentes têm força vinculante, o que é, *prima facie*, incompatível com o sistema jurídico brasileiro - romano-germânico (*civil law*), cuja vinculação é a lei, consoante preceitua a Lei Maior, 5º, inciso II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Desse dispositivo, traz à colação que é um comando geral e abstrato, do qual se pode concluir que somente a lei poderá criar direitos, deveres e vedações, ficando os indivíduos vinculados aos dispositivos legais, disciplinadores de suas atividades,

inclusive o art. 927, do CPC²⁰² não traz comando normativo que os juízes devem “obedecer”, e sim, “observar”, que por consectário lógico linguístico, deve-se fazer o *Distinguishing* em cada caso específico para a devida aplicação da lei.(Streck, 2020), embora muitos juristas entendam que o termo “observar” possui a teleologia vinculante.

O instituto do *Distinguishing* deve ser aplicado para aparar as arestas (para convergir ou divergir de forma fundamentada) para a devida hermenêutica que o caso requer. O que não se pode, com todas as vênias de estilo, é aplicar os precedentes sem critérios de modo autômato. É penoso aceitar os precedentes sem uma análise sociológico-jurídica, sem métrica e sem técnica, porque assim o Direito perde a razão de existir e se torna manualista.

O chamado precedente (*stare decisis*) utilizado no sistema judicialista (*common law*), é o caso já decidido, cuja decisão primeira sobre o tema (*leading case*) atua como fonte para o estabelecimento indutivo de diretrizes para os demais casos a serem julgados. Entende-se, contudo não ser aplicável no sistema jurídico brasileiro, pelos fundamentos aquilatados em linhas precedentes, pelo menos da forma que se vem aplicando.

O Direito brasileiro adotou sistema jurídico civil *law*, que possui, por premissa maior a aplicação do direito codificado como meio de solução dos casos em julgamento (art. 93, inciso IX, CF/88). E não bastasse, no Poder judiciário brasileiro há uma regra implícita (de forma ínfima) que demonstra determinado grau de regionalização do entendimento das cortes estaduais, mesmo em detrimento ao entendimento firmado pelos tribunais de vértice do país (STF e STJ). Esse é o entendimento de alguns processualistas e constitucionalistas.

É verdade que o CPC de 1973 trazia a previsão legal do livre convencimento do juiz, conforme já explicitado nesta pesquisa em linhas volvidas, todavia o atual CPC de 2015 rompeu com essa dogmática jurídica. Logo, hoje, cabe ao magistrado decidir (*ratio decidend*) segundo os preceitos legais, insertos no ordenamento jurídico pátrio, e os meios de provas apresentados nos autos em apreço.

Vê-se, hodiernamente, uma profusão de precedentes imensuráveis como se fossem “freios e contrapesos” à subjetividade judicial, entrementes a inserção dos precedentes judiciais foi idealizada, com *permissa venia*, sem observância de quaisquer critérios jurídicos, ou seja, sem métrica(critérios objetivos) afastando-se e muito das

²⁰² Art. 927, CPC. Os juízes e os tribunais **observarão**: § 5o Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores [...] (Grifou-se).

premissas que o instituto possui no direito inglês que é a origem do sistema de precedentes, fato que faz o mencionado instituto ser (e muito) criticado, ao ponto de se falar em um sistema de precedentes à brasileira, uma “jabuticaba”.

É evidente que diante de todo o contexto constitucional e processual trazido à colação é uma ínfima partícula dos problemas por que passa o Poder Judiciário pátrio, tendo como vértice o Estado Democrático de Direito e a independência do exercício da atividade jurisdicional, porque o magistrado brasileiro não pode ser punido penal, civil ou administrativamente pelo ato de interpretar, e a reforma da decisão judicial deve ser encarada como única consequência possível para sua conduta decisória que tente abortar a vinculação subjetiva, desde que se proceda de boa-fé e de forma lícita não atenda a um entendimento hermenêutico superior, não se trata de violar ou quebrar as regras de um sistema, mas sim de garantir uma independência funcional e a própria sobrevivência do Estado Democrático de Direito.

Não se ignora que a súmula vinculante é um texto “legal”, que recebeu autorização do povo por meio dos deputados e senadores (Congresso nacional) foi aprovada via Emenda à Constituição n. 45, de 2004 e deve ser interpretada diante de um caso posto e concreto, contudo com é cediço, todo magistrado, seja ele de Tribunais de Contas ou do Poder Judiciário, tem como dever da função, preservar os preceitos constitucionais, desde que não sejam incompatíveis com os seus fundamentos.

É por isso o juiz ou tribunal, inclusive tribunais de contas²⁰³ pode e deve, no curso de qualquer processo judicial, reconhecer a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo, deixando-o sem eficácia.(controle de constitucionalidade difuso, que é o

²⁰³ Súmula 347-STF: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público. Há divergência se essa súmula está superada. Manifestaram-se expressamente pela superação da súmula: Ministros Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes. Manifestaram-se expressamente pela manutenção da súmula: Ministros Roberto Barroso e Edson Fachin. A Min. Rosa Weber afirmou que o Tribunal de Constas pode “pelo voto da maioria absoluta de seus membros, afaste a aplicação concreta de dispositivo legal reputado inconstitucional, quando em jogo matéria pacificada nesta Suprema Corte”. Vale salientar que a mencionada súmula não foi revogada. Palavras da Min. Rosa Weber: “Considero que a ordem jurídica inaugurada pela Carta de 1988 não permite ao Tribunal de Contas da União a fiscalização da validade de lei em caráter abstrato, apenas possibilita que aquele órgão de controle, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, afaste a aplicação concreta de dispositivo legal reputado inconstitucional, quando em jogo matéria pacificada nesta Suprema Corte”.(STRASSBURGER, Rodrigo. Controle de Constitucionalidade pelo TCU: um novo entendimento do STF. Disponível em <https://www.direcaoconcursos.com.br/artigos/control-e-constitucionalidade-tcu/>. Acesso em: 19, set.2022).

mecanismo processual pelo qual se busca afastar a incidência de uma norma jurídica que não guarda compatibilidade com a Constituição Federal).

A decisão de inconstitucionalidade, no controle difuso, é incidental, isto é, ocorre dentro de um processo judicial qualquer, antecedendo ao mérito da causa, promovendo, em regra, efeitos *inter partes*. Nessa inteligência, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2007,p.28) asseveram que: “nesta forma de controle, discute-se o caso concreto. Deve haver uma situação concreta onde o interessado peça a prestação jurisdicional para escapar da incidência da norma. Os efeitos dessa decisão operam-se entre as partes”.

A súmula vinculante que tem duas características de lei a abstratividade e a generalidade, inclusa no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, inaugurou este cenário e posteriormente foi seguida pelo Código de Processo Civil de 2015, o qual apresentou novos institutos jurídicos, já mencionados, como a uniformização de jurisprudência prevista no art.926 do CPC; o incidente de assunção de competência previsto no art. 947 do CPC e o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto nos arts. 976 a 987 do CPC, sempre aptos a vincular o juiz brasileiro em sua decisão.

Quanto às sumulas vinculantes, esse assunto será analisado de forma minudente no próximo capítulo desta pesquisa, haja vista entender que súmula vinculante e o precedente judicial não são a mesma coisa, consoante já explanado nesta pesquisa em capítulo precedente.

Muitos juristas asseveram que o *civil law* - e, naturalmente, o sistema jurídico adotado pelo Brasil - nunca se preocupou em desenvolver um mecanismo, com a finalidade de gerar segurança jurídica e igualdade ante as decisões judiciais, ao contrário do *common law*, que teria conseguido isso por meio da vinculação aos precedentes judiciais. Veja-se o que pondera Luiz Guilherme Marinoni (2013, p.62):

Há que se dizer, sem qualquer pudor, que a doutrina do *civil law* cometeu pecado grave ao encobrir a necessidade de um instrumento capaz de garantir a igualdade diante das decisões, fingindo crer que a lei seria bastante e preferindo preservar o dogma em vez de denunciar a realidade e a funesta consequência dela derivada.

No mesmo ideário, sustentam Cambi e Brito (2013, p. 997) que a utilização do precedente vinculante tem a serventia de proporcionar segurança jurídica e isonomia, além de tornar mais célere e efetiva a prestação jurisdicional. Assim, também, Redondo (2013,p.328) aponta que o principal propósito de um sistema que reconhece a importância

dos precedentes é assegurar a efetividade de garantias constitucionais, dentre as quais se inserem a isonomia e a segurança jurídica.

Volpe Camargo (2012, p. 555), por sua vez, enfatiza que argumentar acerca dos precedentes é um caminho sem volta, porque tem a primazia de garantir a isonomia no momento da prestação jurisdicional e a previsibilidade das regras jurídicas aplicáveis à espécie versada.

Já Miranda de Oliveira (2013) enfatiza a necessidade de o Direito comportar instrumentos capazes de oferecer certeza segurança jurídica aos jurisdicionados, destaca a importância dos precedentes das cortes superiores de cada Estado na uniformização das interpretações acerca do direito escrito vigente.

Na mesma esteira, é a lição do italiano Chiarloni ao tratar da importância da função nomofilática²⁰⁴ exercida pelas cortes supremas, tendo em vista a igualdade e segurança jurídica:

Primeiro de tudo entra em jogo o princípio da igualdade, solenemente consagrado no artigo 3º. da nossa constituição. É verdade que a norma fala de igualdade “perante a lei”. Mas também é evidente que, se a lei é interpretada ou aplicada de maneira não uniforme e talvez fortemente contraditória por diversos tribunais inferiores ante os quais ela é invocada, estamos diante de uma violação da igualdade de tratamento dos cidadãos precisamente quando a lei toma vida, descendo, por assim dizer, da abstração do texto à concretude do caso singular. [...] Em segundo lugar, a previsibilidade das decisões, consentida de uma prática interpretativa uniforme pela suprema corte. Reduz, assim, a conflitualidade e se obtém segurança e a “programabilidade” do tráfego jurídico. As partes de uma relação podem avaliar melhor as consequências futuras de suas ações, apenas com base nas diretrizes estabelecidas pela orientação consolidada. (tradução livre).²⁰⁵ (Chiarloni, 2012, p.227)

4.7.7 O caráter produtivo da interpretação de precedentes e os equívocos das tentativas de uniformização jurisprudencial forçada

²⁰⁴ A função nomofilática, disposta no art. 926 do CPC, rege a valorização dos precedentes, zelando pela uniformização da interpretação e aplicação do Direito, para que a jurisprudência contenha em si uma estabilidade/previsibilidade.

²⁰⁵ No original: “Prima di tutto in gioco il principio di uguaglianza solennemente enunciato dall' art. 3 della nostra costituzione. E' vero che la norma parla di uguaglianza davanti alla legge. Ma è anche evidente che, se la legge viene interpretata oppure applicata in maniera non uniforme e magari fortemente contraddittoria da diversi giudici di merito davanti ai quali viene invocata, ci troviamo di fronte ad una violazione della parità di trattamento dei cittadini proprio nel momento in cui legge prende vita, scendendo, per così dire, dall' astrattezza dei testi concretezza dei singoli casi. [...] In secondo luogo la previsibilità delle decisioni, consentita da una prassi interpretativa uniforme ad opera della corte suprema. Si reduce così la conflittualità e si ottiene sicurezza e programmabilità del traffico giuridico. le parti di un rapporto possono meglio valutare de future conseguenze delle loro azioni, proprio in base agli indirizzi impaetiti da orientamenti consolidati”.

É trivial na doutrina jurídica que defende a instituição de um sistema de precedentes²⁰⁶ vinculantes no Brasil, aduzem Eduardo Cambi e Jaime Domingues Brito (2013, p. 1002) o pressuposto de que, se texto e norma não são a mesma coisa e se, “a partir disso, diferentes normas podem ser retiradas do mesmo texto, causando assim, imprevisibilidade e quebra da isonomia, então seria preciso eleger intérpretes autorizados que definissem “o” sentido adequado a se atribuir a um texto jurídico. (Abboud e Streck, 2013, p.111-113).

A utilização séria de precedentes no Brasil, com vistas à formação de tradição constitucional autêntica, coerente, íntegra e autônoma, isso implica reconhecer que a complexidade da atividade hermenêutica não é simples a partir do uso de precedentes. “Trabalhar com precedentes não é conferir ‘interpretação autorizada’ a tribunais de cúpula e relegar ao resto do Poder Judiciário a tarefa de julgar mediante ementários de jurisprudência que nada mais são que capas de sentido acopláveis a novos casos” (Ramires, 2010, p.30).

Não se trata de defender a vinculação hierarquizada de entendimentos, tampouco referida liberdade. Os juízes não são livres para decidir, consoante já aduzido em linhas volvidas, contudo o que deve limitá-los não são os tribunais hierarquicamente superiores, mas sim a circularidade hermenêutica, a tradição, os processos de intersubjetividade, e se construir a partir do paradigma constitucional, democrático e compromissório vigente, em que os precedentes têm e devem ter papel importante no universo processual.

Kelsen (2003) defende que a liberdade concedida ao magistrado proceder ao julgamento para atuar no quadro semântico da norma é o reconhecimento de que a interpretação jurídica está sujeita a subjetivismos de toda ordem e isso é possível de ser corrigido.

Nessa mesma intelecção, Lenio Luiz Streck afirma que

Escolhendo fazer ciência no âmbito das proposições jurídicas teóricas (semântica e sintática) e propondo que a interpretação se desse apenas

²⁰⁶ Pode-se afirmar que, em sentido *lato*, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. O precedente é composto pelas: a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório. c) argumentação jurídica em torno da questão. Na verdade, em sentido estrito, o precedente pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi*. DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 513.

no âmbito semântico, a realização concreta do direito, a pragmática, foi relegada por Kelsen a um segundo plano, o da discricionariedade do intérprete (Streck, 2009).

A faticidade e a historicidade, por sua vez, como indutoras do caráter produtivo da interpretação também estão presentes na doutrina de Konrad Hesse (2009). Com substrato jurídico, ao afirmar que o teor da norma apenas se apresenta no ato interpretativo de sua concretização. Essa concretização, segundo Hesse, pressupõe sempre uma compreensão que, por sua vez, pressupõe uma pré-compreensão.

Dessa forma, o autor demonstra, em consideração ao escólio de Gadamer, a concretização está condicionada à compreensão do conteúdo da norma a concretizar, a qual não se desvincula nem da pré-compreensão do intérprete, tampouco do caso concreto a ser solucionado.

Abboud e Streck (2014, p.52) afirmam que “não se pode conceber a existência de atividade jurídica sem interpretação” uma vez que essa é sempre produtora de sentidos, jamais reprodutora. Desde Gadamer (2015), é sabido que “uma ficção insustentável a concepção de que é possível ao intérprete se igualar ao leitor originário, sobrepondo o sentido jurídico atual, porque interpretar o texto constitui uma atribuição de sentido, que é, por natureza, criativa.(Bahia, Nunes e Theodoro JR., 2011, p.754).

Nessa visão semiológica, o caráter criativo da interpretação está umbilicalmente ligado ao fato de que a compreensão, em princípio, dependerá da faticidade e da historicidade do intérprete, uma vez que o *locus* da pré-compreensão é condição de possibilidade para qualquer interpretação. Em outros termos e ao contrário do que comumente se pensa: só se interpreta se se compreende quando se tem pré-compreensão, que é constituída de uma estrutura prévia, visão prévia e concepção prévia, que já une todas as partes (ou textos) do sistema. (Streck, 2009, p.218).

Bahia, Nunes e Theodoro Jr. (2011, p. 744-746) apontam, de plano, que o Poder Judiciário julga causas e não teses. As incessantes reformas processuais têm buscado uniformizar a jurisprudência a qualquer custo, “supondo que seja possível estabelecer ‘*standards* interpretativos’ a partir do julgamento de alguns casos pelos tribunais de maior hierarquia”.

Esses juízos julgariam apenas “teses” ou “temas”, abrindo mão das especificidades dos casos específicos, e as decisões tomadas seriam replicadas no julgamento de casos “iguais” pelos órgãos judiciários inferiores.

Lenio Luiz Streck e Georges Abboud(2014) ponderam que

No Brasil, por outro lado, pode-se dizer que a atual utilização de ementários de jurisprudência como fonte de direito, perpassando as teses que defendem a simples vinculação hierárquica, automática e reprodutiva de entendimentos - teses que se projetam no novo CPC, mais se aproxima de uma espécie de “neopandectismo” que do *stare decisis* do *common law*. (Abboud; Streck, 2014, p.33-34)

Depois de passados mais de três séculos, a importância dada aos fatos e à individualidade de cada caso, acredita-se que é algo que não mudou. O emprego de precedentes no *common law* não se dá mediante a abstração de “teses” a serem aplicadas dedutivamente a casos futuros. No *common law* há também há falta de previsibilidade e isonomia ante decisões judiciais, entretanto nem por isso se cogita ser oportuno e legítimo instituir um sistema burocrático de reprodução de normas jurídicas.

O intérprete não capta o conteúdo da norma jurídica fora da existência histórica, cuja elaboração (maturidade) conformou seus hábitos mentais, condicionando seu conhecimento e seus “pré-juízos”.

Fazer alusão à pragmática jurídica é salutar para aduzir de forma coerente que não há clareza que dispense interpretação porque as palavras não se dividem em categorias do tipo “vagas” e “precisas”, em que o significado destas seria concebido automaticamente, uma vez que é o contexto de uso que determina o sentido de um texto. (Bahia, Nunes e Theodoro JR., 2011)

Partindo-se da premissa silogístico-linguística, doutrina defensora de um sistema de precedentes no Brasil em que um (ns) tribunal (is) atribui (em) “o sentido” de um dispositivo de lei e o restante do Poder Judiciário o reproduz automaticamente em outros casos semelhantes é aplicar tese e mitigar a mente criadora do magistrado (convencimento motivado). Aplicando-se os precedentes de forma automática é causar inércia mental dos pensadores do Direito e engessar a dialeticidade do Direito.

Como bem pontuado alhures, o art. 926, *caput*, do CPC dispõe que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Vê-se, entretanto, que o mencionado artigo não trouxe critérios objetivos para se obedecer aos precedentes. Nessa inteligência, é possível depreender que o que efetivamente vincula num precedente é a *ratio decidendi*. Diz-se que essa é uma proposição de Direito necessária para a decisão.

Ainda em relação às razões de decidir, também se sinaliza que não consiste apenas em uma razão de direito fundamental para a decisão do caso em epígrafe, mas também

integram a mencionada *ratio decidendi* os elementos fáticos considerados pelo julgador na formação da decisão.

Postas essas premissas, à luz da doutrina mais acurada, sugiro a inclusão do escólio de Marjorie Rombauer (1978.p. 22-23) [...],que de forma sintética e feliz, aduz que um juízo está “vinculado” a seguir um precedente de uma jurisdição somente se esse se referir ao tema do caso em questão segundo a sua razão de decidir, desde que se obedeça às seguintes premissas:1) a questão resolvida no caso precedente é a mesma questão a ser solvida no caso pendente; 2) a resolução dessa questão foi necessária para a solução do caso precedente; 3) os fatos relevantes do caso precedente também estão presentes no caso pendente e 4) nenhum fato adicional se apresenta no caso pendente que possa ser tratado como relevante.

Na mesma linha de raciocínio, Farnsworth, E. Allan (2010. p.59) , na sua obra *An introduction to the legal system of the United States*, preleciona que as justificativas apontadas para a aceitação do *stare decisis* podem ser resumidas, essencialmente, em quatro premissas também.

Veja-se: 1) a aplicação da mesma regra a casos sucessivos similares produz igualdade de tratamento aos jurisdicionados; 2) o seguimento dos precedentes gera previsibilidade em lides futuras; 3) o uso de critérios estabelecidos em casos anteriores para novos casos poupa tempo e energia; 4) a adesão a decisões anteriores demonstra o devido respeito pela sabedoria e experiência de gerações prévias de magistrados.

A força vinculante do precedente não é absoluta e nem poderia sê-lo, sob pena de engessar o direito.(Sgarbossa; Jensen, 2014)

Tendo em vista que as normas postas nos arts. 926 e 927 do CPC vigente não estabeleceram nenhum critério objetivo quanto à aplicação dos precedentes judiciais, o que pode acarretar indesejadas interpretações subjetivas, por isso entendo ser oportuno se trazer à baila os parâmetros jurídicos aquilatados pelos autores citados, cuja teleologia é balizar a dogmática jurídica para dar estabilidade, coerência, integralidade e segurança jurídica, a fim de mitigar subjetivismos decorrentes da ausência de mais preceitos normativos.

Diante do foi aquilatado em linhas precedentes, o labor de “interpretar precedentes e estabelecer seu alcance a casos posteriores é reconhecidamente um problema para os juristas do *common law*. Afinal de contas, “uma resposta não pode ser dada para responder a outras perguntas que não a sua própria”. (Ramires, 2010, p.70)

De mais a mais, qualquer texto normativo (legislação ou precedente) só ganha sentido quando em referência a um determinado caso concreto e isso implica afirmar que a aplicação da *ratio decidendi* de um precedente a novo caso dependerá de nova atribuição de sentido, mediante um ato interpretativo e, conseqüentemente, criativo.

A possibilidade de se estar diante de um *leading case*. Vale dizer, a comparação fática entre o caso passado e o caso presente por consequência, torna complexa e dificultosa não apenas a identificação da *ratio decidendi* assim como realização - e não há porque concluir o contrário do *distinguishing*.

A tarefa de interpretar os precedentes e estabelecer o seu alcance para casos futuros é reconhecidamente um problema que enfrentam os juristas do common law (assim como os juristas do civil law sempre se preocuparam com a interpretação da lei), o que torna mais ingênuo que se procure citar precedentes no Brasil sem qualquer questionamento da mesma ordem, como o de perguntar sobre o que é necessário e o que é circunstancial em um julgado pretérito (Ramires, 2010, p.70).

A superação de precedentes, mediante a verificação minuciosa dos requisitos autorizadores depende de atividade criadora e interpretativa e como tal é legítimo questionar se, uma vez importada a teoria dos precedentes em sua inteireza para o Brasil, a interpretação dessas situações será menos dificultosa que a encontrada diante de princípios, cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados? Com todas as vênias de estilo, parece que não.

Deve-se ter muito critério metodológico quanto à aplicação de precedentes no Brasil. Entende-se que respeitar julgados passados e dialogar com o *stare decisis* do *common law* não quer dizer instituir um sistema fechado, rígido, em que tribunais hierarquicamente superiores decidem, “escolhem” sentidos para leis e são reprodutivamente seguidos pelo restante do Poder Judiciário.

“Esse tipo de proposta, além de colocar de lado o problema da qualidade da decisão judicial”.(Abboud e Streck,2014,p.16-18), “ainda afronta a previsibilidade e a isonomia justamente sob o argumento de garanti-las”. (Bahia, Nunes e Theodoro JR., 2011, p. 744-746).

4.7.8 Pode o precedente ser fonte primária do Direito no sistema *civil law* brasileiro?

É cediço que ordenamento jurídico pátrio é composto por uma complexidade de fontes do Direito, logo se conclui se tratar de um sistema complexo de fontes. Segundo

Norberto Bobbio, “são fontes do Direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas” (Bobbio, 1995, p. 161).

Sabe-se que no sistema jurídico *civil law* a lei é uma fonte formal própria do Direito, é denominada pela doutrina de imediata ou pura. Em poucas palavras, em sua normalidade é aquela expressão escrita, legislada, dotada da vontade do povo, de observância obrigatória, genérica e abstrata.

A doutrina, a jurisprudência, assim como os costumes integram as chamadas fontes formais impróprias, aplicadas de forma subsidiária, excepcionalmente, no sistema jurídico brasileiro. A súmula com efeito vinculante se enquadra como fonte formal própria, produtora de normas jurídica, dotada de abstratividade e de observância obrigatória. Não há, contudo, classificação quanto ao precedente judicial no campo de tais fontes, devendo ser aplicadas subsidiariamente, quando já se tenha de forma incansável buscado a solução na interpretação das normas provenientes das fontes formais próprias.

Vale aduzir, por ser de relevo, que aplicação cega da teoria dos precedentes judiciais irá causar a inserção de precedentes judiciais no campo das fontes formais próprias, dessa forma, ganhando, impropriamente, caráter abstrato, genérico, de aplicação imediata. E pior, sua observância deixará de ser de segundo plano, ganhando estrutura de lei, ou até acima desta, haja vista que a sua inobservância implica Reclamação.

Para Norberto Bobbio (1995,p.163), o sistema jurídico brasileiro pode ser considerado hierarquizado, “no qual há várias fontes não colocadas no mesmo valor, mas sim um valor diferente, maior ou menor, visto que são hierarquicamente subordinadas uma à outra”. A aplicação de forma obrigatória de precedentes, porém, irá fazer uma espécie de mescla, derivando uma problemática no que alude à aplicação de normas diante da dúvida ou contrariedade.

Segundo as regras postas e as premissas da Hermenêutica Jurídica, os juízes não poderão aplicar o precedente judicial sem esgotar todas as possibilidades das fontes originariamente formais próprias, como serão obrigados a assim fazer, vez que devem obediência ao precedente. A teoria do precedente judicial impõe a aplicação da norma extraída do precedente (*ratio decidendi*), sendo apenas observado o requisito mínimo: fatos idênticos, “circunstâncias nem tanto”.

Quais os requisitos legais para o magistrado balizar o que são fatos idênticos? Não há essa previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, o que pode causar vulnerabilidade.

A teoria do precedente no sistema *common law* não ignora a existência do voto contrário, nem mesmo dos fatos que não foram analisados. Todo fato/circunstância enumerado na petição inicial ou na defesa pelas partes pode vir a ser levado em consideração ou não.

Vê-se, diuturnamente, que a jurisprudência já vem sendo tratada como precedente judicial de aplicação obrigatória e vinculante, sendo esse o resultado da implementação da teoria dos precedentes judiciais. O emprego de tal força dos julgados reforçará a problemática do que vincula ou não dentro daquele julgado que deverá ser seguido. A razão de decidir naquele julgado-parâmetro poderá não ser a mesma no caso concreto que se discute a sua aplicação.

O juiz singular ou colegiado, o qual decidiu daquela maneira se restringiu aos fatos que ali estavam postos, ignorando algumas circunstâncias por entenderem que não influenciariam ou não deveriam ali ser tratadas. Posteriormente, um magistrado ou colegiado poderá, ao visualizar fatos idênticos, poderá considerar aquelas circunstâncias como de análise necessária.

A *ratio decidendi* de um julgado do STJ, v.g., poderá não ser a mesma vislumbrada pelo juiz singular diante de outro caso concreto, até mesmo sendo a situação fática idêntica.

Na apreciação de um recurso, os ministros do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, podem ter ignorado circunstâncias, considerando-as, quiçá, não pertinentes para a resolução do caso em apreço. Mesmo diante de tal constatação, entretanto, o magistrado estaria impelido de julgar, consoante o entendimento do referido tribunal superior, e caso o faça, a sua decisão será reformada, e talvez tenha sua promoção frustrada, com fulcro no artigo 5º, alínea “e”, da Resolução n. 106, do CNJ (BRASIL.2010)²⁰⁷.

O questionamento que deve ser levantado é o que é realmente necessário em um julgado anterior que deixe de ser somente jurisprudência e se torne precedente judicial de observância obrigatória. E diante de tal situação hipotética. Indaga-se: E quando um tribunal superior cometer uma arbitrariedade, como os juízes devem aplicar o Direito ao

²⁰⁷ A Resolução n. 106, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau.

caso concreto? Esse precedente está enviesado, entende-se que o juiz de primeiro grau não deve obedecer a esse precedente, haja vista o magistrado ter a possibilidade de aplicar o *distinguishing*, de acordo com caso específico.

Faz-se outro questionamento: na teoria do precedente judicial, quanto aos votos vencidos de uma decisão também fazem parte da fundamentação (*obiter dictum*), e também sinalizam a futura superação desse precedente. Seguindo esse raciocínio, qual a segurança jurídica em se seguir um precedente que já tem em seu corpo os motivos de não o seguir?

Uma decisão deve sempre ser fundamentada, sob pena de nulidade. Quando consideradas todas as razões possíveis, a decisão se baseia na melhor resolução das razões apresentadas.

Na dificuldade cognitiva de se delimitar as razões (regras) factíveis dentro de uma decisão remete-se ao próprio Supremo Tribunal Federal, cujos votos são considerados em sua individualidade, embora praça paradoxal prevalecer a maioria. Obedecendo a essa premissa, quem tem a maioria vence, contudo, quem tem o melhor argumento (tese), terá apenas seu voto publicado para fins educativos.

O próprio Supremo Tribunal Federal se utiliza de um sistema de decisões que representa um grupo de opiniões (voto). Os votos são considerados separados, restando no final um texto complexo, um misto de opiniões, e não apenas uma opinião, a do tribunal.

4.7.9 Do controle de constitucionalidade e de convencionalidade das leis e das súmulas vinculantes

Em virtude do seu caráter alográfico,²⁰⁸ o Direito passa no momento por uma dimensão de convencionalidade, porque interpretar os preceitos normativos domésticos em obediência às premissas dos tratados internacionais.²⁰⁹ É a partir dessa perspectiva

²⁰⁸ O direito é alográfico porque o texto normativo não se completa, no sentido nele impresso pelo legislador; afinal, a completude do texto somente é alcançada no momento em que o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. Sobre o caráter alográfico do direito. Cf. GRAU, Eros Roberto. Porque tenho medo dos juízes. A interpretação do direito e dos princípios. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 38-39.

²⁰⁹ A impossibilidade de se decretar a prisão do depositário infiel com base nas normas internacionais de direitos humanos materializa o fenômeno da convencionalização do direito. Para um maior aprofundamento sobre este tema. Cf. CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. Convencionalização do direito civil: a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas. Revista de Direito Internacional (UNICEUB), Brasília, v. 12, n. 2, p. 341-354, jul. /dez. 2015.

jurídico-internacional que surge controle de convencionalidade(Heemann,2022), definido pela doutrina do Direito Internacional como “a análise da compatibilidade dos atos normativos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de Direito, atos unilaterais e resoluções vinculantes das organizações internacionais”.(Carvalho,2015, p.321)

Como reforço califásico, vale aduzir que a expressão controle de convencionalidade “surtiu pela primeira vez na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala; todavia, foi a partir do caso Arellano Almonacid vs. Chile que o tribunal interamericano inaugurou formalmente a “doutrina do controle de convencionalidade,”²¹⁰que logo em seguida passaria a ser reconhecida e utilizada pelos tribunais superiores do Estado brasileiro.²¹¹

Na República Federativa do Brasil, o tema acerca do “controle de convencionalidade foi precipuamente desenvolvido sob a perspectiva do seu exercício pelos membros do Poder Judiciário”.(Mazzuoli,2013).²¹²Nesse sentido, pode-se afirmar que os tribunais superiores do Estado brasileiro já exerceram o controle de convencionalidade dos atos normativos internos em algumas situações fáticas (menos seis ocasiões).

A primeira e uma das clássicas das situações em que a Suprema Corte brasileira exerceu o controle de convencionalidade foi no caso que envolveu a prisão do depositário

²¹⁰ A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo” (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 126).

²¹¹ “A realidade pretoriana vem sendo, progressivamente, alterada, mas a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná ora examinada é uma demonstração de como estamos ainda distantes de internalizar a regra do controle de convencionalidade, que há de caminhar *pari passu* com o controle de constitucionalidade de toda norma do direito positivo, obrigação a que se sujeita todo magistrado ou órgão jurisdicional, de qualquer grau ou instância” (STJ, REsp 1.351.177/PR, Voto do Min. Relator Rogério Schietti).

²¹² Nesse sentido, ver MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

infiel,²¹³na qual a mencionada Corte Constitucional brasileira afastou uma norma constitucional(mutação constitucional) originária(direito fundamental – *status* de cláusula pétrea) para prevalecer o preceito normativo da Convenção Americana de Direitos Humanos(Pacto São José da Costa Rica).²¹⁴

Cabe à jurisprudência pátria reformar seu entendimento interno, no sentido de aceitar a constitucionalidade das normas de Direitos Humanos advindas de tratados internacionais, desde que seja para acrescentar Direitos , jamais para negá-los ou mitigá-los, dessa forma dando mais segurança jurídica à inserção de novos Direitos, assim como consubstanciando a impossibilidade da prisão do depositário infiel como norma de *status* constitucional, uma vez que advém do Pacto de São José da Costa Rica. Essa mutação constitucional gerou a edição da súmula vinculante n. 25.(Costa, 2022)

Além da impossibilidade da prisão do depositário infiel, a Suprema Corte pátria também fez o controle de convencionalidade no notório caso em que envolveu a inexistência do diploma de curso superior para o exercício do diploma de jornalista.

Sendo assim, na direção do consenso dialógico das cortes, o Pretório Excelso, com fulcro na Opinião Consultiva n. 5 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, deliberou pela desnecessidade do diploma de curso superior como requisito obrigatório para o exercício da profissão de jornalista no Brasil.(Santos, 2022)²¹⁵

²¹³ Art. 5º, Inciso LXVII, CF/88 – “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”;[...] As legislações mais avançadas em matérias de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente. O art. 7º (n. 7) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, dispõe desta forma: 'Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.' Com a adesão do Brasil a essa convenção, assim como ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, sem qualquer reserva, ambos no ano de 1992. (SANTOS, Geovani. Súmula Vinculante nº.25- Prisão civil, Depositário Infiel. Disponível em <https://geovanisantos.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 12, ago.2022.)

²¹⁴ O exercício do controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no caso envolvendo a prisão do depositário infiel acabou ganhando forma de súmula vinculante. Nesse sentido, é a súmula vinculante 25 do STF: “É ilícita a prisão do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

²¹⁵ Jornalismo. Exigência de diploma de curso superior, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista. Liberdades de profissão, de expressão e de informação. Constituição de 1988 (art. 5º, IX e XIII, e art. 220, *caput* e § 1º). Não recepção do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei n. 972, de 1969. 1. Recursos Extraordinários. art. 102, III, "a", da Constituição da República. Requisitos processuais intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade. [...] Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Posição da organização dos Estados Americanos - OEA. A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso "*La colegiación obligatoria de periodistas*" - Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos - OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da

Ab initio é mister saber qual o atual conceito jurídico de cláusula pétrea, segundo a teoria constitucional moderna e dos princípios de Direitos Humanos no Estado Democrático.(Maia Neto)

De início, evidencia-se que nos Direitos Humanos, como é cediço, encontram-se contidos os Direitos Fundamentais individuais da cidadania, de forma escrita, tanto nos instrumentos internacionais Pactos, Convenções, Tratados, entre outros, nas constituições, cujos Estados são signatários, direitos esses, que são assegurados aos indivíduos, como indisponíveis, irrevogáveis, irrenunciáveis e inalienáveis, consoante previsão nos artigos 1º ao 5º e seus respectivos incisos, da Constituição da República Federativa do Brasil.²¹⁶

Nesse mesmo sentido, o rol das cláusulas pétreas previsto no artigo 60, § 4º, incisos I, II, III e IV da CF/88 é meramente exemplificativo (não taxativo). Coadunando com essa tese, o artigo 5º, § 2º da Constituição da República assim dispõe. *In verbis*: ” § 2º “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Os Direitos Humanos, notadamente, são universais e convencionados de forma tácita e escrita nas Declarações e nos Tratados de Direitos Humanos; por sua vez, já os Direitos Fundamentais individuais constam nos instrumentos internacionais aderidos e/ou ratificados pelos Estados, fazendo dessa forma parte dos dispositivos da Constituição de cada país.

E não é só. Entende-se que os Direitos Humanos, embora da mesma família dos Direitos Fundamentais, entretanto aqueles independem de previsão legal (esse entendimento não é majoritário pelos internacionalistas). São direitos inerentes às condições humanas, que independem de qualquer previsão legal ou constitucional.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009). RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CONHECIDOS E PROVIDOS (STF, RE 511961, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009).

²¹⁶ Alerta-se que o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado que as cláusulas pétreas não se restringem ao rol do parágrafo 4º do art. 60, da CF. A propósito, sobre o questionamento se a República é cláusula pétrea ou não, o entendimento do STF foi positivamente, embora ela não esteja ali elencada. No mesmo sentido foi a decisão na ADI 2024/DF, da relatoria do Min. Sepúlveda Pertence (2007): [...] As limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.(ROBALDO, José Carlos de Oliveira. Constituição federal cláusula pétrea. Disponível em jusbrasil.com.br/. Acesso em: 20, set.2022.)

Os Direitos Fundamentais e Humanos representam uma evolução civilizatória e conquistas imensuráveis, sendo incabível pensar que uma súmula vinculante possa mitigá-los ou aboli-los, conforme pensam alguns defensores da mencionado instituto, e infelizmente isso vem acontecendo no Brasil, ou seja, a edição de súmulas vinculantes, oriunda do Supremo Tribunal Federal(órgão competente para editá-las),vem mitigando os sublimes Direitos Fundamentais, se aplicadas de forma meramente dedutiva, o que é, com todas as vênias de estilo, lastimável.

Ressalta-se, por oportuno, que cláusula pétrea, termo que não está expresso na Constituição da República Federativa do Brasil, contudo pode ser identificada, repita-se, no aludido artigo 60, § 4º, inciso I, II, III e IV da citada Lei Maior, por sua vez, significa artigo ou disposição legal que deve ser cumprida, obrigatoriamente, que não permite renúncia ou inaplicabilidade, por estar petrificada, dura, imóvel, hígida, por ser inquebrável e intocável.

As cláusulas pétreas implícitas são aquelas que não estão previstas no art. 60, §4º, mas mesmo assim também não podem ser objetos de alteração. Fora do art. 60 da CF/88, ainda há as imunidades tributárias contidas nos art. 145 e seguintes da CF/88, que dispõem sobre os princípios gerais do sistema tributário nacional.

É lei ou norma que se cumpre sem qualquer discussão quanto no que atine à sua interpretação de viabilidade – fática ou de Direito -, por ser e estar taxativamente blindada na ordem constitucional, não se modifica, não se revoga ou não se reforma, é portanto, superior hierarquicamente falando, quanto à validade e soberania legal, faz parte da base e do sistema jurídico adotado e assegurado (Maia Neto, 2005)

Nessa mesma linha de compreensão, o § 1º do artigo 5º da Constituição da República dispõe que as garantias fundamentais possuem aplicação imediata, são autoaplicáveis, em palavras mais acessíveis, não necessitam de lei ordinária para regulamentar, razão pela qual devem ser aplicadas e asseguradas diretamente pelo Poder Judiciário, na falta ou carência de norma infraconstitucional.

Aos documentos de Direitos Humanos não se pode negar ou prejudicar Direito, porque os tratados e convenções aderidos possuem a mesma validade hierárquica que as garantias fundamentais individuais, nos termos legais insertos no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, conforme já aduzido em linhas precedentes.

Os Direitos Humanos ganham uma crescente propagação pelo mundo onde habitam os homens, porque a sua universalização tem como finalidade de validá-los no

âmbito internacional, tendo a primazia de procurar fazer com que os Estados se comprometam na proteção e concretização destes Direitos (Hahn; Tramontina, 2012).

Vale lembrar, por ser de relevo, que no artigo 30 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU/1948)²¹⁷ disciplina que

Art.30. Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer direitos e liberdades aqui estabelecidos.

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (ONU-1969) estatui nos artigos 26 e 27, que: “Todo Tratado obriga as Partes e deve ser executado por elas de boa-fé” (*pacta sunt servanda*); e “uma Parte não pode invocar as disposições de seu Direito interno como justificativa para o inadimplemento de um Tratado”; deve-se incluir, nessa hipótese, dentro de um conceito *lato sensu*, também outros instrumentos legais de Direitos Humanos, como por exemplo: Pactos, Convenções, Declarações, Protocolos, entre outros.

De mais a mais, a Convenção Americana (OEA) sobre Direitos Humanos, ou o chamado Pacto de San José da Costa Rica (1969), no seu comando normativo, estatui que nenhum preceptivo legal da prefalada Convenção poderá ser interpretado, no sentido de permitir a supressão, excluir ou limitar exercício de Direitos e da liberdade.

O rol de princípios-norma²¹⁸ para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão (das Nações Unidas), vê-se que o princípio 3º dispõe que, *ipsis litteris* :

Art.3º Não se restringirá ou menosprezará nenhum dos direitos humanos das pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão reconhecidos ou vigentes em um Estado em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes sob pretexto de que o presente

²¹⁷ A Declaração Universal dos Direitos Humanos, que delineia os direitos humanos básicos, foi adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Foi esboçada principalmente pelo canadense John Peters Humphrey, contando também, com a ajuda de várias pessoas de todo o mundo. A Declaração Universal dos Direitos Humanos é um documento marco na história mundial que estabeleceu, pela primeira vez, normas comuns de proteção aos direitos da pessoa humana, a serem seguidas por todos os povos e todas as nações. Elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais, a DUDH foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, no dia 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia.

²¹⁸ Para Miguel Reale - Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários”. (REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. P 60). Chama-se aqui de princípio-norma aquele expresso no corpo legal dos tratados e convenções, todavia sem requer fazer nenhuma classificação, apenas por questão de estilo.

Conjunto de Princípios não reconhece esses direitos ou os reconhece em menor grau.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos - ONU de 1966), o qual também foi aderido ao ordenamento jurídico brasileiro, notadamente por meio do Decreto n. 592, de 1992, no artigo 5.2 dispõe que, *in verbis* :

Artigo. 5.2. Não admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais – cláusula pétrea - reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

O artigo 60 § 4º da Carta da República dispõe que não poderão ser motivo de propostas para deliberação, nem sequer por emenda constitucional, não se permitindo tendência alguma para abolição das seguintes questões:

A que se refere à forma federativa de Estado, onde a República Federativa do Brasil, constitui-se em Estado Democrático de Direito.²¹⁹ Não se modificam e não se alteram os princípios da República, os fundamentos e os objetivos do Estado Democrático, isto é, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a prevalência pelos Direitos Humanos, entre outros.²²⁰ No que diz respeito ao voto direito, secreto, universal e periódico, ante o sistema democrático de sufrágio universal.²²¹

Sobre a separação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, porque todo Poder estatal emana do povo e em seu nome será exercido, sendo todos independentes e harmônicos entre si (art.2º,CF/88).²²²

Quanto aos Direitos e garantias individuais da cidadania,²²³ note-se, são os Direitos e garantias individuais, não coletivos e nem sociais, e nesse sentido o texto constitucional é taxativo. A este exemplo não está permitido instituir a pena de morte, prisão perpétua, nem legalizar o aborto, *prima facie*, porque a Constituição da República do Brasil assegura a inviolabilidade da vida. Não se desconhece as hipóteses legais em que o aborto é permitido.

²¹⁹ Artigo 1.º, I, II, III, IV, V, CF/88.

²²⁰ Parágrafo único, do artigo 1º, artigo 3º, I, II, III, IV e art. 4º, I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, Parágrafo único CF/88.

²²¹ Art. 14, CF/88.

²²² Art. 2º, CF/88.

²²³ Art. 5º, CF/88.

Ademais e conjuntamente, os Direitos Sociais,²²⁴ no contexto da individualidade de cada cidadão, a autonomia dos Estados Federados, consoante disciplina o comando legal do artigo 25 da CF/88; a autonomia dos Municípios,²²⁵ a organização bicameral do Poder Legislativo;²²⁶ a inviolabilidade (imunidades materiais e formais²²⁷) dos Deputados e Senadores;²²⁸ as garantias dos Juízes,²²⁹ a permanência institucional do Ministério Público,²³⁰ as limitações do Poder de Tributar,²³¹ entre outros.

Esses preceitos legais, denominados pela doutrina de cláusulas pétreas estão relacionados no artigo 60, § 4º e incisos I ao IV: a forma federativa de Estado; a separação dos poderes; o voto direto, secreto, universal e periódico e os direitos e garantias individuais. São classificadas como um conjunto de matérias que representam o cerne da ordem constitucional. Todos esses direitos e garantias podem e devem ser revisados via Emenda Constitucional, desde que seja para acrescer, contudo jamais para mitigar ou abolir. (Maia Neto, 2022).

Os Direitos Fundamentais da cidadania se manifestam por meio das cláusulas pétreas autoaplicáveis, porque somente durante o Estado de Defesa ou de Sítio,²³² mediante declaração expressa por parte do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República Federativa do Brasil) e autorização do Parlamento (Congresso Nacional brasileiro) especificando a causa e o tempo da situação de emergência concreta, que poderá suprimi-los, daí o conceito correto de cláusula pétrea e de blindagem das garantias individuais processuais no sistema penal democrático brasileiro.

Como é cediço, compete à Suprema Corte brasileira a guarda da Constituição da República federativa do Brasil e o controle da constitucionalidade das normas. Assim, dispõe o artigo 27 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – mais conhecido como Pacto de San José da Costa Rica –, dispõe²³³ também que a suspensão de garantias judicial-constitucionais só se dará em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do signatário (Estado-Parte),

²²⁴ Art. 6º ao 11, da Constituição da República de 1988.

²²⁵ Arts. 29, 30, I, II, III, CF/88.

²²⁶ Art. 44, da CF/88.

²²⁷ Art. 53, CF/88.

²²⁸ Art. 53, da CF/88.

²²⁹ Art. 95, I, II, III, CF/88.

²³⁰ Art. 127) e de suas garantias – art. 128, I, a, b, c, CF/88.

²³¹ Art. 150, I, II, III, a, b, IV, V, VI, a, b, c, d, art. 151, todos da CF/88); e os princípios da ordem econômica (art. 170, I a IX, Parágrafo único) e os demais correlatos aplicados à espécie.

²³² Arts. 136 e 137, CF/88.

²³³ Cf. SANTIAGO, Emerson . Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em <https://www.infoescola.com/direito/pacto-de-sao-jose-da-costa-rica/>. Acesso em: 15, ago. 2022.

podendo ser adotadas, excepcionalmente,(Santiago, 2022)²³⁴medidas estritas por tempo restritamente limitado às exigências exclusivas da situação, devendo ser obrigatoriamente informado os demais Estados-Partes da Convenção, por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), sobre o início e o término da suspensão das citadas garantias judiciais.

Da mesma forma, como é obrigatória a comunicação ao Secretário-Geral da OEA, na hipótese de suspensão ou supressão temporária de garantia judicial, ou de Direito Constitucional fundamental; também manda proceder desta forma, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, a exigência de comunicação ao Secretário-Geral da ONU.

Uma vez aprovado um tratado, o Poder Legislativo se compromete a não editar leis contrárias a ele. Porque pensar de outra forma seria admitir a incoerência, a insegurança jurídica, ou seja, um absurdo. Aprovado o tratado pelo Congresso, e sendo este ratificado pelo presidente da República, suas disposições normativas, com a publicação do texto, passam a ter plena vigência e eficácia internamente.

À guisa do exposto, é dizer que de tal fato decorre da vinculação do Estado no que atine à aplicação de suas normas, por consequência, devendo cada um dos seus Poderes cumprir a parte que lhes cabe nesse processo: ao Poder Legislativo cabe aprovar as leis necessárias e pertinentes(um das funções típicas), abstendo-se de votar as que lhe sejam contrárias; ao Poder Executivo fica a função de bem e fielmente regulamentá-las, fazendo todo o possível para o devido cumprimento de sua fiel execução; e por último, ao Poder Judiciário a quem incumbe o papel preponderante de aplicar os tratados internamente, bem como as leis que o regulamentam, afastando-se da aplicação de leis nacionais que lhes sejam contrárias. Essa é a moldura constitucional.

Trata-se, portanto, da chamada de proteção regional e internacional dos Direitos Humanos, que, na prática, corresponde ao controle e à fiscalização dos compromissos assumidos após a ratificação e adesão dos instrumentos internacionais pela República Federativa do Brasil; bem como qualquer Estado-Parte pode fazer comunicação escrita denunciando o desrespeito às cláusulas não observadas, por qualquer um dos Estados-Parte da presente Convenção Americana ou do presente Pacto Internacional ou qualquer tratados ou convenções ratificados pelo parlamento brasileiro que pertencem ao ordenamento jurídico brasileiro.(Maia Neto, 2005)

²³⁴ Essas mitigações às garantias judiciais e constitucionais estão previstas, como regra, nos artigos 136 e 137 da atual Constituição da República Federativa do Brasil.

Obtempera-se que o predomínio de algumas normas de Direito interno sobre as de Direito Internacional público isso decorre de entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, com fundamento na especialidade das leis no sistema jurídico constitucional, porque uma lei geral seria incapaz de derogar uma outra que a ela seja especial, consoante a regra do Direito legislado pátrio.

Como já delineado em linhas precedentes, ficou avençado que quando a Constituição Federal incorpora em seu texto direitos fundamentais provenientes de tratados internacionais, ela está atribuindo-lhes uma natureza especial e diferenciada, qual seja, "a natureza de norma constitucional", "passando tais direitos a integrar o rol dos direitos constitucionalmente protegidos, estando amparados inclusive pelas chamadas cláusulas pétreas".(CF,art.60,§ 4º,IV).(Sarlet, 2022)

Com a atual moldura constitucional, os demais tratados internacionais que não tenham como objeto Direitos Humanos não têm natureza de norma constitucional; terão, sim, por óbvio, natureza de norma infraconstitucional, extraída do artigo 102, III, "b", da Constituição da República vigente - Esse resultado interpretativo da exegese dos comandos legais insertos o § 2º, do artigo 5º da Constituição Federal vigente, em conjunto com o artigo 4.º, II do mesmo diploma, que dispõe sobre o princípio da prevalência dos Direitos Humanos.

Nessa perspectiva, salienta-se que os tratados têm sua forma própria de revogação, que é por meio da denúncia, haja vista que a legislação interna, pelo critério cronológico, não revogar ou derogar tratado internacional. Em essência este só pode ser alterado ou modificado por outra norma de categoria igual ou superior, que seja internacional, jamais por lei interna.

Os Direitos Humanos devem ultrapassar qualquer barreira impeditiva para a consecução dos seus fins, mesmo que esta seja uma imposição constitucional. Quando um tratado de proteção a Direitos Humanos vem ampliar alguns dos Direitos contidos na Constituição, tal tratado passa a ter, por autorização expressa da Carta Magna (art. 5º, § 2º), força para modificá-la, com a finalidade de ampliar os Direitos nela contidos.

O princípio norteador da prevalência dos Direitos Humanos faz conexão direta ao direito à igualdade, o qual dá origem ao direito à diferença. A ideia intelectual é de que não se dê ênfase mais ao indivíduo de forma genérica e abstrata, e sim ao indivíduo especificado, o qual é merecedor da "tutela particular e especial". (Piovesan, 2015) Nesse sentido, Piovesan identifica três concepções alusivas à igualdade, veja-se, *in verbis*:

[...] a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” [...]; b) a igualdade material correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) igualdade material correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia [...]) (Piovesan, 2015, p. 268).

Pode-se aduzir que a igualdade formal alinhada com o tratamento legal do indivíduo (cidadão), ao passo que a igualdade material, por sua vez, diz respeito “à discriminação positiva de determinados indivíduos em razão de com princípios constitucionais – em que pese a preocupação do legislador em protegê-los –, de forma sequencial”. (Piovesan, 2015, p. 268)

A aplicação do precedente brasileiro, em tese, viola o princípio da igualdade, haja vista que a *ratio decidendi* vinculante não explora o caso concreto de forma individualizada. Ademais, como é cediço a formulação de precedentes dar-se-á pelos Tribunais Superiores, e nem todos os casos chegam à instância superior, de modo que não poderão se tornar precedente vinculante.

Entendem Fiori e Esposito que ao se estabelecer um precedente formalmente vinculante, o Poder Judiciário passa a ter legitimidade para legislar e viola, diretamente, o princípio da separação de poderes e, por consectário, do Estado Democrático de Direito, soberania popular e legalidade. Sendo assim, a violação do princípio da igualdade – consubstanciada pelo ideário de padronização e uniformização das decisões judiciais cuja *ratio decidendi* possui efeito vinculante –, entra em colisão com a prevalência dos Direitos Humanos, inclusive no plano internacional. (Fiori; Esposito, 2023)

São triviais nas Constituições rígidas, é o caso a do Brasil, que estabelece o procedimento e o órgão competente para exercer o poder de reforma, fixando-se os limites procedimentais, também chamados denominados de formais, relacionados diretamente com a iniciativa, a competência, forma, quórum de votação, almejando um processo de alteração solene e mais difícil que o processo legislativo comum.

As cláusulas pétreas são limitações impostas pelo constituinte originário no próprio texto constitucional, esses preceitos normativos formam um núcleo imodificável, intocável pelo poder reformador, vedando toda e qualquer alteração, no sentido de mitigar ou abolir, do objeto e conteúdo selecionado pelo poder originário, isolando de qualquer alteração ulterior, normalmente a matéria tratada como cláusula pétrea diz respeito a assuntos estruturais do Estado e das liberdades públicas.

Também há os limites implícitos no texto constitucional que também não podem ser alterados (mitigados ou abolidos), entretanto mencionadas pétreas podem ser alteradas, no sentido de acrescer, dessa forma respeitando a vontade do poder constituinte originário.

No Brasil, a Constitui o Federal de 1988 prevê dois tipos de altera o do texto constitucional, a emenda e a revisão, sendo que esta última se esgotou após sua realiza o, ocorrida depois do ínterim de cinco anos após a promulga o da Carta de 1988. No plano formal, o constituinte   livre para eleger suas metas prioritárias na defesa da Constitui o e das cláusulas limitativas não devem engessar o desenvolvimento político do Estado.

Lembre-se de que, para fim histórico, nenhuma Constitui o brasileira anterior   de 1988(vigente) faz men o às cláusulas pétreas referentes aos direitos individuais do cidadão. Nas Constitui es brasileiras de 1891, 1934, 1967 e 1969, a cláusula pétreas   a forma republicana federativa. E as Constitui es de 1937 e 1946 não expressam qualquer ressalva ao poder de reforma.

4.8 Posi o hierárquica dos tratados de Direitos Humanos aprovados fora do marco estabelecido pelo   3  do art. 5  da Constitui o Federal

O procedimento adotado pela República Federativa do Brasil para que um tratado seja aprovado. Na sistemática jurídica, o Presidente da República   o responsável pelas rela es internacionais incluindo a negocia o de um tratado, ele tem autonomia para proceder   inicia o de uma negocia o ou não inici -la, salvo as exce es, contudo, o Presidente da República não pode, peremptoriamente, manifestar um posicionamento definitivo no que alude   aprova o de um tratado internacional, como dispõe o art. 5 ,   3  da Constitucional Federal:

Art. 5  Todos são iguais perante a lei, sem distin o de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito   vida,   liberdade,   igualdade,   segurança e   propriedade, nos termos seguintes:

  3  Os tratados e conven es internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Atualmente são quatro tratados internacionais sobre direitos humanos com status de emenda constitucionais, a saber: a) a Conven o Internacional sobre os direitos das Pessoas com Deficiência (Conven o de Nova York, b) o Protocolo Facultativo dessa

mesma Convenção; c) o Tratado de Marraqueche, para facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiências visuais e outras dificuldades e d) a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância .(Pereira,2023).

Os parlamentares (Deputados e Senadores) representam a vontade do povo, os quais podem firmar um compromisso, isso significa que o Congresso Nacional pode firmar compromisso externo, sempre em obediência à Constituição da República.

Quanto ao procedimento, para um tratado internacional ser ratificado é mister seu envio pelo Presidente da República ao Ministro das Relações Exteriores, a matéria em questão será discutida no Congresso Nacional, separadamente, primeiro na Câmara dos Deputados e depois no Senado Federal, uma eventual aprovação do tratado internacional precisa, necessariamente, ser aprovado nas duas casas do Congresso, é dizer que se ocorrer uma eventual não aprovação na primeira casa, esta põe termo ao processo, logo não há no caso em tela a necessidade de se levar ao Senado Federal. (Ribeiro, 2022)

Quando ocorrer a aprovação no Congresso nacional de um tratado internacional, a decisão será formalizada por meio de um decreto legislativo promulgado pelo presidente do Senado, e por consequência fá-lo-á publicar no D.O.U. (Diário Oficial da União) (Rezek, 2014. p. 88-89)

Como é cediço, o posicionamento dos tratados internacionais de Direitos Humanos sempre foram motivos de grandes discussões de várias temáticas no ordenamento jurídico brasileiro, pois há os tratados aprovados anteriormente e os aprovados posteriormente a Emenda à Constituição 45, de 2004, esta, por sua vez, acrescentou o §3º ao art. 5º da CF/88, que dispõe o seguinte: “Os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Vale aduzir, por ser de relevo, que o §3º do art. 5º da CF deixou evidente a questão no que alude ao posicionamento quanto aos tratados internacionais aprovados pela República Federativa do Brasil. O conflito acontece em relação aos tratados que foram aprovados antes da EC. n. 45, de 2004.

Para que um tratado internacional, aprovado antes da reforma, tenha hierarquia constitucional, deverá o Congresso Nacional ratificar tal tratado pelo quórum qualificado, ampliando os Direitos e garantias individuais.

Nessa linha de raciocínio, Flávia Piovesan argumenta que, *in verbis* :

A teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a esta garantia de privilégio hierárquico, atribuindo-lhes a natureza de norma constitucional. (Piovesan, 2014. P. 991)

Sabe-se que o STF não reconhece a constitucionalidade em apreço, e com base nesse assunto ver-se-ão algumas interpretações da Suprema Corte brasileira referente à forma em que os tratados de Direitos Humanos se posicionam dentro do ordenamento jurídico pátrio, contudo sem fixar posicionamento estável. (Portella,2014.p.99)

Desde 2007, o Supremo Tribunal Federal oscila entre três entendimentos. Veja-se:

A equiparação dos tratados de direitos humanos à lei ordinária, que foi abandonada; a supralegalidade, que é atualmente o entendimento majoritário; e a constitucionalidade material, noção ainda minoritária, mais que já apareceu em votos de Ministros do Pretório Excelso. (Portela, 2014. p. 992)

À guisa do exposto, até o ano 2007 o posicionamento, notadamente quanto aos tratados de Direitos Humanos era entendimento pacífico, com hierarquia de lei ordinária. Paulo Henrique Gonçalves Portela(2014.p.992) observa que esse posicionamento hierárquico dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro era fundamentado segundo a concepção clássica de soberania estatal, em que a Constituição (Federal ou Nacional) prevalece na ordem jurídica nacional.

A reavaliação do posicionamento dos tratados de Direitos Humanos ocorreu, especificamente em um processo que era reexaminada a legalidade da prisão civil do depositário infiel, na qual é permitida pela atual Constituição (art.5º, LXVIII), pelo Código Civil de 2002 (art.652), a qual é proibida pela Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (art. 7º, §7º).

Era de entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal a prisão civil do depositário infiel e essa regra por muito tempo prevaleceu n Brasil, contudo com o *status* supralegal adquirido pelos tratados de Direitos Humanos a prática desse tipo de restrição à liberdade passou a ser inadmissível. A consequência desse entendimento pela Suprema Corte pátria foi a edição da Súmula Vinculante n. 25, a qual estatui que não pode haver prisão por depositário infiel de qualquer natureza.

Diante dessa arquitetura jurígena, é mister asseverar que as normas supralegais são todas aquelas posicionadas em relação à Constituição da República e as leis ordinárias, não podendo ser por estas derogadas.

Paulo Henrique Gonçalves Portela (2014.p.994) esclarece ainda que o posicionamento das normas supralegais que versam sobre Direitos Humanos parte da premissa a de que a Constituição da República cedeu um espaço de forma inequívoca para que as normas de tratados internacionais de Direitos Humanos fossem recebidas no ordenamento jurídico brasileiro, tornando-as de relevância maior perante as leis ordinárias, com isso adquiriram um grau mais aguçado na hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro.

Assevera-se que a tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes (do STF) no julgamento RE n. 466.343-1/SP tem ocasionado controvérsia em virtude de criar uma duplicidade de regimes jurídicos, em detrimento de tratados aprovados pela maioria no Congresso Nacional brasileiro, haja vista estabelecer “categorias” para tratados sobre Direitos Humanos com o mesmo fundamento ético, por isso, hoje se tem “categorias” de tratados de Direitos Humanos de nível constitucional e supralegal.

Valério Mazzuoli de Oliveira (2014.p.405) articula que essa tese de supralegalidade regulou de forma desigual os iguais, uma vez que colocou alguns tratados de Direitos Humanos abaixo da Constituição e outros, por sua vez, também sobre Direitos Humanos, no mesmo nível dela, ou seja, desigualou os “iguais”, isso representa uma afronta ao princípio constitucional da isonomia e por consectário inverteu a lógica convencional dos Direitos, v.g., “o instrumento acessório aprovado com equivalência de emenda constitucional e o instrumento principal abaixo dela”.

Nesse sentido reflexivo, Valerio de Oliveira Mazzuoli sustenta que

Independentemente do momento em que as normas definidoras de direitos humanos foram ou serão ratificadas pelo Brasil, de acordo com o parágrafo 1º do art. 5º da CF, eles têm ou terão aplicação imediata, portanto os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente ou posteriormente a EC45/2004, tem eficácia a partir do momento de sua ratificação, o que pode acontecer também com as normas de Direitos Humanos proveniente do Direito interno. (Mazzuoli, 2014) (Sic)

O art. 5º, § 2º da Constituição Federal dispõe que “Os Direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Apesar de a mencionada Lei Maior não trazer epigrafado o termo “seja parte”, contudo a Convenção de Viena de 1969 fê-lo. Segundo a aludida Convenção, ser parte significa ratificar um tratado em vigência (art. 2º, § 1º, alínea g).

Valerio de Oliveira Mazzuoli (2014, p. 927) assevera que independentemente de promulgações e publicações oficiais, em princípio, os tratados de Direitos Humanos, uma vez ratificados, têm aplicação imediata pelo Poder Judiciário sem prejuízo de futura promulgação e publicação.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos não é considerada um tratado, uma vez que não foi submetido aos procedimentos necessários, contudo tem caráter recomendatório, e é considerada por muitos internacionalistas e constitucionalistas, como norma *jus cogens*, porque esses Direitos e garantais são reflexos de lutas e ações sociais.

A Constituição da República, no seu art. 5º, § 2º, fica evidente o compromisso da República Federativa do Brasil em respeitar os tratados internacionais, principalmente os que versam acerca dos Direitos Humanos, entretanto há divergências quanto ao procedimento, muitos entendem que as normas de tratados internacionais seriam *jus cogens*, entretanto essa questão nunca foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal, porque atribuir *status jus cogens* aos tratados internacionais em princípio fere a supremacia do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, isso faria com que a Constituição Federal fosse considerada norma secundária; outro entendimento doutrinário defende a tese de que as normas internas e as normas de tratados internacionais da qual o Brasil é parte, possuem nível constitucional e no caso de haver algum conflito, deve-se observar o princípio da primazia da norma mais favorável, inclusive podendo aplicar os dois preceitos normativos, concomitantemente, sempre extraindo o que há de melhor em ambas, contudo o que prevalece nos dias atuais está expresso no art. 4º, II da CF, que pacifica o entendimento da prevalência dos Direitos Humanos sobre as leis ordinárias e revela a influência internacional de forma relativa, porque quando se trata de Direitos Humanos, deve se verificar as normas de Direito Internacional e depois as internas, ou as duas juntas, no que for mais favorável e aplicável à espécie versada, no caso o cidadão.

4.8.1 Controle de convencionalidade *versus* controle de constitucionalidade

Ambos os mencionados controles têm a predição primordial de analisar a conformidade de atos jurídicos, contudo com métricas jurídicas distintas (Santos, 2022). O primeiro, por seu turno, cuida de analisar o ato jurídico e sua compatibilidade em face

dos tratados internacionais, enquanto que o segundo, por sua vez, cuida de verificar a compatibilidade, consoante a Constituição da República.

Em princípio, qualquer norma jurídica deve guardar conformidade com ambas as ordens (constitucional e internacional) para sua sustentabilidade jurídica. Uma norma pode estar em conformidade com o Direito interno, contudo em desconformidade com o Direito Internacional, ou vice e versa. Pois bem, caso venha a ocorrer a desconformidade com um desses âmbitos normativos, por consectário haverá a necessidade de excluí-la do ordenamento jurídico.

Em premissa preambular, o controle de convencionalidade tem por finalidade aferir se as leis e os atos normativos ofendem ou não algum tratado internacional que verse sobre Direitos Humanos.

Vale prelecionar que o juízo de convencionalidade não possui a possibilidade e viés jurídico de revogar, tecnicamente, a lei, todavia tem o efeito de paralisar o seu efeito prático. Em julgamento de relevo e de pertinência temática, a Corte Interamericana de Direitos Humanos definiu que a norma considerada inconveniente carece de efeitos jurídicos à luz do Pacto de São José da Costa Rica.

A Teoria do Controle de Convencionalidade das leis visa compatibilizar as normas internas com as normas internacionais, como se os ordenamentos formassem uma ordem harmônica e coerente. A teoria nasce na França, mas é no Sistema Interamericano de Direitos Humanos que ganha relevância internacional.

Desde o ano de 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos exige que os Estados-Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e que se submetam a sua jurisdição, exerçam o controle de convencionalidade, compatibilizando suas normas à Convenção Americana e, à interpretação que dela realiza o Tribunal Interamericano. Diante disso, todos os julgamentos que esta Corte profere, devem ser analisados e compatibilizados internamente, independente se o Estado figurou ou não como sujeito na responsabilização internacional.

Cumprindo obter-se que a decisão das Cortes Internacionais, assim como ocorre com as cortes nacionais, creditam imperatividade, uma vez que não se pode ignorar o seu cumprimento sob a égide de que o Estado é soberano, porque é a partir do exercício desta soberania que se derivou a legitimidade e exigibilidade das decisões internacionais, haja vista o Estado, de forma voluntária se submeteu às normas dispostas nos tratados internacionais, notadamente naquelas que estabelecem Cortes Internacionais e determinam imperatividade das suas decisões.

O Brasil promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (conhecida como Pacto de São José da Costa Rica) por meio do Decreto n.678, de 1992. Depois de alguns anos, com o Decreto n. 4.463, de 2002, veio a reconhecer, de forma expressa e irrestrita como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH) em todas as hipóteses relativas à interpretação e aplicação da convenção.

O artigo 68 da aludida convenção dispõe que os Estados-partes se comprometem a cumprir as decisões da Corte em todos os casos no qual forem partes. Caso sejam descumpridas as sentenças desse tribunal internacional, o Brasil poderá sofrer sanções internacionais aplicadas à espécie versada e ser excluído da Organização dos Estados Americanos (OEA), além do desprestígio ao país no âmbito internacional.

Dessa forma, como anunciado em linhas precedentes, as decisões dos tribunais internacionais vinculam a ordem interna, ainda que se decida a inconveniência de determinada norma após o se reconhecer a sua constitucionalidade, porque não existe relação de prejudicialidade entre os dois institutos. Por consectário, o que pode ocorrer é a necessidade de adequação das duas ordens, *id est*, quando uma norma de Direito Internacional passa a integrar o *locus* constitucional, por exemplo como na hipótese dos tratados internacionais de Direitos Humanos aprovados internamente com o procedimento das emendas constitucionais.²³⁵ Essa questão em epígrafe, ainda sim, tratava-se de forma efetiva de um controle de constitucionalidade.

Nesse caso trazido a lume, não há qualquer conflito entre os julgamentos do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave pontua que, *in verbis* :

Num sistema em que existem súmulas vinculantes, preliminar de repercussão geral, súmula impeditiva de recurso, julgamento monocrático de provimento ou improvimento de recurso de acordo com sua compatibilidade com a jurisprudência dos Tribunais superiores, o fundamento de uma decisão passa a ter novos contornos, tanto para a parte quanto para o sistema.(Presgrave,2013)

Victor Nunes Leal, por sua vez, anuncia que

Percebe-se, portanto, que a súmula não foi elaborada com a pretensão de normatizar nada, mas pura e simplesmente, facilitar a remissão aos julgamentos anteriores realizados pela Corte. E é exatamente por isso

²³⁵Art. 5º. § 3º, CF/88 – “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. E.C .n. 45, de 2004) (Vide ADIN 3392) (Vide Atos decorrentes do disposto no § 3º do art. 5º da Constituição).

que o próprio Ministro afirma que “(N)ão se recomenda a interpretação das súmulas” (Leal, 1981, p. 4).

Para o citado jurista, a súmula, como método de labor, representa o resultado da interpretação da lei, não devendo ela mesma ser objeto de interpretação. Se a súmula, por sua vez, “for passível de várias interpretações, ela falhará, como método de trabalho, à sua finalidade”. (Leal, 1981, p. 22)

4.8.2 Dos tratados internacionais e sua convencionalidade das leis com fulcro na Constituição da República

Valerio Mazzuoli assevera que os tratados internacionais que versam sobre os Direitos Humanos, todos possuem *status* constitucional, conforme preceitua o comando legal do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal brasileira.

O eminente jurista supracitado, no mesmo sentido, aduz que

Os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil são também (assim como a Constituição) paradigma de controle da produção normativa doméstica. É o que se denomina de controle de convencionalidade das leis, o qual pode se dar tanto na via de ação (controle concentrado) quanto pela via de exceção (controle difuso), como veremos logo mais. (Mazzuoli, 2014)

Depois do advento da Emenda Constitucional n.45 de 2004, os demais tratados internacionais que não têm como objeto nuclear os Direitos Humanos possuem *status* de supralegalidade 2004,²³⁶ e depois da aludida emenda, passou-se a admitir o controle jurisdicional da convencionalidade das leis (para, além do clássico controle de constitucionalidade) e ainda com um controle de supralegalidade das normas infraconstitucionais.

À luz dessa premissa, a Constituição da República Federativa do Brasil deixou de ser o único paradigma de supremacia das normas²³⁷ no que alude ao controle das normas de Direito interno. Porque, consoante é cediço, além do texto constitucional, também são paradigma de controle da produção normativa interna os tratados internacionais que

²³⁶ Cf. Art. 5º.CF/88, “§ 3º, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

²³⁷ Com esse entendimento defendido na tese de Valerio Mazzuoli, além da Constituição Federal os tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos, referendados pelo Congresso Nacional pelo mesmo quórum de emendas constitucionais, passam a ter *status* de texto constitucional. Literalmente esse é o texto do Art. 5º, § 3º da CF/88, *in verbis*: “ Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

versam sobre Direitos Humanos (controles difuso e concentrado de convencionalidade), assim como os instrumentos internacionais comuns (controle de suprallegalidade).

Segundo o mencionado jurista, deve-se distinguir quatro modalidades de controle, a saber: de legalidade, de suprallegalidade, de convencionalidade e de constitucionalidade.

Pelo que foi aquilatado em linhas pretéritas, a conclusão a que ele chega é que o Direito brasileiro está integrado com um novo tipo de controle das normas infraconstitucionais, que é o controle de convencionalidade das leis, tema que antes da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 sem dúvida era quase desconhecido, salvo melhor juízo, entre os juristas brasileiros e os tribunais do Poder Judiciário pátrio.

Preleciona ainda o eminente Valerio Mazzuoli, *ipsis litteris*:

Pode-se também concluir que, doravante, a produção normativa doméstica conta com um duplo limite vertical material: a) a Constituição e os tratados de direitos humanos (1º limite) e b) os tratados internacionais comuns (2º limite) em vigor no país. No caso do primeiro limite, relativo aos tratados de direitos humanos, estes podem ter sido ou não aprovados com o quórum qualificado que o art. 5º, § 3º da Constituição prevê. (Mazzuoli, 2014)

Caso não tenham sido aprovados com essa maioria qualificada, seu status será de norma (somente) materialmente constitucional, o que lhes garante serem paradigma de controle somente difuso de convencionalidade; caso tenham sido aprovados (e entrado em vigor no plano interno, após sua ratificação) pela sistemática do art. 5º, § 3º, tais tratados serão materialmente e formalmente constitucionais, e assim servirão também de paradigma do controle concentrado (para além, é claro, do difuso) de convencionalidade. (Mazzuoli, 2014)

Os tratados de Direitos Humanos paradigma do controle concentrado autorizam que os legitimados para a propositura das ações do controle concentrado (Ação Direta de Constitucionalidade - ADIn, Ação Direta de Constitucionalidade- ADECON, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, entre outras.) Estatuídas no artigo 103 da Constituição proponham tais medidas no Supremo Tribunal Federal como meio de retirar a validade de norma interna (ainda que compatível com a Constituição) que viole um tratado internacional de Direitos Humanos em vigor no Brasil.

Quanto aos tratados internacionais comuns, eles têm a serventia de paradigma do controle de suprallegalidade das normas infraconstitucionais, de tal sorte que a incompatibilidade destas com os preceitos contidos naqueles invalida a disposição

legislativa em causa em benefício da aplicação do tratado. Esse é o entendimento de Mazzuoli, contudo essa não é a posição do Supremo Tribunal Federal,

Doravante, vale ressaltar que os profissionais do Direito têm a seu favor um grande arsenal para poder invalidar as normas de Direito interno, que materialmente violam a Constituição da República Federativa do Brasil ou algum tratado internacional ratificado pelo governo e em vigor no Brasil. E, sem sombra de dúvida, essa novidade do Direito brasileiro representa um avanço seguro e sólido do constitucionalismo pátrio, que almeja a concretização do tão almejado Estado Constitucional e Humanista de Direito, pois afinal todo poder emana do povo.

4.8.3 Da dupla compatibilidade vertical material das normas

Toda lei ordinária para ser válida deve obedecer à dupla compatibilidade vertical material, ou seja, deve ser compatível com a Constituição da República, assim como com os tratados que versam sobre Direitos Humanos. Se os preceitos normativos de uma lei entrarem em conflito com qualquer norma de valor superior (Constituição ou tratados), por consectário não valerão (não contam com eficácia prática). A norma superior irradia uma espécie de "eficácia paralisante" da norma inferior.

Nesse duplo controle de verticalidade, deve-se distinguir, doravante, com toda clareza e objetividade o controle de constitucionalidade do controle de convencionalidade. No controle de constitucionalidade se analisa o texto legal com a Constituição; já no controle de convencionalidade se analisa a compatibilidade do texto legal com os tratados de Direitos Humanos. Vale aduzir que todas as vezes que uma lei ordinária entrar em conflito com os tratados, os quais foram referendados pelo Congresso Nacional, neste caso, vale o tratado sobre as demais leis ordinárias.

É pertinente obtemperar que, no Brasil, quem defendeu pela primeira vez a teoria do controle de convencionalidade foi Valério Mazzuoli, em sua tese de doutorado defendida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Faculdade de Direito, em Porto Alegre, precisamente em 2008. Quem fez referência ao controle de convencionalidade pela primeira vez foi o Conselho Constitucional francês, em 1975.

A realização do controle de convencionalidade das leis proferidas pelos tribunais pátrios não há necessidade de autorização internacional. Esse controle tem também caráter difuso, *verbi gratia*, controle difuso de constitucionalidade, onde qualquer magistrado ou tribunal pode se manifestar acerca do objeto da ação.

É dizer em outras palavras que os tratados internacionais incorporados ao Direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para, além de derogatória) das demais espécies normativas brasileiras, por conseqüência e pertinência temática, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e procede de forma minudente à análise do seu preceptivo normativo.

Vale ainda trazer à colação, por ser de relevo, que Luiz Flávio Gomes (2014) aduz que pode ainda haver o controle de convencionalidade concentrado no Supremo Tribunal Federal, como abaixo dar-se-á, na hipótese dos tratados, apenas aqueles que versam sobre Direitos Humanos, internalizados pelo rito do artigo. 5º, § 3º da Constituição da República, redação trazida pela precitada Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

Se a Constituição Federal possibilita que sejam os tratados de Direitos Humanos alçados ao *status* constitucional, com equivalência de emenda, por conseqüência lógica, traz-se à colação que deve também garantir-lhes os meios que garantem a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do Direito infraconstitucional.

Quanto aos tratados de direitos humanos não internalizados pelo quórum qualificado, passam eles a ser paradigma apenas do controle difuso de convencionalidade. Portanto, para nós - contrariamente ao que pensa José Afonso da Silva - não se pode dizer que as antinomias entre os tratados de direitos humanos não incorporados pelo referido rito qualificado e as normas infraconstitucionais somente poderão ser resolvidas 'pelo modo de apreciação da colidência entre lei especial e lei geral'. (Mazzuoli, 2014)

À guisa do exposto, por questão de coerência, aduz Valerio Mazzuoli(2014) que todos os tratados de Direitos Humanos possuem valor constitucional) com a histórica e relevante decisão do Supremo Tribunal Federal, de 3 de dezembro de 2008, quando reconheceu valor supralegal para os tratados de Direitos Humanos, salvo se ele foi aprovado por quórum qualificado e o mesmo autor conclui o seguinte:

Os tratados internacionais, que versam sobre direitos humanos, ratificados e vigentes no Brasil - mas não aprovados com quórum qualificado - possuem nível (apenas) supralegal (posição do Min. Gilmar Mendes, por ora vencedora, no RE 466.343-SP e HC 87.585-TO).

Para o internacionalista supracitado, todos os tratados que versam sobre Direitos Humanos seriam constitucionais, uma vez que admite a tese de que, em princípio, os tratados cujo objeto são Direitos Humanos não contam com valor constitucional, eles servem de só de paradigma para o controle difuso de convencionalidade (ou de

supralegalidade). Porque para ele há uma dicotomia entre controle de convencionalidade - que versa sobre os tratados de Direitos Humanos - e controle de supralegalidade - que diz respeito aos demais tratados.

Ante a análise acerca do tema em apreço, nessa perspectiva sologístico-jurídica, pode-se concluir que a diferença primordial, a breve trecho, entre a tese do jurista Valerio Mazzuoli e a Suprema Corte brasileira está fundada no seguinte dogmática jurídica: Para o STF - tese majoritária, presidida por Gilmar Mendes (Ministro do STF), os tratados de direitos que versam sobre Direitos Humanos não aprovados por quórum qualificado seriam supralegais. Essa tese Valerio discorda e os eleva ao patamar constitucional; para o STF, por sua vez, os tratados não relacionados com os Direitos Humanos possuem valor legal (equivale à lei ordinária); já para Mazuolli, eles são supralegais. Esse também é o entendimento Celso de Mello, hoje Ministro aposentado do Supremo Tribunal federal.

Finalmente, no que alude ao seu âmbito, vale lembrar que o controle de constitucionalidade é sempre nacional, enquanto o controle de convencionalidade pode ser tanto nacional quanto internacional, na hipótese enseja a declaração de invalidade da lei e, na segunda hipótese, dando margem à eventual responsabilidade internacional pelo descumprimento de compromissos assumidos pelo Brasil.(Leite, 2014)

Para a compreensão do tema em questão é mister salientar que a Constituição da República de 1988, que instituiu o Estado Democrático de Direito, outorgou ao povo todo o poder, que deverá ser exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente, consoante os preceitos constitucionais. Estabeleceu, ainda, que o poder do Estado será “exercido de forma harmônica e tripartida pelo Poder Executivo, Legislativo e Judiciário”. (Nery JR; Andrade Nery, 2014, p. 67).

A soberania popular, de acordo com as normas de regência inserta 14 da Lei Maior, “será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto e com valor igual para todos” (Brasil,1988) e por meio de plebiscitos, referendos e iniciativa popular. O artigo 1º. Parágrafo único dispõe que todo poder emana do povo.

Como é cediço, a função legislativa compete ao Poder Legislativo, como regra, composto por representantes do povo, eleitos diretamente para, em nome dele, criar as normas de conduta que regerão o país e a sociedade. A legitimação do processo legislativo se dá quando a criação da norma se sujeita ao crivo democrático da discussão popular.

Sabe-se que a edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal tem por objetivo a padronização das decisões judiciais e a pacificação de temas controvertidos, de modo que venha a promover maior segurança e relevância jurídica.

Além disso, a jurisprudência consolidada visa a garantir a certeza, a previsibilidade e a igualdade dos jurisdicionados.

Vale lembrar que nem mesmo no *common law*, cujo sistema tem como regra a vinculação de precedentes,²³⁸ não há esta característica limitadora da livre convicção do magistrado.

É de se notar que, um dos princípios norteadores que rege o Direito Brasileiro é a motivação da sentença. Assim, se o juiz está vinculado às súmulas com efeito vinculante, como a sua decisão será fundamentada? É possível o magistrado decidir sem liberdade de motivar seu próprio pensamento? Como se sabe, o precedente não é considerado pela LINDB como fonte primária do Direito, então, a súmula representa um instrumento cada vez mais americanizado e alienígena ao ordenamento jurídico brasileiro, até porque na súmula de efeito vinculante não há *ratio decidendi*.

Desse modo, o aludido instituto vinculante se insere como fonte da tradição do direito brasileiro? Vale ressaltar que o precedente é fonte de Direito do *common law*, cuja técnica visa a aplicar a mesma decisão em casos idênticos, não limitando a liberdade da decisão do juiz, pois como visto, o magistrado poderá deixar de aplicar o precedente caso seja incabível a sua aplicação ao caso específico. (Marques, 2022)

No *stare decisis*, o magistrado cria o direito, trata-se de uma função típica do direito saxônico, em que é comum a utilização do ativismo judicial. Enquanto no Direito Brasileiro, a jurisprudência apenas declara o direito, também, como apontado em linhas volvidas, no *civil law*, a prestação da tutela jurisdicional é fundada na legalidade, pois o próprio Ordenamento Jurídico, inclusive no Código Penal define que não há crime sem prévia definição legal.

Kildare Gonçalves Carvalho (2011, p. 1168) entende que a súmula de efeito vinculante agride o artigo 5º, incisos, II(²³⁹), XXXV(²⁴⁰), XXXVI(²⁴¹) e LIII(²⁴²), e

²³⁸ Pode-se afirmar que, em sentido *lato*, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. O precedente é composto pelas: a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório. c) argumentação jurídica em torno da questão. Na verdade, em sentido estrito, o precedente pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi*. DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 513.

²³⁹ CF/88, art. 5º. II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

²⁴⁰ CF/88, art. 5º. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²⁴¹ CF/88, art. 5º., XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

²⁴² CF/88.art. 5º. LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

artigo 60, §4º, inciso, IV⁽²⁴³⁾, da Constituição [...]”. Todos esses preceitos pertencentes ao rol das cláusulas pétreas.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é que a súmula vinculante tem natureza constitucional, e entende-se que a classificação da súmula como norma constitucional, *prima facie*, parece adequado o entendimento da Suprema Corte Brasileira, porque, se o verbete vinculante é editado pelo STF, por consectário lógico, sua natureza não será infraconstitucional (Tavares, 2009).

António Castanheira Neves(1994), jurista português, entende que a súmula não tem natureza definida.

Feitas essas reflexões silogístico-jurídicas, trazem-se à baila algumas afirmações, Rocha (2009), ao afirmar que a competência fixada pela Emenda Constitucional n.45 deslegitimou a democracia e isso se confirma porque o Preâmbulo da Constituição da República ao destacar que a República Federativa do Brasil institui um Estado Democrático de Direito, para o mencionado autor o artigo 103-A, transformou a democracia em um paradigma judicial.

A súmula, por sua vez, insere-se em uma norma de força específica e constitucional, ou seja, como aduz Rocha (2009, p.137): “a súmula vinculante é uma metanorma em relação às normas legislativas porque dita o sentido em que as últimas devem ser entendidas”. Por certo, a fundamentação se refere ao fato do STF usurpar a competência do constituinte originário.

Frise-se que o efeito vinculante, em princípio, infringe a separação de poderes, bem como a cláusula pétrea prevista no artigo 60 §4º inciso III e IV da Constituição. Isso porque, conforme demonstrado no artigo 103-A, é inconstitucional por violar competência do Poder Legislativo, inclusive, devido à ofensa aos fundamentos da República, pois, se o poder emana do povo, que o exerce mediante seus representantes, a competência fixada no artigo 103-A é contrária ao parágrafo único do artigo 1º da Constituição, uma vez que o Supremo não é um representante do povo.

Desse modo, a súmula é geral e abstrata, diferente do *stare decisis*, cujo instituto é aplicado a partir do caso concreto, e não elaborado como se fosse um ato normativo, como acontece com o enunciado vinculante do Supremo.

Preleciona Rocha , nessa mesma linha de compreensão que, *in verbis*:

²⁴³CF/88, art. 6º, §4º, inciso, IV - os direitos e garantias individuais.

O artigo 103-A e, por extensão, a súmula vinculante, são inconstitucionais por incompetência material do Congresso Nacional, para legislar sobre a matéria reservada à lei e afrontar o princípio da separação de poderes, ambos insusceptíveis de serem abolidos, e todos mecanismos de proteção das liberdades e do princípio democrático. (Rocha, 2009, p.138)

O Direito Constitucional e Processual pátrio, seguindo a tendência dos Estados unidos da América foram influenciados pelo *common law*, tendo por consequência a adoção da súmula vinculante, contudo o Direito não deve ser interpretado como mera seqüência lógica de números matemáticos, como diuturnamente ocorre com a súmula vinculante, uma vez que o precitado instituto não abrange os valores, mas apenas os fatos e as normas. Vale prelecionar que o Direito deve ser interpretação sem abrir mão do fato, valor e norma, consoante ensina Miguel Reale (2002), isso porque, em cada decisão judicial, os valores não são os mesmos, tampouco os sujeitos.

Vale ressaltar que, apesar de a súmula vinculante proteger a isonomia perante a jurisdição e a estabilidade jurisprudencial, não deve prevalecer o entendimento de que a ela é a solução para a morosidade do Poder Judiciário, inclusive, do fortalecimento da jurisdição constitucional, visto que, não é típico de um Estado constitucional a função legislativa da corte suprema, bem como do cerceamento do convencimento motivado do magistrado, porque o direito não pertence ao entendimento lógico, como insere os efeitos da Reclamação ao tratar uma decisão da mesma forma e o limite imposto ao juiz na liberdade de decisão contrária ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Postas essas reflexões, abordar-se-á o universo da natureza jurídica e os termos em que a súmula de efeito vinculante foi inserida na Constituição Federal, por consequência passando-se a análise mais acurada acerca dos princípios constitucionais violados, entre eles o da separação dos poderes, da independência do Juiz, da imparcialidade, do devido processo legal e do convencimento do juiz entre outros. (Resende,2022), ou seja, direitos e garantias fundamentais (cláusulas pétreas).

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Michele Taruffo (1994) aduz que a organização do Poder Judiciário está interligada ao uso do precedente. Essa arquitetura

institucional se classifica em decisão judicial como: (a) precedente vertical ;(b) precedente horizontal²⁴⁴; e (c) autoprecedente.⁽²⁴⁵⁾

²⁴⁴ A expressão precedente horizontal serve para apontar a eficácia vinculante de um precedente judicial em relação aos órgãos do Poder judiciário que pertencem à mesma hierarquia daquele que pronunciou a primeira decisão (Taruffo, 2011).

²⁴⁵ O autoprecedente remete à ideia de que o juiz deve ter coerência e universalidade em sua tomada de decisão, para que dessa maneira seja concretizado o direito fundamental de igualdade entre os jurisdicionados, bem como o direito à imparcialidade do magistrado.

5 – REQUISITOS CONSTITUCIONAIS E PROCEDIMENTAIS DA SÚMULA VINCULANTE *VERSUS* ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Neste capítulo visa-se a analisar segundo os preceitos normativos insertos na Constituição federal e do ordenamento jurídico (Lei n. 11.417, de 2006) a legitimidade do Poder Judiciário, exercida por meio do Supremo Tribunal Federal, na construção de súmulas vinculantes em face dos princípios constitucionais da tripartição de poderes do Estado e da soberania popular, entre outros.

Tem-se com fito também proceder ao estudo metodológico no que alude à súmula vinculante e a sua suposta incompatibilidade, principalmente com os Direitos Fundamentais, pois essa é, *prima facie*, contraditória e incompatível com o sistema jurídico brasileiro, uma vez que a CF/88 consagra e garante amplos direitos, entretantes, do outro lado, tem-se que conviver com uma ferramenta de viés jurídico que os mitigam.

Inicialmente, traz-se à colação a estrutura normativa do referido instituto jurídico vinculante, segundo a Constituição da República e da Lei n. Lei n. 11.417, de 2006, a qual estabelece o procedimento.

5.1 Emenda Constitucional n. 45, de 2004 e a previsão da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro

A Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, com a predileção de uniformizar a jurisprudência e pôr fim às demandas múltiplas de causas idênticas e dar mais celeridade processual, criou o instituto da súmula vinculante via Supremo Tribunal Federal, nos do art. 103-A, CF/88, consoante já citado em linhas pretéritas.

Conforme se depreende da leitura do artigo *supra*, para a edição da súmula vinculante, devem estar presentes os seguintes requisitos: A súmula deve emanar do Supremo Tribunal Federal, único órgão competente para a edição das mesmas. O objeto da súmula vinculante deve ser a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, que envolvam matéria constitucional.

A súmula com efeito vinculante pode ser editada de ofício pelo Supremo Tribunal Federal, ou por provocação de qualquer dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, a saber: Presidente da República, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal, Governadores de Estado ou do Distrito Federal, Mesas das Assembleias Legislativas, Procurador-Geral da República, partido político com

representação no Congresso Nacional, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

A controvérsia, contudo, atual entre os órgãos do Poder judiciário ou entre esses e a administração pública direta ou indireta que acarrete, por consequência, grave insegurança jurídica. Nota-se que não há previsão legal, no corpo do aludido artigo, de nenhum tipo de punição aos magistrados, que por ventura não utilizarem as súmulas. Embora os juízes recalcitrantes poderão ser punidos de forma administrativa, visto que, em assim agindo, estarão causando tumulto processual.(Silva, 2022)

Vale aduzir que as súmulas editadas antes da citada Emenda Constitucional n. 45 não têm o caráter vinculante. Para que o referido instituto tenha efeito vinculante é mister seja submetido procedimento estatuído no artigo 103-A da Constituição Federal, inclusive esse quórum é o mesmo estatuído para aprovação de emenda à Constituição.

Sua regulamentação foi disciplinada pela Lei n. 11.417, de 2006, quanto à edição, à revisão e ao cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e que entrou em vigor a mencionada lei depois de três meses da sua publicação no Diário Oficial da União de, em 20 de dezembro de 2006.

5.2 Da edição, revisão, cancelamento e reclamação atinentes à Súmula com efeito vinculante e seus aspectos normativos.

Na esfera da ciência do Direito, ou de qualquer ciência, não se pode e não se deve proceder a uma análise vendo só um dos ângulos da questão, porque dessa forma, não se conclui nenhuma pesquisa de forma científica, isenta imparcial, tampouco com credibilidade e confiabilidade acadêmica. Posto isso, neste capítulo, será feito um estudo acerca da súmula com efeito vinculante, com ênfase quanto à edição, revisão, cancelamento, reclamação e outros institutos jurídicos correlatos.

As súmulas vinculantes, em outras palavras, sem entrar no mérito da questão, são um meio para sintetizar um entendimento já consolidado do Supremo Tribunal Federal em relação a matérias “eminente constitucional”, frise-se. Elas possuem efeito vinculante, dessa forma, os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, direta e indireta, devem seguir esse entendimento sob pena de seus atos se tornarem inválidos e de serem responsabilizados, excetua-se dessa vinculação o Poder Legislativo(ato legislativo) e o Presidente da República Federativa do Brasil quanto à edição de medida provisória, porque neste ato ele exerce função legislativa.

Quando da edição da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, conforme já prefalado alhures, que introduziu o artigo 103-A na Constituição Federal com a previsão do efeito vinculante à súmula de julgamentos oriundos do Supremo Tribunal Federal, a sociedade passava por um momento muito delicado, porque havia uma verdadeira descrença na garantia do cumprimento das leis que gerou a necessidade da uniformização e permitiu a criação da súmula vinculante.

Nesse contexto, a aludia súmula, instituto de Direito Processual, foi introduzida ao ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de conferir maior celeridade nos julgamentos, garantir a efetividade na aplicação das leis, e ainda afiançar a aplicação uniforme da jurisprudência resultante do Supremo Tribunal Federal.

Efetividade, significa dizer que a sua finalidade é a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. (Martins, 2020)

André Ramos Tavares (2007, p. 15) afirma que o Supremo Tribunal Federal, após várias decisões reiteradas acerca de determinada matéria constitucional, pode editar súmula de efeito vinculante ratificando os fatores concretos das decisões anteriores que fundamentaram a sua origem. Há uma transposição do concreto para o abstrato-geral e surge uma ponte entre o controle difuso-concreto e o controle abstrato-concentrado, a fim de solucionar a insegurança jurídica.

As decisões que fundamentam a edição das súmulas vinculantes deverão ser de matéria constitucional, consoante já aduzido, contudo não precisam, necessariamente, tratar-se de um dispositivo da Constituição da República Federativa do Brasil em específico, mas "sobre o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos, a interpretação conforme a Constituição desses atos e outros temas constitucionalmente relevantes. As súmulas vinculantes podem versar sobre a validade, a interpretação e a eficácia de atos normativos.

Vale ressaltar que as súmulas vinculantes possuem caráter impeditivo de recursos, ou seja, as decisões de tribunais de instâncias inferiores embasadas no entendimento do STF não são passíveis de recurso. Como bem delineado em linhas precedentes, pode-se afirmar que os tribunais podem negar a procedência de Recursos Extraordinários e Agravos de Instrumento que versem sobre tema já resolvido nas súmulas vinculantes.

As súmulas vinculantes são utilizadas com a predileção precípua de se pacificar a discussão acerca de questões examinadas por tribunais de instâncias inferiores do Poder

Judiciário. Logo, o objetivo da exposição de motivos quando da propositura da citada Emenda à Constituição n. 45, de 2004 é que com a sua implantação ajudaria a diminuir a quantidade de recursos que chegam às instâncias superiores, visto que já foram resolvidos em primeira instância, dando, assim, maior celeridade aos processos judiciais.

Para que não venha a ocorrer o tão temido "engessamento do Direito", há a possibilidade de as súmulas vinculantes sofrerem um processo de revisão de seus termos, podendo até serem canceladas. A partir disso, podem-se extrair três requisitos explanados por alguns constitucionalistas, a "controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública"; grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos.

A Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, art. 2º § 1º⁽²⁴⁶⁾ súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas. Conclui-se que são finalidades das súmulas vinculantes a segurança jurídica, a efetivação do princípio da igualdade (mesma interpretação das normas para os casos concretos) e a celeridade processual. Até aí seria aceitável a edição de súmula com efeito vinculante, embora o autor desta pesquisa guarde algumas reservas.

A súmula com efeito vinculante, além de cumprir os requisitos objetivos já explicitados, é necessário observar os requisitos procedimentais, que são comuns tanto para sua edição, quanto para sua revisão e cancelamento, consoante estabelece a mencionada lei procedimental.

Ao se proceder a uma súmula com efeito vinculante, quando for a primeira vez que o enunciado surgirá no ordenamento jurídico, ou quando um enunciado antigo do Supremo Tribunal Federal adquirirá efeito vinculante. A revisão e o cancelamento da súmula vinculante são instrumentos poderosos e legitimadores deste instituto, pois eles rebatem uma das suas maiores críticas, qual seja: risco do engessamento da jurisprudência, esse é o entendimento de grande parte da doutrina.

Afirma William Santos Ferreira (2005. pp. 817-818) que para fim de discussão, que com a possibilidade de revisão e de cancelamento e edição de uma súmula vinculante, esta pode se adequar aos anseios da sociedade, às novas leis, bem como às novas correntes doutrinárias e jurisprudenciais dominantes no Brasil, ou seja, a tudo no que atine à

²⁴⁶ Lei n. 11.417, de 2006, art. 2º. § 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Constituição Federal, pois “a norma, isoladamente considerada, é estática, inerte, sem serventia, “letra morta” , contudo quando interpretada à luz dos métodos e técnicas propedêuticos do Direito passa a ser dinâmica já que a criatura”, *id est*, a lei se desprende de seu criador (o legislador) e [...] na interpretação se ‘procura a *voluntas legis*(vontade do texto da lei), não a *voluntas legislatoris* (vontade do legislador), pelo menos é o que orienta a boa técnica legislativa.

Esse é o entendimento para aqueles que defendem a súmula vinculante como uma solução para reduzir o número de processos.

O cancelamento de uma súmula com efeito vinculante pode ocorrer por desobediência aos aspectos materiais, assim como aos formais. Acerca do assunto em tela, Willian Santos Ferreira assim preleciona, veja-se:

A súmula vinculante será cancelada sempre que os mecanismos necessários para sua aprovação não tiverem sido observados, o que gera nulidade. E poderá ser cancelada, por uma espécie de perda de objeto, quando ocorrer, v.g., uma alteração posterior no próprio texto constitucional que tenha modificado o plano fático, valendo lembrar da mutação constitucional sem modificação formal do texto. (Ferreira, 2005)

O primeiro aspecto formal a ser analisado é quanto à competência do Supremo Tribunal Federal (e esse aspecto é pacífico) para julgar o processo de formação da súmula vinculante, e não pode ser diferente, é óbvio, por se tratar de matéria constitucional, a qual quem concede a última palavra é a Suprema Corte, o órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro e guardião da Constituição da República.

O segundo aspecto formal a ser estudado é que a Constituição Federal da República do Brasil e a Lei n.11 417, de 2006 trazem o rol muito restrito dos legitimados para propor a edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante.

O terceiro aspecto a ser considerado é o quórum de aprovação de, no mínimo, 2/3 (dois terços) dos Ministros do STF (corresponde, especificamente, a 8 Ministros), provocados ou de ofício, para que uma súmula vinculante seja editada, revista ou cancelada, consoante estatui o comando legal inserto do art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal, e art. 2.º, § 3.º da aludida lei que versa sobre súmula com efeito vinculante.

O quarto aspecto procedimental é o da necessidade de publicação do enunciado da súmula vinculante editada, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, 10 dias após a sessão que a editou, revisou ou cancelou, conforme preveem o

art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal combinado com o art. 2.º, § 4.º, Lei n.11.417 de 2006.

Após a publicação da súmula vinculante nos meios exigidos pela lei aplicável à espécie versada, esta eficácia imediata, ou seja, a partir desse momento, o Poder Judiciário e Executivo devem obedecê-la. Contudo, segundo o comando legal do. 4.º da lei *supra*, o Supremo Tribunal Federal, por meio da decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá alterar a eficácia da súmula vinculante, seja para restringir seus efeitos ou para postergá-los.

Em princípio, sem se aprofundar nos preceitos propedêuticos constitucionais, *prima facie*, aduz Mônica Sequentes(2005.p.285), que decidir consoante a súmula vinculante não ofenderá a independência e a liberdade do juiz. Esses princípios preconizam que o juiz, ao decidir uma lide, está vinculado apenas à lei e à sua consciência, não se submetendo jamais as orientações dos tribunais superiores, até porque não há subordinação jurisdicional entre os juízes de Direito.

Segundo o escólio da autora *supra*, o juiz está obrigado a acatar a decisão do tribunal superior, que reformou a sua em grau recursal e isso não significa violação à independência do magistrado, tampouco lesa Direito Fundamental. Da mesma forma não há violação de tal princípio pela obediência das decisões uniformizadas dos tribunais superiores, como ocorrerá com aplicação das súmulas vinculantes:

A obrigatoriedade imposta ao juiz de obediência às decisões proferidas em grau de recurso decorre do princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. Não haveria, portanto, de ferir a independência dos juízes o respeito que esses devem ter à jurisprudência uniformizada, fruto de reiteradas decisões do tribunal no mesmo sentido, como preceitos normativos genéricos, a orientar os seus julgamentos. (Sifuentes, 2005, p.286).

Para Mônica Sifuentes (2005), não há, pois, que se falar em violação a liberdade do juiz com a instituição do aludido instituto com efeito vinculante, frise-se, porque para que este seja produzido, é mister que antes o Supremo Tribunal Federal tenha se pronunciado sobre a matéria controvertida, reiteradamente, de forma a ser pacificada naquela Corte, no mínimo de dois terços (oito ministros), de ofício ou provocados.

Antônio Álvares Silva preleciona acerca do assunto em tela que, *in verbis*:

A discussão surgiu na primeira instância, suscitada pelas partes, no exercício do direito de ação, dentro dos parâmetros do *due process of law*.

O juiz decidiu livremente, as partes também livremente recorreram. O tribunal livremente decidiu como entendeu acertado. O processo

seguiu seu curso – sempre penoso e arrastado -, para os tribunais superiores.

Lá também se decidiu com liberdade e autonomia. A questão, entretanto, é de interesse social. Voltou várias vezes. O Tribunal novamente aplicou seu entendimento, como era de se esperar, porque a ele livremente chegou.

O mínimo de coerência que se espera de um tribunal é que mantenha seu ponto de vista livremente firmado, pelo menos por certo período de tempo, até que haja novas razões para mudá-lo.

Todos os juízes que atuaram no processo agiram com liberdade plena, indispensável ao raciocínio jurídico de aplicação da lei. Se, porém, para evitar repetição, o tribunal estabelece uma síntese de seu pensamento sobre o caso concreto e a ele se refere, ao julgar casos semelhantes, não está exigindo automatismo, nem transformando juízes inferiores em autômatos ou robôs jurídicos. (Silva, 2004. pp. 116-117)

Nesse ideário intelectual, afirma Mônica Sifuentes (2005,p.289) que até que o Supremo Tribunal Federal venha a editar uma súmula vinculante, os demais juízes já exerceram sua liberdade e independência. É preciso impor limites a ideia de que o juiz só se vincula a lei e ao seu entendimento, para não chegarmos ao autoritarismo, “afinal Direito, como é um sistema, forma-se da experiência de todos os magistrados, não podendo a parte ser penalizada com uma posição isolada”.

Vale a pena trazer à baila que os magistrados precisam, sim, de liberdade e independência para decidir. Não se está a propagar o fim dessas garantias, pelo contrário, defende-se que elas devem ser plenamente desfrutadas, até para a manutenção da imparcialidade da justiça. Apenas se pondera que ela precisa de limites e não deve ser mais importante do que a concessão da prestação jurisdicional, isonômica e previsível para todos.

De mais a mais, concorda-se com a lição doutrinária de Eduardo de Avelar Lamy (2005,p.125) quando aduz que os juízes poderão deixar de aplicar a súmula vinculante, quando, ao analisarem o caso concreto, verificarem que este não se enquadra no enunciado, obviamente, trazendo à colação fundamentação fática e robusta a esta decisão (apresentar a distinção ou a superação)²⁴⁷, já que todos os atos do magistrado devem ser fundamentado, sob pena de nulidade, conforme prevê o artigo 93, inciso IX da Constituição da República.

²⁴⁷ Art. 489. “São elementos essenciais da sentença:[...] VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.(CPC)

5.2.1 Legitimados para propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante

A legitimidade para aprovação de súmula com efeito vinculante no Supremo Tribunal Federal segue a tendência restritiva de todo seu procedimento, ou seja, apenas os indicados pela Constituição Federal e pela Lei n.11.417 de 2006 é que estão aptos, até mesmo para evitar que os tribunais superiores sejam tomados pelo inconformismo dos litigantes. (Lamy, 2005).

Tais legitimados são aqueles arrolados no artigo 3º da mencionada lei.²⁴⁸ Malgrado o preceito normativo constitucional se referir, por duas vezes e de maneira explícita, à regulamentação legal, *ab initio*, a lei é considerada necessária para dar reforço remissivo acerca da edição, revisão ou cancelamento do enunciado da súmula com efeito vinculante pela Suprema Corte.(Andrade,2022). Ademais o dispositivo legal possibilita a extensão do rol de legitimados a tais iniciativas, além daqueles enumerados no art. 103 da Constituição da República.

Entende-se que nesse caso, a lei poderia acrescentar outros possíveis legitimados, como de fato o fez, todavia jamais subtrair de seu rol aqueles previstos no citado art. 103 da CF, isto é, capazes de propor ação direta de inconstitucionalidade (e ação declaratória de constitucionalidade)²⁴⁹

A citada Lei, em seu texto traz a possibilidade, no seu procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, de o relator admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, entretantes o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os

²⁴⁸Art. 3º da Lei n. 11.417, de 2006, estatui: São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII - partido político com representação no Congresso Nacional; VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. § 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.

²⁴⁹ Uma questão que poderia ter surgido, desde logo, relacionava-se à efetiva necessidade ou não de regulamentação legal do dispositivo constitucional *sub examine*. À luz da regulamentação da Lei n. 11.417, de 2006, essa questão perdeu qualquer interesse prático.

efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional e relevante interesse público primário.

Os primeiros legitimados são os ministros da Suprema Corte brasileira que podem agir de ofício, propor a edição de súmula vinculante, por exemplo, durante o julgamento de um processo. Alerta-se que nada” impede também que fora de um julgamento seja sugerida a aprovação de uma súmula por qualquer um dos seus Ministros, por meio de um requerimento de natureza administrativa formulado junto ao Plenário”. (Nogueira, 2005. p. 271).²⁵⁰ Isso já aconteceu algumas vezes, embora a lei determine que a edição de súmula com efeito vinculante só poderá ocorrer se já houver decisões reiteradas pelos tribunais .

Além dos ministros da Suprema Corte, consoante prevê o artigo 103-A, § 2.º da Constituição Federal concedeu legitimidade para provocar o procedimento de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante para quem pode propor a ação direta de inconstitucionalidade: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador do Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República²⁵¹, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito Nacional.

O mencionado dispositivo constitucional garantiu a possibilidade que lei ordinária posterior pudesse ampliar o rol dos legitimados. O art. 3.º da Lei n. 11.417, de 2006, por sua vez, acrescentou como legitimado a maioria dos órgãos do Poder Judiciário, quais sejam: os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

Todos os legitimados, citados em linhas precedentes, podem propor a edição de súmula vinculante, independentemente da existência de processo judicial acerca do seu objeto, desde que preencham os requisitos objetivos já anteriormente explicitados.

²⁵⁰ Cf. NOGUEIRA, Gustavo Santana. Das súmulas vinculantes: uma primeira análise. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (coord.). Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 271.

²⁵¹ É bom não esquecer de que o Procurador-Geral da República tem participação obrigatória no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante, ainda que não tenha formulado a proposta, segundo o comando legal do artigo 2.º, § 2.º, Lei n.11.417, de 2006.

A legitimidade dos municípios, vale registrar, ainda mais restrita, porque só podem propor a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante de forma incidental, ou seja, somente no curso do processo, que seja parte e desde que o enunciado seja objeto da controvérsia,²⁵² pois até agora a Suprema Corte não tem se pronunciado contrário acerca desse preceito legal.

Aduz Eduardo de Avelar Lamy (2005, p.123) que os positivistas brasileiros entendem que o Poder Judiciário ao proceder à edição uma súmula com efeito vinculante não está criando uma (nova) norma de conduta, e sim apenas indicando qual é a melhor interpretação da norma elaborada pelo Poder Legislativo, como ela atenderá de forma mais adequada às aspirações às necessidades da sociedade.

Pelo o que foi aquilatado, logo não há sentido racional em se cogitar no que alude ao império do Poder Judiciário acerca dos demais Poderes, mas sim num fenômeno de integração e complementação das funções exercidas pelos poderes de forma individual. (Lamy, 2005) .

Diante dessa arquitetura jurídica, não só a Suprema Corte é legitimada e competente para propor a edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante, assim como os representantes dos três poderes, o que traduz um *status* mais democrático, “porque assim se permite um debate maior na edição de súmulas que hoje não servem mais apenas como uma diretriz para o julgamento da matéria em questão”. (Nogueira, 2005. p. 271)

Observa-se que essa preocupação pela democratização do procedimento de formulação de uma súmula vinculante foi disciplinada no artigo. 3.º, § 2, da Lei n.11.417 de 2006, ao prever a admissibilidade da manifestação de terceiros pelo relator, ou seja, é a possibilidade do *amicus curiae*.²⁵³

Salienta-se que os terceiros, que podem ser admitidos no procedimento da súmula vinculante especialistas no tema a ser pacificado(e não partes), o que possibilita o bom debate e maior segurança, tanto para a administração pública, quanto para os demais órgãos do Poder Judiciário que serão obrigados a seguir a orientação, exceto o Poder

²⁵² Vale lembrar que os demais requisitos também precisam ser preenchidos para que o município apresente uma proposta de súmula vinculante.

²⁵³ *Amicus curiae*, termo latino que significa "amigo da corte", refere-se a uma pessoa, entidade ou órgão, com profundo interesse em uma questão jurídica, na qual se envolve como um terceiro, que não os litigantes, movido por um interesse maior que o das partes envolvidas no processo. O *amicus* é amigo da corte e não das partes. Originado de leis romanas, foi plenamente desenvolvido na Inglaterra pela *English Common Law* e, atualmente, é aplicado com grande ênfase nos Estados Unidos (EUA). Sua função é servir como fonte de conhecimento em assuntos inusitados, inéditos, difíceis ou controversos, ampliando a discussão antes da decisão dos juízes da corte.

Legislativo que não está adstrito a súmulas vinculantes, entretanto se esse Poder vier a aprovar lei que contradiga qualquer súmula com efeito vinculante, o chefe do Poder Executivo fará o controle de constitucionalidade preventivo, vetando a “lei” que contrarie as mencionadas súmulas (art. 66, § 2º, CF/88).

A súmula vinculante tem na sua gênese um instrumento destinado à uniformização da jurisprudência. E como tal, vê-se que já existem vários outros instrumentos ou técnicas no ordenamento jurídico brasileiro que, mesmo não possuindo essa finalidade específica, na prática, na essência prestam-se também essa finalidade, v.g., o recurso especial e extraordinário, a utilização da jurisdição coletiva e os mecanismos de controle da constitucionalidade das leis, tais como; controle difuso e controle e concentrado (ação direta de constitucionalidade,²⁵⁴ ação direta de inconstitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental), controle de convencionalidade (o qual, a seguir, merece alguns esclarecimentos mais acentuados), sem mencionar o incidente de uniformização de jurisprudência, específico para esse fim, entre outros assuntos inerentes à questão em epígrafe.

5.2.2 Da Reclamação Constitucional e sua natureza jurídica

Trata-se de uma ação autônoma de impugnação de natureza constitucional. Assim como a Ação Rescisória, a Reclamação é uma ação típica, uma vez que o seu cabimento se encontra vinculado a determinadas hipóteses insertas na Lei n. 11.417, de 2006 e na Constituição da República.

De forma genérica, caberá a Reclamação quando houver a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, bem como o desrespeito à autoridade das decisões procedidas por esses tribunais, qualquer ato da administração pública direta ou indireta ou decisão judicial que contradiga súmula com efeito vinculante.

Apesar de ser um instrumento que já existe há algum tempo no ordenamento jurídico brasileiro, a Reclamação pouco é estudada pelos juristas brasileiros e pelos os acadêmicos de Direito, e não há consenso quanto à sua natureza jurídica. A princípio, cabe aqui fixar alguns conceitos propedêuticos processuais acerca do assunto em tela. O vocábulo processo tem origem na língua latina *procedere*, “seguir adiante” ou “marcha

²⁵⁴ Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno: Saraiva. 2010 e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

em curso”, o que, por muito tempo, houve debates calorosos na doutrina sobre a distinção entre os tipos de processo.

Preleciona Luiz Rodrigues Wambier que

Processo é conceito de cunho finalístico, teleológico, que se consubstancia numa relação jurídica de direito público, traduzida num método de que se servem as partes para buscar a solução do direito para os conflitos de interesses (especificamente [...] para aquela parcela do conflito levada a juízo, ou seja, para a lide) (Wambier, 2005, p.162)

A Reclamação é medida de natureza contenciosa, constituindo-se a partir de uma lide a ser dirimida pelas Cortes legalmente competentes, por meio do exercício jurisdicional, em um devido processo legal (*due process of law*), com a finalidade de buscar a pacificação social. Tal instituto jurídico envolve duas ou mais partes interessadas em torno de um litígio e segue o rito *ou* procedimento especial delineado na Lei n.8.038, de 28 de maio de 1990 (Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal).

A sequência de atos processuais assemelha-se muito à do Mandado de Segurança. Vejamos por que: a) exige prova documental pré-constituída, conforme dispõe o artigo 13); b) possibilita a concessão de liminar, consoante dispõe o artigo 14, inciso II); c). Exige a intervenção do Ministério Público Federal, na pessoa do Procurador-Geral da República Federativa do Brasil, assim dispõe o artigo 16 que a decisão de mérito possui natureza mandamental, conforme preceituam os dispositivos legais contidos nos artigos 17 e 18, todos da mencionada Lei Maior.

Também merece registro o debate dos processualistas sobre a Reclamação ser um mero exercício do Direito de Petição ou autêntica ação judicial. Nesse sentido, preleciona o processualista Enrico Tullio Liebman (2003) que na teoria da ação, há um Direito público abstrato de requerer a tutela jurisdicional do Estado, que é autônomo do Direito material pleiteado. Essa é a premissa pela qual se explica o fenômeno da sentença de improcedência, em que há Direito de ação exercido, inobstante a ausência de Direito material da parte sucumbente.

Os partidários da ideia de que a Reclamação Constitucional é uma *ação* se apoiam no fundamento de que ela congrega os três elementos que lhes são característicos, quais sejam: partes, pedido e causa de pedir. (Wambier,2005. pp.128-130). Também se

distanciaria de outros institutos (da esfera administrativa) porque a decisão nela proferida adquire a imutabilidade da coisa transitada e julgada.²⁵⁵

Essa controvérsia foi aclarada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.212-1/CE, quando o Supremo Tribunal Federal, à época, a Ministra Ellen Gracie decidiu que “a Reclamação não seria uma ação ou um recurso, isto é, não seria uma medida de natureza processual, mas sim um instrumento decorrente do Direito de Petição, pelo qual se poderia postular perante o próprio órgão que proferiu uma decisão o seu exato e integral cumprimento.

O constitucionalista José Afonso da Silva assevera que

Este direito vinha lidado ao direito de representação. Este não foi repetido. É que o constituinte deve ter raciocinado, e com razão, que a representação pode ser veiculada pela petição, de sorte que a legislação que regulamenta aquela permanece em vigor [...] nota-se também que ele se reveste de dois aspectos: pode ser uma queixa, uma reclamação, e então aparece como um recurso não contencioso (não jurisdicional) formulado perante as autoridades representativas [...] O direito de petição cabe a qualquer pessoa. Pode ser, pois, utilizado por pessoa física ou por pessoa jurídica; por indivíduo ou por grupos de indivíduos; por nacionais ou por estrangeiros. (Silva, 2000, p. 442)

Evidentemente, o contexto em que a decisão do supremo foi prolatada não pode ser ignorado: a ADIN buscava declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo da Constituição Estadual do Ceará, que criou reclamação específica para o respectivo Tribunal de Justiça nos exatos moldes da reclamação prevista na Constituição Federal.

Para evitar a vulneração do artigo 22, I da Constituição da República Federativa do Brasil, sem, contudo, desprestigiar a existência de uma medida saneadora do descumprimento da decisão do tribunal estadual, é que a ilustre Ministra decidiu pela improcedência da ação, sendo acompanhada pelo então, à época, Ministro do Supremo Tribunal Federal Nelson Jobim.

Respeitam-se todos os posicionamentos antagônicos, contudo se entende, salvo melhor juízo, que a natureza jurídica da *Reclamação Constitucional* é a de *ação judicial*. Esse é, por exemplo, o posicionamento de Ministro Gilmar Ferreira Mendes (Ministro do STF) ,*in verbis*:

A posição dominante parece ser aquela que atribui à reclamação natureza de ação propriamente dita [...] Tal entendimento justifica-se pelo fato de, por meio da reclamação, se possível a provocação da

²⁵⁵ Com o esgotamento dos recursos, dá-se o fenômeno da *coisa julgada*, material que representa a imutabilidade relativa do dispositivo da sentença perante o processo., uma vez que só será possível a mutabilidade por meio de uma ação rescisória (esfera cível) e na esfera penal, via ação criminal (revisão criminal) .

jurisdição e a formulação de pedido de natureza jurisdicional, além conter em seu bojo uma lide a ser resolvida, decorrente do conflito entre aqueles que persistem na invasão de competência ou no desrespeito das decisões do Supremo Tribunal Federal e, por outro lado, aqueles que pretendem ver preservada a competência e a eficácia das decisões exaradas pela Corte. (Wambier, 2005. p. 128-130)

Para Pontes de Miranda, quanto à Reclamação sustenta que

A reclamação não é recurso; é *ação* contra ato do juiz suscetível de exame fora da via recursal”, porém, o citado autor considera a reclamação ora estudada equivalente à correição parcial, que tem natureza eminentemente administrativa e não jurisdicional. Isso nos leva a crer que em conceituação utilizou-se do termo "ação" no sentido de "ação de direito material", a *actio*,[sic] e não como "remédio processual".(Pontes de Miranda apud Chamone, 2014)

Pode ocorrer até o trânsito em julgado da decisão reclamada. Assim, não há um prazo definido, tal como há, por exemplo, na ação rescisória, cujo prazo é de até dois anos do trânsito em julgado para o ajuizamento da Reclamação, ou no Mandado de Segurança cujo prazo decadencial é de até 120 dias. Após, porém, o trânsito em julgado da decisão reclamada, não pode o prejudicado interpor reclamação junto ao Supremo tribunal Federal, consoante dispõe a Súmula n. 734 do STF (Dinamarco, 2002. v. 6. p.104).

Nesse caso, deve-se fazer o uso da ação rescisória, observadas suas hipóteses de cabimento previstas no CPC e as regras de competência, que particularizam essa ação autônoma de impugnação. Evidenciando o entendimento uníssono do Pretório Excelso sobre a aplicabilidade do instituto da reclamação constitucional, em sede de processo de natureza subjetiva, impende citar a recente decisão, consubstanciada na seguinte ementa, *in litteris*:

EMENTA Agravo regimental em reclamação. Paradigma extraído de ações de caráter subjetivo. Ausência dos requisitos. Perfil constitucional da reclamação. Agravo regimental não provido. 1. Por atribuição constitucional, presta-se a reclamação para preservar a competência do STF e garantir a autoridade de suas decisões (art. 102, inciso I, alínea I, CF/88), bem como para resguardar a correta aplicação das súmulas vinculantes (art. 103-A, § 3º, CF/88). 2. **Inadmissibilidade do uso da reclamação por alegada ofensa à autoridade do STF e à eficácia de decisão proferida em processo de índole subjetiva quando a parte reclamante não figurar como sujeito processual nos casos concretos versados no paradigma, pois não há obrigatoriedade de seu acatamento vertical por tribunais e juízos.** 3. Agravo regimental não provido. (Grifou-se)

Insta trazer a lume, outrossim, que as decisões proferidas em sede de processo cautelar podem ter sua autoridade restabelecida por meio da reclamação constitucional, não obstante a sua provisoriedade, haja vista o seu caráter vinculante, consoante se infere da seguinte transcrição de decisão monocrática prolatada pelo ministro Gilmar Mendes (2005), *in verbis*:

EMENTA: Reclamação. 2. **Garantia da autoridade de provimento cautelar na ADI 1.730/RN.** 3. Decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte em Mandado de Segurança. Reenquadramento de servidor aposentado, com efeitos "ex nunc". Aposentadoria com proventos correspondentes à remuneração de classe imediatamente superior. 4. Decisão que restabelece dispositivo cuja vigência encontrava-se suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de cautelar. 5. **Eficácia "erga omnes" e efeito vinculante de decisão cautelar proferida em ação direta de inconstitucionalidade.** 6. **Reclamação julgada procedente.** (Grifou-se)

Analisando e contextualizando as hipóteses de cabimento da reclamação constitucional pelo enfoque do instrumento destinado a preservar, em caso de descumprimento, e principalmente os comandos existentes nas súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal (objeto desta pesquisa), conclui-se que o instrumento processual em questão adquiriu importância singular no sistema jurídico pátrio.

Vale prelecionar que a Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal, e disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, textualiza que é factível a utilização da reclamação constitucional para impugnar ato administrativo e decisão judicial que contrariar o disposto na súmula vinculante ou que indevidamente aplicá-la.

Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula com efeito vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal - sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação - que se julgar procedente anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida, com o sem a aplicação da súmula, conforme o caso (art. 7º, *caput* e § 2º, da Lei n.11.417, 2006 c/c art. 103-A, § 3º, da CF).

5.2.3 Do cabimento da Reclamação e suas consequências jurídicas

Ab initio, esclarece-se que a Reclamação Constitucional possui previsão na CF/88, na Lei n.11.417, de 2006 e no Novo Código de Processo Civil, com as respectivas hipóteses de cabimento. Pois de acordo com a Lei Maior, será cabível a Reclamação Constitucional em duas hipóteses, são elas: Como forma de preservação da competência dos tribunais superiores e garantia da autoridade de suas decisões.

Os artigos 102, I, “1” e 105, I, “f”, ambos da Constituição da República de 1988, a Reclamação Constitucional é instrumento processual que as partes têm à disposição para assegurar que as decisões judiciais não destoem da compreensão já proferida pela Suprema Corte pátria, em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou em recursos repetitivos; pelo Superior Tribunal de Justiça nessas últimas hipóteses; e pelos Tribunais de segunda instância para resguardar as decisões colegiadas deliberadas em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência, sendo sua previsão infraconstitucional estatuída nos comandos legais nos artigos 988 a 993 do CPC, de 2015.

Além dessas duas hipóteses, o art. 7º da Lei n. 11.417, de 2006 prevê mais uma hipótese de cabimento da Reclamação Constitucional: Decisão judicial ou ato administrativo que contrariar, negar vigência ou aplicar indevidamente entendimento consagrado em súmula vinculante.

Vê-se que o novo CPC, além de repetir essas três hipóteses arroladas nos arts. 988, I, II e III do CPC, cria outras hipóteses no inciso IV, veja-se: Garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Consoante redação dada pela Lei n.13.256, de 2016, prevê o artigo 998 do CPC o cabimento da Reclamação Constitucional para:

I – preservar a competência do tribunal; II – garantir a autoridade das decisões do tribunal; III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei n. 13.256, de 2016) IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Assevera-se que o cabimento da Reclamação Constitucional para anulação de ato administrativo ou para cassar decisão judicial que contrariar súmula vinculante (objeto de estudo desta tese), ou que a aplique de forma inadequada.

Desse modo, têm a parte interessada e o Ministério Público até o trânsito em julgado da decisão em apreço que pretendem rescindir para ajuizar a Reclamação Constitucional,

conforme a súmula n. 734 do próprio STF, sob pena da necessidade de utilização de ação rescisória. No mesmo sentido: “Súmula 734 – STF: “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”.

As hipóteses de cabimento da Reclamação (como instrumento de impugnação excepcional) são *numerus clausus* taxativos e devem ser analisados de acordo com a nova metodologia estabelecida pelo novo Código de Processo Civil de valorização do chamado Direito Jurisprudencial.

A Reclamação, por expreso mandamento constitucional, tem a finalidade de preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e garantir a autoridade de suas decisões, *ex vi* do artigo 102, I, I, da CF/88, além de salvaguardar o estrito cumprimento dos enunciados da súmula com efeito Vinculante, nos termos dos preceptivos legais insertos no artigo 103-A, § 3º, da Constituição, redação dada pela EC n. 45, de 2004.

A Reclamação não é possível de ser manejada como recurso ou revisão criminal, assim como é inadmissível a sua utilização em substituição a outras ações cabíveis.

Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 1.428) afirma que

Baseada na Teoria dos Poderes Implícitos²⁵⁶, e com o intuito de preservar a competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, a Reclamação Constitucional surgiu no ordenamento jurídico brasileiro como criação jurisprudencial do próprio Supremo.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 a Reclamação Constitucional passou a ter previsão no texto constitucional, na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, mostrando, portanto, ampliação do cabimento da referida ação constitucional. (Gomes, 2022)

5.2.4 Do prazo legal para o ajuizamento da Reclamação

Na Constituição da República Federativa do Brasil só há previsão de reclamação no âmbito da competência originária do Supremo Tribunal Federal, conforme estatui o preceito legal inserto no artigo. 103, inciso I, alínea “I”) e no Superior Tribunal de Justiça, consoante dispõe. 105, inciso I, alínea “F” do mesmo Diploma Legal. Por algum tempo,

²⁵⁶ Entendimento lecionado na obra: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único. 8.ed – Salvador, Juspodivm, 2016, p. 1.428.

a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal rejeitou a possibilidade de as constituições estaduais criarem-na na esfera dos Tribunais de Justiça.

O enunciado da súmula com efeito vinculante tem como objeto nuclear a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão, consoante estatuem os preceitos normativos insertos art. 2, § 1º da Lei n. 11.417, de 2006.

5.2.5 Competência para editar súmula vinculante

O único tribunal competente para editar a súmula vinculante é o STF, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria exclusivamente constitucional. Conforme previsão legal no art. 103-A da Constituição Federal, a competência para a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante é exclusiva do Supremo Tribunal.

5.2.6 Natureza jurídica do processo de edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante

Segundo Leonardo Vizeu Figueiredo (2007), da análise dos dispositivos legais, depreende-se que se trata de procedimento de competência originária do Supremo Tribunal Federal, de natureza objetiva, uma vez que versará, exclusivamente, sobre a validade, interpretação e eficácia de normas jurídicas em face do texto constitucional. Sobre o assunto, ainda sustenta que:

Em que pese haver a possibilidade de manifestação de terceiros, não há que se falar em discussão sobre interesses pessoais, uma vez que o Pretório Excelso limitar-se-á, tão-somente, a objetivar a fundamentação de seus julgados exercida em sede de controle difuso de constitucionalidade ou no exercício de sua competência originária (quando se tratar de matéria constitucional), nos termos estabelecidos no art. 102 da CRFB, a ser compendiada nos enunciados vinculantes que compõe sua súmula. (Figueiredo, 2007)

5.2.7 Legitimidade para propor Reclamação constitucional

Os preceitos normativos insertos no art. 103-A, § 2º, da CF preceituam que as súmulas vinculantes poderão ser aprovadas, revisadas ou canceladas por proposta de qualquer dos colegitimados para o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade (os mesmos da ADC), ou seja, pelo Presidente da República, Mesa da Câmara de

Deputados, Mesa do Senado Federal, Governadores de Estado ou do Distrito Federal, Mesa das assembleias legislativas ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, partido político com representação no Congresso Nacional, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Em 2006, surge a Lei n. 11.417 que regulamenta a súmula vinculante e em seu art. 3º amplia o rol de colegitimados, estendendo essa faculdade ao Advogado-Geral da União, à Mesa do Congresso Nacional, ao Defensor Público-Geral da União, ao Procurador-Geral de Estado ou do Distrito Federal, ao Procurador Geral de Justiça do Ministério Público de Estado ou do Distrito Federal e Territórios, ao Defensor Público-Geral de Estado ou do Distrito Federal e Territórios, aos Tribunais Superiores, aos Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais do Trabalho, aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos Tribunais Militares e, por fim, ao Município, porém, este somente poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte. (art. 103-A da CF c/c o art. 3º da Lei n. 11.417, de 2006).

O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante (art. 2º, § 2º da Lei n. 11.417, de 2006).

5.2.8 Intervenção de terceiros no processo de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante

No que alude à intervenção de terceiros, o relator do processo poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 3º, §2º, da Lei n. 11.417, de 2006). Essa abertura estranha ao processo de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante teve seu início com a lei de Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade (Lei 9.868, de 1999), com a institucionalização do *amicus curiae* (terceiros que devem ser compreendidos como participantes ou colaboradores. (Tavares, 2007, p.64)

5.2.9 Requisitos para a edição, aprovação, revisão ou cancelamento de súmula vinculante

O pedido de edição da súmula vinculante, os legitimados devem demonstrar que: a) haja processo judicial em curso no qual o Município seja parte e discuta, incidentalmente, b) a matéria a ser sumulada é de cunho eminentemente constitucional ; c) há reiteração de decisões idênticas; d) há controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração; e) a situação acarreta grave insegurança jurídica; f) a situação redunde multiplicação de processos idênticos. “E, para os casos de processo deflagrado por município: o tema que será objeto principal do processo de súmula vinculante”. (Tavares, 2007, p. 33-34).

A Suprema Corte brasileira, conforme já dito em linhas precedentes, poderá de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, em sessão plenária, aprovar, revisar ou cancelar súmula vinculante (art. 103-A da CF e art. 2º, § 3º, da Lei n.11.417, de 2006).

Vale ressaltar, por ser de relevo, que a proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão, conforme prescrevem os preceptivos legais insertos art. 6º da Lei n.11.417, de 2006.

5.3 Efeitos da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro

As súmulas vinculantes, uma vez aprovadas pela Suprema Corte brasileira terão, a partir de sua publicação na imprensa oficial, efeito vinculante de forma relativa aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 2º da Lei n.11.417, de 2006 e art. 103-A da CF).

Pela interpretação que se faz dos preceitos legais fulcrados no art. 103-A da CF e dos arts. 2º e 4º da Lei n. 11.417, de 2006, as súmulas vinculantes, em princípio terão eficácia imediata admitindo-se, contudo que a modulação ou limitação temporal de seus efeitos pelo STF, por deliberação de 2/3 (dois terços) dos seus ministros, os quais poderão de imediato restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista a segurança jurídica ou de excepcional interesse público republicano.

Quanto ao prazo, é pertinente afirmar que no ínterim de 10 dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, a Suprema Corte pátria fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo (art. 2, § 4º da Lei n. 11.417, de 2006).

5.3.1 A decisão proferida em Reclamação constitucional produz ou não coisa julgada?

É oportuno prelecionar que a controvérsia acerca da decisão proferida em Reclamação constitucional produz ou não coisa julgada está, essencialmente, ligada à discussão que há sobre sua natureza jurídica.

Aqueles que veem a Reclamação como exercício do Direito de Petição, consoante dispõe o artigo. 5º inciso XXXIV, alínea ‘a’, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – entendimento adotado pelo STF no julgamento da ADI 2.212-1 (NUNES, 2014) acabarão por concluir pela não produção dos efeitos da coisa julgada material. Noutro norte, entendia-se a Reclamação como manifestação do Direito de ação – como declarou de forma expressa o Supremo Tribunal Federal na Rcl. 5.470/PA e na Rcl. 232 – por óbvio que a decisão nela proferida revestir-se-á da imutabilidade característica da coisa julgada, além de funcionar como pressuposto processual negativo.

Há várias celeumas com a tese de que a Reclamação seria mero exercício do Direito de Petição. No julgamento da ADI 2.212-1, em 2 de outubro de 2003, partiu-se dessa premissa para contornar a exigência feita pela Constituição da República do Brasil, nos seus artigos. 102 I e 105, I, ‘f’) de que ela seria reservada apenas aos Tribunais Superiores, de forma a se concluir pela possibilidade de, se prevista na Constituição Estadual (princípio da simetria) e no Regimento Interno de Tribunal local, ser possível a utilização da Reclamação no âmbito da competência dele.

Por ser de relevo temático, há outras consequências interessantes a serem observadas a partir da definição da natureza jurídica da Reclamação é que, sendo mero exercício de Direito de Petição, não cabe a condenação em custas e honorários advocatícios (art. 5º, XXXIV, CR/88 e Rcl. 2017/RJ, STJ).

Para muitos processualistas, a tese da Reclamação como Direito de Petição apresenta, indubitavelmente, algumas incoerências. A propósito, se “são a todos assegurado” o Direito de Petição, consoante dispõe o comando legal do artigo. 5º inciso XXXIV, “a” da Constituição da República Federativa do Brasil, e tendo em vista o inegável interesse público primário na preservação da competência e autoridade das decisões dos Tribunais, não subsiste o argumento, acolhido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que atine à inadmissibilidade da Reclamação no âmbito dos Tribunais Regionais Federais e do Tribunal Superior do Trabalho pela ausência de previsão legal. “Isso porque é princípio da moderna hermenêutica constitucional dar às

normas que versam sobre Direitos Fundamentais a interpretação que lhes favoreça a maior efetividade possível”. (Chamone, 2020).

De mais a mais, a doutrina mais balizada atinente à espécie versada diverge, majoritariamente, desse posicionamento. Pontes de Miranda(p. 286-287) é visto como o primeiro a sustentar que a Reclamação teria natureza de ação.

A doutrina moderna segue esse entendimento e aponta o julgamento da Rcl 532 no Supremo Tribunal Federal em 1º de agosto de 1996, no qual se decidiu que “havendo sido julgada improcedente a Reclamação anterior, sem que os Reclamantes, no prazo legal, propusessem a ação rescisória, [...] não podem pleitear novo julgamento da mesma Reclamação, em face do obstáculo da coisa julgada”.

Aduz Marcelo Azevedo Chamone que

[...]parece que há um movimento de modificação da jurisprudência do STF, superando a orientação firmada na ADI 2.212-1, para retornar à antiga posição, ressoando a doutrina majoritária. É o que se extrai da Decisão Monocrática proferida pelo Min. Gilmar Mendes na Rcl 5470/PA. (Chamone,2000)

Vale insistir que a reclamação com previsão no artigo 102, I, “I” da Constituição Federal, e regulada consoante dispõe o comando legal dos artigos 13 a 18 da Lei n.8.038 de 1990, e nos termos dos artigos 156 a 162 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, constitui ação de rito essencialmente célere, cuja estrutura procedimental é bastante simples, assemelha-se com o processo do mandado de segurança e de outras ações especiais constitucionais(“Remédios Constitucionais”) de rito abreviado.

A adoção de uma forma de procedimento sumário especial para a reclamação se justifica pela própria natureza dessa modalidade de ação constitucional, destinada, teleologicamente, a assegurar a competência e a autoridade das decisões do Tribunal, assim como da ordem constitucional em geral, à luz do princípio da supremacia de que goza a Lei Maior brasileira.

Do exposto, pode-se aduzir que a Reclamação tem natureza de ação, contudo, diante da eficácia do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI n. 2.212-1, é bom não se olvidar que é à luz das leis que os Tribunais dizem que o é.

O tratamento jurisprudencial dado à reclamação revela que os Tribunais a entendem como Direito de Petição, como revela o citado julgamento do STJ na Rcl 2017 no que se refere ao não cabimento de condenação em custas e honorários, embora o assunto em tela assunto já tenha sido abordado em concursos, pela AGU, que trouxe com resposta que a reclamação não se sujeita à coisa julgada material.

Nesse mesmo sentido, é mister obtemperar que a Reclamação tem dupla função, a primeira trata-se de uma ação especial constitucional ("remédio constitucional") dos jurisdicionados e a segunda, " de proteção dos guardiões da Constituição (STF) e do Direito Federal (STJ) que se ocupam de questões eminentemente jurídicas e possuem a missão de uniformizar a jurisprudência" pátria, resguardando assim o Direito objetivo. (Tokoi, 2004)

Deve-se frisar para efeito jurídico e didático que o rol do artigo 485 do atual Código de Processo Civil é taxativo. Não comporta interpretação extensiva ou analógica. Esse entendimento é pacífico na doutrina e na jurisprudência, o que se coaduna com a proteção constitucional da coisa julgada material, conforme dispõe o artigo 5º, XXXVI da Constituição da República do Brasil.

A Reclamação Constitucional, conforme é cediço, é um instrumento posto à disposição das partes (os jurisdicionados que pleiteiam em juízo uma demanda), para impor ao juiz o cumprimento da decisão do tribunal a cuja jurisdição deve respeito e obediência.

Como se observa, a controvérsia inicial do instituto em tela residuiu em situá-lo e delinear-lo dentro da função correicional ou jurisdicional. Atualmente, tem particular relação com os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, tanto no controle difuso (caso concreto) como no controle concentrado (caso em abstrato) de constitucionalidade. Concorde-se que nessas hipóteses, a Reclamação constitucional é legítima e devida, haja vista a complexidade do objeto do instituto reclamatório. (Houaiss, 2007. p.2401)

Hoje, após mudança de entendimento atinente ao julgamento da ADI 2212, foi reconhecida a validade de Reclamações previstas nas Constituições dos Estados-Membros, contudo, a Suprema Corte brasileira entende que os regimentos internos dos demais tribunais não podem criar o instituto da Reclamação, tal como ocorreu no Tribunal Superior do Trabalho, sob pena de invasão de campo reservado ao domínio da lei.

A Reclamação constitucional é uma ação especial constitucional também denominada pelos juristas de "remédio constitucional", que tem como fito preservar a competência e garantir a autoridade das decisões dos Tribunais Superiores, quais sejam: o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (STF e STJ), sendo de competência originária daqueles Tribunais, conforme previsão na Constituição Federal de 1988, cujas bases legais já foram mencionadas neste tópico em linhas volvidas.

É mister, ainda, prelecionar que relativamente à Fazenda pública, ela pode se valer da Reclamação para impugnar a concessão de tutela antecipada, com fulcro na Lei n. 9.494, de 1997, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 e dá outras providências. (Silveira, 2020)

Nessa mesma linha de raciocínio, Gilmar Ferreira Mendes (Ministro do Supremo Tribunal Federal) e Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, assim se pronunciam, *in verbis*:

O processo de controle da omissão, previsto no art. 103, § 2º, da Constituição, é abstrato, e, consoante a sua própria natureza, deve a decisão nele proferida ser dotada de eficácia erga omnes. Segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, o constituinte pretendeu conferir aos dois institutos significado processual semelhante, assegurando idênticas consequências jurídicas às decisões proferidas nesses processos. A garantia do exercício de direitos prevista no art. 5º, LXXVI, da Constituição, pertinente ao mandado de injunção, não se diferencia, fundamentalmente, da garantia destinada a tornar efetiva uma norma constitucional referida no art. 103, § 2º, da Constituição, concernente ao controle abstrato da omissão. (Mendes; Coelho; Branco, 2007, p. 1197/1198)

No que atine ao assunto em tela não se vislumbra discussão antagônica entre a doutrina e a jurisprudência, uma vez que tal matéria já está disciplinada na Constituição da República.

Já no sentido *lato sensu*, Reclamação é o “ato ou efeito de reclamar [...] a ação ou efeito de contradizer, impugnar, opor-se por meio de palavras [...] protesto [...] requerimento dirigido à autoridade reivindicando a reparação de algo tido como injusto por aquele que protesta”. Já no ordenamento jurídico brasileiro, o termo “Reclamação” é empregado em diversos sentidos, sendo o mais usual a designação da *ação* que busca discutir verbas rescisórias perante a Justiça do Trabalho.

Já no âmbito administrativo, tanto o Conselho Nacional de Justiça, consoante dispõe o artigo 72 do Regimento Interno, quanto à Corregedoria Nacional de Justiça, no seu respectivo Regulamento Geral no artigo 15 preveem a denominada Reclamação disciplinar. Contudo não é dessas medidas que trataremos nesta pesquisa por não serem objeto desta pesquisa.

O vocábulo Reclamação Constitucional só está em evidência em virtude do advento das súmulas vinculantes, mas tecnicamente, é o termo mais adequado para designar o objeto de estudo em questão posta porque, como se verá adiante, encontra fundamento de validade no texto da Constituição da República Federativa do Brasil. Sua origem remonta à ideia dos *implied powers* ou teoria dos poderes implícitos, invocada pela Suprema Corte

dos Estados Unidos da América, quando esta decidiu que o Congresso Nacional do aludido país poderia imunizar o Banco Central Americano dos tributos estaduais, inobstante a ausência de previsão expressa de sua Constituição.

No Brasil, os contornos da Reclamação também foram delineados pela construção pretória do Supremo Tribunal Federal. Na Reclamação n. 141, de 25 de janeiro de 1952, o Ministro Francisco de Paula Rocha Lagôa assentou a tese dos poderes implícitos²⁵⁷ no ordenamento jurídico brasileiro: “A competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional”.

Quanto ao assunto em tela., ressalta-se, por ser de relevo, que só em 20 de outubro de 1967, em virtude do novo texto constitucional, que a Reclamação foi definitivamente reconhecida como autêntico e legítimo instituto processual, uma vez que o comando legal do artigo 115, parágrafo único, alínea “c”, reservou competência ao Supremo tribunal Federal para estabelecer “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso”.

Em virtude do dispositivo *supra*, surgiram várias e intensas discussões sobre a constitucionalidade da previsão regimental da reclamação no âmbito dos demais tribunais (por exemplo, Tribunal Federal de Recursos, o que culminou no entendimento de que somente o Supremo Tribunal Federal poderia instituí-la.

A Constituição da República brasileira de 1988 trouxe previsão expressa da Reclamação para o Supremo Tribunal Federal, conforme se observa no artigo 102, inciso. I, alínea “l”, mas também para o Superior Tribunal de Justiça, consoante depreende o comando legal do artigo 105, inciso. I alínea “f; ” ambas têm o fito de preservação de competência e garantia da autoridade de suas decisões. A Lei n. 8.038 de 1990 regulamentou o procedimento no âmbito desses tribunais.

Alguns constitucionalistas, (Morato, 2007. p.76) contudo afirmam que não há previsão da medida no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho. Para a surpresa dos constitucionalistas de plantão, em 27 de novembro de 2002 o Regimento Interno do

²⁵⁷ Segundo esta teoria proveniente do direito norte-americano (*Inherent Powers*) a partir do famoso caso *McCULLOCH vs. MARYLAND* (1819), da Suprema Corte dos Estados Unidos, se a Constituição atribuiu a um órgão uma atividade-fim, deve-se compreender que também conferiu, implicitamente, todos os meios e poderes necessários para a consecução desta atribuição ou atividade. O Supremo Tribunal Federal tem adotado integralmente esta teoria conforme se verifica de trecho do seguinte julgado de relatoria do Min. Celso de Mello: [...]... a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos” (MS 26.547-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.05.2007, DJ de 29.05.2007).(DRUMOND, Thomaz Carneiro. O que é a teoria dos poderes implícitos? Disponível em <https://thomazdrumond.jusbrasil.com.br/artigos/922438074/o-que-e-a-teoria-dos-poderes-implicitos>. Acesso em: 2, set. 2022)

Tribunal Superior do Trabalho (TST) consagrou a *Reclamação*, prescrevendo, no artigo. 194, *in verbis*:

Julgada procedente[...] o Tribunal Pleno cassará a deliberação afrontosa à decisão do Tribunal Superior do Trabalho e determinará medida adequada à preservação da sua competência. ” Interessante notar que o RITST²⁵⁸ vai ainda mais longe, definindo critérios para a averiguação do descumprimento.

Em relação aos tribunais ordinários, estaduais ou federais, delineou-se o seguinte quadro: os Tribunais de Justiça de São Paulo ²⁵⁹ e da Bahia²⁶⁰ por exemplo, mantêm reprodução simétrica da reclamação para o *descumprimento* ou *preservação de competência*. O Tribunal de Justiça do Paraná não prevê a reclamação no regimento interno e sequer a admite de modo fungível, quando vencido o prazo da Correição Parcial.

A Emenda Constitucional n.45 de 2004 acrescentou uma nova hipótese de Reclamação, por meio do artigo 103-A, § 3º, que se trata do descumprimento de súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal.

5.4 O efeito vinculativo e a interpretação da súmula vinculante

De início, traz-se a lume uma questão de extrema importância que será abordada: a imposição da vinculação do magistrado às decisões dos tribunais via súmulas com efeito vinculante e a possibilidade, ou não, de ocorrer por parte dos magistrados ou dos tribunais inferiores uma interpretação das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, Rafael Simioni assevera, com propriedade que

A súmula vinculante apresenta-se como uma importante solução para o problema da segurança jurídica em situações de reiterada controvérsia jurisprudencial. Do mesmo modo que a lei escrita resolveu, no século XVIII, o problema da multijurisprudencialidade da Europa Medieval, a súmula vinculante pretende, hoje, resolver o problema da segurança jurídica por meio da afirmação jurisdicional de uma espécie de “interpretação correta” (isso ainda não está muito claro na própria concepção da súmula vinculante) de casos reiteradamente controvertidos na jurisprudência.(Simioni, 2011)

²⁵⁸ Art. 190. A reclamação é a medida destinada à preservação da competência do Tribunal ou à garantia da autoridade de suas decisões, quer sejam proferidas pelo Pleno, quer pelos órgãos fracionários. §1º Não desafia a autoridade da decisão a que for proferida em relação processual distinta daquela que se pretenda ver preservada. §2º Estão legitimados para a reclamação a parte interessada ou o Ministério Público do Trabalho. §3º Compete ao Pleno processar e julgar a reclamação. §4º Oficiará no feito o Ministério Público do Trabalho, como custos legis, salvo se figurar como reclamante.

²⁵⁹ Artigos 659 a 666 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

²⁶⁰ Artigo 59, XXVII, j, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Súmulas são, portanto, entendimentos firmados pelos tribunais que, após reiteradas decisões em um mesmo sentido, sobre determinado tema específico de sua competência, resolvem por editar uma súmula, de forma a demonstrar qual o entendimento da corte sobre o assunto, e que servem de referencial não obrigatório a todo o mundo jurídico.(Chiarini Júnior, 2022)

Nesse ponto, portanto, é possível discutir a possibilidade do controle de constitucionalidade com relação à súmula vinculante. A matéria ganha pertinência justamente quando se discute a atuação discricionária do magistrado e o alcance obtido pelas súmulas vinculantes, como salienta André Ramos Tavares:

O alcance conferido à realização da súmula foi impressionante, extrapolando a mera validade e interpretação da Constituição e das leis (em face da Constituição) para alcançar a eficácia de ‘atos normativos’. Para ficar mais claro: acresceu-se a possibilidade de (i) dispor sobre eficácia, e (ii) ter como objeto qualquer ato normativo, e não apenas a lei ou a Constituição. (Tavares, 2009, p. 41))

Para o Ministro aposentado pelo STF Marco Aurélio Melo,

[...]a súmula vinculante apresenta mais aspectos negativos do que positivos. Cada processo é um processo e, ao apreciar o conflito de interesses nele estampado, o detentor do ofício judicante há de atuar com a maior independência possível. O homem tende à acomodação; o homem tende à generalização, especialmente quando se defronta com volume de trabalho invencível. Receio que a súmula vinculante acabe por engessar o próprio Direito[...]" (Em entrevista à Revista Consulex n. 10 de 13/10/1997).

Nesse mesmo sentido, aduz Dalmo de Abreu Dalari que, *in verbis* :

[...] a súmula vinculante é péssima em termos de evolução do Direito. Tenho um caso, parte da minha experiência pessoal, que é muito ilustrativo da necessidade que nós temos da possibilidade de divergir, que mostra como, através da jurisprudência – jurisprudência tímida do início –, às vezes através de um voto divergente, se vai abrindo a possibilidade de uma concepção nova, que acaba, no final, mudando toda a jurisprudência, pode mudar até a legislação e mesmo a Constituição do país[...](Matéria "Efeito vinculante: prós e contras", em especial sobre a Reforma do Judiciário na Revista Consulex nº 3 de 31/3/1997).

José Anchieta da Silva, por sua vez, assevera que a adoção da súmula com efeito vinculante é um “ponto descolorido sobre os termos de uma Constituição alvissareiramente chamada de Constituição Cidadã”.(Melo, 1997)

Pondera-se, ainda, que, geralmente, é por meio dos votos vencidos dos magistrados nos colegiados (câmara ou turma) ou plenos que surgem novas interpretações

jurisprudenciais, as quais, por consequência, contribuem de forma substancial para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do Ordenamento Jurídico brasileiro, que como se sabe já é bem fechado e inflexível, embora a recomendação necessária é que os tribunais estejam sempre abertos às transformações jurídicas e sociais, principalmente neste universo de globalizado hodierno onde, *incontinenti*, acontecem, de forma repentina, transformações, principalmente nas esferas econômicas, comerciais e científicas.

O direito é uma ciência social e como tal é vivo, móvel e dialético, não podendo jamais ser tratado como um ser inanimado, uma vez que ele vigora no mundo onde habitam os homens que diuturnamente alteram duas normas de conduta por meio dos costumes, e o Direito exerce seu papel para recepcionar ou rechaçar essas normas à luz de seus preceitos normativos hermenêuticos.

5.5 Da súmula vinculante e a possibilidade de controle de constitucionalidade

Entende-se que uma das possíveis saídas, quiçá, mais salutar, é a Suprema Corte pátria admitir controle de constitucionalidade das súmulas vinculantes, por tratar-se de algo plenamente arrazoado e republicano, haja vista que o sistema jurídico brasileiro admitir controle de constitucionalidade difuso das leis. Já que, de forma equivocada, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, a qual trouxe a da súmula vinculante, a qual foi disciplinada pela Lei n. 11.417 de 2006, consoante já explanado alhures.

Aceitar o referido controle difuso dessas súmulas com efeito vinculante é evitar o engessamento do ordenamento jurídico brasileiro e obedecer ao devido processo legal substancial, dessa forma, não mitigando o acesso à justiça dos jurisdicionados, em princípio, do povo brasileiro, donde provém todo direito.

E tirar a “camisa de força” dos juízes de Direito, imposta pelo Supremo Tribunal Federal ao editar as súmulas com efeito vinculante, que embora a Emenda Constitucional tenha seguido todo devido processo legislativo, mas é flagrantemente inconstitucional pelas razões aduzidas em vários capítulos e tópicos nesta pesquisa, notadamente porque o referido instituto é tese, logo não se deve aplicar ao caso concreto, entre outras hipóteses aplicáveis à espécie versada.

José Joaquim Gomes Canotilho (2000) leciona que o desconforme ocasionado pelas súmulas com efeito vinculante gera grave lesão ao *judicial control* que é um direito

fundamental²⁶¹ do cidadão. Nesse mesmo rumo, constitucionalista JJ Canotilho (2000, p.493) traz ao debate o direito de suscitar a questão de inconstitucionalidade ou ilegalidade e aduz que que, *in verbis* :

Os particulares podem, nos feitos submetidos à apreciação de qualquer tribunal em que sejam parte, invocar a inconstitucionalidade, de qualquer norma ou a ilegalidade de actos{sic} normativos violadores de leis com valor reforçado, fazendo assim funcionar o sistema de controle da inconstitucionalidade e da ilegalidade numa perspectiva de controle subjetivo.(Canotilho,2000)

É importante ressaltar que sem a existência da *judicial review*, o direito de ação (acesso à justiça) fica muito prejudicado. Por consequência é mister, ainda, aduzir que a atribuição de *status* de direito fundamental à *judicial review* tem por objetivo impedir que essa mencionada garantia do cidadão, que é o controle de constitucionalidade difuso seja suplantado pelo próprio Poder Judiciário, principalmente, das decisões de efeito vinculante do Supremo Tribunal Federal.(Jaques,1958, p.359)²⁶²

À guisa do exposto, percebe-se que o controle difuso de constitucionalidade está sedimentado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil , quando expressa que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Antônio Castanheira Neves (1983) assevera que a impossibilidade de controlar a inconstitucionalidade das súmulas vinculantes perante o caso concreto afronta o *judicial control*, o direito de ação, a independência do Poder Judiciário, entre outros princípios constitucionais, os quais caracterizam cláusulas pétreas, logo não podem ser mitigadas ou abolidas nem por emendas constitucionais.

Como é cediço, que “a independência do tribunal de justiça ou do Juiz de Direito se manifesta como garantia de que a sentença judicial ou o acórdão pode valer como emanção do direito e não simplesmente como ato decisionista do Estado”. (Neves, 1983,P.104)

Como ficou evidenciado em linhas volvidas, no que pesem as controvérsias, uma objeção ainda pode se oposta ao controle difuso de constitucionalidade das súmulas com efeito vinculante é a de que embora possuam todas as características de lei não possuem

²⁶¹ Paulino Jaques classifica o *judicial control* como um direito, liberdade civil. Cf. JAQUES, Paulino. Curso de direito constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Revista Forense ,1958, p.359.

²⁶² Acerca da caracterização do controle difuso de constitucionalidade como efeito fundamental, confira Abou, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado: a dimensão constitucional e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos. In: Revista dos Tribunais n. 907, 2001, p.88.

natureza legislativa e jamais possuirão, porque são emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, órgão do Poder Judiciário.

Essa premissa é fundamentada na doutrina aplicada à espécie, o jurista Castanheira Neves, cujo ensinamento clássico acerca do assunto em tela é plenamente adaptável ao nosso estudo, fundamenta que as súmulas vinculantes, *in verbis* :

Não ultrapassam o valor de instruções hierárquicas, com as ordens de serviços na ordem administrativas ou burocráticas, prescritas por um autoridade [sic] a outras autoridades que lhe são, subordinadas, então é o princípio da independência judicial ou da independência dos juízes no seu sentido subjetivo o comum, que vemos frontalmente preterido [...] (Neves, 1983, p.104)

Aduz Lenio Luiz Streck (2005) que, se se negar o caráter legislativo/normativo das súmulas vinculantes e a possibilidade de seu controle de constitucionalidade ter-se-á de admitir que elas são instruções hierárquicas obrigatórias proferidas pela Suprema Corte brasileira, que “teria sua função judicial preventiva, porque se converteria numa função meramente administrativa burocrática e executiva, onde justamente não há lugar a afirmar um princípio de independência e sim de dependência e obediência”.(Neves,1983)

As súmulas com efeito vinculante admitem a vinculação para os casos pendentes e futuros e trazem efeitos de lei, e por que não dizer, de superlei porque possui o efeito vinculante. E mais. Seria impossível harmonizá-las com o regime constitucional e com a independência do Poder Judiciário, direito de ação (entre outros direitos fundamentais), se não admitirmos o controle difuso de constitucionalidade dessas súmulas que representam um crime de hermenêutica.

O magistrado está obrigado a aplicar uma súmula vinculante, mesmo que o resultado venha a configurar inconstitucionalidade no caso concreto. Isso não tem respaldo científico-jurídico. Acredita-se, com todas as vênias de estilo, que a única possibilidade de se admitir o regime das súmulas é permitindo que todos os juízes de Direito perante o caso concreto, ao se depararem com uma inconstitucionalidade, declararem, inclusive de ofício a inconstitucionalidade da súmula.

Admitindo-se essas condições no que atine ao mencionado instituto, o impacto dessas “camisas de força” seria mais ameno aos julgadores e aos jurisdicionados - de quem provém todo direito, consoante dispõe o parágrafo único do artigo 1º, da Constituição Federal brasileira.

Mesmo no sistema do *common law* adotado pelos Estados Unidos da América é permitido uma vinculação normativa e, nem por isso a estrutura do Poder Judiciário daquele país passou a ser hierárquica e burocrática, até porque, consoante já explicamos anteriormente, a súmula vinculante não guarda relação com o regime dos precedentes.

Outrossim, o juiz, no regime do *stare decisis*, possui técnicas para afastar dos precedentes. São elas: o *distinguishing* e o *overruling* (institutos esses que serão melhor tratados em tópicos *infra*). No primeiro caso, o juiz tenta evitar as semelhanças e os caracteres específicos que diferenciam a situação em análise; no segundo caso, rejeita a solução precedente por ser susceptível de conduzir resultados injustos.(Mammego, 1990,p.216.) Logo, em ambos os casos, deve fundamentar o seu afastamento da solução que constitui precedente.(Streck, 2005,p.121)

No Brasil, o juiz, segundo a Constituição Federal, não está vinculado a nenhuma prova ou qualquer ato, sendo, contudo, obrigado a fundamentar, legalmente, a sua decisão sob pena de nulidade dos atos, consoante depreende o comando legal do artigo 93, inciso IX, CF/88. Ademais, todo juiz pode, analisando o caso concreto, fazer controle difuso de constitucionalidade, ou seja, julgar a lide à luz dos preceitos constitucionais, cujo efeito é *inter partes*. Logo, partindo dessas premissas jurígenas, não é congruente acreditar que as súmulas vinculantes são constitucionais e não merecem questionamentos.

O problema mais grave é que as súmulas vinculantes se transformam em direito constitucional enquanto não são revogadas pelo própria Suprema Corte Brasileira. Elas não são tratadas como mera legislação.

6. A SÚMULA VINCULANTE *VERSUS* CLÁUSULAS PÉTREAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Neste capítulo discorre-se de forma fundamentada, acerca dos principais motivos, que determinam a suposta inconstitucionalidade da súmula com efeito vinculante, explicitando-os de modo lógico, crítico e, acima de tudo, com amparo na Constituição da República, princípios, doutrina e jurisprudência, procurando, assim, contribuir para o melhor entendimento que a matéria em espécie merece.

A súmula com efeito vinculante foi positivada no o sistema jurídico brasileiro sem antes de passar pelo crivo democrático da discussão popular. Os cidadãos (os legítimos detentores do poder, segundo o princípio da supremacia popular) desconhecem as leis brasileiras porque simplesmente não participam ativamente, via referendo, plebiscito e iniciativa popular do seu processo de formação e elaboração da discussão de suas consequências e, principalmente, ignoram quais são os eventuais “entraves” que o novo conteúdo normativo poderá trazer, caso não se proceda a uma hermenêutica jurídica acerca do mencionado instituto jurídico vinculante.

A sociedade civil deveria ter participado ativamente das discussões acerca da já citada alhures Emenda n. 45 de 2004, a qual, conforme é cediço, versa sobre a reforma do Poder Judiciário. O amplo debate seria o suficiente para estabelecer com clareza e eficácia os problemas e as soluções possíveis de utilização na vida política do nosso País.

Se realmente tivesse sido propagada, à época da elaboração da referida Emenda à Constituição e criação da súmula vinculante e, se tivesse sido amplamente divulgados todos os possíveis malefícios que essa súmula poderia causar à sociedade, quiçá o povo brasileiro jamais aprovaria a sua criação, uma vez que o aludido instituto mitigou e aboliu várias cláusulas pétreas, e pior: para muitos juristas engessou o Poder Judiciário de julgar e mitigou também o livre acesso à justiça no que tange ao objeto das súmulas.

Chaïm Perelman aduz de forma categórica que

No tempo onde se privilegiam as formas de argumentação jurídica e discute-se no Brasil a virtual possibilidade de adoção da teoria discursiva do direito de Jünger Habermas, parece-nos oportuno trazer as lições de Chaim Perelman, que remontam com propriedade à necessidade de elaborar formas do direito observando o pluralismo cultural, étnico, religioso, social, econômico e até mesmo jurídico, haja vista a imensa aldeia global trazida pela globalização, seja na esfera política ou econômica: Já não se trata de privilegiar a univocidade da linguagem, a unicidade *a priori* da tese válida, mas sim de aceitar o pluralismo, tanto nos valores morais como nas opiniões. A abertura para o múltiplo e o não coercitivo, torna-se então, a palavra-mestra da

racionalidade. Nesse diapasão, parece-nos que infelizmente, principalmente no Brasil, a argumentação tem perdido espaço. (Perelman, 1996, p.20.)

Deyse Coelho de Alveida (2022) entende que o direito induzido pela adoção da súmula vinculante é completamente incompatível e ofensivo com o direito processual próprio do sistema romano. No sistema *civil law* o juiz julga, consoante as leis, à luz do seu convencimento motivado, orientado pelo brocardo *secundum leges non de legibus*, ou seja, julga-se cada caso consoante as leis vigentes no país e os tratados e convenções internacionais referendados pelo Congresso Nacional, e não de acordo com os precedentes.

Isso fica ainda mais acentuado e evidente na observância do segundo brocardo: *non exemplis sed legibus iudicandum sit*, (nenhum exemplo, mas se julga a lei) a norma no sistema romano é sempre anterior ao *decisum (ratio decedendi)* e não o inverso. Porque subverter essa ordem é misturar os dois sistemas, cujas consequências, ainda desconhecidas, podem conduzir a um descrédito no Poder Judiciário ainda maior por parte da população, o que é muito temerário e prejudicial à democracia e ao Estado de Direito (Alveida, 2014).

Essas críticas ganham sustentáculo diante da Ação direta de inconstitucionalidade - ADIN n. 4, na qual a Suprema Corte brasileira decidiu pela não aplicabilidade dos juros de 12% (doze por cento) ao ano, estabelecidos na Constituição Federal e as instâncias inferiores resistiram à decisão do STF. Outro caso que também foi bastante criticado foi a Súmula n. 283 do Superior Tribunal de Justiça - STJ que dispõe o seguinte:

As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura. Frequentemente estas duas decisões, que favorecem os bancos, são emblematicamente apresentadas como a prova de que a politização das decisões jurisdicionais é danosa ao jurisdicionado/cidadão brasileiro.

Pelo que se denota, a controvérsia é o cerne dos debates calorosos judiciários, e não poderia ser diferente, em qualquer causa, em que os advogados sustentam posições antagônicas no que alude ao direito das partes, e se entende que as súmulas com efeito vinculante não vinculam os advogados.

Como é notório e de sabença de todos, na aplicação da mesma lei varia a opinião e o entendimento dos juízes. E nos tribunais não é diferente, é trivial haver votos vencidos, o que se traduz como interpretações diferentes. Por esse motivo vislumbra-se

incongruência ir de encontro a todo esse procedimental instalado de forma sólida e civilizatória, revertendo (para não dizer mitigando ou em muitos casos abolindo) o processo democrático de convencimento do magistrado.

Observa-se que a influência da *common law*, que reflete a aproximação dos dois grandes sistemas jurídicos (*common law e civil law*), tendência reconhecida mundialmente, consoante já aduzido em capítulos anteriores desta pesquisa, com muita prudência deve ser, entretantes, interpretada e aplicada a referida influência.

Esse cuidado de cunho hermenêutico não vem sendo observado. No Brasil o tema súmula vinculante e precedente judiciais entrou no ordenamento jurídico, mesmo sem muito debate acadêmico. Se súmula vinculante e precedentes são textos, logo merecem interpretação.

A ausência do esforço intelectual e cognitivo na interpretação das leis pelos magistrados causada pela pressão para que as súmulas sejam aplicadas e respeitadas, irá propiciar o engessamento do pensamento jurídico, e a mumificação e petrificação da jurisprudência, dessa forma mitigando o convencimento motivado dos juízes. (Alveida, 2022)

Sobre a questão de a súmula vinculante afetar ou não as independências dos magistrados existem as mais variadas posições, dentre os mais ardorosos defensores da liberdade dos magistrados acerca das decisões jurisdicionais, como por exemplo Luiz Flávio Gomes, *in verbis*:

Ninguém pode impor ao juiz qualquer orientação sobre qual deve ser a interpretação mais correta. Aliás, é muito comum que um texto legal, pela sua literalidade confusa, permita mais de uma interpretação. De todas, deve prevalecer a que mais se coaduna com os princípios constitucionais (sobretudo o da razoabilidade). Mas o juiz sempre tem a liberdade de escolha, dentre todas as interpretações possíveis, uma vez que este tem o livre convencimento motivado em todas as suas decisões. (Gomes, 1997)

Nessa mesma Linha de pensamento, Miguel Reale (1995, p.168) preleciona que a jurisprudência, muitas vezes, inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não existem na lei[...]“Nessas oportunidades, o juiz compõe, para o caso concreto, uma norma que vem a completar o sistema objetivo do Direito”.

É mister considerar que a produção de jurisprudência, notadamente via precedentes (que em essência não é) e edição de súmulas vinculantes jamais podem estar desvinculadas da lei, porque ao contrário tem-se um Poder Judiciário com poder legiferante em sua gênese, o que contraria o sentido da tripartição das funções estatais,

concebida por Aristóteles e aperfeiçoada por Montesquieu(1998), na sua tese o Espírito das Leis, o que com certamente lesaria cláusula pétrea e causaria, por consequência, inconstitucionalidade.

E com o advento da já citada Lei n. 11.417 de 2006, a qual disciplinou a edição, entre outros procedimentos das súmulas vinculantes, houve várias edições desse instituto vinculante que denegam a muitos jurisdicionados o consagrado princípio do livre acesso à justiça²⁶³ e o convencimento motivado dos juízes, principalmente de primeira instância.

A Constituição da República Federativa do Brasil garante a necessária tutela estatal aos conflitos que ocorrem na vida em sociedade. E a inafastabilidade da jurisdição, a imprescindível utilização da jurisdição, por meio de órgãos jurisdicionais são complementos inarredáveis do processo civil constitucional.

A invocação da tutela jurisdicional, estatuída na Constituição Federal, deve se efetivar mediante ação do interessado que, exercendo o direito à jurisdição, cuida de preservar por vários modos. Ou pelo reconhecimento (processo de conhecimento), ou pela satisfação (processo de execução) e ou pela asseguuração do direito subjetivo material violado ou ameaçado de violação.

O objeto deste princípio está expresso na redação do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição brasileira. "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Nos termos do artigo 10 das Declarações da ONU, a saber, uma nação é tida como democrática na medida em que tem há juízes livres e independentes para julgar os processos, com fulcro no ordenamento jurídico brasileiro. Isso não mais ocorre após o advento das súmulas, porque o magistrado não tem a plena liberdade de decidir. O Supremo Tribunal Federal, que não tem acesso ao processo de conhecimento, salvo nas hipóteses de competência originária, já faz isso por eles. Estaria suprimido, ainda, o duplo grau de jurisdição, porque as decisões se concentrariam nas cúpulas, que com antecedência tenham definido a solução do conflito, no universo da teoria do Direito.

²⁶³ Vale lembrar que o Novo Código de Processo Civil trouxe, em seu art. 3º, o comando de que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, enquanto o texto constitucional, em seu art. 5º, XXXV, entende que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Por isso, o art. 3º do atual CPC, ao se referir à apreciação jurisdicional, vai além do Poder Judiciário e da resolução de controvérsias pela substitutividade. O dispositivo passa a permitir outras formas positivas de composição, pautadas no dever de cooperação das partes e envolvendo outros atores. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. STANCATI, Maria M.S. Martins. A resignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º, do Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo, v.254, Abr./2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 20).

Até mesmo os países que seguem o sistema da *common law* têm ao menos uma constituição ou sistemática constitucional que deve ser seguida. Nesse norte, temos o entendimento de Joseph Raz, *in verbis*:

Even when discretion is not limited or guided in any specific direction the courts are still legally bound to act as they think is best according to their beliefs and values. If they do not, if they give arbitrary judgment by tossing a coin, for example, they violate a legal duty. A judge must always invoke some general reason.(Raz,1972,P.837)²⁶⁴

Com o advento das súmulas vinculantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a justiça de primeiro grau ficou, obviamente, desprestigiada, e o cidadão (jurisdicionado) não terá nenhum motivo para se conformar com a sentença de primeiro grau quando sua pretensão não for acatada por prestigiar uma súmula vinculante.

Porque caso um juiz de direito desobedeça a uma súmula com efeito vinculante caberá Reclamação direto ao Supremo Tribunal Federal. Do exposto, resta indagar: Qual a serventia dos princípios processuais estampados na Constituição Federal brasileira? Eles são cláusulas pétreas? Se são, logo é inconcebível que uma Emenda Constitucional possa mitigar ou abolir essas cláusulas, pois a Constituição da República é mais que rígida, é superrígida²⁶⁵ e como tal deve, para o bem do povo e dos três poderes.

É evidente a gravidade da adoção de soluções alienígenas e incompatíveis com o ordenamento jurídico e as danosas consequências que podem advir aos jurisdicionados, tão massacrados pela ineficácia, ineficiência e inoperância do Poder Judiciário Brasileiro. Deve-se ter cuidado com as “milagrosas” soluções dos problemas brasileiros.

E os instrumentos que poderiam viabilizar um acesso à jurisdição superior do País são negados diretamente ao cidadão, uma vez que o rol taxativo dos legitimados a propor a Ação Direta de Constitucionalidade, Ação Direta de inconstitucionalidade e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental é este estatuído no art. 103 da Constituição Federal de 1988.²⁶⁶

²⁶⁴ Tradução livre do autor: Mesmo quando o poder não se aplica ou guiada em qualquer direção específica os tribunais ainda são legalmente obrigados a agir como eles entendam que é melhor de acordo com suas crenças e valores. Se não o fizerem dão julgamento arbitrário por jogar uma moeda, por exemplo, eles violam o dever legal. Um juiz deve sempre invocar alguma razão geral.

²⁶⁵ É a classificação defendida doutrinariamente pelo hoje Ministro do STF Alexandre de Moraes. É uma posição minoritária, segundo a qual a Constituição brasileira seria mais do que rígida, na medida em que as chamadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) não poderiam ser suprimidas. (MORAES, Alexandre de. Direito constitucional, 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 41.)

²⁶⁶ Segundo o texto da CF/88, art. 103: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no

A limitação do rol de legitimados²⁶⁷ para propor revisão ou cancelamento das súmulas se constitui num forte impedimento de evolução do Direito.

Ao legitimar minimamente só a relação dos legitimados da ADIN, para pedir revisão ou cancelamento das súmulas. O cidadão mais uma vez é podado pelo Poder Legislativo de forma abrupta de participar democraticamente do processo de formação das decisões judiciais. A verticalização do poder jurisdicional é eceletista e discriminatório.

O cidadão, patrão de todos que compõem os três poderes e mantenedor do Estado, se sequer é legitimado para propor revisão ou cancelamento de uma súmula vinculante, mas o Poder Judiciário pode, de ofício, inclusive, ou por provocação por dois terços dos seus membros, editar súmula com efeito vinculante. Acredita-se que nisso há um contrassenso.

6.1 Da súmula vinculante e a equivocada hermenêutica à luz do ordenamento jurídico brasileiro

A edição, o cancelamento e a revisão de súmulas vinculantes têm de ser aprovados por, no mínimo, oito ministros do STF, o equivalente a dois terços da composição da Suprema Corte, que podem ser provocados ou de ofício, após manifestação do Procurador-Geral da República.

Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.[...] A Lei n. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, a qual dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o supremo tribunal federal, no seu art. 2º. Traz o mesmo rol estatuído no art. 3º da CF/88. *In verbis* ; art. 2º Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. ²⁶⁷ Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII - partido político com representação no Congresso Nacional; VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

§ 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo. § 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A mencionada edição trouxe grandes inovações no âmbito Poder judiciário, em síntese, preocupou-se com o excesso de litígios em curso nos tribunais,²⁶⁸ com a celeridade processual, a ausência de previsibilidade em julgados idênticos e visa a alcançar um alto grau de segurança jurídica.

Sabe-se que o Direito brasileiro é de tradição romano-germânica, repita-se, e sempre foi a lei uma das fontes primárias e principal de todo ordenamento jurídico. Observa-se, entretanto, uma crescente importância da jurisprudência na sistemática nacional, aproximando o modelo tradicional da *common law* ao *civil law*.

À época do advento da citada Emenda Constitucional n. 45 de 2004, houve alvoroço de implantar “sistema de precedentes”, *prima facie*, acredita-se que direitos caros foram suprimidos e por conseqüência, quicá no intuito de aumentar o Poder do Judiciário brasileiro.

Ora, o fato de o artigo 927 do CPC arrolar vários preceptivos normativos que passaram a ser vinculantes isso não legitima uma leitura de forma equivocada e acreditar que a súmula com efeito vinculante, o acórdão que julga o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR - ou oriundo de recurso (especial ou extraordinário repetitivo) são equiparáveis à categoria do genuíno precedente do *common law*, à luz da análise hermenêutica, *data venia*, acredita-se que não. Assim entende Ortega (2003).

O Código de Processo Civil publicado em 2015, e vigente desde 18 de março de 2016, trouxe atualizações, supressões, inovações aguçadas no direito brasileiro e reflete a busca do legislador pela correção de todas as deficiências do antigo código de Processo de 1973 e pela criação de um sistema processual contemporâneo mais dinâmico com a realidade dos fatos. O atual CPC, notadamente nos artigos 926 e 927, inclui uma teoria dos precedentes judiciais como instituto do ordenamento pátrio, a qual é motivo de controvérsias e objeto desta pesquisa.

Todos os sujeitos em uma relação jurídica dialogam em conjunto com todas as decisões judiciais, garantindo igualdade efetiva, a qual advém dos princípios do contraditório e da ampla defesa substancial, princípios esses que sofreram uma

²⁶⁸ Com efeito, nesses últimos vinte anos, a enorme frustração com a morosidade do Poder Judiciário foi refletida em várias dimensões profissionais, a saber: (a) militantes da área jurídica criticavam o excesso de formalismo e de recursos previstos no sistema processual; (b) especialistas no campo econômico destacavam as cifras envolvidas no custo de tanta lentidão para o país; (c) os noticiários jornalísticos da grande mídia insistiam em preencher suas matérias destacando casos emblemáticos de demora ou aparente ineficiência da prestação jurisdicional; (d) aos olhos dos leigos, o problema existia e a situação se agravava exponencialmente; (e) em decorrência da atualidade recorrente do tema e da insatisfação generalizada, os parlamentares, notadamente do Congresso Nacional, usaram em diversas ocasiões como plataforma de campanha a urgente necessidade de implementação da Reforma do Poder Judiciário.

ressignificação, passando a ser entendidos como o direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa (art.10 do CPC/2015), e da releitura do sistema colaborativo processual, que obriga os sujeitos processuais a buscar o mútuo auxílio e o diálogo (art.6.º, CPC/2015).(Theodoro JR., 2015)

Aduzem Costa e Bahia (2022) que o sistema jurídico brasileiro, entretanto, inspirado no *civil law*, em muito diverge do *common law*, de modo que a compreensão dos sistemas jurídicos se torna essencial para a materialização da teoria em apreço e põe Brasil, que um país herdeiro da tradição do *civil law*, tem cada vez mais incorporado noções inerentes ao *common law*, resultando em uma nítida miscigenação de culturas jurídicas.(Costa; Bahia,2022)

Como bem delineado em linhas precedentes, faz-se necessário perceber que ao direito jurisprudencial se aplica a advertência de Duxbury (2008.p.159), o qual assevera que “certamente, seguir precedentes, com o fim de gerar estabilidade doutrinária ou o encerramento do debate jurídico dificilmente será louvável onde flexibilidade e abertura são as qualidades que servem melhor aos litigantes”.

Eros Roberto Graus (2008. p.64) pontua que: “[...] o legislador não é livre para criar qualquer direito posto (direito positivo), mas este mesmo direito transforma sua (dele) própria base. O direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto[...]”

Mauro Araujo de Souza (2016)²⁶⁹ aduz que “essa análise fundar-se-ia de modo perspectivo, assumindo assim uma compreensão dialógico-indagativa sob olhares múltiplos e holístico (linguístico, ontológico, deontológico, histórico, dogmático, entre outros) de forma a expandir a percepção holística acerca do denominado sistema de precedentes brasileiro e sua constitucionalidade). Em essência, processo não é meramente técnica de resolução de conflito, isso não dizer que o Estado-Juiz não deva buscar esse tipo de técnica, com o fito de debelar a atual situação de asoberbamento judicial. (Cruz, 2020)

Em princípio, *prima facie*, o instituto dos precedentes judiciais representa uma dessas inovações, embora haja grandes discussões no meio jurídico quanto à sua forma de aplicação de forma vinculante. Quiçá o problema esteja na forma de aplicação. Em essência o CPC vigente criou provimentos judiciais com efeito vinculante, cuja teleologia funcional é reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro dos

²⁶⁹ Sobre perspectivismo cf: SOUSA, Mauro Araujo de. O perspectivismo de Nietzsche e a compreensão. Revista Líbero – São Paulo – v. 19, n. 37-A, p. 109-116, jul./dez. de 2016.

litígios repetitivos. Além dos aludidos artigos 926 e 927 do Caderno de Ritos, este traz no seu arcabouço normativo o art. 489, § 1º, o qual institui os preceitos jurídicos que devem conter as decisões judiciais, *in verbis*:

O art. 489, § 1.º, do CPC atual, prescreve, *ipsis litteris*:

O § 1.º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; **VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.** (Grifou-se)

Inicialmente, vale obter-se que o *caput* do referido artigo 489, do CPC, trouxe na sua redação: “São elementos essenciais da sentença”. O termo “elementos” não é, salvo melhor juízo, um termo adequando por ser prurissignificante (genérico) e não é técnico-jurídico. Entende-se que o termo mais adequado, quiçá, seria “requisitos essenciais”.

Como se vê, houve uma enorme preocupação de o legislador em explicitar, de forma detalhada, os equívocos que uma decisão judicial não deve cometer, sob pena de considerar-se não fundamentada e, portanto, nula, com base no art. 93, IX da CF/1988 e no art. 11 do atual CPC. (Koehler, 2022)

Como é de sabença de todo que o ordenamento jurídico brasileiro foi erguido sobre os preceitos do direito romano-germânico, com acentuada influência do positivismo, em que o direito é criado, quase que sua totalidade, por meio da positivação da norma, ou seja, da exteriorização do direito pelas leis escritas.

O CPC vigente estabelece de forma expressa que “os tribunais devem uniformizar sua” jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente consoante estatui o comando legal do art. 926, de tal modo que os tribunais não devem permitir divergências internas

sobre questões jurídicas idênticas, mantendo-se a homogeneidade das decisões/ entre cada juiz, desembargador ou turma julgadora.(Garcia,2016)²⁷⁰

Para Harold Berman é de causar surpresa, no Brasil, estabelecer-se a obrigatoriedade dos precedentes sumulares' por intermédio de emenda constitucional em um sistema jurídico filiado à família romano-germânica, ou seja, *civil law*.(Fine, Toni M. (2011) ²⁷¹

É cediço que o CPC atual trouxe grande inovação e controvérsia ao estatuir uma série de provimentos jurisdicionais aptos a formarem precedentes judiciais de natureza vinculante, bem como a previsão de elementos, métodos e técnicas que viabilizam a adequada utilização. Nesse sentido, os pensadores e aplicadores do direito brasileiro devem, diuturnamente, capacitar-se com o fito de fazer o uso adequado desses aludidos preceitos jurídicos à luz dos comandos normativos do devido processo legal substancial, associado de suas circunstâncias fáticas.

Inicialmente, sem análise minudente, tal sistema, contudo, passa a exigir mais dos pensadores do direito: das partes, que procurem fundamentar corretamente suas pretensões, abstendo-se de aventuras judiciais; dos julgadores, que fundamentem corretamente suas decisões, com o fito de embasar com perfeição dos precedentes judiciais que servirão de modelo para os demais julgamentos. Essa é, a breve trecho, a sistemática dos precedentes judiciais, sem analisar os pormenores e os preceitos

²⁷⁰A uniformização, para além da simples edição de enunciados de súmulas, pressupõe a adequada referência aos fatos dos precedentes que formaram a sua criação (art.926, §§1º e 2º). Há a necessidade de fundamentação adequada para a sua distinção e/ou superação. As noções de integridade e coerência evidenciam que casos semelhantes devem ser decididos sob o prisma da igualdade, em obediência aos princípios que foram aplicados nas decisões anteriores. Há um processo interpretativo que leva em consideração a força normativa da CF/88 e a ideia de unidade do direito, afastando o voluntarismo e ativismo judicial pernicioso e arbitrário. (GARCIA, André Luis Bitar de Lima. *Sistema de precedentes do novo CPC terá impacto em empresas*. In: Consultor Jurídico, 22 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-22/sistema-precedentes-cpc-impacto-empresas>>. Acesso em: 10 abr. 2016).

²⁷¹ De acordo com FINE, Toni M. Introdução ao sistema jurídico anglo-americano. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011: "a doutrina do *stare decisis* é firmemente estabelecida no sistema legal norte-americano. Tal doutrina, também conhecida como aplicação do precedente, estipula que, uma vez que um Tribunal tenha decidido uma questão legal, os casos subsequentes que apresentam fatos semelhantes devem ser decididos de maneira consentânea com a decisão anterior. Segundo essa doutrina, uma regra de direito, uma vez proferida por um Tribunal, normalmente deve ser seguida até que tal regra tenha que, ou deva ser, modificada. O uso do precedente o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. RT 782/90 (DTR\2000\674)-91, dez. 2000. Keith Eddey define o *stare decisis* (to stand upon decisions) da seguinte forma: "*This doctrine, in its simplest form, means that when a judge comes to try a case, he must always look back to see how previous judges have dealt with previous cases (precedents) which have involved similar facts in that branch of the law. In looking back in this way the judge will expect to discover those principles of law which are relevant to the case which he has to decide. Tradução livre do autor: "Essa doutrina, em sua forma mais simples, significa que quando um juiz vem para julgar um caso, ele deve sempre olhar para trás para ver como os juízes anteriores lidaram com casos anteriores (súmulas) que envolveram fatos semelhantes naquele ramo do Direito.*

hermenêuticos estruturantes do núcleo rígido e hígido (cláusulas pétreas) dos dispositivos legais insertos na Constituição da República e obedecidos na dialeticidade processual (Streck, 2020).

Diante dessa arquitetura jurídica com amparo jurídico na legislação aplicada à espécie versada, *prima facie*, vê-se que a teleologia desse instituto jurídico é dar estabilidade, coerência, integralidade e segurança jurídica, uma vez que a construção de súmulas (não vinculantes) tem sua origem na prática tradicional e consolidada do sistema judiciário luso-brasileiro. Diferente dos precedentes, as súmulas, por sua vez, não derivam da decisão de um caso concreto, mas de um enunciado interpretativo, formulado em termos gerais e abstratos.

Os precedentes funcionam como pontos de partida heurísticos (sem vinculatividade formal), [...] *topoi*²⁷² argumentativos [...] segundo o escólio de Castanheira Neves: “[...]ponderação material de referência concreta ou casuística cuja solução não logicamente predeterminada, mas que vai se constituindo.”(Neves, 2022) Logo, por consectário lógico, os preceitos normativos insertos no art. 927 do CPC não criam um sistema de precedentes, e sim um sistema de provimentos judiciais vinculantes dentro de um modelo normativo a ser observado para casos futuros já que sua obrigatoriedade não nasce de uma consciência comunitária.

Em essência, o sistema posto pelo CPC de 2015 determina uma vinculação verticalizada às decisões prontas e acabadas (teses) expostas pelos Tribunais Superiores.²⁷³ Como se sabe, “tese enunciativa é metalinguagem, ou seja, enunciado inautêntico já que é uma interpretação enunciada “para-o-outro” e uma vez enunciada torna-se um “ser-em-si”. Qualquer interpretação para ser legítima precisa ser autêntica, ou seja, precisa seja feita e não dada, aquela lançada pelo “ser-aí” enquanto “ser-no-mundo”. (Hart, 2009. p. 163-164.)²⁷⁴

²⁷² O termo *topoi* é de Aristóteles, que chamava de *topoi* as verdades aceitas que formam a base de nosso pensamento, argumentos e orientam as escolhas que fazemos no dia a dia. Os *topoi* são as verdades populares, que se repetem, se espalham e acabam por consolidarem-se, adquirindo *status* de sabedoria. Os dicionários trazem vários significados para lugar-comum. Remete para a ideia de fórmula trivial, de amplo consentimento em determinada cultura. (LÉO ROSA. *Topoi*. <https://leorosa.jusbrasil.com.br/artigos/121822862/topoi>. Acesso em: 20, jun.2022).

²⁷³ Defendendo esse aspecto: MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, p. 9-52, 2016.

²⁷⁴ “Boa parte da teoria do direito deste século tem-se caracterizado pela tomada de consciência progressiva (e, algumas vezes, pelo exagero) do importante facto de que a distinção entre as incertezas da comunicação por exemplos dotados de autoridade (precedente) e as certezas de comunicação através da linguagem geral dotada de autoridade (legislação) é de longe menos firme do que sugere este contraste ingênuo. Mesmo quando são usadas regras gerais formuladas verbalmente, podem, em casos particulares concretos, surgir

Diante desse imbróglio à luz da Teoria Geral do Direito de Norberto Bobbio (2010)²⁷⁵ e das Normas, indaga-se: o sistema de precedentes que passa a ser o paradigma de aplicação do Processo Civil, Processo Penal, Processo do Trabalho, Processo Administrativo, Processo Tributário, entre outros? Com todas as vênias de estilo que o estudo requer, parece que não.

Como se sabe, o direito é Ciência do Dever-Ser (ciência social aplicada), tem como objeto fato social (a norma jurídica) e este está em constantes mudanças que são percebidas pelo juiz de primeiro grau, primeiramente, haja vista ser ele (juiz) quem primeiro toma conhecimento sobre determinada demanda, que por meio da dialeticidade, dos atos processuais impulsados que culminam com a decisão judicial aplicam-se o direito na medida certa, que o caso requer, entretanto sempre em obediência ao devido processo legal substantivo (direitos fundamentais), estatuídos na CF/88 e em lei de regência.

Decisões judiciais que carecem da reconstrução jurídica com fundamento nas circunstâncias fáticas que o caso concreto oferece não encontram legitimidade sob o Estado Democrático de Direito. É que, de certa forma, a separação de poderes, como forma nuclear do constitucionalismo, implica a adoção da institucionalização de argumentação distinta para cada função. Assim, cabe ao Poder Judiciário a utilização de discursos de aplicação em sua função judicativa e não de justificação ou fundamentação.

A ideia de que os motivos ou a fundamentação da decisão judicial transcenderia o caso em que foi pensado para abranger casos futuros, ainda que análogos, acaba por não ser um discurso de aplicação e levanta grave problemática quanto à sua legitimidade no modelo de Estado albergado pela Constituição de 1988. Ora, uma interpretação não pode ser realizada sem se considerar as circunstâncias de cada caso.

A imposição do entendimento jurídico de um caso para outro, simplesmente solapa o modelo constitucional de processo (supra), é dizer, o que o novo CPC inova a respeito do contraditório (art.10) e da fundamentação da decisão (art. 489), ficaria

incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas. 'Situações de facto particulares não esperam por nós já separadas umas das outras, e com etiquetas apostas como casos de aplicação da regra-geral, cuja aplicação está em causa; nem a regra em si mesma pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação.' Em todos os campos de experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer. " In: HART. Herbert L. A. O conceito de direito. 3ª ed. Lisboa, PT: Calouste Gulbenkian. 2001. p. 139.; HART. H. L. A. O conceito de direito. São Paulo, SP: WMF Martins Fontes. 2009. p. 163-164.

²⁷⁵ Bobbio defende que a força é um instrumento para a realização do Direito. Kelsen, ao contrário, sustenta que a força é o objeto de regulamentação jurídica, isto é, que por Direito deve-se entender não um conjunto de normas que se tornam válidas por meio da força, mas um conjunto de normas que regulam o exercício da força numa determinada sociedade.

prejudicado se o juiz, ao invés de se formar seu entendimento a partir do caso, o tivesse pelas razões dadas noutro caso. (Bacha; Bacha,2022)

As circunstâncias fáticas do caso analisado que determinam a produção do precedente são imprescindíveis e não se pode jamais esquecer que o precedente é formulado exatamente em função de tais circunstâncias. Logo, pois, para ser utilizado na solução de um caso novo, imprescindível à exaustiva correlação feita entre as circunstâncias e argumentos de um e outro caso para que o antigo possa ter razões a ajudar na solução do novo.

A súmula vinculante, a sua inconstitucionalidade e possíveis consequências de sua adoção no Estado Democrático de Direito. *Prima facie*, vê-se que o verbete vinculante não é um mecanismo mais eficaz para resolver os problemas que afetam o poder Judiciário. Em essência, ao contrário disso, o emprego da aludida súmula sem estabelecer critério propedêutico, pode transformar em um instrumento capaz de limitar as garantias dos indivíduos e dos magistrados, bem como mitigar a tripartição dos poderes, instituído pela Constituição Federal de 1988.(Oliveira,2022)

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha (2022), ministra do STF, o abarrotamento de demandas no Poder judiciário é por não culpa do cidadão comum, e sim pelo próprio Estado que abusa do direito em acionar o Poder Judiciário. Assim, entende-se, com todas as vênias de estilo, não ser a súmula vinculante o meio habilidoso para dirimir a morosidade do Poder Judiciário na prestação jurisdicional.

Márcio Berto alexandrino de Oliveira(2022) aponta que não é a Súmula Vinculante uma resposta eficaz socialmente para denominada “crise (do excesso de serviço) do Poder Judiciário” para os brasileiros, mas uma amputação de possibilidades judiciais, que se deve voltar, direta e objetivamente ao próprio Poder do Estado.

De acordo com Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, várias são as críticas apontadas à criação e eficácia do instituto da súmula vinculante:

[...] pode uma Súmula pretender, ou efetivamente, vincular aos demais juízes e Tribunais do país? Haverá mesmo “casos idênticos”, isto é, que se amoldam tão perfeitamente à hipótese pressuposta no enunciado da Súmula que obriguem um juiz a simplesmente aplicar, sem mais, a Súmula? Se uma Súmula é um “texto”, como são as leis, e, portanto, geral e abstrata, isso não faria com que a mesma padecesse dos mesmos problemas que esta? Problemas no seguinte sentido: diversidade de interpretação que gera diversidade de aplicação; ou será que uma Súmula Vinculante é mais “vinculante” do que uma lei aprovada pelo Poder Legislativo? Enfim, em que medida algo como uma Súmula Vinculante pode resolver (ou “atenuar”) a chamada “Crise do Judiciário”?(Bahia, 2022)

A súmula com efeito vinculante é um texto, logo sujeita às mesmas imperfeições das normas. Assim é que (tomando-se os instrumentos de Kelsen agora quanto às súmulas, percebe-se que a doutrina e também os magistrados conferiam diferentes interpretações, de forma que, não raro, viam-se os Tribunais (os mesmos que editaram o texto) às voltas com divergências e discussões internas sobre o real sentido das mencionadas súmulas.

A tentativa de “vinculação “da súmula tem a finalidade de proibir o juiz de interpretar a lei (e, havendo dúvidas, recorrer ao legislador). A súmula vinculante, na condição de texto está sempre sujeita a diferentes interpretações. Mesmo com a Reclamação, o interessado poderá demonstrar que seu caso não se encaixa na hipótese do verbete sumular ou que os supostos fáticos em que esta se fundou foram alterados ou ainda, que a “ atual” interpretação da norma, base da súmula, está alterada.(Bahia,2020)

Como já evidenciado em linhas precedentes, a Emenda Constitucional n. 45 foi introduzida no ordenamento jurídico com a pretensão de garantir aos destinatários da decisão jurisdicional uma duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade. A súmula, porém, em comento enfrenta profundas discussões doutrinárias quanto à sua eficácia na solução célere dos processos e quanto à violação das garantias fundamentais do cidadão. Veja-se o posicionamento de Lenio Luiz Streck, *in verbis* :

Com o passar dos anos, transitou em julgado a tese de que a solução para os problemas da justiça brasileira passa, necessariamente, pela adoção do efeito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal. Esquece-se com isto, que o problema da efetividade das decisões judiciais e da assim denominada morosidade da justiça não serão resolvidos mediante um ataque à funcionalidade do ordenamento ou do sistema, mas, sim, a partir de uma profunda mudança na estrutura do Poder Judiciário e das demais instituições encarregadas de aplicar a justiça, além da superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, que predomina o imaginário dos juristas. (Streck,2022)

Não se discute que todo processo judicial e extrajudicial deva ser realizado com eficácia, presteza e dentro de uma duração razoável, de tal sorte que haja progressão e termine no menor espaço de tempo possível. É importante que o cidadão obtenha a decisão justa o quanto antes, evitando descréditos e a impressão de impunidade, que hoje vige na concepção da grande parte da sociedade.

É no mínimo simplista pensar que a súmula vinculante é a solução para os males que assolam a eficácia do Poder Judiciário. Insta trazer à colação que a multicitada Emenda Constitucional n. 45, de 2004, em seu artigo 8º, dispõe que "as atuais súmulas

do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial".

Para que seja conferida a eficácia vinculante à súmula, a Constituição da República de 1988 exige o preenchimento dos pressupostos formais, e.g., a decisão deve ser tomada por, pelo menos, dois terços dos membros daquela corte, e pressupostos materiais, estes consubstanciados na exigência de preexistência de reiteradas decisões no sentido da súmula proposta. Tais pressupostos são, com fulcro na CF/88 e na lei regência (Lei n. 11.417, de 2006), indispensáveis à conferência do efeito vinculante à súmula.

Exige a Constituição da República, outrossim, que a súmula tenha por objeto a validade, a interpretação ou a eficácia de normas determinadas e que sobre estas haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública. Além disso, a controvérsia deverá ser tal que acarrete grande insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Em virtude da morosidade do Poder Judiciário, o aludido instituto vinculante surge como um remédio capaz de dotar de celeridade e eficácia a máquina judiciária, evitando repetição inútil de causas, bem como dissenso de vários órgãos julgadores em instâncias inferiores, quando já houver uma decisão pacificadora em Corte Superior no mesmo sentido.

Entre os defensores da adoção da súmula vinculante se encontram, entre outros, José Paulo Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim, Carlos Mário da Silva Velloso, José Carlos Moreira Alves, José Nery da Silveira, Sidney Sanches, Ilmar Galvão, Gilmar Ferreira Mendes, Octavio Gallotti e Rodolfo de Camargo Mancuso. Todos eles trazem robusto argumento acerca da adoção do verbete vinculante.

Veja-se o posicionamento de Carlos Mário da Silva Velloso quanto à eficácia da súmula Vinculante:

[...] a eficácia erga omnes e o efeito vinculante são considerados modos de aperfeiçoamento do sistema judicial, porque eliminam a massa inútil de recursos repetidos e impedem a eternização das demandas judiciais. O Supremo Tribunal Federal tem recebido grande número de recursos que repetem questões já decididas mais de uma centena de vezes. Isso não é racional e não ocorreria se existisse a súmula vinculante. (Velloso,2022)

Nesse mesmo sentido defende Rodolfo de Camargo Mancuso(2010) que “A jurisprudência assentada no Tribunal *ad quem* perderia sentido se não exercesse natural ascendência sobre a instância *a quo*, nada havendo, aí que deslustre a atuação desta última”. Pois ,como se sabe, os graus de jurisdição estão estruturados numa arquitetura

constitucional-piramidal, tendo-se como base os órgãos singulares, na faixa intermediária os colegiados locais e regionais e na e no topo piramidal os Tribunais Superiores ou da Federação, é que torna viável a prefixação de enunciados obrigatórios por estes últimos, porque lhes compete dar a última palavra: Acerca qualquer matéria constitucional (STF) ou infraconstitucional, seja em direito federal comum (STJ) ou especial (TST, STM, TSE). É dessa forma que se encontram os órgãos do Poder Judiciário estatuídos na Constituição da República.

Consoante previsão constitucional, os Tribunais Superiores operam como instância final, seja revisora ou de cassação, logo seria inútil à parte sucumbente proceder à sustentação de tese junto a eles, em sentido adverso dos enunciados assentados com efeito vinculante, assim de forma infrutífera, os Tribunais locais/regionais prolatarem acórdãos divergentes de tal jurisprudência sumulada nos órgãos de cúpula, uma vez que recursos e decisões seriam, respectivamente, rejeitados e reformados.

Compreende-se que a instância judiciária *ad quem* é a maior interessada em prestigiar o seu próprio direito sumular. Todo esse contexto ficou exacerbado com a criação da EC n. 45, de 2004, a qual deu vida à súmula vinculante, ficou instituído em seu texto legal que a decisão que não a aplicar, ou aplicá-la indevidamente, ficará sujeita à reclamação dirigida ao STF que, acolhendo-a, cassará a decisão divergente, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (§ 3º do art. 103-A, CF/88) (Mancuso, 2007, p.125/126).

Nesse contexto, aqueles que são favoráveis à adoção da súmula de efeito vinculante que a veem como um “remédio constitucional” necessário, no sentido de aperfeiçoar e agilizar o Poder Judiciário, quiçá desconheçam os efeitos colaterais e a resistência que possam trazer, notadamente para os juízes de instâncias inferiores. Causa comprometimento a várias garantias e prerrogativas constitucionais no que alude à proteção dos indivíduos em um Estado Democrático de Direito e, ainda, ao poder concedido à própria jurisprudência.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, pp.125/126) preleciona que no entender, no entanto, que a súmula vinculante não mitiga garantias fundamentais, com todas as vênias de estilo, num Estado Democrático de Direito o cidadão tem o direito de participar e fiscalizar toda a tomada de decisão (judicial e administrativa), cujos efeitos serão sofridos por lei (âmbito judicial, legislativo e administrativo).

“Essas premissas paradigmáticas estão inseridas na Constituição da República de 1988, onde os sujeitos são dinâmicos, participantes ativos que influenciam no

procedimento dos atos administrativos, das leis e das decisões judiciais, sendo garantido o contraditório substancial”.(Mancuso, 2007)

O entendimento de Cármen Lúcia Antunes Rocha (2022) é de que o cidadão não terá como participar, direta ou indiretamente, da elaboração da norma contida na súmula, vedando-se marginal do processo de sua formação e positivação e sendo-lhe retirado, assim, um dos direitos fundamentais, qual seja, o poder vir a participar diretamente, inclusive, pela iniciativa popular, do processo de sua elaboração.

Assim, nessa linha de raciocínio, pretende-se apresentar argumentos em defesa da cidadania e da busca pela Justiça, onde é indispensável garantir às partes envolvidas as garantias constitucionais (devido processo legal substantivo).

A súmula com efeito vinculante foi introduzida no sistema jurídico brasileiro com a primazia de evitar a repetição desnecessária de demandas, bem como o dissenso de vários órgãos julgadores em instâncias inferiores, por haver uma decisão pacificadora em Corte Superior no mesmo sentido jurisdicional, não tira das partes processuais o direito de discutir a aplicabilidade ou não desse entendimento e, ao mesmo tempo, por ser a súmula um texto, sempre haverá múltiplas interpretações, haja vista que todo texto é aberto e possibilita várias interpretações, e não sentido unívoco.

De mais a mais, até as leis aprovadas pelo Poder Legislativo, o qual detém competência para inovar no sistema jurídico pátrio, são passíveis de interpretação, de revogação e de controle de constitucionalidade. Portanto, não faz nenhum sentido a súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, na sua essência, não tem legitimidade para legislar.

Além de as leis serem passíveis de interpretação pelo magistrado, podem sofrer controle difuso de constitucionalidade e ser declaradas inconstitucionais e, por consequência, não serem aplicadas no caso concreto. E nesse sentido, aduz Luiz Lenio Streck que

[...]enquanto a súmula vinculante editada pelo Poder judiciário, que não tem competência para legislar, não pode ser interpretada ou declarada inconstitucional, ou seja, atualmente a súmula vinculante possui mais força imperativa do que as leis editadas pelo Poder Legislativo que tem como função típica legislar. [...] com o poder de editar súmulas os Tribunais passaram a ter mais força que o Legislativo. (Streck, 2005)

Na atual sistemática constitucional não pode ser admitido que a Suprema Corte pátria proceda a uma interpretação oficial vinculante, criando barreiras de acesso aos

tribunais, porque até a Constituição da República assegura várias garantias ao destinatário da decisão, como o contraditório e a ampla defesa, juiz natural, entre outros.

Assim sendo, deve-se valorizar o contraditório visando a propiciar maior discussão e participação dos destinatários da decisão na formação das decisões, porque, dessa forma, as decisões serão mais legítimas e democráticas.

O art. 927 do atual Código de Processo Civil estatui que juízes e tribunais “observarão”[...]. Dentre as possibilidades semânticas, vigora na doutrina publicista aquela que enxerga neste enunciado a consubstanciação da vinculação vertical aos precedentes de hierarquia institucional superior, ou seja, os tribunais e juízes de hierarquia institucional inferior estariam obrigados a seguir “as determinações” dos órgãos de revisão (Esse é o entendimento do STF).

Hermes Zaneti Jr obtempra que se trata de um sistema de precedente arquitetado para Cortes Supremas, portanto, o principal ator no sistema de precedentes seriam as Cortes Supremas que determinariam os precedentes que serão aplicados para todos os juízes e tribunais. (Zaneti JR, 2016, p.464) ²⁷⁶

Daniel Francisco Mitidiero (2017),²⁷⁷ contudo aduz que o aludido artigo 927 serve para mostrar que é necessário compreender a administração da Justiça dentro de uma perspectiva demarcada por competências claras a respeito de quem dá a última palavra a respeito do significado do direito no ordenamento jurídico brasileiro.

Com todas as vênias de estilo, sem razão a doutrina acima esposada, porque processo é garantia, sendo o jurisdicionado, este sim, o principal ator e destinatário da prestação jurisdicional. Não se arrazoa que esse detentor de garantia constitucional seja submetido a seguir determinações pré-estabelecidas por poder não legitimado democraticamente, ao menos como função típica, a legislar norma geral e abstrata (teses).

A Constituição Federal de 1988 estabelece ao Poder Judiciário, que compete julgar causas e a este mesmo poder, com a implementação de um sistema de precedentes

²⁷⁶ Nesse sentido: ZANETI JR., Hermes. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo código de processo civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. Revista de Processo | vol. 235/2014 | p. 293 - 349 | Set / 2014DTR\2014\9800; ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 464p.

²⁷⁷ Nesse sentido: MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro. Revista de Processo. Vol. 245. ano 40. p. 333-349. São Paulo: Ed. RT, jul. 2015.; ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015?. Revista de Processo, v. 257, p. 371-388, 2016.; MITIDIERO, Daniel Francisco. Cortes superiores e cortes supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P.174.

pelo CPC/15 de duvidosa constitucionalidade, compete extrair as razões outrora decididas como parâmetros a serem utilizados para causas futuras.

Álvaro Nuñez Vaquero (2016, p.14) pontua que se está diante daquilo que a mais balizada doutrina estrangeira denomina de precedentes por previsão normativa explícita, em que o ordenamento jurídico possui regra que prevê comando normativo que explicitamente formula uma regra de *stare decisis*, válida nos países de cultura *common law*.

Cross, Rupert; Harris, J. W aduzem que, sem maiores problemas conceituais, pode-se sim categorizar o “sistema de precedentes à brasileira” nesse conceito, desde que para, além do formato mimético estrutural, possa-se compreender a funcionalidade deste dentro do parâmetro possível, qual seja, o sistema inglês, assim, os juízes devem atentar à importância de outorgar a maior atenção possível aos fatos que serviram de fundamento aos precedentes-passados invocados, uma vez que se encontra na raiz dessa doutrina que os casos similares devem ser decididos de maneira similar. (Cross, Rupert; Harris, J.W,2012.p.6)

Isso é um alerta necessário para que a teoria do Direito brasileiro não se perpetue “numa perene mutação híbrida dada pela servidão voluntária”, nos moldes de *La Boétie*²⁷⁸, a um sincretismo metodológico cego, surdo e mudo, algo como liquidificar Alexy à brasileira.²⁷⁹(489, § 2º do CPC/15) e Dworkin (926 do CPC/15).

Desse modo, é pertinente assinalar em especial ênfase que os exames dos fatos que deram origem ao caso-passado necessariamente devem ser observados, na medida que ignorados,²⁸⁰ podem na discussão da *ratio decidendi* de um caso-presente terminar pouco ajustados à realidade.(Cross, Rupert; Harris, J. W,2012)²⁸¹

De forma crítica, Álvaro Núñez Vaquero sustenta que, *in verbis*:

²⁷⁸ O Discurso da Servidão Voluntária, escrito em 1548 quando La Boétie tinha 18 anos, é uma crítica à legitimidade dos governantes, chamados por ele de “tiranos”.^[10] La Boétie explica de que maneira os povos podem se submeter voluntariamente ao governo de um só homem: em primeiro lugar, pelo hábito, uma vez que quem está acostumado à servidão tende a não questioná-la. (Etienne de La Boétie, Discurso Sobre a Servidão Voluntária, páginas 12 e 13, Tradução para o Português: Cultura Brasil, LCC – verão de 2004).

²⁷⁹ A expressão Alexy à brasileira deriva da difundida distorção que parcela representativa da doutrina brasileira fez da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy dando cria à possibilidade da ponderação de regras. Sobre os riscos da ponderação à brasileira conferir: ROSSI, Júlio César; ABOUD, Georges. Riscos da ponderação à brasileira. Revista de Processo, v. 269, p. 109-138, 2017.; No trabalho original de Robert Alexy conferir: ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo:

²⁸⁰ Para um aprofundamento sobre a fundamentação da decisão judicial no CPC/15 conferir: CRUZ, Danilo Nascimento. Em busca da fundamentação perdida. Revista Jurídica Empório do Direito. ISSN: 2446-7405. Florianópolis, SC, 2018. Disponível em: Acesso em: 31 ago. 2018.

²⁸¹ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. El precedente en el derecho inglés. Madrid, ES: Marcial Pons. 2012. p. 69.

Mis conclusiones no son, en este sentido, de rechazo a la regla *del stare decisis*. Se ha mostrado con claridad que seguir el precedente es cualquier cosa menos una actividad mecánica. Por el contrario, implica múltiples decisiones basadas en última instancia en consideraciones de carácter no técnico o no descriptivo. En este sentido, es importante señalar que si lo que se pretende es reducir la discrecionalidad judicial al mínimo, la regla del precedente no es precisamente un óptimo como mecanismo. Antes bien, en lugar de eliminar la discrecionalidad judicial, lo que hace es transformarla, convirtiendo tal discrecionalidad en un amplio margen de apreciación acerca de la propia regla del *stare decisis* y de la conveniencia o no de seguir la misma *ratio decidendi*[...]. (Vaquero, 2016, p. 154)²⁸²

No que alude à suposta inconstitucionalidade deste “sistema de precedentes à brasileira” é mister proceder a algumas considerações. Porque pela topografia constitucional compete ao Poder Judiciário cumprir o ordenamento jurídico, qual seja, a Constituição e as leis não cabendo ao magistrado tomar parte em atividades jurisdicionais em que deve interpretar a norma de forma construtiva²⁸³ para concretude da atividade judicante.

Em hipótese alguma se está a defender a atuação do magistrado de forma meramente silogística ou mesmo subsuntiva, o que se mostraria irresponsável e de reducionismo filosófico. Ao contrário, defende-se que ao magistrado seja permitido a responsável atividade hermenêutica vinculada aos limites semânticos, propedêuticos e metodológicos típicos da tradição do Direito, no sistema *civil law*²⁸⁴ bem como a

²⁸² Tradução livre do autor; Minhas conclusões não são, nesse sentido, uma rejeição da regra do *stare decisis*. Ficou claramente demonstrado que seguir o precedente é tudo menos uma atividade mecânica. Em vez disso, envolve múltiplas decisões baseadas em considerações não técnicas ou não descritivas. Nesse sentido, é importante destacar que, se o que se pretende é reduzir ao mínimo a discricionariedade judicial, a regra do precedente não é exatamente um mecanismo ótimo. Ao invés de eliminar a discricionariedade judicial, o que ela faz é transformá-la, convertendo-a em ampla margem de apreciação quanto à própria regra do *stare decisis* e à conveniência ou não de seguir a mesma *ratio decidendi*. (VAQUERO, Álvaro Núñez. Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del *stare decisis*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 39 (2016) ISSN: 0214- 8676 p. 154).

²⁸³ Defendendo o aspecto criativo: MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. 2ª ed. Salvador, BA: JusPodivm. 2017. pp. 194-195.

²⁸⁴ “[...] a tradição sempre é um momento da liberdade e da própria história. Também a tradição mais autêntica e venerável não se realiza naturalmente, em virtude da capacidade de permanência daquilo que, singularmente está aí, mas necessita ser afirmada, assumida e cultivada. A tradição é essencialmente conservação e com tal sempre está atuante nas mudanças históricas [...] A investigação espiritual-científica não pode ver-se a si própria em oposição pura e simples ao modo como nos comportamos com respeito ao passado na nossa qualidade de entes históricos. No nosso comportamento com relação ao passado, que constantemente estamos confirmando, o que está em questão realmente não é o distanciamento nem a liberdade com relação ao transmitido. Antes, encontramos-nos sempre em tradições, e esse nosso estar dentro delas não é um comportamento objetivador, de tal modo que o que diz a tradição fosse pensado como estranho ou alheio – isso já é sempre algo próprio, exemplar e intimidante, um reconhecer-se, no qual, para nosso juízo histórico posterior, quase já não se divisa conhecimento, porém a mais singela e inocente transformação da tradição.” In: GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2015. p. 373 passim 374.

estrutura normativa (programa da norma e âmbito da norma).²⁸⁵Especificamente acerca do art. 927 do CPC/15 far-se-ão algumas reflexões.

Teses enunciativas não são precedentes,²⁸⁶logo não vislumbra possível o argumento que “precedentes(entenda-se súmulas vinculantes) são normas gerais e concretas”.(Zaneti JR, 2016, p.2.976)²⁸⁷ Vê-se que a controvérsia não se resolve por este prisma, que “não estrutura uma fundamentação própria, contudo tenta rebater a pertinência da crítica que afirma a ilegítima atividade legiferante por parte do Poder Judiciário”.

Ora, se o precedente não nasce precedente mas forma-se precedente dentro de sua historicidade, eis *a ratio essendi da quaestio iuris*, o intrincamento funda-se no polo generalidade-individualidade, ou seja, a partir da *ratio decidendi* extraída do caso pretérito para aplicação concreta/individual no caso recente em julgamento. (Zaneti JR.,2016)

Para Nelson; Nery Jr., Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade alegam que, com exceção das súmulas vinculantes do STF não se cogita a mínima constitucionalidade e vinculatividade aos enunciados de súmula do STJ em matéria infraconstitucional bem como na orientação do plenário ou órgão especial aos quais juízes e tribunais estejam vinculados, uma vez que não há autorização constitucional para tanto.(Nery JR., Nery, 2016)

Segundo Nelson; Nery Jr., Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade (2016) Só há uma possibilidade de validade constitucional do art. 927 do CPC/15 no ordenamento jurídico brasileiro , qual seja, por meio da declaração parcial de nulidade sem redução de texto para declarar vinculante apenas os incisos I e II do art. 927 e de efeito meramente persuasivo as orientações jurisprudenciais dos incisos III, IV e V do aludido artigo.

2.2 A impropriedade na utilização das súmulas

As súmulas – sejam elas vinculantes ou persuasivas - são postas como espécie de “legislação “no *site* do Supremo Tribunal Federal. Para analisar como a utilização das

²⁸⁵ Nesse sentido: MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2.ed. São Paulo: RT, 2009, p.11.

²⁸⁶ Emprega-se o termo precedentes neste capítulo se referindo-se à súmula com efeito vinculante, haja vista os preceptivos insertos no art. 926 do CPC não fazerem diferença entre precedentes e súmulas vinculantes.

²⁸⁷ Defendendo que teses são normas gerais e concretas: ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 368.

súmulas é prejudicial à correta aplicação dos precedentes judiciais, analisar-se-á a aplicação da súmula n. 279 do STF, que dispõe, *in verbis* :

Súmula 279 PARA SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO CABE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 13/12/1963 Fonte de Publicação: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 127. Referência Legislativa: Constituição Federal de 1946, art. 101, III. Lei 3396/1958, art. 7º. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1940, art. 190, § 1º, "a"; art. 193. Precedentes: AI 29710: PUBLICAÇÃO: DJ DE 17/12/1963 CT 3713: PUBLICAÇÕES: DJ DE 9/4/1924 RSTF 71/77 Indexação: DESCABIMENTO, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, REEXAME, PROVA JUDICIAL.

Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave (2013), em pesquisa feita no *site* do STF,²⁸⁸ concluiu que a aludida Súmula n. 279 foi utilizada como fundamento de 8.550 acórdãos, 27.726 decisões monocráticas, 15 decisões da Presidência e em 29 documentos de Repercussão Geral. Nessa perspectiva, salienta-se, por oportuno, que os precedentes invocados para a elaboração da súmula (um AI de 1963 e uma Carta Testemunhável de 1924) tratam da impossibilidade de interposição de extraordinário quando o objeto do recurso for unicamente o reexame de provas. Em síntese é o que alega a autora supracitada. (Presgrave, 2013)

Aduz ainda a mencionada autora que a utilização dos enunciados, fora do seu contexto em que foram pensados, por consequência gera conflitos e desrespeito aos próprios enunciados. Por sua vez, a utilização das ementas para se referenciar a uma decisão anterior, da mesma forma, também gera conflitos por descontextualizar a solução da controvérsia que estabeleceu o precedente, e termina por ensejar a má utilização das decisões anteriores.

E alerta ainda que no Brasil foi institucionalizada uma prática que não é adequada à utilização da sistemática dos precedentes, que é a transformação de tudo em enunciado ou ementa. (Resumo de decisão). Isso é ruim porque, entre outras coisas, ignora a dialeticidade social e processual.

Concorda-se com o escólio da autora citada em linhas precedentes, notadamente quando aduz que “no Brasil foi institucionalizada uma prática que não é adequada à

²⁸⁸ Cf. www.stf.jus.br, consultado em 12 de agosto de 2022.

utilização da sistemática dos precedentes, que é a transformação de tudo em enunciado ou ementa”.

O efeito vinculante da súmula em perspectiva subtrai dos magistrados a função constitucional que lhe foi atribuída pelo poder constituinte originário de 1988: que de autor, uma vez segundo Foucault, “dá à inquietante linguagem da ficção suas unidades, seus nós de coerência, sua inserção no real”.(Foucault,1996,p.26)”Até porque a lei é abstração que se materializa na sua aplicação a cada caso concreto.

E mais, a Súmula com efeito vinculante se tornaria um empecilho para a jurisprudência, uma vez que esta, em princípio, não renova, dessa forma cristaliza o Direito, o que é inaceitável para uma ciência tão dialética que é o Direito, o qual deve estar sempre em consonância com as transformações sociais”.

Thomas Lundmark (2003) Acredita, contudo, que essa prática tem serventia, pois facilita o acesso às decisões, ou seja, como forma de índice – “como o é, por exemplo, na Alemanha, em que as decisões são “resumidas” em ementas apenas para facilitar a consulta.” E acrescenta, *in verbis* :

[...] a “institucionalização dos resumos”, transformando todas as circunstâncias que levaram a uma determinada conclusão em súmulas, enunciados ou ementas, causa a institucionalização também da descontextualização dos princípios obtidos de maneira indutiva nos julgamentos anteriores, prejudicando sobremaneira a adequada utilização dos precedentes, de sorte a manter a coerência, previsibilidade e segurança jurídica. (Lundmark, 2003)

Ainda não há consenso sobre a natureza jurídica da súmula vinculante(Leal, 2022),²⁸⁹embora muitos afirmem se tratar de “Espécie Normativa nova, com particularidades que a singularizam diante das demais fontes admitidas em nosso sistema” (Nobre JR.,2008,p.27), norma com “função paralegislativa [...]força de verdadeiras leis de interpretação” (Ferreira Filho, 2009, p. 268).

Para Glauco Salomão Leite (2007, p.106) é “meio de vinculação de decisão de controle difuso de constitucionalidade, com o objetivo de superar as discrepâncias interpretativas”. O autor mencionado defende que as súmulas vinculantes se enquadram no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, e estabelecem uma ponte entre o modelo difuso concreto e o concentrado-abstrato, razão pela qual estão em sintonia com a função

²⁸⁹ Súmula vinculante serve para impedir os abusos da advocacia” – palavras da Ministra Carmen Lúcia, proferidas durante seminário promovido pelo Instituto Victor Nunes Leal sobre Súmula Vinculante e Segurança Jurídica em 2010. Disponível em www.ivnl.com.br. Consultado em 28 de janeiro de 2022.

que o Supremo Tribunal Federal desempenha como intérprete último do texto constitucional.

André Ramos Tavares, por sua vez, destaca que, *in verbis*:

A súmula vinculante do STF, na medida em que constitui um enunciado geral, abstrato, impessoal e obrigatório, participa da mesma natureza jurídica da norma legal, ficando a esta praticamente equiparada, e, como tal, em princípio, sujeita à ‘interpretação’, mas observadas as limitações [...] expostas.” (Tavares, 2007, p. 263).

José de Albuquerque Rocha sustenta que

As súmulas vinculantes são meta normas em relação às normas legislativas (leis), pois diz em que sentido as últimas devem ser entendidas, o que lhes confere hierarquia superior às leis, vez que quem atribui significado aos textos legislativos tem mais poder do que quem formula referido texto. (Rocha, 2009, p.60)

Gilberto Schäfer (2012, p.30), em síntese, obtempera que “as Súmulas Vinculantes são texto, e que a interpretação a transforma em Norma”. Para Estêvão Mallet, por sua vez, defende que “a súmula vinculante representou o ressuscitar dos assentos da Casa de Suplicação do direito português, previsto no Livro III, Título LVIII, §1º das Ordenações Manuelinas”. (Mallet, 2005, p. 134).

Acerca do tema em apreço, Patrícia Perrone Campos Mello (Mello, 2008) entende que a súmula vinculante é “instrumento de consolidação do teor dos precedentes, dotado de eficácia normativa” (Mello, 2008: 104). Didier Jr., Braga e Oliveira (2013, v II: 443) aduzem que súmula vinculante “vincula pela *ratio decidendi* dos precedentes que a geraram”.

Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 491), por seu turno, entende que a súmula somente terá lugar quando a *ratio decidendi* dos precedentes não for facilmente decifrável, configurando-se forma de aclaramento da *ratio* dos precedentes da Suprema Corte. Na comparação com outros institutos, a primeira relação que se faz necessária é com o *stare decisis* do sistema jurídico do *common law*.

Como é de sabença de todos, a doutrina do *stare decisis* determina a vinculação das cortes inferiores às razões determinantes do julgamento (*ratio decidendi/holding*), sendo a vinculação decorrência *incontinenti* e direta do próprio julgamento, não se faz mister qualquer manifestação expressa neste sentido.

Gilberto Schäfer (2012, p.35) assevera que a doutrina evidencia que não há autonomia normativa do Supremo Tribunal Federal, por consequência o enunciado da súmula vinculante “possui um papel dependente a um texto de lei”. Para Teresa Arruda

Alvim Wambier (2012) “a inovação no Direito é exclusividade da lei, sendo ao Poder judiciário vedado inovar”.

Maria Berenice Dias entende, entretanto, que o surgimento de novos paradigmas faz com que haja a necessidade de rever os modelos preexistentes (dogmáticas jurídicas), buscando-se a premissa da liberdade e da igualdade.

E continua a mesma autora ao afirmar que

Esses princípios estão assentados no reconhecimento da existência do direito à diferença, o que torna imperioso pensar e repensar a relação entre o justo e o legal. Essa sensibilidade deve ter o magistrado. Necessita assegurar a plenitude dos direitos humanos, tanto subjetiva como objetivamente, tanto individual como socialmente.(Dias, 2008)

Já para Mariana Bigelli de Carvalho Martins, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldes Ferreira asseveram que,

[...] essa questão da proibição da inovação judicial já foi objeto de críticas na Alemanha, por aqueles que veem na técnica da interpretação conforme uma considerada atividade criativa, configurando “uma forma dissimulada de legislação judicial ((Martins; Castro; Ferreira, 2005) .

Leon Rogério Gonçalves de Carvalho (2010) defende que as súmulas vinculantes em espécie normativa diferenciada, porém há quem veja na elaboração das súmulas vinculantes atividade criativa limitada às controvérsias subjacentes à sua edição, sendo qualquer extrapolação destes limites “indevida ingerência no espaço da reserva legal, própria da atividade exercida pelo Poder Legislativo”.

Não é a “súmula vinculante” uma resposta eficaz socialmente para denominada “crise (do excesso de serviço) do Poder Judiciário” para os brasileiros, mas uma amputação de possibilidades judiciais, que se deve voltar, direta e objetivamente ao próprio Poder do Estado.

De acordo com Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, várias são as críticas apontadas à criação e à eficácia do instituto da súmula vinculante:

[...] pode uma Súmula pretender, ou efetivamente, vincular aos demais juízes e Tribunais do país? Haverá mesmo “casos idênticos”, isto é, que se amoldam tão perfeitamente à hipótese pressuposta no enunciado da Súmula que obriguem um juiz a simplesmente aplicar, sem mais, a Súmula? Se uma Súmula é um “texto”, como são as leis, e, portanto, geral e abstrata, isso não faria com que a mesma padecesse dos mesmos problemas que esta? Problemas no seguinte sentido: diversidade de interpretação que gera diversidade de aplicação; ou será que uma Súmula Vinculante é mais “vinculante” do que uma lei aprovada pelo Poder Legislativo? Enfim, em que medida algo como uma Súmula

Vinculante pode resolver (ou “atenuar”) a chamada “Crise do Judiciário”. (Bahia, 2005, p. p. 665-671)

É indiscutível que todo processo judicial deva ser realizado com eficácia, presteza e dentro de uma duração razoável, de forma que progrida e termine no menor espaço de tempo possível. É importante que o cidadão obtenha a decisão justa o quanto antes, evitando descréditos e a impressão de impunidade, que hoje vige na concepção da grande parte da sociedade.

Esse é o entendimento de Cármen Lúcia Antunes Rocha. Veja-se:

O cidadão não terá como participar, direta ou indiretamente, da elaboração da norma contida na súmula, vedando-se marginal do processo de sua formação e positivação e sendo-lhe retirado, assim, um dos direitos fundamentais, qual seja, o poder vir a participar diretamente, inclusive, pela iniciativa popular, do processo de sua elaboração. (Rocha, 2020)

Em um Estado Democrático, os cidadãos não ficam à margem do processo, tendo em vista que estes participam em todas as etapas do procedimento e do processo. O juiz e as partes estão em pé de igualdade para a construção da sentença, sendo este um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito.

Nesse passo, corrobora o mestre Aroldo Plínio Gonçalves ao afirmar que

O contraditório não é apenas a participação dos sujeitos do processo. Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige e as partes. O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença. (Gonçalves, 1992)

O Processo com fulcro na Constituição tem como objetivo a proteção dos princípios inseridos no Texto Constitucional, notadamente os princípios do contraditório e da ampla defesa conferidos aos litigantes, para recorrer das decisões proferidas pelo juiz de Direito, cuja finalidade é estruturar o ordenamento jurídico.

O processo jurisdicional realiza em contraditório entre as partes para a formação do processo e tem como objetivo principal as atividades preparatórias da sentença. Porque quando o contraditório está presente, o processo não pode ser considerado uma estrutura inócua, porque na sentença ou no acórdão é discutido o jogo dos interesses divergentes o qual “se torna real ou não, que as partes expõem os direitos materiais e afirmam ter, e que se contrapõem nas afirmações dos direitos materiais que mutuamente são negados”.(Oliveira,2022)

A própria Constituição da República estabelece que a função típica do Poder judiciário é julgar (atividade jurisdicional) e não de criar normas, muito menos sem a participação do cidadão. Logo a adoção da súmula vinculante fere claramente a separação das funções (dos poderes), não podendo este ser abolido ou suprimido, por se tratar de uma cláusula pétrea, consoante anunciam os preceptivos legais insertos no art. 60, § 4º, inciso III da Constituição da República de 1988.

6.3 A súmula vinculante e o princípio da persuasão racional dos magistrados

Insta destacar que a Súmula em comento vai de encontro com o princípio da persuasão racional dos magistrados e a simétrica paridade para construção da decisão que é assegurada aos destinatários da decisão, sendo que, com a adoção da Súmula Vinculante, os magistrados tornam-se meros repetidores de decisões. Portanto, o efeito vinculante prejudicaria incidentalmente o poder que a hermenêutica jurídica tem em amoldar as leis aos casos concretos.

Também com os efeitos em comento o Poder Judiciário está subestimando o poder que a sociedade tem em evoluir, onde é indispensável amoldar as leis de acordo com os valores sociais no momento da aplicação da lei.

Os magistrados ao estarem vinculados às regras normativas das súmulas, tornam-se realizadores de sentenças mecânicas e autômatas e, dessa foram, retira dos destinatários da sentença a plena participação em sua construção e de influenciar na decisão.

Assim, os magistrados se tornam submissos, não podendo se valer da hermenêutica para dirimirem os casos concretos. Esse é o entendimento de Gabriela Soares Balestero, *in verbis*:

As Súmulas Vinculantes são retrato da tentativa do Poder Judiciário em criar o direito, legislar e congelar a interpretação, adentrando, assim, no papel do legislativo, na tentativa de propiciar uma prestação jurisdicional mais célere. Contudo, tal celeridade trazida pela reforma do judiciário pode ocasionar consequências graves como a insegurança jurídica e a imposição vinculante de fundamentação das decisões judiciais pelos tribunais superiores, inibindo a possibilidade do magistrado e dos interessados em construir uma decisão judicial pautada na participação democrática de todos os interessados e mais adequada constitucionalmente e justa para o caso. (Balestero, 2011, p. 99)

Dessa forma, o efeito vinculante imprime a diminuição ou retração da independência dos juízes, os quais não julgarão mais levando-se em consideração a

persuasão racional. A Súmula invade o próprio universo da motivação da sentença, tornando os juízes meros aplicadores de normas jurídicas.

A adoção da súmula vinculante inviabiliza, ainda, o direito de reapreciação, pela instância superior, de sentença de primeiro grau que contraria dispositivo constitucional, haja vista que a Constituição da República estatui em comando normativo inserto no art. 5º, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”.

Segundo José Anchieta Silva, deve-se observar ao adotar a Súmula vinculante é que:

[...] de suas entranhas o que brotará haverá de ser um espantoso engessamento de todo o Poder Judiciário, o que se vitimaria, a partir de então, de magistrados togados e despojados de liberdade criativa, de consciência crítica e de sua vontade própria para decidir um razoável número de processos e de questões que lhes serão submetidas. (Silva, 1998)

Nas produções legislativas muitas vezes há termos confusos, dúbios e complexos e, por esse motivo, necessitam sempre de interpretação, com exceção daquelas cujo sentido se encerra em si mesma (sentido unívoco).²⁹⁰ Assim, cabe ao magistrado a missão de adequar, dentro das possibilidades interpretativas, a lei em análise aos ditames maiores do Direito, como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A lei seria esse primeiro discurso, que consiste, segundo Foucault, em:

[...] discursos que estão na origem de certo número de atos novos de fala que os retomam, os transformam ou falam deles, ou seja, discursos que, indefinidamente, para além de sua formulação, são ditos, permanecem ditos e estão ainda por dizer (Foucault, 1996, p.22).

Pelo foi aquilatado, a adoção da súmula de efeito vinculante, o magistrado se tornou um mero repetidor de questões já sumuladas em decisões da Suprema Corte. Isso é inaceitável se considerar que a lei, porque por mais clara que seja, toda lei é passível de interpretação para uma adequada aplicação a um caso concreto. Segundo Lenio Luiz Streck (1996, p. 26) “a Súmula não soluciona um litígio, mas, sim, o juiz, o intérprete, que faz uma fusão de horizontes para dirimir o conflito”.

O efeito vinculante tem por consectário não permitir que o juiz proceda à adaptação do Direito à evolução natural da vida social, com todas as complexidades

²⁹⁰ Sentido unívoco é aquele que só admite um sentido, o qual foi empregado quando da produção das normas (leis), por exemplo, os artigos 155 e 157 do Código Penal. Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel ; Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência. Vê-se que nessas hipóteses se tratam de furto (art. 155) e roubo (art. 157)

sociais decorrentes da vida social. Diante do exposto, a súmula vinculante não encontra respaldo no Estado Democrático de Direito, estabelecido pela Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, o que reatualiza o texto, considerado como sendo a lei, é justamente algo de novo que ele traz consigo. O Direito e a sua manifestação por meio da lei se renovam e se reciclam recíproca e permanentemente. “O novo não está no que é dito, mas no acontecimento de sua volta”. (Foucault, 1996, p. 26.)

Para Miclel Foucault (1996) o efeito vinculante retira dos magistrados o papel que lhe foi atribuído pelo próprio Poder Constituinte Originário de 1988: o papel de autor, não no sentido daquele que cria o Direito, mas aquele que, segundo Foucault, “dá à inquietante linguagem da ficção suas unidades, seus nós de coerência e sua inserção no real”.

A lei, em suma, é abstrata e genérica que só se materializa quando da sua aplicação a cada caso concreto. Nesse raciocínio, a súmula com efeito vinculante se torna um entrave para a jurisprudência, porque não se renova, como regra, logo cristaliza o Direito, o que é inaceitável para uma ciência social, dinâmica, dialética, a qual deve estar sempre em consonância com as transformações sociais, visto que os seres humanos são complexos, históricos, éticos, datados de mil e um qualificativos benéficos e maléficos. Portanto, “rejeitar a temporalidade e historicidade do ser humano é sequestrar a ação do tempo e da história”.

Nessa corrente contrária a adoção da Súmula de efeito vinculante, aduzindo inúmeras disparidades e incompatibilidades no que se refere à sistemática do Estado Democrático de Direito, consoante descrito em linhas pretéritas, encontram guarida no escólio de Dalmo Dallari, Fabio Konder Comparato, Carmem Lúcia Rocha e Lenio Luiz Streck, Luiz Flávio Gomes, Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, dentre outros.

Diante dessas premissas jurídicas, todo magistrado goza de garantias constitucionais como a liberdade de exercício de suas funções, não podendo vincular suas decisões a um efeito da súmula vinculante. Assim, o efeito em comento retira a capacidade de as partes destinatárias da decisão em discutir os fatos, objeto do litígio.

De mais a mais, os casos podem ser semelhantes, análogos, entretanto, distintos, meritoriamente. Portanto, o poder da hermenêutica é comprometido, porque os tribunais superiores, além de tornarem legisladores ordinários, estão mitigando os princípios norteadores da independência dos magistrados, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia das partes envolvidas. Portanto, em observância aos referidos princípios, o

magistrado deve decidir em regime de liberdade, caso contrário perde o poder de persuasão racional previsto no sistema constitucional.

É salutar enfatizar que a súmula vinculante assim, como outros mecanismos positivados pela Emenda Constitucional n. 45, não é a solução eficaz para resolver a “Crise do Poder Judiciário”, segundo, Carlos Mário da Silva Velloso, hoje ministro aposentado do STF, aduz que, *ipsis litteris* :

A mencionada Emenda Constitucional n. 45, entretanto, muito pouco contribuirá para afastar o verdadeiro problema da Justiça brasileira, que é a lentidão, a demora na prestação jurisdicional, o que foi recomendado por ela própria [...]. (Velloso, 2005, pp.17 a 39, p.17)

Descortinados esses esclarecimentos preambulares de cunho jusnormativo, pode-se obter que a liberdade hermenêutica do julgador está sendo tolhida, por consequência mitigando o devido processo legal senão se observar a distinção e a superação, indo de encontro com a sistemática processual, qual seja, estão cerceando o julgador de lançar mão de todos os métodos hermenêuticos necessários a aplicação do Direito quando das soluções das lides. A jurisprudência deve avaliar o trabalho de interpretação do magistrado, não o vincular a um entendimento de determinado tribunal.

Por arremate, conclui-se que ao adotarem os efeitos da súmula vinculante, os magistrados de instâncias inferiores estão impedidos de interpretar os casos concretos, objeto das lides, ou seja, haverá um engessamento do Poder Judiciário e a consequente obstacularização da evolução do Direito, uma vez que esta se dá com a discussão e a revisão dos comandos normativos, sendo necessário adequá-los de acordo com a evolução do Direito e da sociedade.

6.4 A súmula vinculante e sua incompatibilidade com as garantias dos direitos Fundamentais

Os efeitos da súmula vinculante lesam os princípios da ampla defesa, do contraditório, da isonomia, bem como a “Tripartição dos Poderes”, inseridos no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Constituição da República de 1988. Em um Estado Democrático de Direito, os cidadãos não ficam à margem do processo, tendo em vista que estes participam em todas as etapas do procedimento, conforme já aduzido em linhas volvidas. O juiz e as partes estão em pé de igualdade para a construção da sentença, principalmente, considerando-se os preceptivos legais do atual CPC.

Nesse passo, pontua Aroldo Plínio Gonçalves que, *in verbis*:

O contraditório não é apenas a participação dos sujeitos do processo. Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige e as partes. O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença. (Gonçalves,1992, p.120)

Com precisão, leciona José Alfredo de Oliveira Baracho que a exigência do Processo Constitucional surge como elemento da estrutura de um ordenamento jurídico complexo, no qual é indispensável o constante controle da conformidade da norma ordinária com a Constituição da República. (Baracho,2005, p. 233)

O processo jurisdicional, como procedimento que se realiza em contraditório entre as partes para a formação do processo jurisdicional, tem como objetivo principal as atividades preparatórias da sentença. Assim, quando o contraditório está presente, de forma substancial, o processo não pode ser considerado uma estrutura meramente formal e vazia.

Na sentença é discutido que o jogo dos interesses divergentes se torna real, que as partes expõem os direitos materiais que afirmam ter, e que se contrapõem nas afirmações dos direitos materiais que mutuamente são negados ou reconhecidos, sempre havendo a possibilidade de transação, quando se tratar de processo civil.

A celeridade e a tempestividade processuais previstas no art. 5º inciso LXXVII da Lei Maior não podem prevalecer sobre os outros Direitos Fundamentais, quais sejam, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, haja vista que esses requisitos são indispensáveis aos destinatários da prestação jurisdicional. Esse é o entendimento de Ronaldo Bretas Carvalho Dias:

[...] é importante ressaltar que a exigência constitucional de se obter a prestação da atividade jurisdicional em tempo útil ou prazo razoável, o que significa adequação temporal da jurisdição, mediante processo sem dilações indevidas, não permite impingir o estado ao povo a aceleração dos procedimentos pela diminuição das demais garantias processuais constitucionais, por exemplo, suprimir o contraditório, proibir a presença do advogado no processo, eliminar o duplo grau de jurisdição, abolir a instrumentalidade das formas, restringir o direito das partes à produção de provas lícitas ou dispensar o órgão jurisdicional de fundamentar racionalmente suas decisões. A restrição de qualquer dessas garantias processuais constitucionais [...] revela-se inconstitucional e antidemocrática,[...] deslavada e grosseira agressão ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito.(Dias, 2005, p. 233)

As súmulas vinculantes tornam o sistema jurídico fechado (pensamento matemático) e autorreferencial, que diuturnamente se agrava, haja vista o poder de aprovação, revisão e cancelamento das súmulas está monopolizado nas mãos só Supremo

Tribunal Federal com a exigência adicional de quórum qualificado de dois terços dos ministros da mencionada corte, que inclusive pode editar a aludida súmula de ofício ou por provocação, como já dito.

A concentração do poder na cúpula do Poder Judiciário configura, em tese, um “autoritarismo legal e constitucional”, por conseqüência incompatível com o regime de democracia deliberativa, o qual o Brasil adota.

6.5 A adoção da súmula vinculante e o princípio da legitimidade democrática

Sabe-se que a Constituição da República de 1988 estatui de forma decisiva a independência entre as Funções do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário, consoante se depreende da norma inserta no art. 2º da CF/88. Assim, o Poder Judiciário faz lei individual para um caso específico, quando julga e decide prolatando uma sentença, logo é um legislador negativo.²⁹¹ Já uma das funções constitucionais do Poder Legislativo é editar as normas de caráter geral e abstrato, com alcance para toda a coletividade e não individual, pois se assim fizer, certamente invade a esfera do Poder Judiciário.

Segundo Hans Kelsen (2006, p.135), o Tribunal Constitucional não pode ser visto como um mero guardião da Constituição, porque cabe primordialmente a ele um assíduo e efetivo papel de "legislador negativo", uma vez que não dispõe da competência de editar leis, mas apenas de afastar ou restringir a aplicabilidade de determinadas normas que venham a violar dispositivos na Constituição, retirando-as do ordenamento jurídico pátrio.

A atuação do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” é responsável para proceder à análise minudente das leis em relação à Constituição – função de guardião da Constituição - garantidor da efetividade dos preceitos constitucionais. O desempenho dessas funções é típico exercício do Estado Democrático de Direito, manifestada pelo princípio dos freios e contrapesos. (Azulay, 2022)

O Poder Judiciário, o Poder Executivo e o poder Legislativo são independentes e harmônicos, uma vez que no exercício de suas funções típicas não necessitam de

²⁹¹ Pode o Supremo Tribunal Federal, como legislador negativo, negar aplicação à lei inconstitucional, entretanto jamais criar direito novo, como legislador positivo, em países presidencialistas, é o caso do Brasil, à luz de interpretação raramente usada em países parlamentaristas, onde não há nítida separação de poderes. (Cf. BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 44, p. 189-2020, 2014.)

consentimento ou mesmo autorização, sendo sempre livres para organizarem a prestação de seus serviços, devendo apenas submeter-se às normas constitucionais e à legislação infraconstitucional.

A súmula vinculante, *prima facie*, lesa o princípio da separação das funções e a legitimidade democrática, porque somente o Poder Legislativo tem legitimidade para inovar o sistema jurídico, salvo as hipóteses da Medida Provisória²⁹². Os três poderes são harmônicos e independentes e nesse sentido é o posicionamento de Carlos Mário Velloso, acerca do princípio da separação das funções e do sistema de freios e contrapesos.

Carlos Mário da Silva Velloso (2004, p.15) explica que no presidencialismo, as funções estatais – legislativa, administrativa e jurisdicional – são exercidas por órgãos distintos e independentes, mas harmônicos entre si, é o que prevê o art. 2º. da Constituição Federal de 1988.

Essa harmonia por meio da prática a doutrina norte-americanos de *checks and balances*(freios e contrapesos) doutrina que institui colaboração entre poderes e da qual resulta uma fiscalização mútua, para o fim de realizar justamente aquilo que Montesquieu(1998) denominou de limitação do poder pelo poder. Trata-se da doutrina dos freios e contrapesos, que a Constituição da República brasileira realiza o controle do Poder Judiciário, contudo violar as garantias constitucionais concedidas a esse Poder é inconstitucional .(Velloso, 2004)

No mesmo sentido corrobora Luiz Flávio Gomes ao afirmar que, *in verbis*:

As súmulas vinculantes conflitam com o princípio da separação dos Poderes (art. 2º e art. 60, § 4º, inc. III), visto que o Judiciário não pode ditar regras gerais e abstratas, com validade universal (*non exemplis sed legibus judicatum est*), falta-lhe legitimação democrática para isso. (Gomes, 2016)

Manoel Gonçalves Ferreira Filho anuncia que a divisão das funções

[...] consiste em dividir o exercício do poder político entre vários órgãos diferentes e independentes, por meio de um critério variável, seja funcional ou geográfico, de modo que órgão algum isolado possa agir sem ser freado pelos demais. É, pois, essa divisão que impede o arbítrio

²⁹²Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (CF/88). A partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 425/TO, em 2002, o tema ganhou um caminho linear, em que doutrina e jurisprudência passaram a convergir no sentido da possibilidade de edição de medidas provisórias por governadores e por prefeitos municipais. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal observa que é aplicável aos estados-membros o processo legislativo previsto na Constituição Federal, desde que atendidas determinadas circunstâncias. Logo podem editar medida provisória a União, os estados-membros e os municípios, desde que atendidos todos os pressupostos objetivos à luz do entendimento do STF.

ou ao menos o dificulta, sendo esses poderes independentes e harmônicos. (Ferreira Filho, 2003, p.132)

Obtempera Cármen Lúcia Antunes Rocha, que o advento da súmula vinculante no ordenamento jurídico, com a pretensão de dar celeridade à prestação jurisdicional entra em colidência com as garantias fundamentais como o princípio da legitimidade democrática, veja-se, *in verbis*:

A adoção da “súmula vinculante” rompe tradição constitucional republicana brasileira, princípios constitucionais atuais brasileiros, tolhe direitos dos cidadãos, compromete o *princípio da legitimidade democrática* e o princípio da separação dos poderes, segundo o modelo adotado na Lei Fundamental da República, afronta o princípio da independência do juiz, sem o qual o direito fundamental à jurisdição vê-se restringido e não é dado como certo para correção de rumos na eficiente e tempestiva prestação jurisdicional que é buscada. (Rocha, 2010, p. 63)

Nesse sentido, prossegue a autora e assevera que

[...] tanto quanto ao povo, a súmula com efeito vinculante compromete e tolhe o próprio Poder Judiciário, tomado na inteireza de sua composição. Não se ignora é de crescimento responsável do Poder Judiciário, não de seu constrangimento . O momento é de cidadania, não de mordação. A justiça se pronuncia pelos juízes. Logo, calar o magistrado é silenciar o homem, a justiça e a sociedade. Como dito, a Justiça fala. Entrementes a “súmula vinculante” é, no Direito, o “silêncio solícito” imposto nas religiões sem democracia. E o momento não é dos mudos. A palavra é a senha do Direito. O silêncio, a sua morte”. (Rocha, 2010,p.63)

Na mesma linha de raciocínio, alega Lenio Luiz Streck que

[...] a adoção da Súmula Vinculante fere claramente o princípio da separação dos poderes. Com o poder de editar súmulas, os tribunais passam a ter um poder maior do que o Legislativo. Se se impedir que – das decisões exaradas em conformidade com as súmulas – sejam interpostos recursos, o *Poder Judiciário estará acumulando as duas funções (legislativa e judiciária)*, petrificando o sentido do texto (e da norma exurgente desse texto). (Streck; Nunes; Cunha; Freire, 2016)

Lenio Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha (2016) afirmam que o “ordenamento jurídico brasileiro como um paradoxo, é possível dizer que, do ponto de vista autopoiético que a vinculação sumular reforça o poder da autorreprodução do sistema”. Com a vinculação, o Supremo Tribunal Federal fecha o sistema jurídico brasileiro.

Para José Afonso da Silva (2005, p.113), a Constituição da República de 1988 estabelece competência a cada um dos poderes (Judiciário, Legislativo e Executivo), sendo suas funções típicas e atípicas. As divisões das funções encontram fundamento em

dois elementos essenciais: especialização funcional e independência orgânica de cada órgão dos demais.

Foi conferido ao Supremo Tribunal Federal, nessa divisão de competências, o poder de atuar sempre na prevenção de fraudes e atentados contra as normas constitucionais, ou seja, a de exercício do controle de constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis e dos atos. Dentre as suas funções típicas e atípicas, contudo não foi atribuída à Suprema Corte a competência para editar leis de caráter geral e abstrato, conforme já aduzido em tópicos anteriores desta pesquisa, logo lhe falta a legitimidade constitucional para criação de normas jurídicas.

A função legislativa por força constitucional cabe ao Poder Legislativo, e mesmo assim deve obedecer a um processo específico e rígido, o qual está estabelecido no art. 59 da Constituição da República de 1988, denominado de processo legislativo.

Diante dessas premissas jurídicas postas, verifica-se que a súmula vinculante entra em colidência com o princípio da separação das funções, cláusula pétrea, na medida em que os tribunais não podem editar regras de caráter geral e abstrato, com validade universal, haja vista lhes caber apenas a função precípua de decidir a lei aplicável ao caso concreto (função jurisdicional).

Nesse sentido corrobora Paula Bhering Jacques Gonçalves (2009, p. 289) que o Poder Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, ao editar súmulas de efeito vinculante, estaria criando regra normativa, geral e abstrata, cuja observância é obrigatória. Sendo assim, a competência do legislador, antes exclusiva, foi invadida pelo Poder Judiciário, que não tem legitimidade para criar o Direito, entretanto apenas para aplicá-lo, que é a sua vocação constitucional.

Com a adoção da súmula vinculante, o princípio dos freios e contrapesos, inerente à estrutura tripartite das funções, adotada pelo ordenamento jurídico, ficou comprometido.

O multicitado CPC de 2015 prevê de modo lacônico e genérico a existência de “teses” no julgamento de recursos repetitivos (art. 927, §§ 2º e 4º), no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 979, § 2º, nas súmulas vinculantes, decisões de controle concentrado de constitucionalidade ou incidente de assunção de competência, com previsão legal nos preceptivos insertos art. 988, incisos III e IV, e § 4º, CPC). Contudo, não há definição legal de sua natureza ou regime jurídico.

Para avaliar o significado das teses nos precedentes do STF, há, pelo menos, três problemas a serem investigados: 1º) natureza jurídica das teses, 2º) o cabimento de sua

fixação no ordenamento constitucional brasileiro e 3º) as razões da utilização cada vez mais frequente da fixação de teses pelo Supremo Tribunal Federal.

Primeira indagação (problema): seriam as teses um enunciado prescritivo semelhante à lei, no sentido da discussão posta, notadamente na ADI 2.167? A resposta é negativa. As “teses” nada mais são do que enunciados prescritivos, a breve trecho, nos quais se encontra o entendimento do Tribunal sobre a questão discutida.

As semelhanças aqui não são mera coincidência: trata-se, na verdade, de enunciados cuja expressão textual se assemelha, em ordem cronológica, aos assentos da antiga Casa de Suplicação de Lisboa, recepcionados pelo direito legislado brasileiro, mediante o Decreto n. 2.684, de 1875, aos enunciados da súmula da Jurisprudência Dominante (criada em 1963, tendo como um de seus idealizadores o Min. Victor Nunes Leal) e aos enunciados da súmula vinculante (criada pela EC. n. 45, de 2004). Nesse sentido, pode-se falar em uma tendência de “sumulização” dos precedentes constitucionais na prática recente do Supremo Tribunal Federal. (Gonçalves,2009)

As teses são expressão da razão de decidir (*ratio decidendi*), como regra, trivial à maioria dos membros do Tribunal, também denominada fundamentos determinantes (na terminologia do art. 489, § 1º, inciso V, do CPC de 2015). As teses não são as *rationes decidendi*, mas apontam para elas.

Isso significa que, independentemente da parte textual da decisão em que sejam expressas (ementa, fundamentação ou, até mesmo, dispositivo decisório), as teses são razões utilizadas pelo Tribunal para resolver questões prévias ao julgamento da questão principal do caso sob análise e, desse modo, do ponto de vista da teoria da decisão judicial, sempre são parte de sua fundamentação.

Isso é primordial para reconhecer que o regime jurídico das teses é, na verdade, o mesmo regime jurídico dos fundamentos determinantes das decisões do Tribunal, inclusive para fins de cabimento de recursos e meios de impugnação autônomos (como a reclamação constitucional, por exemplo).

Levando-se em consideração a jurisprudência recente da Suprema Corte para as teses em recursos extraordinários, pode-se aduzir que as teses definidas em Plenário – independentemente da classe processual em que são fixadas – são vinculantes para as demais instâncias do Poder Judiciário, conforme preceituam os termos estatuídos no art. 927, inciso V, CPC de 2015.²⁹³

²⁹³ Ver, por exemplo, Rcl-AgR 27.939 (j. 14/08/2018).

Segunda indagação (problema): a fixação de teses é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no julgamento de ações de controle abstrato de constitucionalidade? A resposta é sim, desde que elas sejam compreendidas de maneira correta. As teses jamais podem ser consideradas proposições legislativas, uma vez que, ao contrário dessas, as razões expostas pelos magistrados para a sua enunciação são decisivas e condicionam sua interpretação.

Trata-se, pois, de observação já feita por Castanheira Neves a respeito dos criticáveis assentos imutáveis do direito português, declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional no Acórdão 810, de 1993. (Neves, 1983, p. 640, nota 1.584). No mesmo sentido, Lenio Luiz Streck já acenava, em relação às súmulas vinculantes, que elas não poderiam ser compreendidas de modo abstrato e desvinculadas dos casos concretos em que tiveram origem.²⁹⁴

Não há uma identidade de regimes jurídicos entre essas teses e súmulas vinculantes, contudo uma aproximação do papel que desempenham para interpretação e aplicação de precedentes. Com a prática da adoção das teses, contudo, há uma tendência em se atribuir vinculatividade aos fundamentos determinantes das decisões do Supremo Tribunal Federal, com regras para edição e regime jurídico distinto das súmulas vinculantes. Nesse ponto, é mister que o Tribunal enfrente com clareza solar a discussão acerca da transcendência dos motivos determinantes e sua vinculatividade perante os demais órgãos do Poder Judiciário.

Com a instituição da súmula com efeito vinculante, dessarte, no ordenamento brasileiro, notadamente, o princípio da separação das funções e da legitimidade democrática passou a ser mitigado, pois como é de sabença de todos, a titularidade do poder, prevista na Constituição da República de 1988, é do povo. Consoante infere o art. 1º parágrafo único da Constituição “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.²⁹⁵

²⁹⁴ Lenio Luiz Streck, “Súmulas vinculantes em *terrae* brasilis: necessitamos de uma 'teoria para a elaboração de precedentes'?”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 78 (2009), 284-319, p. 301: “quem transforma a súmula vinculante em um mal em si são as suas equivocadas compreensão e aplicação. Explico: pensa-se, cada vez mais, que, com a edição de uma súmula, o enunciado se autonomiza da faticidade que lhe deu origem. É como se, na própria common law, a *ratio decidendi* pudesse ser exclusivamente uma proposição de direito, abstraída da questão de fato. Se isso é crível, então realmente a súmula e qualquer enunciado ou verbete (e como gostamos de verbetes, não?) será um problema. E dos grandes”.

²⁹⁵ Cf. *Guilherme Klafke*, Continuidade e mudanças no atual modelo de acórdãos do STF: a prática, as razões para sua manutenção e caminhos para aperfeiçoamento, Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019, p. 114.

O art. 14, por sua vez, estatui que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular”, assim, pelo o exposto, de forma inequívoca, o povo é o verdadeiro titular do poder, podendo sempre exercê-lo, inclusive de forma direta (plebiscito, referendo e iniciativa popular).

Com uniformização dos precedentes e das súmulas vinculantes, o povo deixa de exercer o poder em apreço, haja vista o Supremo Tribunal Federal ter passado a ter legitimidade para editar súmula vinculante. Por consectário, a participação popular restaria mitigada. E nesse sentido corrobora Cármen Lúcia Antunes Rocha, ministra do STF, *in verbis*:

[...] a instituição da “súmula vinculante” não tem: a) a fonte legítima da representação popular; b) o respeito à possibilidade constitucionalmente prevista como direito fundamental do cidadão de participar da formação do Direito (art. 14); c) a garantia do processo legislativo democrático, discutido, aberto e participativo (arts. 59 e seguintes) para a criação de norma jurídica. (Rocha, 2022)

Por tudo foi arrazoado de forma fundamentada, a súmula vinculante fere, incidentalmente, se aplicada de forma autômata, as garantias fundamentais, legitimidade democrática e o princípio das funções com previsão no art. 2º da Constituição Federal, entre outros. Assim, não resta dúvida de sua inconstitucionalidade, por não encontrar amparo no Estado Democrático de Direito.

6.6 A (in) constitucionalidade da súmula vinculante frente o paradigma do Estado Democrático de Direito

Esse modelo de precedentes tem como objetivo principal a racionalidade e a universalidade das decisões judiciais (Zaneti JR, 2015, p.1430) , que visa à correção de algumas consequências da fragilização não virtuosa do *civil law*,²⁹⁶ como o ativismo e o

²⁹⁶ O professor Hermes Zaneti Jr., em “O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes”, trabalha o histórico da evolução dos paradigmas de aplicação do direito até localizar o atual estágio do ordenamento jurídico brasileiro num modelo centrado na Constituição que fragilizou o sistema fechado e codificado anteriormente vigente. O professor aponta dois tipos de fragilização: a virtuosa e a não-virtuosa. A virtuosa é a abertura do direito para ser interpretado à luz de princípios constitucionais de modo a coibir as lacunas hermenêuticas. Essa fragilização concede ao magistrado o papel de densificar os princípios e cláusulas abertas, o que é positivo (virtuoso) pois permite que o direito acompanhe a realidade prática, sempre em respeito às garantias constitucionais. Já a fragilização não-virtuosa é a relativização completa do ordenamento jurídico que advém de um excesso de crítica ao positivismo e da inflação legislativa, o que gera ausência de parâmetro legal (ou seu descrédito) para as decisões judiciais, e consequentemente leva a que os magistrados decidam conforme o seu arbítrio desconsiderando a legislação vigente, o chamado subjetivismo judicial (ZANETI JR., 2016, p. 66-106).

subjetivismo judicial instalados no país, no qual “uma elite judicial cria seus próprios códigos e procedimentos ao arrepio do direito legislado”. (Zaneti JR, 2016, p. 99)

Nesse sentido, tem-se que o modelo de vinculação formal de precedentes do CPC de 2015 se baseia no respeito obrigatório à norma construída a partir das decisões que configurem as hipóteses do art. 927 do CPC de 2015, sob pena de reforma da decisão desrespeitosa, via recurso ou, em certos casos, via reclamação direta ao tribunal que emanou o precedente (art. 988, III e IV c/c art. 927, I, II e III, CPC/15).

Estes últimos são classificados doutrinariamente como precedentes normativos formalmente vinculantes fortes e os primeiros, cuja impugnação se dá por via recursal ordinária, como precedentes normativos formalmente vinculantes (Zaneti JR., 2016, pp. 325-326).

A obrigatoriedade de respeito às decisões precedentes é restrita às hipóteses normativas do art. 927 do CPC/15, mas é salutar à racionalidade e coerência do sistema que os órgãos jurisdicionais sempre utilizem as mesmas premissas decisórias em casos análogos (*treat like cases alike*), evitando-se oscilações de entendimento. Essas decisões que não são formalmente vinculantes, mas que por estabilidade, integridade e coerência (art. 926, CPC de 2015) deveriam ser seguidas, são classificadas, doutrinariamente, como precedentes normativos vinculantes (Zaneti JR., 2016, p. 325).

Diante dessa arquitetura jusnormativa, o modelo idealizado e formatado de precedentes é baseado no imperativo categórico da universalização das normas, contudo impõe que o órgão julgador decida da mesma forma que qualquer pessoa racional, em um momento futuro, deveria decidir. É nesse sentido que os juízes e tribunais julgam as lides em obediência aos comandos legais das súmulas vinculantes.

Dessa forma, conforme ficou consignado *supra* acerca da súmula vinculante e dos precedentes judiciais até que eles sejam eventualmente superados, o órgão do Poder Judiciário fica constrangido em decidir em conformidade com o que ele próprio decidiu anteriormente (vinculação horizontal) para então, em respeito a estrutura hierárquica dos órgãos judiciários, vincular os tribunais e juízes que lhe são inferiores (vinculação vertical).

Uma das premissas argumentativas mais propagadas acerca da adoção dos precedentes judiciais e súmulas vinculantes se baseia predileção da concretização da segurança jurídica, por ser um elemento intrínseco do próprio Direito, “sendo essa uma condição estrutural de qualquer ordenamento jurídico”.(Avila, 2012). O autor assevera ainda que “Não é viável um sistema jurídico que admita a existência de situações

jurídicas semelhantes, com diferentes resultados jurisdicionais em um mesmo período e mesmo espaço territorial”. (Avila, 2012, p. 119)

Juraci Mourão Lopes Filho (2014) alerta que é necessário atentar para o fato de que julgar não significa literalmente se valer de decisões prévias, uma vez que independe da correlação entre o caso a ser julgado e o precedente judicial. Trata-se de tarefa mais acurada, que exige a análise do caso concreto, para, se for o caso, ao depois, verificar a distinção entre as situações, o que ocasionará decisão diferente ao precedente.

Segundo Juraci Mourão Lopes Filho, *in verbis*:

Considerar, no entanto, não significa seguir cegamente ou hiperintegrar sistema. O magistrado não pode se esconder em julgamentos superiores para se furtar de seu dever constitucional de julgar os casos mediante análise contraditória do que foi efetivamente produzido. Se o precedente é suficiente, não basta citá-lo, há que demonstrar, adicionalmente, essa suficiência (Lopes Filho, 2014, p. 401).

Feitas essas ponderações e consoante consignado pelo autor supracitado, o precedente judicial não deve ser seguido meramente por critérios de autoridade hierárquica. A segurança jurídica não tem seu fundamento um pronunciamento de um tribunal superior, e sim, a certeza de que os precedentes e as súmulas vinculantes serão consideradas na argumentação jurídica de forma acurada, e mesmo assim serão devidamente explicadas as razões para sua aplicação, ou não. (Moreira, 2013)

Apesar das argumentações favoráveis acerca da utilização dos precedentes judiciais, há opiniões contrárias acerca do seu emprego, cabendo assim ao julgador a responsabilidade de utilizar os institutos vinculantes ou refutá-los, desde que fundamente a distinção ou a superação, de forma cautelosa e fundamentada. (Moreira, 2013)

José Carlos Barbosa Moreira (2013) preleciona que é indispensável que o magistrado tenha certa flexibilidade ao proceder a uma sentença, de tal forma que o precedente ou a súmula com efeito vinculante se ajustem à nova realidade sociocultural. Salienta ainda o referido o autor que as mudanças sociais são perceptíveis inicialmente pelos magistrados de instâncias inferiores, pois esses julgam antes dos outros conflitos de interesse, dos quais surge a nova realidade social.

E acrescenta José Carlos Barbosa Moreira que

Bloquear, de forma direta ou indireta, na produção dos órgãos situados na base da pirâmide judiciária, os eventuais desvios das teses firmadas

sem grau superior significa, em certos casos, barrar precocemente um movimento, talvez salutar, de renovação da jurisprudência (Moreira, 2013, p. 311).

Luiz Guilherme Marinoni (2016), por sua vez, aduz que a segurança jurídica provém da interpretação adequada da lei, e não da lei propriamente dita, haja vista que vez que a lei apresentar várias interpretações, a segurança é alcançada quando o Poder Judiciário estabelece seu alcance no que alude ao caso concreto.

Se a *ratio decidendi* provém da Suprema Corte (órgão de cúpula),²⁹⁷ com a finalidade de uniformizar a interpretação do Direito legislado federal (STJ) ou constitucional (STF), então se partindo dessa premissa, a regra universalizável extraída de seus precedentes é mais relevante que a resolução do caso concreto.

Aduz Marcelo Abelha Rodrigues que, *in verbis* :

A liberdade interpretativa do Poder Judiciário assemelha-se a de um animal numa jaula em um jardim zoológico. Por mais que tenha alguma liberdade, esta é delimitada por trincheiras que não podem ser ultrapassadas. Assim atua o juiz, guiado pelos valores constitucionais, livre para encontrar o melhor alcance e sentido do texto normativo, mas sempre, nos limites do texto normativo. (Rodrigues, 2022)

Conclui-se que a judicialização da política, os reflexos da atuação efetiva do Poder Judiciário e os desdobramentos promovidos no cenário nacional pelo magistrado, sem liberdade balizada proceder à *ratio decidendi*, levando-se em consideração o seu convencimento motivado, converter-se-ia em um mero aplicador de súmulas vinculantes editadas pela Suprema Corte pátria. Se esse silogismo verdadeiro, logo no mínimo há um retrocesso no âmbito da magistratura o chamado ‘crime de hermenêutica’, tão combatido por Ruy Barbosa, nos princípios da República Federativa do Brasil. (Gerude, 2021).

Percebe-se que nem mesmo no *common law*, cujo sistema tem como regra a vinculação de precedentes, não há esta característica limitadora do convencimento

²⁹⁷ É mister aqui abrir um parêntese para uma devida explicação de ordem hermenêutica. Infelizmente não há mais julgamentos colegiados que representem a opinião do tribunal para que se possa dizer que existe uma vinculação horizontal dentro da própria Corte, porque atualmente o que se vê num tribunal são ilhas jurisdicionais colegiadas ou monocráticas (de seções, câmaras, grupos, relator). Para que haja vinculação horizontal é necessário que exista a opinião do tribunal, de órgão que represente a sua opinião. Já para a vertical não, um ou dois julgados ou 11 (*quórum* do STF) ou 33 (*quórum* do STJ) julgados tem em si uma função nomofilática que é realizada pelo tribunal, ainda que monocraticamente manifestada, por exemplo, pelo relator do recurso extraordinário. “Para uma legítima vinculação orientadora de precedentes era preciso que se retomasse o dever de os tribunais julgarem colegiadamente”. (RODRIGUES, Marcelo Abelha. Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? angústias e desconfianças. Revista dos Tribunais on-line. Disponível em file:///G:/Usuario/Downloads/SISTEMA_DE_PRECEDENTES_OU_MEROS_FILTROS.pdf. Acesso em: 2, out. 2022)

motivado do magistrado. É de se notar que, um dos princípios que rege o Direito Brasileiro é a motivação da sentença. (Freitas, 2022)

E o juiz está vinculado às súmulas com efeito vinculante, como sua decisão será fundamentada? É possível o magistrado decidir sem liberdade de motivar seu próprio pensamento jurígeno aplicável à espécie versada? Como é cediço, a súmula vinculante não tem assento na LINDB como fonte de Direito, tampouco os precedentes. Trata-se de institutos do direito estrangeiro, notadamente do Direito norte-americano, mal adaptado para o Direito brasileiro.

No *stare decisis*, o magistrado cria o direito, trata-se de uma função típica do Direito saxônico, em que é comum a utilização do ativismo judicial. Enquanto no Direito Brasileiro, a jurisprudência apenas declara o direito, também, como apontado em linhas precedentes, no *civil law*, a prestação da tutela jurisdicional é fundada na legalidade, porque o próprio ordenamento Jurídico, inclusive no Código Penal define que não há crime sem prévia definição legal.

Então, conforme preceitua a Constituição Federal, o princípio do devido processo legal se insere como núcleo fundante e estruturante em que a jurisdição é prestada. A partir daí a súmula vinculante, como forma reduzida de um texto, enfraquece a interpretação utilizada no caso concreto. Isso ocorre porque, o magistrado deixa de avaliar as circunstâncias temporais e até mesmo doutrinárias no ato decisório.

Marília Costa Barbosa defende que Montesquieu, autor da Teoria da Separação dos Poderes, em seu Livro XI, de sua obra *Do Espírito das Leis*, no ano de 1748, aduz

[...] um poder deveria servir de freio para o outro poder, para que não venha a ocorrer abuso, e para isso seria necessária uma divisão das funções em três funções estatais, atribuindo a cada órgão um poder diverso, e, assim, eles atuariam de forma harmônica.(Barbosa,p.7, 2000)

Sendo assim, pela separação das funções do Estado, cada poder tem funções típicas e atípicas, com o fito de reforçar a harmonia e independência entre os três poderes, e ainda, garantir o equilíbrio e a manutenção da ordem democrática de Direito. (Oliveira, p. 330, 2013)

O princípio da separação das funções estatais foi adotado de forma expressa na Constituição Federal de 1988(CF/88), em seu art.2º, que prescreve os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário como poderes da União, os considerando independentes e harmônicos entre si. Além disso, o preceito normativo *supra* é considerado cláusula

pétrea, consoante se extrai do art. 60, §4º, III da CF/88. Segundo Alexandre de Moraes (2008, p. 407).

6.7 Da (in) constitucionalidade da emenda constitucional n. 45, de 2004

Conforme já propagado neste capítulo, a súmula vinculante viola diversos princípios e direitos fundamentais, a exemplo do direito de ação, do princípio da separação de poderes, da independência funcional, entre outros já citados.

Dessa forma, surge a ideia de que, no que se refere à instituição da súmula vinculante, a Emenda Constitucional n. 45 seria, na verdade, uma “Emenda Inconstitucional”, pois viola o comando legal estatuído no art. 60, § 4º da Constituição Federal, as chamadas cláusulas pétreas. Com efeito, na medida em que a Emenda Constitucional n. 45 suprime diversos direitos e princípios previstos na CF/88.

Por todos os motivos já expostos, uma Emenda Constitucional não pode, nunca, abolir a separação dos poderes (art. 60, § 4º, III, CF/88) e direitos e garantias fundamentais (art. 60, § 4º, IV, CF/88). De acordo com a Constituição da República, a proposta de emenda sequer será objeto de deliberação, quanto mais de aprovação para mitigar cláusulas pétreas.²⁹⁸

Registre-se, por ser de relevo, e pertinência temática que muito embora o § 4º do 5º supracitado empregue a forma verbal “abolir”, entende-se que a mitigação de direitos e garantias fundamentais já enseja a violação à cláusula pétrea, diante do princípio da máxima efetividade e da interpretação ampla dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF/88).

Em regra, os preceitos normativos insertos na Constituição Federal podem ser alterados por 3/5 dos senadores e 3/5 dos deputados, devendo ser votada a PEC duas vezes em cada caso, contudo, isso não se aplica a algumas cláusulas, que não podem jamais ser modificadas (poderá ser modificada para acrescer direito, jamais para mitigar ou abolir direito) revogadas enquanto a atual Constituição estiver imperando. Essas são as cláusulas pétreas.

Como ficou evidenciado e diante do princípio norteador da máxima efetividade, a interpretação dos preceitos constitucionais, notadamente aqueles que preveem Direitos

²⁹⁸ Art.60,§ 4º,CF/88- “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”[...]

Fundamentais, deve se dar de maneira ampla, com a pretensão de conferir o maior alcance possível quanto ao texto constitucional, de tal forma que não o tornar “letra morta”, distante da realidade social.

Nesse raciocínio, pondera J. J. Gomes Canotilho que

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA) é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).(Canotilho, 2000)

Dessa forma, quando o constituinte preleciona abolição da separação dos poderes e dos Direitos e Garantias Fundamentais por meio de proposta de emenda, deve-se estender a interpretação não apenas às PECs que visem a retirar da Constituição tais elementos, mas também, às que visem a limitá-los, tolhê-los ou minimizá-los, haja vista que de nada adiantaria a existência de uma cláusula pétrea se fosse possível qualquer poder (Legislativo, Judiciário, Executivo) reduzir eficácia de determinado Direito Fundamental a um patamar mínimo, sob o discurso de que a Constituição apenas veda a abolição, mas não a mitigação.

Afinal, já foi dito por Carlos Maximiliano que

[...] deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este juridicamente nulo [...] Desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade.(Maximiliano, 1996,p.166)

Sustenta o Ministro aposentado Marco Aurélio Mello que

Tenho sustentado que a súmula vinculante apresenta mais aspectos negativos do que positivos, podendo levar ao engessamento do Direito. A tendência humana é a acomodação, a autodefesa, e a quadra vivida pelos magistrados, com número ímpar de processos, conduzirá fatalmente à generalização dos casos em prejuízo da realização da almejada justiça. Fala-se muito em processos repetidos, mas não se procura perceber a razão desse fenômeno. Os tribunais situados em Brasília, especialmente o Supremo Tribunal Federal, costumam muito a defrontar-se com a controvérsia. Quando isso ocorre, conta-se com

milhares de casos já sentenciados. Indaga-se: julgar-se-á um deles determinando-se a baixa dos autos à origem para adaptação, simples adaptação e não julgamento dos demais à orientação sumulada? Vê-se, portanto, a insubsistência da óptica segundo a qual a súmula vinculante solucionará a problemática com que hoje nos deparamos. (Mello, 1999, p.3-4)

Diante da controvérsia travada no mundo do Congresso Nacional e da doutrina, a consequência progressista foi mudança na jurisprudência, na Constituição Federal, e no Código Civil, e hoje a união estável é equiparável ao casamento. Por essa razão que o Dalmo de Abreu Dallari (1997, p.18) afirma que a súmula vinculante é altamente maléfica – “[...]é uma fonte de injustiças e de retardamento da evolução do Direito”.

À época, o então presidente da República, o sociólogo Fernando Henrique Cardoso (2012, p.1) foi um grande defensor da implantação do instituto jurídico da súmula vinculante, sob a alegação de que súmula com efeito vinculante iria trazer uma “justiça pronta”, porque para ele é algo positivo. Veja-se:

[...] Segundo, porque, sem a análise do caso particular, com todas as suas circunstâncias peculiares que o tornam ontologicamente único no mundo, não há que se falar sequer em justiça, quanto mais em uma temerosa “justiça pronta”, que já decide de antemão todos os problemas sociais, sem a necessidade de que a deusa da Justiça desça do seu pedestal de mármore. (Cardoso, 2012, p.1)²⁹⁹(Sic)

Por tudo que já foi dito acerca dos precedentes judiciais e das súmulas vinculantes crer, *prima facie*, que no Brasil, uma “justiça pronta” a uma justiça, pura e simplesmente. Nessa intelecção, a aplicação em massa de um enunciado de súmula vinculante, a milhares de casos ditos “iguais” (para uma sociedade de massa, uma solução de massa), procedendo assim, com certeza “não atinge a verdade hermenêutica, tendo em vista que, como já apontado, afasta o sujeito do processo compreensivo e aborda o caso de uma posição distante, atemporal, descompromissada. (Japiassu, 1975, p.114)³⁰⁰

²⁹⁹ A retratação da deusa da Justiça com uma venda nos olhos assume uma conotação contraditória se vista sob a óptica da concretude do caso, uma vez que, para que se faça justiça, é necessário, antes de julgar, observar, “olhar” para o que se irá resolver. Nessa senda, é curioso notar que a representação da deusa Diké (mitologia grega), tal qual a da deusa *Justitia* (mitologia romana), era feita com uma balança em uma das mãos e uma espada na outra. Contudo, aquela era retratada sem vendas, de olhos bem abertos, para que simbolizasse a sua “busca pela verdade”. (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.32)

³⁰⁰ Nas palavras de Hilton Japiassu: “Quanto àqueles que se escudam na neutralidade ética e ideológica ou se refugiam na segurança protetora da ‘ciência pura’, têm, nessa ‘consciência tranquila’, um alibi para seu descompromisso social, pois pretendem isentar-se por completo de qualquer responsabilidade quanto à utilização de seus conhecimentos” (JAPIASSU, Hilton. O mito da neutralidade científica. Rio de Janeiro: Imago, 1975, p.114).

É oportuno, em complementação a esse raciocínio, trazer à colação a invocação do pensamento de Hannah Arendt, *in verbis*:

Quando pondera que “a imprudência temerária ou a irremediável confusão ou a repetição complacente de ‘verdades’ que se tornaram triviais e vazias parece ser uma das principais características do nosso tempo”. Ocorre que essas “verdades” que se repetem, por velarem o ser hermenêutico em um mundo metafísico, verdades nunca foram, tendo em vista que toda verdade não pode ser dissociada da historicidade ontológica. (Arendt, 1991, p.13)

Preleciona Martin Heidegger que, *ipsis litteris*:

Toda verdade é relativa ao ser da presença na medida em que seu modo de ser possui essencialmente o caráter de presença. Será que essa relatividade significa que toda verdade é subjetiva? Caso se interprete “subjetivo” como o que “está no arbítrio do sujeito”, certamente não. Pois, em seu sentido mais próximo, o descobrimento retira a proposição do arbítrio “subjetivo” e leva a presença descobridora para o próprio ente. E apenas porque “verdade” como descobrimento é um modo de ser da presença é que ela se acha subtraída do arbítrio da presença. [...] Será que a verdade, compreendida do modo adequado, se vê lesada pelo fato de, onticamente, só ser possível no “sujeito”, e de depender do ser do sujeito? [...] Nós pressupomos verdade porque ‘nós’, sendo no modo de ser da presença, somos e estamos ‘na verdade’. Nós não a pressupomos como algo ‘fora’ ou ‘sobre’ nós, frente à qual nos comportamos junto com outros ‘valores’. Não somos nós que pressupomos a ‘verdade’, mas é ela que torna ontologicamente possível que nós sejamos de modo a ‘pressupor’ alguma coisa. A verdade possibilita pressuposições. (Heidegger, 2005, p.296-297)

Nessa perspectiva, o afastamento da interpretação do processo, mediante a simples aplicação sem critério hermenêutico de súmula vinculante, sem que sejam investigadas de forma mais acentuada *as rationes decidendi* dos precedentes judiciais que deram vida à súmula, bem como a peculiaridade da lide em apreço, acaba por desvirtuar o instituto.

Hodiernamente, no Brasil, os precedentes judiciais e as súmulas vinculantes têm sido aplicados pelos magistrados sem ser levada em conta, em princípio, a *ratio decidendi*. Ou seja, é consultado do dispositivo do precedente (geralmente a ementa do acórdão ou o enunciado de súmula, somente) e por consectário, simplesmente, procede-se à subsunção ao caso em exame, curiosamente sem investigar com afinco os fundamentos que levaram o tribunal a decidir de tal forma, como se a *ratio decidendi* não interessasse, como se ela fosse uma *obiter dicta* de observância não coercitiva, quando, em verdade, é a *ratio decidendi* que possibilita a própria existência do precedente.

Continua na mesma linha de raciocínio, Martin Heidegger ao asseverar que

Assim, como é da *ratio decidendi* constante em um determinado precedente que é extraída uma regra que se pretende universalizante,

passível de ser aplicada a situações ditas semelhantes àquela que envolveu o caso que foi decidido, é inadequado aplicar tão somente a parte dispositiva, o enunciado da súmula, sem, antes, consultar a *ratio decidendi*. (Heidegger, 2005)

Por razões diversas, a *ratio decidendi* possui um conteúdo flexível, porque a validade de um precedente tem “condicionada a sua adequação à situação política, econômica e social presente”. Nessa perspectiva, entende-se que um tribunal ou um magistrado de 1º grau pode se abster de aplicação o precedente ou a súmula vinculante, desde verificado que a súmula vinculante ou precedente não se enquadra na lide *sub examine*, logo não reflete a realidade social.

A aplicação de enunciados de súmula vinculante, ao responder à conduta sem sequer considerá-la, não oferece nenhuma resposta e ignora a verdade hermenêutica e impede que uma interpretação adequada possa ser feita. Na essência, na interpretação, do caso concreto devem-se levar em conta todas as circunstâncias do caso, em sua temporalidade, historicidade e contexto específicos.

Estabelecidas essas premissas alhures delineadas, a súmula vinculante não pode ser aplicada sem que o magistrado ou o intérprete investigue de forma aguçada se o mencionado instituto jurídico vinculativo apresenta adequação aos casos futuros e concretos. É imperioso que se faça uma análise minuciosa das *rationes decidendi* constantes dos precedentes judiciais que embasaram a conclusão esposada em um enunciado de súmula vinculante, e não que simplesmente aplicá-la, subsuntivamente, este enunciado a casos ditos iguais.

Aduz Maíra Magro (2012) que em um julgamento no qual a Suprema Corte brasileira proferiu uma decisão e confirmou ser possível prisão por motivo de prática de crime tributário antes do encerramento do processo administrativo, em sentido adverso do enunciado da súmula vinculante n. 24. Observa-se, portanto, que, ao proceder ao *distinguishing*, ou seja, ao observar que o caso dos autos o seu objeto não se coadunava com a realidade dos precedentes que deram ensejo à promulgação da súmula vinculante n. 24, o entendimento foi diverso daquele sumulado.

Por consectário lógico, vê-se que são situações como essas que devem ser minuciosamente analisadas pelos magistrados (um dos intérpretes de cada processo). A súmula vinculante deve ser enfrentada com olhos atentos e com senso crítico, de sorte que não venha a deturpar o instituto do *stare decisis*, base que a fundamenta, mediante silogísticos processuais de subsunção pura e simples dos enunciados analisados como idênticos.

O que não se pode é resolver, metafisicamente, milhares de processos, de uma só vez, sem se levar em conta as peculiaridades de cada caso e sem cotejá-lo com a *ratio decidendi* dos precedentes que deram origem aos enunciados, tudo em nome de uma pretensa isonomia e celeridade processuais, sem levar em conta o contexto histórico de cada processo.

A manutenção da integridade, da coerência e da plenitude do ordenamento jurídico não significa cristalizar a jurisprudência, impedindo-se a sua constante renovação e, se for o caso, a negativa de aplicação dos precedentes, ainda que providos de eficácia vinculante, tudo isso em obediência ao devido processo legal substantivo, estatuído na Constituição da República.

Afinal, não se quer aqui subtrair a estabilidade do sistema jurídico, uma vez que as técnicas de revogação e de não aplicação das decisões, em verdade, garantem a estabilidade, (Marinoni, 2011, p.347.) porque para que o ordenamento jurídico consiga ser coeso, coerente e estável em si mesmo, mister se faz que ele “caminhe” em conjunto com o seu entorno, qual seja, com o sistema social, o qual defende Niklas Luhmann ao tratar da questão da contingência, assim preleciona, *in verbis*:

Sólo si el caso es igual (y sólo entonces) se puede "subsumir". Si es desigual, sedeberá desarrollar una nueva regla, partiendo del caso. Esta praxis es la que damotivo para que se conciba la justicia no simplemente como idea de igualdad, sino como la forma normativa de la igualdad. Es decir: como precepto que distingue lo igual de lo desigual y que trata lo igual como igual y lo desigual como desigual. Dependiendo de cómo se tome esta decisión (y exactamente ésta), la evolución delderecho se orienta cibernéticamente hacia un feedback negativo o positivo. O el sistema se mantiene estable en virtud de las reglas existentes que siempre, de nuevo, se pueden aplicar - aunque se produzcan tensiones; o el sistema del derecho sedesvía del punto de partida existente y construye más complejidad mediante nuevos distinguishing y overruling - para decirlo en la terminología de la Common Law(Luhmann, 2005, p.280 e 334).³⁰¹

Assiste razão a Ronald Dworkin ao afirmar, em sua obra “Levando os Direitos a Sério”, que o juiz deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que

³⁰¹ Tradução livre do autor : Somente se o caso for o mesmo (e só então) ele pode ser "subsumido". Se for desigual, uma nova regra deve ser desenvolvida a partir do caso. Essa práxis é o que dá razão para que a justiça seja concebida não simplesmente como uma ideia de igualdade, mas como a forma normativa da igualdade. Ou seja: como um preceito que distingue o que é igual do que é desigual e que trata o que é igual como igual e o que é desigual como desigual. Dependendo de como essa decisão (e exatamente esta) é tomada, a evolução do direito é ciberneticamente orientada para o feedback negativo ou positivo. Ou o sistema é mantido estável em virtude das regras existentes que sempre, novamente, pode ser aplicado - mesmo que ocorram tensões; ou o sistema legal se desvia do ponto de partida existente e constrói mais complexidade ao distinguir e anular ainda mais - para colocar na terminologia do direito comum.

forneça uma “justificação coerente a todos os precedentes do direito [...] costumeiro”(Dworkin,2010), ou quando firma, em sua obra “O Império do Direito”(Dworkin, 2010) , que “o direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios e nas decisões.

A construção prática jurídica comunitária está intimamente ligada à noção de que a interpretação que acontece de forma intersubjetiva, em outras palavras, a interpretação não é obra isolada do intérprete, seja ele advogado, juiz, promotor de justiça, entre outros, porque decorre de sua inserção na comunicação e seus preceitos linguísticos. O magistrado deve sempre investigar os precedentes judiciais que deram base a uma determinada súmula vinculante que queira aplicar a um determinado caso, para entender o espírito da sua fundamentação.

Tal baliza jurídica, contudo, não tem sido obedecida. Na prática, invoca-se um enunciado de súmula vinculante (ou de súmulas comuns) para extinguir um infundável número de processos, sem que seja procedida a uma análise mais robusta e adequada do caso “concreto” e dos precedentes judiciais que a deram origem, deturpando-se o instituto e atribuindo-se uma força descomunal ou metafísica ao efeito vinculante das decisões, efeito esse que somente pode ser aplicado no cotejo com a realidade concreta e histórica do caso a ser solucionado e dos precedentes judiciais que embasam a súmula.

Luiz Guilherme Marinoni pondera que, *ipsis litteris*:

[...] o juiz brasileiro, hoje, tem poder criativo maior do que o juiz do *common law*, uma vez que, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes”. Esse poder criativo atribuído aos juízes, no entanto, deve ser visto com a máxima cautela, sob pena de que decisões arbitrárias sejam proferidas. Com efeito, o fato de que o magistrado constrói a norma não significa que ele possa assim fazê-lo da maneira que bem entender. (Marinoni, 2022)

O magistrado deve, sempre, levar em consideração o consenso existente na sociedade e no ordenamento jurídico sobre o que se entende por Direito, e não concluir, solipsisticamente, pela aplicação ou pela não aplicação de um enunciado de súmula vinculante. Somente com respeito aos precedentes (podendo sempre o juiz divergir desses institutos, desde que, repita-se, fundamente a superação ou a distinção) que embasam as súmulas vinculantes, as suas *rationes decidendi*, para culminar com uma decisão formulada pela historicidade, concretude, estabilidade e segurança jurídica.

Feitos esses apontamentos reflexivos, é mister ainda aduzir que ainda há em quase todo Brasil a prolação de sentenças e acórdãos que não se coadunam com a

intersubjetividade da interpretação³⁰² – decisões que são tomadas pelos juízes segundo a sua própria consciência, e não segundo o consenso dialógico entre as partes do processo, e issom é incoerente com o sistema jurídico posto.

A título exemplificativo, veja-se, por exemplo, um acórdão do STJ, dessa vez em relatório de autoria do Ministro do STF, já falecido Teori Albino Zavascki³⁰³

Sendo assim e considerando que a atividade de interpretar os enunciados normativos, produzidos pelo legislador, está cometida constitucionalmente ao Poder Judiciário, seu intérprete oficial, o demos afirmar, parafraseando a doutrina, que o conteúdo da norma não é, necessariamente, aquele sugerido pela doutrina, ou pelos juristas ou advogados, e nem mesmo o que foi imaginado ou querido em seu processo de formação pelo legislador; o conteúdo da norma é aquele, e tão somente aquele, que o Poder Judiciário diz que é. Mais especificamente, podemos dizer, como se diz dos enunciados constitucionais (= a Constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é), que as leis federais são aquilo que o STJ, seu guardião e intérprete constitucional, diz que são. (Zavascki,2007)

Se alguns membros de um Tribunal Superior, no exercício de sua função judicante ignoram completamente o caráter da intersubjetividade da interpretação e ignora também a contribuição colacionada pelos demais juristas na construção da norma, imagine-se o que pode acontecer com a súmula vinculante, a qual, nas mãos de pessoas com atitudes semelhantes, pode assumir a feição de um verdadeiro instrumento de repressão hermenêutica.

6.8 Efeito vinculativo - abuso de autoridade e o crime de hermenêutica

É impossível pensar em Estado Democrático de Direito sem pensar em liberdade dos magistrados no exercício de sua função, principalmente jurisdicional. Nesse sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni, ministro da Suprema Corte da Argentina aposentado, esclarece que, *ipsis litteris* :

³⁰² Fazendo-se uma análise crítica acerca do conteúdo de vários julgados, percebe-se que essa fama de ciclo/sistema fechado ou puro seria uma farsa ou quiçá estaria num plano da utopia e fora da realidade vivenciada. A atividade de interpretação das normas é a dotada de intersubjetividade, o que pode ocasionar olhares diferentes sobre um mesmo fato jurídico, gerando não raras às vezes decisões contraditórias, o que impulsiona o sentimento de insegurança jurídica, incerteza e imprevisibilidade das relações. Para os seguidores fiéis da teoria pura do Direito, onde tem por representante o filósofo alemão Hans Kelsen, a interpretação do Direito se dá através do próprio conjunto positivado, com base num ideal lógico-jurídico ou jurídico-positivo. (CALDAS, Filipe Reis. A intersubjetividade na aplicação e interpretação do Direito. Disponível em <https://www.conjur.com.br/>. Acesso em: 16.out.2022).

³⁰³ STJ, Recurso Especial nº. 928.155 – RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 11/12/2007, p.6.

Um juiz independente, ou melhor, um juiz, simplesmente, não pode ser concebido em uma democracia moderna como um empregado do executivo ou do legislativo, mas nem pode ser um empregado da corte ou do supremo tribunal. Um poder judiciário não é hoje concebível como mais um ramo da administração e, portanto, não se pode conceber sua estrutura na forma hierarquizada de um exército. Um judiciário verticalmente militarizado é tão aberrante ou perigoso quanto um exército horizontalizado. (Zaffaroni, 1995, p. 88)

William Artur Pussi e Luciane Pussi (2022) aduzem que , de forma concreta, se no exercício regular de sua função o magistrado poderá sofrer algum tipo de sanção ou punição administrativa caso não venha a atender à aplicação ou desvirtuar de um precedente judicial ou de uma súmula vinculante. Indagam os autores: Por que, historicamente, há resquícios de punição no Brasil a magistrados que não seguiram as limitações hermenêuticas impostas pelos tribunais superiores?(Pussi; Pussi, 2022)

Um dos episódios mais propagado e consagrado quanto à interpretação vinculante imposta ao magistrado ocorreu no início da República, tendo em vista que o Presidente do Estado do Rio Grande do Sul, Júlio Prates de Castilhos, promulgou a Lei n. 10, de 1895, cujo comando normativo inserto no art. 65 dispunha que as sentenças do júri eram prolatadas pelo voto a descoberto e por consequência art. 66 da mesma lei facultava a recusa de jurados somente se fosse motivada. (Pussi; Pussi, 2022)

Aqui, eventual “censura” somente poderia ocorrer, e ainda assim com grandes limitações pelo campo do Direito Administrativo, pois, em se tratando de decisão judicial, o magistrado deve ostentar plena garantia para interpretar e decidir. (Barbosa; Câmara, 1896, p.228)

O juiz Alcides de Mendonça Lima, ex-constituente originário de 1888, ao abrir a sessão do 1º do tribunal, no dia 28 de março de 1896, procedeu à declaração em sentido contrário à Constituição quanto aos dispositivos citados. Haja vista que o aludido magistrado entendia que o voto secreto e as recusas peremptórias são características intrínsecas do instituto do tribunal do júri, e que não poderiam ser revogadas ao bel-prazer dos interesses políticos, sem subverter o estabelecido pelo art. 72 §31 da Constituição Federal. Após a publicação da notícia em jornal, o juiz foi *incontinenti* interpelado pelo Chefe do Poder Executivo. (Tesheiner, 2017)

Por consequência, tendo o mencionado juiz ratificado a notícia outrora propagada, Júlio de Castilhos, imediatamente, dirigiu-se ao Procurador-Geral do Estado, e lhe

solicitou o oferecimento de denúncia em face daquele o juiz “delinquente e faccioso”,³⁰⁴o que rapidamente foi feito, apontando-se o juiz em questão como incurso no crime de prevaricação, por “julgar ou proceder contra literal disposição de lei”. (Gerude, 2011).

Isso causou comoção para alguns juristas, à época, Ruy Barbosa, indignado com grande apoio popular, cunhou e deixou a famosa expressão de Crime de Hermenêutica: a “hipérbole do Absurdo”:

O juiz, sem liberdade de se moderar pelo seu livre-convencimento, converter-se-ia em um mero aplicador de súmulas editadas pelos Tribunais Superiores. Esta situação constitui, no mínimo, um retrocesso, vez que estaríamos muito próximos de reeditar no âmbito da magistratura o chamado ‘crime de hermenêutica’, tão combatido pelo insigne Ruy Barbosa, nos princípios da República.(Sic) (Gerude, 2021)

No dia 7 de outubro de 1989, por meio do acórdão, a Suprema Corte brasileira absolveu o referido magistrado, de modo que, pelo menos naquele momento, ainda que tenha existido, a pretensão de punir a atividade discricionária do magistrado brasileiro foi barrada, contudo recentemente, o tema voltou novamente a ser discutido no cenário político nacional.

Há pouco anos, em virtude da atividade cada vez mais decisiva do Poder Judiciário, foi tramitado no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado n. 280, de 2016 , o qual define os crimes de abuso de autoridade e dá outras providências, sendo que o art. 9º, parágrafo único, inciso II, do PLS 280, de 2016, em sua redação original, estabelece que incorre nas penas do *caput* – de 1 a 4 anos de detenção e multa –, “quem deixa de conceder ao preso liberdade provisória, com ou sem fiança, quando assim admitir a lei e estiverem inequivocamente presentes seus requisitos”.

O Projeto de Lei substitutivo apresentado pelo Senador pelo Estado do Paraná - Roberto Requião - inovou ainda de forma acentuada, a punição da prática do denominado

³⁰⁴ Interessante o teor da denúncia ofertada por ocasião da conduta do juiz: “A obediência à Lei - dir-se-ia - e o primeiro dever do cidadão e principalmente do cidadão juiz, investido de autoridade para executá-la e fazê-la executar [...] Não cabe ao Poder Judiciário e menos a um juiz singular e isolado opor embaraços a sua execução. O procedimento do denunciado é, portanto, criminoso. Indagando do pensamento que presidiu sua irregular conduta, vê-se que se movido por paixão partidária, interesse e ódio político, ousou o denunciado afrontar o regime constitucional do Estado e arvorar-se em supremo e original poder moderador para tardiamente oferecer seu veto à execução da Lei. Quando em forma correu a lei os tramites da publicidade, tendo o denunciado, como qualquer outro cidadão, em seu lar e no seu gabinete, uma partícula do Poder Legislativo podendo apresentar emendas, guardou silêncio e só agora na cadeira de presidente do Júri, com abuso flagrante de autoridade, veio dar o seu grito de sedição, obedecendo a interesses dos perturbadores da ordem. A gravidade do fato, a natureza do delito, demonstram a premeditação do denunciado; e a circunstância de escolher ele os auditórios de justiça para praga da sua rebelião contra a lei e todo o regime legal, acentua a necessidade de enérgica punição ao confessado crime tão caracterizado”. (Linguagem Jurídica e Filosofia do Direito. Escolas Hermenêuticas: modernidade. 2012. Disponível em: . Acesso em: 1º , out. 2016.

crime de hermenêutica e, por consequência, apresentou novos tipos penais a agentes do Poder Judiciário.

6.9 Da Lei n. 13.869, de 2019 que dispõe sobre abuso de autoridade

A Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019 (a qual dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade) revogou a antiga Lei n. 4.698, de 1965, criando novas formas de conduta consideradas abusivas, atribuindo-lhes penas mais severas.³⁰⁵ A mencionada Lei n. 13.869 prevê punição para juízes, com aplicação de multa ou até mesmo prisão para condutas como negar Mandado de *Habeas Corpus* quando manifestamente cabível (um a quatro anos de prisão, e multa) ou, por exemplo, proibir acesso aos autos do processo ao interessado ou seu defensor (seis meses a dois anos de prisão, mais multa).³⁰⁶

Além de penas de prisão e multa, há vários dispositivos na referida lei que preveem sanções administrativas, como a perda ou afastamento do cargo, e cíveis, como indenização. Para incorrer em crime, a lei prevê que as condutas sejam praticadas com o fito de beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou com a finalidade de prejudicar alguém, ou ainda “por mero capricho ou satisfação pessoal”.(Mendes, Fernandes, 2022)³⁰⁷

Vladimir Passos de Freitas(2022) expressa muita preocupação a precitada lei sobre abuso de autoridade e preleciona que alguns preceitos normativos caracterizam ameaças aos magistrados, inclusive passíveis de inconstitucionalidade.

A judicialização da política, os reflexos da atuação efetiva do Poder Judiciário, os desdobramentos promovidos no cenário nacional brasileiro pelo o que foi denominado de “Operação Lava-Jato”, e se estruturou um modelo de juiz para o Direito nacional.

³⁰⁵ Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)

³⁰⁶ Art.72, CF dispõe que - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 9º É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos poderes públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados.

³⁰⁷ Lembra Gilmar Mendes que na Alemanha, a legislação criminaliza a “violação ou torsão do Direito”, a *Rechtsbeugung* do §339 StGB, e ainda o delito de “persecução de inocente”, a *Verfolgung Unschuldiger* do §344 StGB. Na Espanha, o artigo 446 do Código Penal prevê a punição do “juiz ou magistrado que, intencionalmente, ditar sentença ou resolução injusta”. Este foi, inclusive, o dispositivo que fundamentou a condenação do juiz Espanhol Baltasar Garzón, por violação ao direito de defesa dos réus na ordenação de interceptações telefônicas ilegais. Aduz ainda *que* “a revisão da legislação relativa ao abuso de autoridade, a fim de incorporar os atuais preceitos constitucionais de proteção e responsabilização administrativa e penal dos agentes e servidores públicos em eventuais violações aos direitos fundamentais”.(MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, e Victor Oliveira. Abuso de Autoridade e o reencontro com o Estado de Direito. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/opiniaao-lei-cancellier-zavaski-lei-abuso-autoridade>. Acesso em: 5, out. 2022).

Francisco Pedro Jucá, ainda no ano de 2005, já previa essa predileção, *in verbis* :

Por outro lado, deu-se inequívoca judicialização da política, com a acentuada ampliação do controle jurisdicional da administração pública em todos os níveis, e da acentuação do exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, de sorte que o Poder Judiciário ganhou papel realmente mais significativo no contexto do sistema de freios e contrapesos, o que resultou ao Poder Judiciário algo incômodo, tanto para o governo quanto para alguns segmentos expressivos da sociedade, tornando-o alvo de investidas frequentes com o objetivo implícito ou explícito de contê-lo, de esterilizar os controles que ele exerce o mesmo acontecendo com relação ao Ministério Público. (Tavares, 2005, p.19)

Felizmente, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta mecanismo de proteção aos magistrados, isso porque a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Brasil, LC n. 35, de 1979), ainda que na iminência de ser substituída por uma mais atual, estabelece que “a atividade censória de Tribunais e Conselhos é exercida com o resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado” (art. 40) e que, “salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir” (art. 41).

Nessa conjuntura jurídico-sociológica adotada, contudo, em que se vincula hodiernamente o juiz a decisões procedidas pelos tribunais superiores, surge o receio de que o magistrado brasileiro possa vir a ser punido, caso fuja do engessamento proposto, notadamente quando desvirtuar da aplicação de súmulas de efeito vinculante e os precedentes judiciais.

Mesmo nesse modelo, que há vinculação às decisões proferidas pelos tribunais superiores, acredita-se ser impróprio e incoerente pensar em qualquer tipo de punição aos magistrados brasileiros quando, no exercício de sua função jurisdicional, manifestarem qualquer decisão divergente do foi estabelecido pelas súmulas vinculantes ou pelos precedentes judiciais, ou seja, decisões que fujam do direcionamento hermenêutico existente.

No mesmo sentido do que foi consignado, vale citar o ensinamento de Rui Barbosa, que apesar de distante em tempo, recai de forma extremamente atual:

Para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o Juiz os crimes de hermenêutica, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos. Esta hipérbole do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma

subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortes. (Barbosa; Câmara, 1896, p. 228)

Seguindo tal entendimento citado em linhas pretéritas, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “O magistrado não pode ser censurado penalmente pela prática de atos jurisdicionais” (APn. n. 441, de São Paulo, rel. Min. Peçanha Martins). Logo ocasional censura somente poderia acontecer, mesmo assim com muita limitação no âmbito do Direito Administrativo, porque em se tratando de decisão judicial, o juiz tem plena liberdade para interpretar as leis, e convencimento motivado quando da decisão.

A independência dos juízes para decidir e exercer a função jurisdicional com destemor é garantida pela imunidade e liberdade intelectual no respectivo exercício, especialmente quanto à interpretação da lei, não podendo ser punidos em seu desempenho, o que inegavelmente se estende [...] ao conteúdo ou teor das decisões que proferirem, desde que, evidentemente, não incorram em impropriedade ou excesso de linguagem. (Peluso; Gonçalves, 2010. p. 107)

Na topografia republicana, na qual o modelo nacional constitucional estabelece as garantias constitucionais e legais, as quais garantem a independência do magistrado no exercício de sua atividade jurisdicional, salvo, obviamente, não apresentando qualquer violação, no caso de dolo, culpa e má-fé do exercício da função jurisdicional.

Nessa hipótese silogística, *vis-à-vis*, a violação ocorreria por parte do magistrado que estaria se desviando de sua função, sendo que a punição administrativa e criminal seria uma consequência justa e natural ao desvio praticado.

Vale aqui salientar a manifestação do ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski, o qual obtemperou que “[...] o descumprimento de uma súmula vinculante de forma infundada e sem justificação pode ensejar a responsabilização do magistrado, porque é um ato de insubordinação”.

Com todas as vênias de estilo que o caso requer por ser de relevo e pertinência temática, entende-se não ser um ato de insubordinação haja vista não haver subordinação entre os magistrados nas suas atividades jurisdicionais, a não ser que a súmula vinculante tenha natureza jurídica administrativa, aí nessa hipótese estar-se-ia o juiz subordinado aos tribunais superiores.

Entende-se, portanto, o que se extrai do escólio *supra* é que, quando devidamente motivado, justificado e fundamentado, o entendimento contrário de súmula vinculante, seja por distinção (*distinguishing*.) superação (*overruling*) não gera qualquer fator punitivo ao magistrado. Isso porque, o magistrado que efetivamente praticar fraude, corrupção ou que venha a julgar com parcialidade para beneficiar qualquer uma das

partes, da relação processual aí, sim, sofrerá sanções de ordem administrativa, penal ou civil.

A LOMAN (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) o Código Penal e o Código Civil aplicam-se, no que couber, perfeitamente aos casos supracitados. O que se discute é o ato de interpretar, o ato de julgar honestamente e com convicções jurídicas fundadas devidamente no ordenamento jurídico. Para este tipo de situação, não há crime no ordenamento jurídico brasileiro.

Aliás, no ordenamento jurídico norte-americano, no que alude à teoria dos precedentes, não há punição aos magistrados mesmo quando não os precedentes por interpretarem de forma divergente, como bem apregoa José Luiz Vásquez Sotelo :

Se ha observado que ningún Juez, ni Inglaterra ni en los Estados Unidos, ha sido acusado y destituido (sometido al impeachment) por no seguir un precedente vinculante. En una determinada etapa (en Estados Unidos a partir de los tiempos dei Presidente dei Tribunal Supremo Warren, pera ya antes, a partir de la designación de Jueces por el Presidente Roosevelt) se ha producido el denominado activismo de la Corte Suprema mediante actuaciones e iniciativas de la Corte que ha conducido a que en varias mate rias se hayan producido cambios de jurisprudencia, abriendo novos rwnbos que tienen después el efecto expansivo de que las nuevas directrices serán seguidas por todos los Jueces de la Unión. Esta técnica se lia utilizado especialmente en materia de derechos civiles, derechos políticos, prohibición de la segragación racial etc.³⁰⁸

A única “sanção”, *prima facie*, a partir do advento dos precedentes aplicável ao magistrado que proceder à interpretação divergente da lei, da súmula ou dos precedentes é a reforma ou anulação do julgado, por meio de recurso ou mesmo ou por meio da Reclamação. Ou seja, mesmo nesse modelo vinculativo, não se pode falar em punição ao magistrado que venha a decidir diferentemente do direcionado pelos precedentes judiciais ou súmulas com efeito vinculante.

Em princípio, *ad argumentandum tantum*, parecer incongruente a permissão que num sistema em que a decisão do juiz de Direito ou de um órgão colegiado do Poder Judiciário viesse a divergir da interpretação de um Tribunal superior. A garantia, todavia, do Estado Democrático de Direito impõe que o juiz não poderá ser punido por prolação

³⁰⁸ Tradução livre do autor: Observou-se que nenhum juiz, seja na Inglaterra ou nos Estados Unidos, jamais foi acusado e removido (*impeached*) por não seguir um precedente vinculante. Em certa fase (nos Estados Unidos desde a época do presidente da Suprema Corte Warren, mas antes mesmo, da nomeação dos ministros pelo presidente Roosevelt) houve o chamado ativismo da Suprema Corte por meio de ações e iniciativas da Corte que tem levado a mudanças na jurisprudência em diversas matérias, abrindo novos rumos que posteriormente têm o efeito expansivo de que as novas diretrizes sejam seguidas por todos os Juízes da União. Esta técnica tem sido usada especialmente em questões de direitos civis, direitos políticos, proibição de segregação racial, etc.

de uma sentença, isenta de dolo e culpa, devidamente fundamentada à luz de todas as normas aplicadas à espécie versada (art. 93, inciso IX, CF c/c art. 489, §1º, CPC).³⁰⁹

Após proferidos todos esses argumentos fundados nos preceitos normativos constitucionais e legais de forma estruturante acerca da dogmática jurídica no tocante aos precedentes judiciais, às súmulas com efeito vinculante e a outros assuntos correlatos, mister se faz trazer a este cenário de cunho jusnormativo-filosófico alguns dados do CNJ – justiça em números e da Associação dos Magistrados brasileiros – AMB e análises dos mesmos, embora esta pesquisa não seja de natureza quantitativa e sim qualitativa, tampouco seja o objeto direito desta pesquisa, entretanto de forma reflexa é salutar trazer a lume esses achados estatísticos, uma vez que têm correlação de forma reflexa com o tema da pesquisa em apreço.

6.9.1 Análise dos Dados dos CNJ - Justiça em números de 2017

Desde o ano de 2004, o Conselho Nacional de Justiça apresenta relatórios anuais³¹⁰ estatísticas oficiais do Poder Judiciário, sempre trazendo de forma minudente sua estrutura e a litigiosidade, com o intuito de possibilitar que o jurisdicionado se mantenha ciente e informado, bem como para subsidiar a própria gestão do Poder Judiciário.

De acordo com o levantamento procedido em 2014, cujos resultados foram apresentados no relatório de 2015, as estatísticas colhidas pelo CNJ demonstram que a força de trabalho dos magistrados vem crescendo proporcionalmente à população

³⁰⁹ O descumprimento promovido pelo magistrado do seu dever funcional. Art. 35, I, da LOMAN. Inexistência. Regular exercício da atividade jurisdicional. Princípio do convencimento motivado. *Error in judicando*. O Juiz tem o dever legal de observar as suas obrigações, no que se inclui ‘cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício’ (LOMAN, art. 35, I). É-lhe assegurado, todavia, o exercício da função com liberdade de convencimento (CPC, art. 131) e independência, de modo a garantir, em última análise, a autonomia e independência do próprio Poder Judiciário (CF, art. 95). Constatado, no caso concreto, que, conquanto se possa considerar equivocada a decisão que condenou terceiro não integrante da relação processual, o ato em questão foi praticado no regular exercício da função e de acordo com a convicção do magistrado sobre a matéria. Não há falar, portanto, em descumprimento de dever funcional e de responsabilização do magistrado. Revisão Disciplinar de que se conhece e que se julga improcedente (CNJ, RD n. 200830000000760, rel. Cons. ALTINO PEDROZO DOS SANTOS, 80ª Sessão, j. 17.03.2009, in DJU 06.04.2009).

³¹⁰ Esses números supramencionados representam a soma dos processos em acervo registrado no ano pelo CNJ, com o total de processos baixados. De acordo com o Anexo II, da Resolução CNJ nº 76/2009: “Consideram-se baixados os processos: a) remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; b) remetidos para as instâncias superiores ou inferiores; c) arquivados definitivamente. Não se constituem por baixas as remessas para cumprimento de diligências, as entregas para carga/vista, os sobrestamentos, as suspensões e os arquivamentos provisórios. Havendo mais de um movimento de baixa no mesmo processo, apenas o primeiro deve ser considerado.

brasileira, que passou de 190,7 milhões, em 2010, para 206 milhões em 2016.³¹¹ Nesse período, o número de magistrados em cada grupo de 100 mil habitantes quase não houve variação. Em 2010, havia 8,6 magistrados para cada grupo de 100 mil brasileiros.

Em 2016, a média registrada foi de 8,2. (Montenegro, 2017, CNJ, Agências de Notícias). De acordo com a pesquisa realizada pelo CNJ, 109,1 milhões de processos tramitaram pela Justiça durante 2016. Esse número é o resultado da soma dos processos em acervo registrado no ano com o total de “processos baixados” computados pelo CNJ. Portanto, do total de ações que passaram pelas mãos de juízes e tribunais em 2016, 79,7 milhões continuaram em poder de magistrados.

A quantidade de processos que se encontram em trâmite subiu 7% em relação a 2015. Já o acervo subiu 3,6%. (Montenegro, 2017, CNJ, Agências de Notícias). Veja-se no gráfico abaixo:



Fonte : Conselho Nacional da Justiça-Justiça em números de 2017.

Observa-se, por oportuno, que os números divulgados também são resultantes de mudanças nas técnicas e preceitos metodológicos atinentes ao cálculo do Justiça em Números. É mister aduzir, ainda, que até a edição de 2015, a divulgação dos dados refere-se ao ano 2014, a produtividade do Poder Judiciário na esfera estadual e federal apontada pela quantidade de processos em tramitação, novos processos recebidos e processos já julgados. Sem dúvida, a situação quanto à eficiência do Poder Judiciário é, como se pode perceber, assustadora.

³¹¹ De acordo com o anuário estatístico produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) Justiça em Números 2017, os quadros da magistratura receberam 635 novos juízes em 2016, mas esse número ainda é insuficiente para atender as necessidades do judiciário brasileiro. O crescimento foi de 3,65% em relação ao ano anterior. Ao todo, o Poder Judiciário terminou 2016 com 18.011 juízes de direito, desembargadores e ministros. Em 2009, esse número era de 15.946.

A forma de calcular mudou a partir de 2016, uma vez que se passou a considerar também os “processos baixados”. Segundo o Conselho Nacional de Justiça, isso exprime observância de quatro critérios à luz da Resolução n. 76, de 2009, a saber: *in verbis*:

Casos remetidos para órgãos judiciais de outra competência (da Justiça do Trabalho para a Federal, por exemplo); casos remetidos para instâncias superiores ou inferiores; casos arquivados definitivamente; e casos em que houve trânsito em julgado ou que estão em fase de execução (Montenegro, 2017).

A breve trecho, essa é a situação quanto à atividade jurisdicional do Poder Judiciário que tem como função precípua julgar as demandas e homologar as pretensões consensuais, em tempo hábil, uma vez que é defeso o exercício arbitrário pelas próprias razões, porque para que haja segurança jurídica é mister que as pretensões consensuais sejam homologadas em juízo.

A homologação (o ato de homologar) tem a ver com a comprovação de um ato oficial. Uma vez homologado qualquer negócio jurídico, significa dizer que os interessados chegaram a uma composição e como regra é um processo a menos para o Poder Judiciário, além da sua natureza de paz.

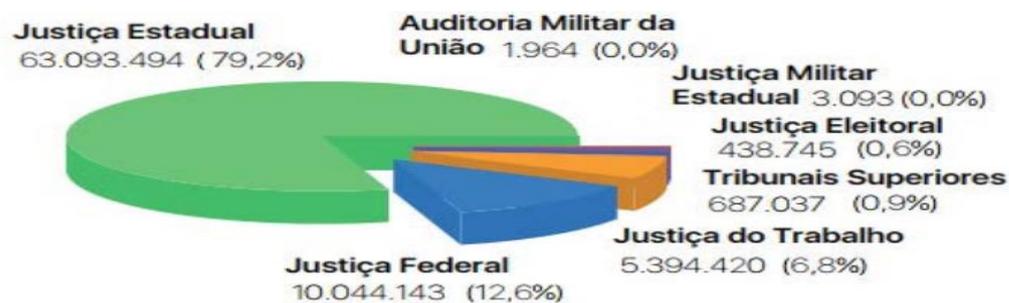


Figura 1: Casos pendentes, por ramo de Justiça

Fonte: Relatório CNJ, Justiça em Números –2017, p. 71.

Os dados *supra* (Figura 1) demonstram que dos processos pendentes, a maioria (quase a totalidade) representa lides da Justiça Estadual, que por consectário concentrará o número significativo do quadro de pessoal para a tramitação e julgamento das demandas em andamento até o seu trânsito em julgado (Damasceno,2018)

Os dados do relatório do CNJ de 2017 (p.67) evidencia que o crescimento acumulado entre o período de 2009 a 2016 culminou em de 31,2%, o que equivale a um acréscimo substancial de 18,9 milhões de processos. Neste quadro fático, a cada grupo de 100 mil habitantes, 12.907 ajuizaram uma ação em 2016. Nas estatísticas em tela, foram considerados somente os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais.

Segundo os achados da pesquisa, houve alta produtividade dos magistrados no ano de 2016, vê-se variação histórica do número de casos sentenciados, pois enquanto no intervalo entre 2015 e 2106 houve um crescimento de decisões proferidas em 11,4%, e o crescimento acumulado dos seis anos pretéritos evidenciou 16,6%, o que equivale a 30,8 milhões de processos julgados em 2016. De acordo com o relatório de 2017, contudo caso não houvesse ajuizamento de nenhuma demanda, mesmo assim seriam necessários quase três anos para zerar o estoque à época existente.

Na tabela acima, observa-se que segundo a pesquisa em questão quase 80 (79,2%) dos processos pendentes são de jurisdição estaduais, entretantes não se apontou os motivos que deram causa ao mencionado acúmulo desses processos em tramitação.



Figura 2: Total de magistrados por ramo de Justiça

Fonte: Relatório CNJ, Justiça em Números – 2017, p. 71.

O resultado de todos os processos pendentes no Poder Judiciário releva que quase sua totalidade reflete ao desempenho da Justiça Estadual (79,2%), seguido pela Justiça Federal (12,6%), o que chama a atenção é a concentração dos processos tramitando em primeiro grau de jurisdição. Destaca-se, neste particular, como apontado no relatório anual de 2015, no ano de 2014, 92% do total de processos se encontravam tramitando em primeira Instância (naquele momento, numericamente, isso representava 91,9 milhões de processos de um total de 99,7 milhões). Este percentual de concentração ficou ainda maior no ano de 2016 (conforme relatório de 2017), quando 94,2% dos casos pendentes se encontravam em primeiro grau de jurisdição.³¹²

³¹² Com base nestes dados, por meio da Resolução CNJ n. 219, de 2016, que dispõe sobre critérios de distribuição de servidores, de cargos em comissão e de funções de confiança nos órgãos do Poder Judiciário de primeiro e segundo graus. Por meio dela determinou-se que até o dia 1º de julho de 2017 todos os Tribunais deveriam revisar o número de servidores lotados em primeiro grau de jurisdição, para que se passasse a guardar proporção com o número de processos ingressados, já que foi ele o responsável por 86% dos processos ingressados e 94% do acervo processual do Poder Judiciário em 2016.

Pelos aludidos dados, observa-se que o princípio da duração razoável do processo se distancia da realidade.³¹³ É inegável que o Judiciário não é capaz de receber todas as demandas advindas da sociedade e oferecer acesso a uma ordem jurídica justa. Como bem descrito por Capelletti e Garth (2002, p.71) ao tratar da terceira onda renovatória de acesso à justiça, deve-se encorajar uma “ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou para profissionais, tanto como defensores”, tudo para “evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios”.

6.9.2 Dos dados da Associação dos Magistrados brasileiros – AMB – 2018

Questão: O(a) magistrado(a) deveria poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes.		
	Concorda	Discorda
1º grau	51,8%	48,2%
2º grau	51,3%	48,7%
Inativos	66,6%	33,3%
Ministros	55%	45%

Questão: O sistema de súmulas e precedentes vinculantes afeta a independência do(a) magistrado(a) em sua interpretação das leis e em sua aplicação.		
	Concorda	Discorda
1º grau	51,5%	48,4%
2º grau	56,5%	43,6%
Inativos	63,9%	36%
Ministros	40%	60%

Fonte da pesquisa: AMB – 2018.

Entre os dados coletados, a pesquisa em questão também abordou a opinião dos magistrados sobre a necessidade de decidir sem se pautar pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes. Segundo a pesquisa, 51,8% dos juízes de 1º grau entendem que deveriam decidir sem se pautar na jurisprudência. Entre os juízes de 2º grau em atividade, a pesquisa aponta que a porcentagem de magistrados que entendem que não deveria se pautar pela jurisprudência é semelhante, qual seja 51,3% dos magistrados.

³¹³ Entende-se que o princípio da duração razoável do processo deve ser avaliado no caso específico (concreto), levando-se em consideração a quantidade de processos em cada órgão jurisdicional, a quantidade de funcionários, condições materiais e quantidade de magistrados. De outro lado, por sua vez, o princípio da duração razoável deve estar sempre em harmonia com outros princípios constitucionais, também fundamentais, com os do contraditório, acesso à justiça, efetividade, e justiça do procedimento, entre outros, buscando uma decisão justa e razoável da demanda. (SCHIAV, Mauro. O novo código de processo civil e o princípio da duração razoável do processo. Disponível em <https://www.trt7.jus.br/>. Acesso em: 7, out. 2022.

Faceado com a temática em cotejo, vê-se que nos Tribunais Superiores, de acordo com a pesquisa em apreço, a porcentagem de magistrados que entendem que não deveriam se pautar na jurisprudência é ainda maior. Ao todo, de 20 ministros entrevistados 55% concordam que os julgadores deveriam decidir sem seguir o sistema de súmulas e precedentes vinculantes. Já entre juízes e desembargadores inativos, 63,9% concordam que magistrados deveriam poder decidir sem seguir necessariamente a jurisprudência dos Tribunais.

Pelo resultado da pesquisa, vê-se que 51,8% dos magistrados de primeiro grau e 56,5% dos magistrados de segundo grau concordam que que eles deveriam decidir sem se pautarem, necessariamente pelo sistema de súmula e de precedentes vinculantes.

Os magistrados quando indagados se o sistema de súmulas e de precedentes vinculantes afeta a independência dos magistrados em sua interpretação das leis e em sua aplicação, vê-se no quadro *supra* que 51,5% dos juízes de primeiro grau e 56,5% de segundo grau acreditam que tal sistema afeta, sim, a sua *ratio decidendi*, logo por consectário lógico, os precedentes merecem estudos mais acurados.

A pesquisa proferida pela AMB em 2018 não aponta os motivos que levaram os magistrados responderem à pesquisa dessa forma, quiçá em virtude da realidade social em cada lide versar de forma adversa os preceitos normativos dos institutos vinculantes.

À luz desse resultado desta pesquisa, pode-se entender que muitos magistrados não querem ser pautados pelos institutos vinculantes quiçá por entenderem que as realidades sociais muitas vezes não se coadunam com os enunciados da razão de decidir dos citados precedentes e súmulas com efeito vinculante.

O CPC de 2015 extinguiu livre convencimento (art. 371) e os artigos 926 e 927 do aludido *codex* enumeram o que os juízes e tribunais devem observar quando forem tomar decisões, minimizando a influência de interpretações pessoais e completa o comando legal do art. 371 do CPC que assim dispõe: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

A pesquisa em apreço traz a lume um problema grave, que já era do conhecimento da comunidade jurídica, qual seja, não há simpatia de muitos magistrados de vários graus com um sistema jurídico de precedentes e de súmula vinculante que funcione por, e com, coerência e integridade".

Nesse sentido, Luiz Lenio Streck esclarece que

E aí reside o nó: exatamente por isso é que o sistema é fragmentado e há tantos recursos. Isso gera jurisprudência defensiva. É um círculo vicioso. Se as decisões não são coerentes umas com outras e não obedecem a uma integridade vertical, parece óbvio que aumenta a insegurança jurídica. (Streck, 2022)

Pelos fundamentos jurídicos aquilatados não foram objeto da pesquisa, por exemplo, as razões por que nem os próprios tribunais superiores obedecem à sua própria jurisprudência. Vê-se por consequência que há um duplo impasse que consiste na seguinte incógnita: os juízes de piso e tribunais de segundo grau não obedecem, ou seja, nos termos da referida a pesquisa, “não concordam que devam obedecer - a jurisprudência (precedentes judiciais, sumulas vinculantes) ”.

Interessante que os tribunais superiores não seguem a si mesmos. Mesmo com a vigência do CPC desde 2015, após a *vacatio legis* de um ano, o qual determina que todos os magistrados (incluídos Ministros) que procedam aos julgamentos, consoante os mandamentos legais insertos no artigo 926 do CPC, os quais instituem que a jurisprudência deve ser estável, íntegra e coerente, além do artigo 10 do mesmo *codex* que dispõe que “ nenhuma decisão deve ser feita de surpresa” e do art.489,§1º⁽³¹⁴⁾ do CPC, que diz respeito à fundamentação da decisão judicial.

Trata-se do primeiro censo brasileiro do Poder Judiciário, promovido pelo Conselho Nacional de justiça. Do universo de 16.812 magistrados em atividade, 10.796 responderam ao questionário eletrônico proposto pelo mencionado conselho, um índice de resposta de 64%.³¹⁵

³¹⁴ Art. 489, § 1º, CPC : “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

³¹⁵ Segundo os números preliminares do Censo em apreço revelam que, 64% dos magistrados são do sexo masculino. Eles chegam a representar 82% dos ministros dos tribunais superiores. O levantamento também aponta que a maioria dos magistrados são casados ou estão em união estável (80%) e tem filhos (76%). A idade média de juízes, desembargadores e ministros é de 45 anos. Na Justiça Federal estão os juízes mais jovens, com 42 anos, em média. Em geral, a carreira dos magistrados começa aos 31,6 anos de idade, enquanto a das magistradas começa aos 30,7 anos. A pesquisa em questão relevou que, no que alude “à composição étnico-racial da carreira, juízes, desembargadores e ministros declararam ser brancos em 84,5% dos casos. Apenas 14% se consideram pardos, 1,4%, pretos e 0,1%, indígenas”. O censo evidenciou que há apenas 91 deficientes no universo da magistratura, estimado em pouco mais de 17 mil pessoas. A jornada de trabalho diária dos juízes é, em média, de 9 horas e 18 minutos. Os juízes em início de carreira (substitutos) têm a maior carga horária de trabalho, com 9 horas e 37 minutos. Além do trabalho

O coordenador do Censo, conselheiro Paulo Teixeira, pontua que se trata da primeira pesquisa aberta aos magistrados em nível nacional, e pondera que, *in verbis*:

Os resultados são alvissareiros, mesmo comparando-os a pesquisas realizadas nos Estados Unidos da América, Inglaterra e Canadá. A diferença é que, nesses países, as pesquisas são periódicas e realizadas há muitos anos. Esse trabalho gigantesco tende a melhorar a prestação jurisdicional e a identificar a magistratura brasileira. (Teixeira, 2022)

6.9.3 Direitos e garantias fundamentais, a razoável duração do processo refletida no CPC de 2015 e a justiça multiportas (*multi-door Justice*)

Como se sabe, as súmulas vinculantes e os precedentes judiciais foram criados, para entre outras situações, reduzir a quantidade de processos judiciais e sua razoável duração, entretanto a realidade da cultura da litigância tem mostrado que esses institutos jurídicos não resolvem essa situação. Acredita-se que a justiça multiportas idealizada pelo atual Código de processo Civil brasileiro, se bem utilizados os institutos da mediação, arbitragem e conciliação e todos os meios adequados de resolução de conflitos, a criação de Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos – CEJUSC, poderá quiçá mudar a cultura brasileira da litigância.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está fulcrado no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição da República, o qual prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Além de servir como preceito normativo norteador para atuação do legislador, o qual está impedido poder instituir normas que restrinjam o acesso à justiça,³¹⁶ e na mesma perspectiva, salienta-se por oportuno, que representa também o direito ao jurisdicionado de postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória, notadamente a um direito individual, difuso ou coletivo.

Estabelecidas essas premissas alhures delineadas, aduz-se o Poder Judiciário ainda é visto como a principal forma de resolução das lides (com esse raciocínio

jurisdicional, 14% dos magistrados também realizam atividades docentes - 63% deles informaram possuir pós-graduação.

³¹⁶ Vale obter que o acesso à justiça pressupõe a capacidade e oportunidade de realização de um direito, primordialmente dos direitos humanos, assim considerados os direitos civis, políticos e sociais, configuração da verdadeira cidadania. Assim o sendo, vislumbrar-se-á maior aproximação do que venha a ser o Direito como tentativa de construção do justo. Ressalta-se que o acesso à justiça não se confunde com acesso ao Poder Judiciário. Neste, por sua vez, só poderá postular que preencher os requisitos legais. Para Uadi Lammêgo Bulos, o objetivo da garantia constitucional do acesso à justiça é “difundir a mensagem de que todo homem, independente de raça, credo, condição econômica, posição política ou social, tem o direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, na defesa de seu patrimônio ou liberdade.” (BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 482).

corroboram os números mostrados pelo CNJ). “Além disso, não se pode negar a inspiração nas ADRs, ou *Alternative Dispute Resolution*, do direito norte-americano, e do *alternative* a influência brasileira de para o uso do termo: alternativos”. (Almeida, 2011).

Em virtude da complexidade e alto custo, a busca por soluções rápidas e menos onerosas ocasionou a grande difusão do uso das *Alternative Dispute Resolution* nos Estados Unidos da América, de tal sorte que, conforme afirma Facchini Neto (2009, 2011), 95% das causas são resolvidas por esta via.

O mencionado autor destaca que popularidade dos meios adequados de resolução de conflitos “à crescente incapacidade institucional dos sistemas jurídicos de solucionarem controvérsias acerca dos novos direitos de maneira satisfatória”. Facchini Neto (2011), por sua vez, assevera que há dois fatores, como principais, quais sejam, o crescente uso de métodos autocompositivos: a barreira econômica do alto custo e duração dos processos judiciais e a insatisfação do papel que as partes ocupam na tomada de decisão no processo tradicional.

Taruffo (2007) não acredita que os meios alternativos como uma boa solução, contudo reproduz argumento interessante porque para ele a pró-ADR ao informar que se trata de um tipo de justiça coexistencial, esta se contrapõe modelo conflitual, e evita que os conflitos criem raízes e caminhem para morosidade, e essa nova multiportas³¹⁷ oferece tutela a direitos que não em princípio seriam recepcionados pela função jurisdicional. (Mizuta, 2017)

O conceito clássico de justiça estatal, adjudicada pelo magistrado não mais é a *ultima ratio*, porque o atual CPC trouxe os meios adequados de composição (mediação, conciliação, entre outros) que, por consectário, a jurisdição estatal não é mais o único meio adequado para a solução de conflitos. Em obediências a essas novas dogmáticas jurídicas, ao lado dessa justiça de porta única adotada no Brasil antes do CPC de 2015, nascem novas formas de acesso à justiça multiportas. (Didier JR.; Zaneti JR.2022)

³¹⁷ O Sistema Multiportas é um modelo alternativo para solução de conflitos que prevê a integração de diversas formas de resolução dos litígios, sendo judiciais ou extrajudiciais. Por meio dele, o Estado conduz os litigantes para a melhor opção de resolver o conflito. A Resolução nº 125/2010 do CNJ foi fundamental para a implementação do sistema de Justiça Multiportas, por constituir-se no primeiro regramento quanto à implementação e aplicação adequada das técnicas autocompositivas nos tribunais de todo o país. No sistema multiportas pensado por Frank Sander, especialistas seriam treinados para receber os cidadãos em centros especializados nos fóruns e Tribunais de Justiça e analisar os conflitos apresentados. Após escutar a descrição do conflito, o especialista deveria apresentar ao cidadão as várias opções disponíveis para a solução de conflitos e indicar aquela que seria mais adequada para solução de seu problema em particular. (Kessler, Gladys y Finkelstein, Linda. *The evolution of a multi-door courthouse*. 37 Cath. U. L. Rev. 577 (1988), p. 580 (577-590). Disponível em: <http://scholarship.law.edu/lawreview/vol37/iss3/2> . Acesso em: 13, jun. 2018.)

Nessa nova concepção justiça trazida pelo o novel CPC, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser *ultima ratio*, *extrema ratio*.³¹⁸ Assim, do acesso à justiça dos tribunais passamos ao acesso aos direitos pela via adequada de composição,³¹⁹ da mesma forma que, no campo do processo, migramos da tutela processual, como fim em si mesmo, para a tutela dos direitos, como finalidade do processo.

A criação de Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos – CEJUSC, que serão responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento do programa que visa a auxiliar, orientar e, principalmente, estimular a autocomposição. (art.165, CPC). Os §§ 2º e 3º do art.165 do CPC têm esse desiderato de promover a diferenciação da atuação do conciliador e do mediador, obedecendo às balizas legais do ordenamento jurídico pátrio.³²⁰

Pode o tribunal criar quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos (art. 167, § 6º, CPC). Desde a Petição Inicial, o autor informará sua opção pela realização ou não de audiência de conciliação ou mediação (art. 319, VII, CPC), cabendo ao réu, após citação, manifestar-se por seu interesse em participar da audiência.

Marcus Vinicius Furtado Coelho (2022) pontua que com o advento da Resolução 125, de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual instituiu a "Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade". É a partir

³¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos mediante o procedimento comum. Volume 2. São Paulo: RT, 2015, p. 173; ANDREWS, Neil. In.: VARRANO, Vincenzo (a cura di). L'Altra Giustizia: I Metodi di Soluzioni delle Controversie nel Diritto Comparato. Milano: Giuffrè, 2007, p. 17-18. O caráter residual da justiça comum é comprovado pela experiência dos Estados Unidos e da Inglaterra. Citado por Andrews, os Practice Directions – Protocols afirmam “o processo jurisdicional deve ser a extrema *ratio*, e... as demandas judiciais não devem ser promovidas prematuramente, quando é ainda provável uma transação”

³¹⁹ A ideia de adequar o acesso à justiça aos direitos é defendida internacionalmente. A justiça não-estatal não é apenas alternativa, mas, em determinados casos, é a justiça mais adequada. O princípio que faculta essa possibilidade é justamente o princípio da adequação. Na doutrina, defendendo o princípio da adequação e apontando inclusive algumas das principais críticas ao sistema multiportas, em especial, as dificuldades culturais dos operadores brasileiros, a necessidade de qualificar e preparar os profissionais para o exercício da mediação e da conciliação, a criação de centros para as sessões de mediação e audiências de conciliação, etc., cf.: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. Revista de Processo, vol. 195, ano 36. São Paulo: RT, maio, 2011, p. 187-208; NETO, João Luiz Lessa. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora? In: Revista de Processo, vol. 244, ano 40. São Paulo: RT, jun. 2015, p. 427-441.

³²⁰ O mediador e conciliador devem estar inscritos em cadastro nacional e em cadastro do respectivo tribunal, consoante estatui art. 167, CPC, estando aptos a atuar somente depois realizar de curso promovido por entidade credenciada (art. 167, § 1º, CPC). Poderão ser remunerados pelo tribunal (art. 169), ou atuar como voluntários, de forma gratuita (art. 169, § 1º, CPC).

da citada resolução que de forma efetiva se inicia, no Brasil, a implementação do Sistema de Justiça Multiportas para a solução de litígios. Veja-se, por exemplo, “que a precitada normativa já previa, inclusive, a criação de unidades do Poder Judiciário responsáveis pela realização e gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação”.

Com fulcro no Código de Processo Civil brasileiro de 2015, a justiça multiportas se apresenta como uma possível solução com eficácia capaz de efetivar o acesso à justiça com mais eficiência e operacionalidade.

Na medida em que os litigantes são menos adversários e mais cooperativos segundo os preceitos, a solução do conflito se apresenta com ganhos mútuos que podem até ultrapassar as partes envolvidas e ocasionar o fortalecimento da cidadania por meio da promoção da paz social, da justiça e da solidariedade, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consoante preceituam os preceptivos legais insertos no art. 3º da Constituição da República.

No ano de 2016, foram prolatadas pelo Poder Judiciário 30,7 milhões de sentenças e decisões terminativas, desse total, 11,9% foram passíveis de acordo (homologatórias), isso representa um crescimento menos de 1% se comparado com o ano anterior. O desempenho foi um pouco melhor na fase de conhecimento do primeiro grau de jurisdição, que atingiu 17,4% na justiça comum, 16% nos juizados especiais e na Justiça do Trabalho este índice alcançou 39,7% (Conselho Nacional de Justiça, 2017).

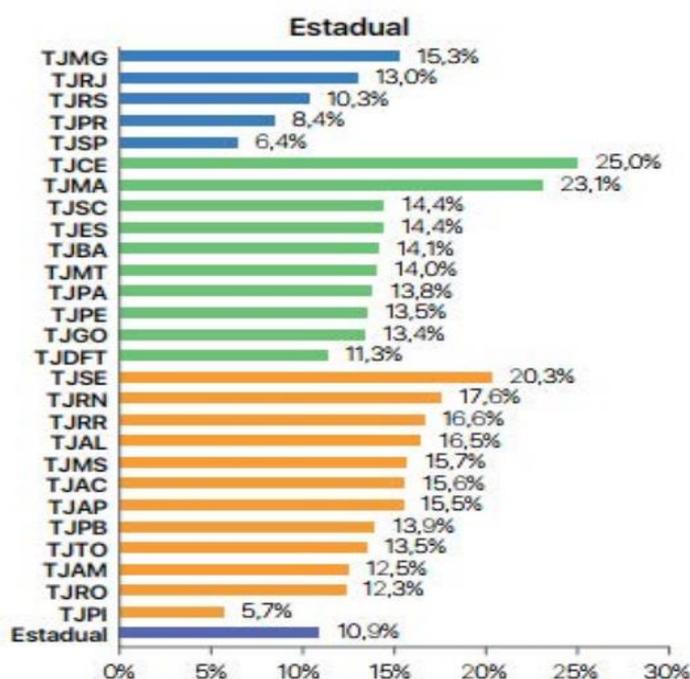


Figura 3: Índice de conciliação, por tribunal

Fonte: Relatório CNJ, Justiça em Números – 2017, p. 127.

Os números não vislumbram um aumento significativo nas sentenças homologatórias de acordo, entretanto com o advento do CPC entrou em vigor em março de 2016 e a partir dele a audiência prévia de conciliação e mediação passa a ser etapa obrigatória, e não comparecimento acarreta em sanção.

Consoante dispõe o preceito legal inserto no § 8º do art. 334 do CPC, o não comparecimento sem justificativa é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será aplicada multa de 2% da vantagem econômica pretendida ou do Valor da Causa, revertida em favor da União ou Estado.

Na Lei de Mediação, art. 22, inciso IV, há previsão que o não comparecimento para a primeira reunião de mediação, “acarretará a assunção de 50% das custas e honorários de sucumbência caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial que envolva o escopo da mediação”

Além disso, o artigo 695 do CPC determina em seu § 1º “que após tomadas as devidas providências referentes a tutela provisória, nas ações de família o juiz ordenará a citação do réu para que compareça na audiência, sendo o mandado desacompanhado de contrafé”, isso facilita um momento de dialógico entre as partes.

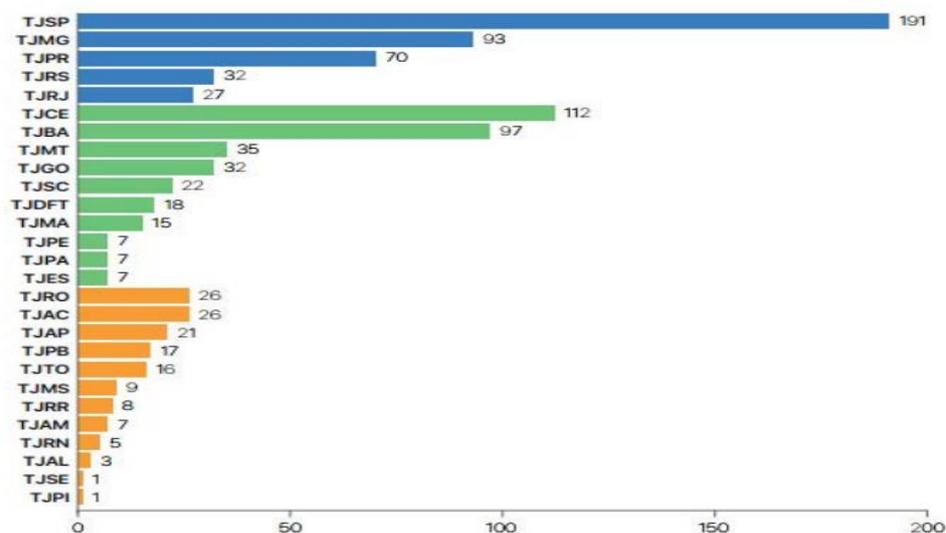


Figura 4: Centros Judiciários de Solução de Conflitos na Justiça Estadual, por tribunal

Fonte: Relatório CNJ, Justiça em Números – 2017, p. 125.

O Poder Judiciário tem se esforçado para atender à demanda, e percebe-se que a implantação de vários Centros e Núcleos de Mediações nas Instituições de Ensino Superior, principalmente meio de convênios com órgãos públicos. Não se ignora a existência de outros centros de mediação, inclusive privados e a proliferação da ideia.

Com fulcro na análise dos relatórios anuais organizados pelo CNJ, contudo se observa que o número de processos em tramitação continua crescendo. Consoante os achados do relatório do ano-base 2016, cuja média de crescimento de casos pendentes é de 4,5% a cada ano. Conforme já mencionado, em 2016, foram propostos quase trinta milhões de novos processos (29,4 milhões de processos novos), o que culmina numa média de 14,3 processos para cada 100 habitantes.

De todos os processos que tramitaram, apenas 27% tiveram uma solução, o que implica uma taxa de congestionamento líquida de 69,3%¹⁴, mesmo com o Índice de Produtividade dos Magistrados em alta, com crescimento de 2% do Índice de Produtividade dos Servidores da Área Judiciária (Conselho Nacional de Justiça, 2017).

Eduardo Talamini (2018) aduz o art. 16, da Lei de Mediação, que faculta às partes requerer a suspensão de processo por prazo suficiente para que possam se autocompor, sendo “irrecorrível a decisão que suspende o processo, nos termos requeridos de comum acordo pelas partes”.(art. 16, § 1º, da Lei de Mediação).

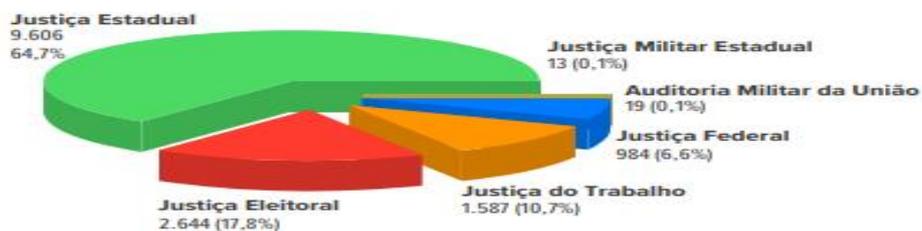
Acreditar que somente por meio do Poder Judiciário é possível obter soluções justas e eficazes atualmente é um olhar equivocados, enquanto a ADR é uma realidade e um olhar futurista. (Facchini Neto, 2009) Além de representar uma tendência mundial, a utilização de meios alternativos de resolução de conflito não exclui necessariamente a possibilidade do processo judicial.³²¹

Segundo os achados estatísticos do aludido senso, a maioria das unidades do Poder Judiciário pertencem à Justiça Estadual, a qual possui 9.606 varas e juizados especiais e 2.672 comarcas (48% dos municípios brasileiros são sede da Justiça Estadual). A Justiça do Trabalho, por sua vez, está sediada em 624 municípios (11,2% dos municípios) e a Justiça Federal em 278 (5% dos municípios).

³²¹ O CNJ aponta que no aludido senso que o primeiro grau do Poder Judiciário está estruturado em 14.853 unidades judiciárias, o que evidencia a criação de 61 novas unidades em relação ao número do ano passado (14.792). Conforme Figuras 9 e 10, esse total se divide em 9.606 (64,7%) pertencentes à Justiça Estadual e se subdivide em Varas (8.389, representando 87,3% da Justiça Estadual e 56% do total nacional) e Juizados (1.217, representando 12,7% da Justiça Estadual e 8% do total nacional). A Justiça do Trabalho conta com 1.587 unidades (10,7%); a Justiça Federal com 984 (6,6%), estas subdivididas em 790 Varas (80,3% do total da Justiça Federal e 5% do total nacional) e 194 Juizados Especiais Federais (JEFs) (19,7% da Justiça Federal e 1,3% do total nacional); a Justiça Eleitoral conta com 2.644 unidades (17,8%), a Justiça Militar Estadual com 13 unidades (0,1%) e as Auditorias Militares da União com 19 unidades (0,1%).

6.9.4 Processos eletrônicos já são 97% do total do país, mostra levantamento do CNJ

Figura 9 - Unidades judiciárias de primeiro grau, por ramo de justiça



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

No o ano de 2020, somente 3,1% do total de processos novos ingressaram de forma física na a Justiça do Brasil. Ao longo do ano, contudo foram protocolizados 21,8 milhões de casos novos eletrônicos. Isso representa o maior percentual de processos eletrônicos registrados até então. A título de exemplo, em 48 Tribunais brasileiros, todos os processos protocolizados em de 2020 eram eletrônicos.³²²

O mencionado relatório apontou que os 48 tribunais, entre os 90 que existem alcançaram 100% de ingresso de processos eletrônicos em primeira e segunda instâncias — 11 na Justiça Estadual; 21 na Eleitoral; 11 na Justiça do Trabalho; dois entre os TRFs; um na Justiça Militar Estadual; e dois tribunais superiores (TST e STM). A Justiça Militar Estadual começou a implantação do PJe no final de 2014 e tem 71,5% dos casos novos tramitando nessa modalidade. Na Justiça Federal o percentual é de 99,5%, e na Justiça Estadual, 95,5%.

É possível evidenciar que a curva de informatização de processo do primeiro grau é superior ao segundo grau em todo o período, havendo maior aproximação entre os indicadores em 2020, tudo isso em virtude da evolução na virtualização dos processos de segundo grau.

Pelos dados *supra*, pode-se concluir que em 2020 foi elevada a tendência de informatização da Justiça brasileira. No ano anterior, 97,5% dos processos de primeira instância eram eletrônicos, contra 95,3% na segunda instância.

³²² É notória a curva de crescimento do percentual de casos novos eletrônicos, sendo que no último ano o incremento foi de 6,6 pontos percentuais. O percentual de adesão já atinge 96,9%.³²² Os resultados estão presentes da 18ª edição do Relatório Justiça em Números, anuário estatístico consolidado desde 2009 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O anuário de 2021 tem como base os números do ano de 2020, e revelou que a Justiça Trabalhista foi segmento com maior índice de virtualização dos processos, com 100% dos casos novos eletrônicos no TST e 99,9% nos Tribunais Regionais do Trabalho. Na Justiça Eleitoral 99,5% dos processos eleitorais ingressaram por meio de plataformas digitais. Nesse segmento, em 2018, 32,8% dos processos haviam ingressado eletronicamente, enquanto até 2016 todos os processos eram físicos.

A magistratura está sendo desenhada por um Poder Judiciário que inspira luzes de uma justiça multiportas, mas ainda de forma tímida se comparada com outros países (como por exemplo, os Estados Unidos da América) e vem traçando uma nova forma de judicatura, por consequência, força os magistrados a pensarem o seu papel constitucional dentro da sociedade contemporânea, de forma mais proativa, coerente e humanística.

Elaine Harzheim Macedo Marina Damasceno afirma que

Diante de uma moderna sociedade, com inéditas demandas e necessidades, o Juiz contemporâneo também é gestor e está em sintonia com a atual conformação social e preparado para responder, com eficiência e criatividade, às expectativas da sociedade, tendo em consideração as promessas do direito emergente e as exigências de uma administração judiciária compromissada com a qualidade total. (Damasceno, 2018)

A partir da análise dos relatórios anuais organizados pelo Conselho Nacional da Justiça, em síntese, é perceptível e crível o número de processos em tramitação continua crescendo. Consoante mostram os dados do relatório do ano-base 2016, a média de crescimento de casos pendentes é de 4,5% a cada ano. Como já mencionado em linhas pretéritas, em 2016 foram propostos 29,4 milhões de processos novos, o que representa uma média de 14,3 processos para cada 100 habitantes. Apenas 27% de todos os processos que tramitação houve solução, o que representa uma taxa de congestionamento líquida de 69,3%¹⁴, apesar do Índice de Produtividade dos Magistrados em alta, com a solução de mais de sete processos ao dia e com o crescimento de 2% do Índice de Produtividade dos Servidores da Área Judiciária (Conselho Nacional de Justiça, 2017).

Não é por acaso que o conjunto de disposições legais reflita a preferência pelas soluções autocompositivas e extrajudiciais, e os diferentes órgãos e entidades tem buscado consolidar centros e núcleos de conciliação e mediação. Talamini (2018) sustenta que o comando legal estatuído no art. 16, da mencionada Lei de Mediação faculta às partes requerer a suspensão de processo por prazo suficiente para que possam se autocompor, sendo “irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes” (art. 16, § 1º.).

Milita em equívoco quem pensa que somente o Poder Judiciário é capaz de ofertar soluções justas, coerentes e eficazes representa um olhar pelo retrovisor. Pelo exposto, a ADR é um olhar para o futuro e contra a cultura da litigiosidade (Facchini Neto, 2009).

Postas essas premissas reflexivas, os meios alternativos de resolução de conflitos além de representarem uma tendência mundial, por óbvio não exclui a possibilidade do processo judicial, inclusive possível a coexistência harmoniosa entre ambos. E com esse

espírito republicano, sociedade é quem ganha, já que ambos devem auxiliar na pacificação social.

Embora não seja objeto desta pesquisa, a justiça criminal brasileira é uma das piores de todos os países avaliados, segundo o *ranking* do "*World Justice Project: Rule of Law Index 2021*", o Brasil está na 112ª posição mundial, entre 139 países avaliados. Mesmo na América Latina, o Brasil está abaixo da média e ocupa a 20ª posição entre 32 países. Inclusive o respeito aos direitos dos presos foi um dos critérios de avaliação.

No medidor "efetividade e razoável duração do processo", o Brasil ocupa a posição 133ª dos 139 países, fica à frente apenas de Trindade e Tobago, Peru, Paraguai, Bolívia e Venezuela. Em primeiro lugar, está a Noruega, seguida da Finlândia, Dinamarca, Áustria, Suécia e Alemanha. Os EUA estão na posição 30ª enquanto a China, na 69ª posição.

A posição brasileira melhora quando indagado se policiais, promotores e juízes seriam corruptos: Neste quesito o Brasil fica na 66ª colocação. Quanto à independência política do sistema criminal o Brasil está na 50ª colocação. Porém, aparece em 119ª no medidor de respeito aos direitos do acusado, como a presunção da inocência.

O *WJP - World Justice Project* divulgou levantamento que avalia o Estado de Direito em 139 países e jurisdições. O relatório foi o primeiro publicado desde a instauração da pandemia da Covid-19. O Brasil não se saiu bem: o País ficou na penúltima posição no que se refere a um sistema criminal imparcial (posição 138º), só ficando na frente da Venezuela.³²³

No medidor "imparcialidade" do sistema de justiça criminal, que analisa práticas discriminatórias e seletividade do sistema, o Brasil aparece na penúltima colocação, perdendo apenas para a Venezuela. No medidor "efetividade e razoável duração do processo", o Brasil está na posição 133 (de 139), à frente apenas de Trindade e Tobago, Peru, Paraguai, Bolívia e Venezuela. Em primeiro lugar, está a Noruega, seguida da Finlândia, Dinamarca, Áustria, Suécia e Alemanha. Os EUA estão na posição 30, enquanto a China, na 69ª posição.³²⁴

³²³ Entre os medidores usados na pesquisa estão a efetividade das investigações, a duração razoável do processo, a capacidade de prevenção criminal, a imparcialidade do sistema de justiça, a ausência de corrupção e o respeito ao devido processo legal.

³²⁴ ESTUDO COMPARADO SOBRE RECURSOS, LITIGIOSIDADE E PRODUTIVIDADE: a prestação jurisdicional no contexto internacional - Conselho Nacional de Justiça Departamento de Pesquisas Judiciárias publicado em novembro de 2011, disponível em <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/>. Acesso em: 15, out.2022.

O Brasil se encontra destacado dos demais. O No Brasil há 330,5 advogados para cada cem mil habitantes. Supera Espanha, Portugal, Islândia, Bélgica, Suíça, Noruega, Dinamarca, Holanda, Áustria, Mônaco, República Tcheca, França, entre outros.

O número de juízes para cada cem mil habitantes o Brasil tem 8,3 juízes³²⁵. Quanto ao número de juízes por cem mil habitantes, o Brasil, quando comparado aos países da Europa, mantém-se abaixo 57% da média.

No quesito eficácia do sistema carcerário para reduzir a criminalidade e a reincidência, e respeito aos direitos dos presos, o Brasil ficou na 131ª posição. Nessa categoria o primeiro colocado é a Noruega. A qualidade das investigações no Brasil também é baixa e o País ocupa o lugar 117º do *ranking*.

O *World Justice Project (WJP)* é uma organização independente e multidisciplinar que trabalha para gerar conhecimento e conscientização sobre a importância do devido processo legal no mundo. O *Rule of Law Index* mede como o devido processo legal é praticado em 139 países, e possui oito indicadores.

No *ranking* global sobre a Justiça Criminal, o Brasil está na posição 112º, atrás do Paquistão (108º); Serra Leoa (100º) e Nigéria (83º)³²⁶



³²⁵ Os valores encontrados estão na página 117 do relatório do CEPEJ.

³²⁶ Brasil ocupa 2º lugar para a Justiça Criminal mais parcial do mundo. <https://www.migalhas.com.br/quentes/358578/brasil-ocupa-2-lugar-para-a-justica-criminal-mais-parcial-do-mundo>.

Tabela 5 – Número de juízes por cem mil habitantes do Brasil e de Países da América Latina e Estados Unidos - 2008¹¹

País	Juízes por 100.000 habitantes
Uruguai	14,6
Colômbia	11,7
Bolívia	9,1
Estados Unidos	9,0
Brasil	8,3
Peru	8,3
Venezuela	6,8
Chile	6,5
México	3,6
Média	8,1

Elaboração: DPJ

Fonte: <http://www.ceja.cl/reporte/2008-2009/>

Fonte: CNJ - A estimativa foi feita considerando o acervo até o final de 2020.³²⁷

Quanto ao número de juízes por cem mil habitantes, o Brasil, quando comparado aos países da Europa, vê-se que se mantém abaixo 57% da média. No caso dos valores encontrados na tabela 5, o Brasil é o oitavo país a ter menos juízes por cem mil habitantes quando comparado com os países da Europa, e o quinto, juntamente com o Peru, em comparação com os países da América Latina e os Estados Unidos da América.

Observa-se, portanto, que a diferença entre a quantidade de advogados e a de juízes é significativa. O País possui 8,3 juízes por cem mil habitantes e 330,4 advogados para a mesma quantidade de pessoas.

Diferentemente do que se registrou com relação aos advogados por cem mil habitantes, em que a média dos países americanos era superior, no que diz respeito aos magistrados por cem mil habitantes, os países da Europa têm média superior. San Marino, por exemplo, é o país que mais possui advogados por cem mil habitantes e o segundo a ter mais juízes por cem mil habitantes, o que torna a relação de quantidade mais coerente.

Para cada 190 habitantes há um advogado. Hoje, há 1,1 milhão de profissionais cadastrados na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para uma população estimada em 210 milhões de habitantes pelo IBGE.³²⁸ Cinco estados-membros da Federação brasileira concentram 726 mil advogados inscritos na OAB, o equivalente a 63% do total: São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraná. A quantidade de 1 milhão de advogados foi atingida em novembro de 2016.

³²⁷ Processos levam em média 3 anos para tramitar no Brasil. Disponível em <https://www.poder360.com.br/justica/processos-levam-em-media-3-anos-para-tramitar-no-brasil/>.

³²⁸ ABRÃO, Juliano Pedrozo e Camila. Um a cada 190 habitantes: por que o Brasil tem tanto advogado. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/numero-advogados-brasil-oab/>. Acesso em: 19,out. 2022.

A Resolução 125, de 2010 do CNJ, notadamente no art. 8º,³²⁹ que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse, no âmbito do Poder Judiciário, a qual tem como objeto a conciliação, a mediação e outros métodos consensuais como instrumentos efetivos de pacificação social.

O atual Código de Processo Civil ampliou, no ordenamento infraconstitucional, a democratização da solução de conflitos, inclusive faz referência em vários comandos normativos, aos meios alternativos disponíveis para tanto. Citam-se, por exemplos, art. 3º, § 3º, art. 6º, art. 139, inciso V, art. 313, inciso III, art. 334 e parágrafos, art. 359, art. 515, incisos II, III e VII, e art. 565, § 1º, todos do mencionado CPC.

O direito de acesso à justiça é um direito fundamental e como tal há muito é uma preocupação da legislação internacional. Como reforço remissivo, pode-se trazer a lume que o artigo X da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 10 de dezembro de 1948 pela Organização das Nações Unidas, dispõe que “toda a pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com equidade, por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações, ou para o exame de qualquer acusação contra ela dirigida, em matéria penal”.

Observa-se que há uma evolução da jurisprudência pátria no sentido da necessidade de prévio requerimento administrativo como condição de acesso ao Poder Judiciário, isso é possível juridicamente, desde que haja impedimento legal.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, quando da época do julgamento do Recurso Extraordinário n. 631.240,³³⁰ que geral Repercussão Geral reconhecida (tema 350), entendeu que a exigência do prévio requerimento administrativo quando se tratar de causas previdenciárias – antes de o segurado recorrer à Justiça para obter concessão de benefício previdenciário – não lesa a garantia de livre acesso ao Poder Judiciário, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República, porque sem pedido administrativo indeferido anteriormente não se caracteriza lesão ou ameaça de direito.

329 Art. 8º Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16).

330 O STJ encampou o entendimento do STF na integralidade, a partir do julgamento em sede de repetitivos, do REsp 1.369.834/SP, de Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Seção, j. 24.09.2014, DJe 02.12.2014 (tema 660).

O Ministro Roberto Barroso, no seu voto, considerou que “não há como caracterizar lesão ou ameaça de direito sem que tenha havido um prévio requerimento do segurado, até porque o INSS não é obrigado conceder o benefício de ofício.”³³¹

Por consectário levou-se em consideração, também, não haver a necessidade de aguardar a apreciação de prévio requerimento administrativo para que o segurado ingresse judicialmente: a) com pedidos de revisão de benefícios, a não ser nos casos em que seja necessária a apreciação de matéria de fato); b) com pedidos em que a posição do INSS seja notoriamente contrária ao direito postulado (como é o caso das aposentadorias por idade rural com base exclusivamente em prova oral, nos exatos termos da Súmula n. 149 do STJ); e c) com pedidos em que, apresentado o requerimento administrativo, não haja resposta do INSS em prazo razoável (fixado em 90 dias).

A aludida repercussão geral, embora se refira a benefícios previdenciários/assistenciais/acidentários, foi sedimentado o entendimento para outras situações, aplicando-se a *ratio decidendi* do precedente para exigir prévio requerimento administrativo para vários outros temas.

A Segunda Turma do STJ, por sua vez, tem reivindicado prévia tentativa extrajudicial de solução do conflito junto à Secretaria da Receita Federal, para que se proceda ao processamento das ações judiciais concernentes às contribuições previdenciárias pagas por empresários, empregadores e afins (revisões de valores, repetição de indébito, compensação, etc).

A doutrina tem a função de apontar “critérios precisos, que permitam processos discursivos transparentes e controles intersubjetivos”(Ávila, 2012,p.230) das decisões

³³¹ O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária procedeu ao parcial provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 631240, por consectário com repercussão geral reconhecida, em que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) defendia a exigência de prévio requerimento administrativo antes de o segurado recorrer à Justiça para a concessão de benefício previdenciário. Por maioria de votos dos Ministros, o Plenário anuiu com relator, ministro Luís Roberto Barroso, no entendimento de que a exigência não fere a garantia de livre acesso ao Poder Judiciário, estatuído no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, porque sem pedido administrativo anterior, não fica caracterizada lesão ou ameaça de direito. Em seu voto, o ministro Roberto Barroso considerou não haver interesse de agir do segurado que não tenha inicialmente protocolizado seu requerimento junto ao INSS, porque a obtenção de um benefício depende de uma postulação ativa. Segundo o Relator ele, nos casos em que pedido for negado, total ou parcialmente, ou em que não houver resposta no prazo legal de 45 dias, fica caracterizada a ameaça ao direito. O relator ainda observou que prévio requerimento administrativo não significa o exaurimento de todas as instâncias administrativas. Negado o benefício, por sua vez, não há impedimento ao segurado para que ingresse no Judiciário antes que eventual recurso seja examinado pela autarquia. Foi vencido o ministro Marco Aurélio, o qual abriu a divergência, e a ministra Cármen Lúcia, ambos entenderam que a exigência de prévio requerimento junto ao INSS para o ajuizamento de ação representa restrição à garantia de acesso universal à Justiça (Publicado pelo Supremo Tribunal Federal). Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/acao-judicial-sobre-concessao-de-beneficio-deve-ser-precedida-de-requerimento-ao-inss/136106475>. Acesso em: 24,jul.2023.

proferidas. O breve trecho, só valem interpretações que resultam de uma argumentação, consoante os padrões da dogmática jurídica. (Ávila, 2012, p. 230)

A coerência entre duas normas (por exemplo, entre duas normas-precedente) revela-se, também, quando ambas podem ser justificadas com fulcro em um mesmo princípio ou em um mesmo conjunto de princípios que estejam de forma hierárquica em nível superior. Em outras palavras, é mister que essas duas normas tenham sentido “em virtude de serem racionalmente relacionadas como um conjunto instrumental ou intrinsecamente voltado para a realização de alguns valores comuns”.(MacCORMICK, 2011,p.267) Define-se coerência como uma relação de justificação (de argumentação) entre duas ou mais normas.(Michelin, 2011, p. 267)

Em verdade o fato de os precedentes e as súmulas vinculantes serem constitucionais, uma vez que a Suprema Corte brasileira reconhece como tais, isso não significa dizer que essa sistemática vinculante funcionará com plena eficácia automaticamente no Brasil, haja vista não haver nos pensadores e aplicadores do Direito uma cultura sistemática em obediência aos precedentes judiciais.

Acredita-se que vários desafios ainda serão enfrentados, uma vez que os próprios tribunais superiores, aos quais incumbem o dever de uniformizar os entendimentos sedimentados de forma vinculante, muitas atuam de forma adversa dos institutos vinculantes, consoante visto nas pesquisas apresentadas em linhas precedentes.

Entende-se que a premissa da constitucionalidade da possibilidade da obrigatoriedade dos precedentes deve-se dar meio de Emenda à Constituição e não por meio da legislação infraconstitucional.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o Estado Constitucional, o princípio democrático de direito foi trazido para o ordenamento jurídico constitucional, sendo requisito de validade formal das normas jurídicas e não apenas princípio moral como, antes, no Estado Legislativo.

Nessa inteligência, o art. 103-A da Constituição Federal de 1988, que foi introduzido no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, disciplinada pela Lei n. 11.417, de 2006, ao conferir competência ao Supremo Tribunal Federal para produzir normas gerais e abstratas, mediante a emissão de enunciados de Súmula com efeito vinculante.

Os precedentes, por sua vez, estatuídos no art. 926, do CPC são decisões judiciais tomadas em um caso concreto, que podem servir como exemplo para outros julgamentos similares, logo decisões isoladas, *prima facie*, não formam jurisprudências.

Jurisprudência é um termo jurídico, que significa o conjunto das decisões, aplicações e interpretações das leis. A jurisprudência pode ser entendida de três formas, como a decisão isolada de um tribunal que não tem mais recursos, pode ser um conjunto de decisões reiteradas dos tribunais, ou as súmulas de jurisprudência, que são as orientações resultantes de um conjunto de decisões proferidas com mesmo entendimento sobre determinada matéria.

Sabe-se que a súmula vinculante foi instituída com a teleologia principal de conferir uma maior segurança jurídica e celeridade processual, pois, mediante a sua aplicação, seria possível solucionar casos ditos “iguais” (prefere-se o termo semelhantes) por meio de decisões também ditas iguais, com a finalidade de evitar a existência de entendimentos discrepantes daquele entendimento atingido pelo Supremo Tribunal Federal, em prol da isonomia processual e material.

Os magistrados têm convencimento motivado (e não livre convencimento) para julgar as lides, consoante estatui o art. 93, inciso IX da Constituição da República c/c o art. 371 do CPC. Convencimento motivado, em síntese, implica aduzir a inexistência de uma solução apriorística para dada situação, devendo os litígios, *pari passo*, serem decididos pelo juiz, consoante os preceitos normativos pertinentes à razão de decidir, em obediência às limitações constitucionais e legais e ao devido processo legal substantivo.

Não se ignora que República Federativa do Brasil adota, expressamente, o sistema do livre convencimento motivado em matéria penal, consoante dispõem os

comandos normativos insertos nos artigos 155 do Código de Processo Penal, bem como o sistema da íntima convicção (apenas para o tribunal do júri). É inegável, entretanto, em essência, que o sistema da prova tarifada ainda possui resquícios no Direito Processual Penal, haja vista os acentuados ranços inquisitórios que ainda há nos dispositivos do Código de Processo Penal e, por consectário, a mentalidade de alguns dos julgadores brasileiros.

Para tanto, deve o magistrado levar em consideração todos os métodos de hermenêutica, notadamente sistemático, teleológico, estruturante, indutivo, dedutivo, entre outros, não descuidando, portanto, das finalidades perseguidas (art. 5º da LINDB) pela norma em análise e do sistema jurídico em que se insere. A reflexão do julgador sobre o sistema aberto de princípios e regras deve ser estimulada e aprimorada, com a finalidade de que a única decisão possível seja proferida com base na justiça, nas normas gerais do direito e no devido processo legal.

O magistrado, à luz da legislação brasileira, não pode deixar de julgar por ausência ou obscuridade da lei. Deve ele proceder à colmatação do caso posto, porque “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. (art. 4º, LINDB) Não havendo lacuna ou inexistência da norma, o magistrado deve proceder à subsunção do fato à norma positivada pelo legislador brasileiro. Na esfera do Direito Penal, por tipicidade formal, compreende-se a adequação, acomodação e ajustamento de conduta praticada à norma penal incriminadora, isto é, a subsunção do fato à norma.

Quando houver no caso concreto colidência de princípios do mesmo *status* jurídico-constitucional, vale-se o magistrado da técnica da ponderação. É nesse sentido que dispõe o comando normativo inserto no art. 498, § 2º, do CPC, “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, não abrindo mão das razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

O *distinguishing* (distinção) consiste na prática de o magistrado não aplicar dado precedente ou súmula vinculante por se reconhecer que a situação *sub judice* (aquela que se está julgando imediatamente) por não se enquadrar nos parâmetros de incidência do precedente. O *distinguishing*, em essência, é “uma técnica de não aplicação do precedente”.

Levando-se em consideração que jamais um caso em litígio será semelhante a outro, a técnica do *distinguishing* poderá ser empregado em maior ou menor grau. Trata-

se, pois, de uma técnica da Hermenêutica Jurídica aplicada para casos (precedentes e súmulas vinculantes) em que, diante do contexto fático jurídico é criada uma decisão paralela aos mencionados institutos vinculantes consolidados, de modo que as duas interpretações se mantam no sistema jurídico brasileiro.

O *overruling* (*superação*), por sua vez, é o instrumento ou técnica de interpretação adequado para evitar o engessamento do sistema jurídico, o qual permite que precedentes ou súmulas, com efeito, sejam superados. É perfeitamente possível que a alteração do precedente ocorra para o futuro (*prospective overruling*). Tanto *distinguishing* quanto o *overruling* exigem que o magistrado fundamente de forma robusta a distinção ou a superação dos institutos vinculantes.

Traz-se a lume ,ainda, acerca dos precedentes que qualquer magistrado ou juiz de Direito pode proceder ao *distinguishing* quando se deparar diante de um caso que não se coaduna com os precedentes ou súmulas vinculantes; já quanto ao *overruling* só o tribunal (pleno), turma ou câmara pode fazer a superação.

Precedente judicial e súmula com efeito vinculante não são sinônimos, uma vez que aquele (acórdão, como regra) é qualquer julgamento que tenha se utilizado como fundamento de outro julgamento posteriormente proferido. Em suma, é uma decisão que terá a serventia de exemplo para outros julgamentos futuros e semelhantes. Já a súmula com efeito vinculante é a consolidação genérica e abstrata do posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal federal (por dois terços dos seus membros, de forma provocada ou de ofício).

Trata-se de mecanismo constitucional de uniformização de jurisprudência do STF, alicerçada em reiteradas decisões sobre matéria constitucional, com força vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Logo não atinge o Poder legislativo, tampouco o chefe do Poder Executivo (presidente da República, governadores e prefeitos) nas funções legislativas (quando esses editam medidas provisórias).

Diante da análise realizada no decorrer da feitura desta tese, pode-se afirmar que a adoção das súmulas de efeito vinculante e de precedentes judiciais aplicados de modo automático no ordenamento jurídico brasileiro viola princípios constitucionais do devido processo legal e não guarda relação com o sistema *civil law* adotado no Brasil.

Sob o argumento de que o Poder Judiciário brasileiro se encontra sobrecarregado de processos pendentes de decisão, o que em muito contribui, em tese, para que a

prestação jurisdicional seja lenta e ineficaz, tornando lenda o princípio da razoável duração do processo previsto no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal (e, curiosamente, também inserido pela mesma Emenda Constitucional n. 45), parte da comunidade jurídica passou a ver com bons olhos a súmula vinculante e, por consectário, acreditando que esses ajudariam a “desafogar” o Poder Judiciário e a Administração Pública, na medida em que impediriam que discussões sobre matérias já decididas e pacificadas pelo STF se renovassem.

Para parte da doutrina, as súmulas vinculantes e os precedentes judiciais são algo positivo, revelando-se como um importante instrumento para que sejam assegurados alguns direitos, princípios e garantias presentes no ordenamento jurídico, como a isonomia das decisões, a segurança jurídica e a celeridade processual.

Outra parte da doutrina, por sua vez, enumera pontos negativos da súmula vinculante, a exemplo da violação ao direito à prestação jurisdicional, à independência funcional dos magistrados e aos princípios do duplo grau de jurisdição e da separação de poderes. Malgrado a existência de todo esse debate acerca desta dogmática jurídica, com a finalidade de chamar a atenção para o fato de que a má aplicação do instituto pode resultar em decisões inadequadas, o que pode comprometer a manutenção da integridade do ordenamento jurídico.

Em essência, os precedentes judiciais por possuem relatório, fundamentação e dispositivos (são acórdãos) esses são mais coerentes e compatíveis com a ritualística processual, uma vez que possuem a *radio decidendi*, já as citadas súmulas são teses formadas por dois terços dos membros do STF de forma provoca ou de ofício, e não se recorre de tese, embora da inobservância desses aludidos institutos cabe ação de Reclamação Constitucional ao Supremo Tribunal Federal .

Todo magistrado, inclusive juiz substituto pode fazer controle difuso de qualquer lei, inclusive oriunda de iniciativa popular, e anacronicamente não pode proceder da mesma forma quando se tratar de súmula vinculante ou de precedentes judiciais.

No que tange aos sistemas jurídicos *civil law* e *common law*, percebe-se que em ambos os sistemas utilizados como paradigma, embora haja diferenças substanciais consoante já destacado no corpo desta pesquisa, há aproximação no ponto mais importante da discussão jurídica: vinculação das decisões da Corte Constitucional aos órgãos judiciais inferiores, bem como aos atos do Poder Público.

A súmula vinculante pretende esgotar em seu enunciado, com natureza jurídica de norma geral e abstrata, o “quadro das leituras possíveis”, conforme referido por

Kelsen, finalizando, assim, evitar que a liberdade de interpretação dos julgadores venha a originar decisões divergentes acerca de um mesmo instituto jurídico. O instituto jurídico em apreço pretende restringir o universo de possibilidades deferidas pela linguagem, reduzindo o campo de atuação do julgador e ao assim conceber desconsidera a inevitabilidade da condição hermenêutica do ser humano.

Desse modo, não se coaduna com a teoria do Direito como integridade proposta por Ronald Dworkin, para a qual o direito consiste essencialmente em interpretação traduzida como a única forma de revelar a melhor luz possível do direito que se deva aplicar a um determinado caso. Aplicar a súmula com efeito vinculante, a qual já traz uma única resposta para os casos futuros, é admitir-se que o Direito tem uma única resposta correta para cada caso concreto, isso fere a lógica da dialeticidade do Direito como ciência.

O emprego dos precedentes e das precitadas súmulas torna a atividade jurisdicional e jurídica bem mais difícil do que o mero emprego de jurisprudência, que há muito vinha sendo aplicada no ordenamento jurídico pátrio. Nessa compreensão cognitiva, exige-se, de forma inequívoca, o conhecimento de vários conceitos e técnicas para a criação da norma dos institutos vinculantes para a compreensão mais acurada da *ratio decidendi* (para os ingleses) ou *holding* (para os norte-americanos) que no Brasil se denominou em “razões para decidir”, “motivos determinantes” ou “fundamentos determinantes”.

Os mencionados preceitos normativos vinculantes podem impedir a produção de provas, não garantir as discussões (desacordos jurídicos) e apresentação dos entendimentos contrários em juízo, caso o magistrado do caso *sub examine* não se atente para a dialeticidade do processo e proceda, sempre que necessário, a distinção ou à superação, esta última quando for colegiado (turma ou pleno).

Caso não o faça, o julgador corrobora a não possibilidade de entendimentos contrários ao provimento jurisdicional, causando uma estagnação no direito pátrio e, por consectário, mitiga o convencimento motivado do juiz, o contraditório e a ampla defesa, que de forma reflexa lesa a dignidade da pessoa humana (um dos fundamentos da República Federativa do Brasil).

Adotar a ideia de uma decisão pré-conhecida (como pronta e acabada) para casos análogos é dizer que não há necessidade de criação (de novas) leis ou aplicação das que já existem. Impossível imaginar a supremacia das súmulas vinculantes e dos precedentes judiciais em relação aos dispositivos legais e constitucionais.

O precedente, diferente das súmulas vinculantes não é, em si mesmo, uma norma. É, portanto, um conjunto composto, ao menos, por relatório, fundamentação e conclusão, consoante já exposto. A partir do exame dos fatos relevantes de uma causa, da questão posta em juízo, dos fundamentos invocados para decidir, por consequência, é possível extrair de um julgado a “norma” que serviu de base para a solução do caso concreto. Essa norma corresponde à resposta conferida pelo tribunal à questão de direito posta pela demanda e denomina-se *ratio decidendi* (ou *holding*), a qual é o comando que vinculará a solução de casos semelhantes, entretanto a lei não determina em que se assemelham os casos.

Como bem pontuado alhures, o art. 926, *caput*, do CPC dispõe que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Vê-se, entretanto, que o mencionado artigo não trouxe critérios objetivos para se obedecer aos precedentes. Nessa inteligência, é possível depreender que o que efetivamente vincula num precedente é a *ratio decidendi*. Diz-se que essa é uma proposição de Direito necessária para a decisão.

Ainda em relação às razões de decidir, também se sinaliza que não consiste apenas em uma razão de direito fundamental para a decisão do caso em epígrafe, mas também integram a mencionada *ratio decidendi* os elementos fáticos considerados pelo julgador na formação da decisão.

À luz da doutrina mais acurada, principalmente do escólio de Marjorie Rombauer (1978.p. 22-23) [...],que de forma sintética e feliz, aduz que um juízo está “vinculado” a seguir um precedente de uma jurisdição somente se esse se referir ao tema do caso em questão segundo a sua razão de decidir, desde que se obedeça às seguintes premissas: 1) a questão resolvida no caso precedente é a mesma questão a ser solvida no caso pendente; 2) a resolução dessa questão foi necessária para a solução do caso precedente; 3) os fatos relevantes do caso precedente também estão presentes no caso pendente e 4) nenhum fato adicional se apresenta no caso pendente que possa ser tratado como relevante.

Na mesma linha de raciocínio, Farnsworth, E. Allan (2010. p.59) , na sua obra *An introduction to the legal system of the United States*, preleciona que as justificativas apontadas para a aceitação do *stare decisis* podem ser resumidas, essencialmente, em quatro premissas também. Veja-se: 1) a aplicação da mesma regra a casos sucessivos similares produz igualdade de tratamento aos jurisdicionados; 2) o seguimento dos precedentes gera previsibilidade em lides futuras; 3) o uso de critérios estabelecidos em

casos anteriores para novos casos poupa tempo e energia; 4) a adesão a decisões anteriores demonstra o devido respeito pela sabedoria e experiência de gerações prévias de magistrados.

A força vinculante do precedente não é absoluta e nem poderia sê-lo, sob pena de engessar o direito.(Sgarbossa; Jensen, 2014)

Tendo em vista que as normas postas nos arts. 926 e 927 do CPC vigente não estabeleceram nenhum critério objetivo quanto à aplicação dos precedentes judiciais, o que pode acarretar indesejadas interpretações subjetivas, por isso entendo ser oportuno se trazer à baila os parâmetros jurídicos aquilatados pelos autores citados, cuja teleologia é balizar a dogmática jurídica para dar estabilidade, coerência, integralidade e segurança jurídica, a fim de mitigar subjetivismos decorrentes da ausência de mais preceitos normativos.

O problema dos institutos vinculantes reside por não aceitar ideias que buscam aprimorar a interpretação das leis aos casos concretos, tais como: incompatibilidade e inconstitucionalidade dos referidos institutos, com isso a Hermenêutica Jurídica, em tese, perde parte de sua função tão primordial, que é amoldar as leis a cada caso concreto, levando-se em conta os valores sociais da sociedade no momento da aplicação da lei.

Esses precedentes e súmulas senão observar de forma acurada *a ratio decidendi* em cada caso específico, estar-se-á sendo tolhida a liberdade hermenêutica do julgador, dessa forma desobedece ao devido processo legal substantivo, que, em síntese, as partes do processo influenciam o julgador quanto à sua decisão, indo de encontro com a sistemática processual, qual seja, cerceamento de o julgador de lançar mão de todos os métodos hermenêuticos necessários à aplicação do Direito quando das soluções das lides.

À luz dos preceptivos normativos do ordenamento jurídico brasileiro, a única sanção aplicável ao magistrado, que proceder à interpretação divergente da súmula ou dos precedentes judiciais é a reforma ou anulação do julgado, por meio de recurso ou mesmo ou por meio da Reclamação. a partir do advento dos precedentes e das citadas súmulas, ou seja, mesmo nesse modelo vinculativo, não se pode falar em punição ao magistrado que venha a decidir diferentemente do direcionado pelos precedentes judiciais ou súmulas com efeito vinculante.

Por todo o exposto, em verdade, o fato de os precedentes e as súmulas vinculantes serem constitucionais, uma vez que a Suprema Corte brasileira reconhece como tais, isso não significa dizer que essa sistemática vinculante funcionará com plena eficácia automaticamente no Brasil, haja vista não haver nos pensadores e aplicadores do Direito uma cultura sistemática em obediência aos precedentes judiciais e às súmulas vinculantes.

Dos dados da Associação dos Magistrados brasileiros – AMB – 2018, segundo a pesquisa, 51,8% dos juízes de 1º grau entendem que deveriam decidir sem se pautar na jurisprudência. Entre os juízes de 2º grau em atividade, a pesquisa aponta que a porcentagem de magistrados que entendem que não deveria se pautar pela jurisprudência é semelhante, qual seja 51,3% dos magistrados.

Faceado com a temática em cotejo, vê-se que nos Tribunais Superiores, de acordo com a pesquisa em apreço, a porcentagem de magistrados que entendem que não deveriam se pautar na jurisprudência é ainda maior. Ao todo, de 20 ministros entrevistados 55% concordam que os julgadores deveriam decidir sem seguir o sistema de súmulas e precedentes vinculantes.

Os magistrados quando indagados se o sistema de súmulas e de precedentes vinculantes afeta a independência dos magistrados em sua interpretação das leis e em sua aplicação, vê-se no quadro *supra* que 51,5% dos juízes de primeiro grau e 56,5% de segundo grau acreditam que tal sistema afeta, sim, a sua *ratio decidendi*, logo por consectário lógico, os precedentes merecem estudos mais acurados.

A pesquisa proferida pela AMB em 2018 não aponta os motivos que levaram os magistrados responderem à pesquisa dessa forma, quiçá em virtude da realidade social em cada lide versar de forma adversa os preceitos normativos dos institutos vinculantes.

Por arremate e reforço remissivo, vê que os precedentes judiciais e as súmulas vinculantes, por si sós, não resolvem a questão da cultura da litigância no Brasil. Na concepção justiça trazida pelo o novel Código de Processo Civil a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição, conciliação e arbitragem (essa já existia antes do atual CPC) e passa a ser *ultima ratio*, *extrema ratio*. Assim, do acesso à justiça dos tribunais passa-se ao acesso aos direitos pela via adequada de composição, da mesma forma que, no campo do processo, migra-se da tutela processual, como fim em si mesmo, para a tutela dos direitos, como finalidade do processo.

A criação de Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos – CEJUSC, que serão responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento do programa que visa a auxiliar, orientar e, principalmente, estimular a autocomposição. (art.165, CPC). Os §§ 2º e 3º do art.165 do CPC têm esse desiderato de promover a diferenciação da atuação do conciliador e do mediador, obedecendo às balizas legais do ordenamento jurídico pátrio.

Devem os tribunais de justiça criar quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos (art. 167, § 6º,

CPC). Desde a Petição Inicial, o autor informará sua opção pela realização ou não de audiência de conciliação ou mediação (art. 319, VII, CPC), cabendo ao réu, após citação, manifestar-se por seu interesse em participar da audiência.

Feias essas reflexões e considerações, passa-se a proceder à confirmação das hipóteses.

As Súmulas vinculantes e os precedentes judiciais no sistema jurídico *civil law* brasileiro não podem mitigar cláusulas pétreas, porque nem mesmo as emendas à Constituição podem mitigá-las ou aboli-las, uma vez que os Direitos Fundamentais não podem sofrer retrocesso, entretanto os precedentes e as súmulas vinculantes devem ser aplicados pelos magistrados após uma acurada ponderação dos princípios para evitar colidência dos mesmos.

As súmulas vinculantes e os precedentes judiciais num Estado Democrático de Direito não podem mitigar ou abolir o princípio do convencimento motivado do juiz, porque no *civil law* a Teoria do Direito como integridade só se compatibiliza com o sistema da súmula vinculante e de precedentes judiciais se a interpretação dos princípios e o exercício de reflexão do julgador sobre o sistema aberto de princípios e regras forem estimulados e desejados, a fim de que a única decisão possível seja tomada com base no Direito e justiça, nas normas gerais e constitucionais e no devido processo legal.

As súmulas vinculantes e os precedentes judiciais não podem vincular a razão de decidir (*ratio decidendi*) dos magistrados num Estado Democrático de Direito, que adota o sistema jurídico *civil law*, uma vez que o juiz não mais fica preso nem mesmo ao formalismo da lei, antigo sistema da verdade legal, sendo que vai embasar suas decisões nas provas existentes nos autos do processo que preside, levando em conta sua Convicção motivada, na maioria das vezes à luz das premissas da técnica da ponderação quando da subsunção.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – 16. ed. - São Paulo: Malheiros, 2015.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2022.

_____; _____. Introdução à teoria e à filosofia do direito. São Paulo: Ed. RT, 2013, p.296.

_____. Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4664977/mod_resource/content/1/ABBOUD%2C%20Georges.pdf . Revista dos Tribunais on-line. Acesso em 9,set,2002.

_____; STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____; CAVALCANTI ,Marcos de Araújo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do Novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. Revista de Processo RePro vol. 245 (Julho 2015). Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.245.13.PDF. Acesso em: 8, maio, 2023.

AMEIDA, Fernando Menezes de, Memória Jurisprudencial- Ministro Victor Nunes Leal, Brasília: STF, 2006.

ABRÃO, Juliano Pedrozo e Camila. Um a cada 190 habitantes: por que o Brasil tem tanto advogado. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/numero-advogados-brasil-oab/>. Acesso em: 19, out,2022.

AGGELEN, Johannes Van. The Preamble of the United Nations Declaration of Human Rights. Denv. J. Int'l L. & Pol'y, v.28, 2000. p.133; GARDBAUM, Stephen. Human Rights as International Constitutional Rights. The European Journal of International Law, v.19, n.4, 2008.

AGUIAIS, Edilson. Diferença entre precedentes, jurisprudência, súmulas e precedentes vinculantes. Disponível em <https://peritoeconomista.jusbrasil.com.br/>..Acesso em: 15, mar, 2022.

ALEXANDRINO, Marcelo e Paulo, Vicente. Direito Constitucional Descomplicado. 2. Ed. São Paulo: *Impetus*,

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

_____. *On the structure of legal principles*. Ratio juris, v. 13, p.294-304, sept. 2000.

_____. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: CRUZ, Danilo Nascimento. Em busca da fundamentação perdida. Revista Jurídica Empório do Direito. ISSN: 2446-7405. Florianópolis, SC, 2018. Disponível em: Acesso em: 31 ago. 2018.

_____. Teorias de los derechos fundamentales. Trad. Luís Afonso Heck . Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v,16, p. 203-204,1990.
ALMEIDA, Diego Assunção Rezende. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflito. Revista de Processo, v. 195/2011, p. 195-208, maio de 2011.

ALMEIDA, Diogo Assunção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. Revista de Processo, vol. 195, ano 36. São Paulo: RT, maio, 2011, p. 187-208; NETO, João Luiz Lessa. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. In: Revista de Processo, vol. 244, ano 40. São Paulo: RT, jun. 2015, p. 427-441.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório in Garantias Constitucionais do processo civil, coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 1999. p. 132/150.

_____; _____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo in Revista de Processo nº 137 (2006, pp.7/31).

_____; _____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 22 (2002), p. 31-42.
ALVEIDA, Dayse Coelho de. Súmula Vinculante. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos908/sumula-vinculante/sumula-> Acesso em: 28 de maio de 2022.

ALVES, Cleber Francisco. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALVES, Jabbidy Jibbidy. Origens e aplicações do princípio do devido processo legal. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3752, 9 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25485>. Acesso em: 22 fev. 2021.

ALVES, Cândice Lisboa ; TAVARES, Gustavo Nascimento ;ESTARI, Nathalia Ayres. O uso da hermenêutica dos precedentes judiciais pelos tribunais superiores como técnica decisória simétrica às sentenças normativas: por um equilíbrio jurisprudencial no direito. Disponível em <https://abdconst.com.br/revista22/Artigo%205%20-%20108-142%20-%20Candice,%20Gustavo%20e%20Nathalia.pdf>. Acesso em: 15, ago,2022.

AMBI, E.; FOGAÇA, M. V. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JR, Fredie et al. Precedentes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 335- 360.

ANDOLINA, Í.; VIGNERA, G. 1990. *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni*. Torino, Giappichelli, p.231.

ANDRADE, Fábio Martins de. Comentários sobre a regulamentação da súmula com efeito vinculante (EC no 45/2004 e Lei no 11.417, de 19.12.2006). Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/140964/R174-23.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em: 10,ago, 2022.

ANDREWS, Neil. O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Tradução por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ARAGÃO, E. D. Moniz. Sentença e coisa julgada. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, pp. 101-103.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARBIZA, Marco Antonio Retamar; SOUZA, Maria Elizabeth Marinho de . Como assim "depende do juiz"? Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/333491/como-assim--depende-do-juiz>. Acesso em: 20, maio ,2022.

ARENDT, Hannah. A condição humana. 10a edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.18.

AVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. Ed. São Paulo: Malheiros editores, 2012.

_____. Teoria da segurança jurídica. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AZULAY, David. Tribunal Constitucional: Um Legislador Negativo? Disponível em <https://davidazulay33.jusbrasil.com.br/artigos/557994465/tribunal-constitucional-um-legislador-negativo>, Acesso em: 27, set, 2022.

BACHA e SILVA, Diogo; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Transcendentalização dos precedentes no novo CPC: equívocos acerca do efeito vinculante. Disponível em file:///G:/Usuario/Downloads/Transcendentalizacao_dos_Precedentes_no.pdf. Acesso em: 15,abr,2022.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural**. In: **Precedentes**. Coordenadores: Fredie Didier Jr. [et al.]. Salvador: Juspodivm, 2016. 816 p. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3; Coordenador geral, Fredie Didier Jr. pp.196-197.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Reforma do Judiciário: O que uma Súmula Vinculante pode Vincular? Revista Forense Eletrônica – Suplemento, volume 378, mar./abr. 2005, seção de Doutrina, pp. 665-671.

_____. Súmulas estão sujeitas a diversas interpretações. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-ago-24/sumula-mesmo-vinculante-sujeita-diversas-interpretacoes>: Acesso em: 07/09/2020.

_____. Recursos extraordinários no STF e no STJ. Curitiba: Juruá, 2016, 2. ed., p. 200 e ss.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; THEODORO JR., Humberto. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (org.). Direito Constitucional: organização dos poderes da república. Coleção Doutrinas Essenciais. v.4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BALESTERO, Gabriela Soares. Crítica ao Direito Sumular: a necessidade de democratização processual. Revista Espaço Acadêmico, nº 119, abril de 2011, Ano X ISSN 1519-6186, p. 99.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Neil. Interpreting Precedents: a comparative study. Ashgate/Dartmouth: Aldershot, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984, 347.

_____. Processo Constitucional. In: _____. Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos. [s.n.t.]. p. 67.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. Revista de Processo, v. 102, p. 228-237, abr.-jun. 2001, p. 232.

_____. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. Revista de Processo: RePro, São Paulo, n. 99, v. 25, jul/set 2000. p. 74-84.

BARBOSA, Daniel Favaretto. Reforma do Judiciário, celeridades do Processo e as ‘Súmulas vinculantes’: Considerações para uma Análise Crítica da EC 45/2004. Revista de Processo. Ano 31. N. 138. Ago. 2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 96.

BARBOSA, Marília Costa. Revisão da Teoria da Separação dos Poderes do Estado. Rev. Cient. Fac. Lour. Filho – v.5, n.1, 2006, Ceará, v. 5, n. 1, p. 1-16, 2006. Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2021.

BARBOSA, Paulo Roberto Fonseca. O devido processo legal e sua função de concretizar a dignidade da pessoa humana pela via do direito penal mínimo no Brasil. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/>. Acesso em 28,fev,2022.

BARBOSA, Rui; CÂMARA, José Gomes Bezerra. Posse de direitos pessoais: o júri e a independência da magistratura. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976. (Obras completas de Rui Barbosa; v. 23, t. 3, 1896), p. 228.

BARCELLOS, 2005, p.84. FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Nova hermenêutica constitucional e a aplicação dos princípios interpretativos à luz da jurisprudência do supremo tribunal federal: em busca de limites para a atividade .Disponível em file:///C:/Users/990661/Downloads/amello,+Artigo+9.pdf. Acesso em: 31, jul,2022.

BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. *Historia del derecho romano y su recepción europea*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. . Interpretação e aplicação da Constituição. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo – a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.158.

_____. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Biblioteca Digital Fórum Administrativo - Direito Público -FA. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n. 37, mar. 2004, p. 5.

BARZOTTO, Luis Fernando. A Democracia na Constituição. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 192-193.

BATISTA, Raissa Nikele . Da inconstitucionalidade dos incisos III, IV e V do artigo 927 do código de processo civil de 16 de março de 2015. Disponível em <https://raissanikele14.jusbrasil.com.br/artigos/315261206/da-inconstitucionalidade-dos-incisos-iii-iv-e-v-do-artigo-927-do-codigo-de-processo-civil-de-16-de-marco-de-2015>. Acesso em 2,jul,2022.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Torrieri Guimarães. 10ª reimpressão. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda, 2014.

BELLESINI ,Iuri Sverzut . O (livre) convencimento motivado: uma visão de consenso. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-ago-19/iuri-bellesini-livre-convencimento-motivado> . Acesso em: 20,maio,2022.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Prova e verdade no direito – tradutor: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 67.

BERNARDI, Renato; NASCIMENTO, Francis Pignatti do. A supremacia da Constituição e a teoria do poder constituinte. REGRAD, UNIVEM/Marília-SP, v. 11, n. 1, p 246-264, agosto de 2018. Disponível em file:///G:/Usuario/Downloads/2623-85-5669-1-10-20180828.pdf. Acesso em: 2, jul, 2022.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Curso de filosofia do direito. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 147.

_____. Teoria Geral do Direito. Tradução Denise Agostinetti; 3. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 1, p. 105).

BOGOSSIAN, André; ALMEIDA; Danilo dos Santos. É possível falar em precedente “do Supremo”? A inexistência de julgamentos coletivos. Jota, 5 ago. 2016. Disponível em: . Acesso em: 14 dez. 2017.

BORGES, Carolina Biazatti ; BENEVIDES, Nauani Schades . A ausência de força vinculante dos precedentes judiciais diante da não formação de ratio decidendi. Disponível em file:///G:/Usuario/Downloads/valescaborges,+396-405%20(2).pdf. Acesso em: 10, abr,2022.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR. Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela . ed.- Salvador: Jus Podivm, 2015. v2, p. 470.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva 2007, pp. 230 e 231.

BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 44, p. 189-2020, 2014.)

BRASIL, Lei Complementar n. 35, de 14 de março 1979, que dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em 5,out,2022.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Decreto n. 678, de 06 nov. 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

_____. Decreto n. 7.030, de 14 dez. 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

_____. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: www.presidencia.gov.br. Acesso em: 24 de novembro de 2009.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015.

_____. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União, Brasília, 29 jun. 2015.

_____. Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: www.presidencia.gov.br. Acesso em 8, set, 2022.

_____. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

_____. Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: www.presidencia.gov.br. Acesso em: 24 de abril de 2009.

_____. Presidência da República. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação - AgrRc. Rcl 5391 AgR , Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 6 de fevereiro de 2013. DJ 18-03-2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação - Rcl. Rcl 2256 , Pleno, Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 de setembro de 2003. DJ 30-04-2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Turma propõe súmula para que STM aplique jurisprudência do STF. Notícias, Brasília, DF, 13 set. 2011. Disponível em: Acesso em: 16 nov. 2017.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2015: ano-base 2014. Brasília: CNJ, 2015.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2017: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: . Acesso em: 25 set. 2017.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 76/2009, de 6 de novembro de 2015. Disponível em: . Acesso em: 25 set. 2017.

_____. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969)(PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA) - Artigo 68 - 1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

BRUM, Guilherme Valle. Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 124-150.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016 / Cassio Scarpinella Bueno. 2. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 596.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BULYGIN, Eugenio. *Los jueces ¿crean derecho? Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 18, abr. 2003. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Ed. Noeses, 2012, pp. 106-107.

BARIONI, Rodrigo. ARRUDA ALVIM, Teresa. Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi. In: Revista de Processo. Ano 44. 296. Outubro/2019. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.200.

CABRAL, João Francisco Pereira. "A concepção de ciência de Karl Popper"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/a-concepcao-ciencia-karl-popper.htm>. Acesso: em 12 de setembro de 2022.

CALDAS, Filipe Reis. A intersubjetividade na aplicação e interpretação do Direito. Disponível em <https://www.conjur.com.br/>. Acesso: em 16,out,2022).

CUNHA, *Guilherme Antunes da*; CARVALHO, *Carolina Teles*. Sistema de precedentes no Código de Processo Civil: fundamentação constitucional e pontos críticos de sua recepção no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Processual- ISSN 1982-7636. pp. 510-538. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/59364>. Acesso em: 15, maio, 2023.

CAMILOTTI, José Renato. Precedentes judiciais em matéria tributária no STF: pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (*distinguishing*). São Paulo: Noeses, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério – formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas Ltda., 2018. E-book. E-book consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. O feito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). Processo civil em movimento. Florianópolis: Conceito, 2013.

CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents? Stanford Law Review, Stanford, v. 46, abr. 1994, apud GUILHERME, Marinoni Luiz. Da corte que declara o “sentido exato da lei” para a corte que institui precedentes. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 103, n. 950, p. 165-198, dez. 2014. p. 165.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1994.

_____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 1208.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Tradução Ellen Gracie. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 163/164.

_____. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

_____; _____. (I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano. Rivista di diritto processuale, II serie, v. 26, p. 604-650, Padova, Cedam, 1971, p. 605.

CARDOSO, Fernando Henrique. Entrevista com o Senhor Presidente da República Fernando Henrique Cardoso sobre a Reforma do Judiciário (concedida em 30.09.1998). In: Revista Jurídica Virtual, Brasília, vol.1, n.1, maio/1999. Disponível em: Acesso em 13 jan. 2012, p.1.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. Convencionalização do direito civil: a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas. Revista de Direito Internacional (UNICEUB), Brasília, v. 12, n. 2, p. 341-354, jul./dez. 2015.

CARVALHO, André de Ramos. Processo Internacional de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 321.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CARVALHO, Leon Rogério Gonçalves de. O regime jurídico-constitucional das súmulas vinculantes no contexto da efetividade normativa do poder judiciário. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

CARVELLI, Urbano. Lei fundamental da República Federal da Alemanha. Tradução de Assis Mendonça. Berlin: Deutscher Bundestag, 2011.

CAVALCANTI, Marcos. Incidente de resolução de demandas repetitivas. São Paulo: RT, 2016, p. 370.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. Reclamação constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1896, 9 set. 2008 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11698>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. A inconstitucionalidade da súmula de efeito vinculante no Direito brasileiro. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 91, 1 out. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4248>. Acesso em: 18 jun. 2022.

CHIARLONE, Sergio .Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno LXII, n. 1, 2008, p.145-146.

CHIASSONI, Pierluigi. Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto. 2004, p. 81-83 apud JESUS, Priscilla Silva de. Teoria do Precedente Judicial e o Novo Código de Processo Civil. Revista Direito UNIFACS, v. 170, 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3240/2321>>. Acesso em: 17 out. 2016).

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 88.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. O Sistema de Justiça Multiportas no Novo CPC. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/330271/o-sistema-de-justica-multiportas-no-novo-cpc>. Acesso em: 25, out,2022.

COMPARATO, Fábio Konder. Variações sobre o conceito de povo no regime democrático. Estud. av. [online]. 1997, vol.11, n.31, pp. 211-222. ISSN 0103-4014.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. As garantias arquifundamentais contrajurisdicionais: não-criatividade e imparcialidade. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/leitura/as-garantias-arquifundamentais-contrajurisdicionais-nao-criatividade-e-imparcialidade>>. Acesso em: 20, abr, 2018.

COSTA, Erick Drean Pereira da. A súmula vinculante 25 e seus reflexos no processo de execução fiscal. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/35465/a-sumula-vinculante-25-e-seus-reflexos-no-processo-de-execucao-fiscal>. Acesso em: 12,ago,2022.

COSTA, Jefferson Alexandre da. A fundamentação das decisões jurisprudenciais e o sistema de precedentes. Disponível em <https://jus.com.br/> . Acesso em 10, abr, 2022.

COSTA, Sebastião Patrício Mendes da. Direito de acesso à Justiça, Efetividade e Jurisdição: Sistema informais de justiça como concretização dos objetivos de desenvolvimento do Milênio da ONU. In: Acesso à justiça. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: . Acesso em: 03 out. 2017.

COSTA, S. P.; BAHIA, A. G. M. F. de M. O modelo constitucional de processo e suas benesses: a reconstrução da teoria dos precedentes no Direito Brasileiro vs. a compressão equivocada do seu uso no Brasil. Revista de Processo, v. 260, p. 21-45, n. 2016. Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/webrevistas/RePro- revista-de-processo.html>>. Acesso em: 13 abr, 2022.

CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 191.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Madrid, ES: Marcial Pons. 2012. p. 65.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC.

_____; _____. Precedente Judicial como Fonte de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CRUZ, Danilo Nascimento. Precedentes à brasileira: entre o que é e o que se pretende ser apenas desatino e agonia...Revista jurídica luso-brasileira. Ano 6 (2020) RJLB – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-Alameda da Universidade - ISSN: 2183-539X – Portugal.

CUNHA JR., Dirley da. Curso de direito constitucional. 6. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre; NUNES, Dierle (coords). Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.200-1.201. DAIDONE, Decio Sebastião. A súmula vinculante e impeditiva. São Paulo: LTr, 2006. p.31.

CUNHA, Guilherme Antunes da; CARVALHO, *Carolina Teles*. Sistema de precedentes no Código de Processo Civil: fundamentação constitucional e pontos críticos de sua recepção no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Processual- ISSN 1982-7636. pp. 510-538. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/59364>. Acesso em 15, maio , 2023.

DAIDONE, Decio Sebastião. A súmula vinculante e impeditiva. São Paulo: LTr, 2006. p.31.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Reforma do Judiciário: críticas e propostas para solucionar a crise que assola esse Poder. In: Revista Jurídica Consulex (versão eletrônica), ano I, n.3, 31 mar. 1997, p.18.

DAMASCENO, Elaine Harzheim Macedo Marina (Organizadores). Sistema multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos. EDIPUCRS. Porto Alegre- 2018.

DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira; RIBAS, Maristela Silva Fagundes. A Ratio Decidendi e a sua adequação ao caso concreto. Rev. Ciência Jurídica. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 19, n. 1, p. 75- 85, jan./jun. 2016.

DANTAS, David Diniz. Interpretação constitucional no pós-positivismo. Teoria e casos práticos. São Paulo: Madras, 2004, p. 123-166.

DAVID, René. O direito inglês. Tradução por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: M. Fontes, 2002.

DELLAGNEZZE, René. Os sistemas jurídicos da civil law e da common law. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6348, 17 nov. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86328>. Acesso em: 18 abr. 2022.

DELLORE, Luiz; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. Processo de conhecimento e cumprimento de sentença – Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2016, p. 564.

di Soluzioni delle Controversie nel Diritto Comparato. Milano: Giuffrè, 2007, p. 17-18.
DIAS, Maria Berenice. É dever da jurisprudência inovar diante do novo. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 21 nov. 2008. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/judiciario/2260-e-dever-da-jurisprudencia-inovar-diante-do-novo. Acesso em: 21 out. 2022.

DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário. Revista da Faculdade Mineira de Direito, V.8, n. 15, p. 230-240. Belo Horizonte, 2005, p. 233.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil. Vol. 2. 9. ed. Salvador: Juspodium, 2014, p.70.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords.). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 176; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo código de processo civil brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 257, jul.-2016.

_____; ZANETI JR. Hermes . Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. Disponível em file:///G:/Usuario/Downloads/132-Texto%20do%20Artigo-245-1-10-20210616.pdf. Acesso em: 25,out,2022.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova. Direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. v. 1, p. 45.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 513.

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DINAMARCO, C. R. Súmulas vinculantes. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 95, n. 347, p 51-65, jul./ago. 1999.

_____. A reclamação no processo civil brasileiro. In: Nery Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: RT, 2002. v. 6. p. 104.

DINAMARCO, Cândido. Instituições de direito processual civil, v. 1. 6.a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DONIZETTI, Elpídio. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Atlas, 2015, p. 8.

DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 39 (2016) ISSN: 0214- 8676 p. 154).

DRUMOND, Thomaz Carneiro. O que é a teoria dos poderes implícitos? Disponível em <https://thomazdrumond.jusbrasil.com.br/artigos/922438074/o-que-e-a-teoria-dos-poderes-implicitos>. Acesso em: 2, set, 2022 .

DUARTE, Hugo Garcez. Uma análise normativa da presunção de inocência no direito brasileiro. <https://jus.com.br/> .Acesso em 15,mar,2021.

DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 159.

DWORKIN, R. 1999. O Império do Direito. São Paulo, Martins Fontes, 513 p.

_____. A justiça de toga. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 318-319.

_____. Uma Questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____.(1997). Taking Rights Seriously Cambridge: Harvard University Press, . 1997,p.32 DWORKIN, Ronald. (1997). Taking Rights Seriously Cambridge: Harvard University Press. 69 e 329.

_____. *Law's empire*. Cambridge: Belknap, 1995. EISENBERG, Melvin. The nature of the common law. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

_____. Levando os direitos a sério. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.182.

_____. Uma questão de Princípio (Tradução de Luís Carlos Borges). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005,

EDDEY, Keith. The English Legal System. 3. ed. Londres: Sweet & maxwell, 1982. p. 129.

EISENBERG, Melvin. The nature of the common law. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

_____. The Nature of the Common Law. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p. 140.

Etienne de La Boétie, Discurso Sobre a Servidão Voluntária, páginas 12 e 13, Tradução para o Português: Cultura Brasil, LCC – verão de 2004).

FACCHINI NETO . A outra justiça – ensaio de direito comparado sobre os meios alternativos de resolução de conflitos. Revista da Ajuris, Porto Alegre, a. 36, n. 115, set. 2009. HALL, Stuart. A centralidade da cultura: notas sobre as revoluções culturais do nosso tempo. Educação & Realidade, v. 22, n.2, jul./dez., 1997. Disponível em: . Acesso em: 26 set. 2017.

_____. ADR (Alternative Dispute Resolution) – Meios alternativos de resolução de conflitos: solução ou problema? Direitos Fundamentais e Justiça, Porto Alegre, a. 5, n. 17, p. 118-141, out./dez. 2011.

_____. ADR (Alternative Dispute Resolution) – Meios alternativos de resolução de conflitos: solução ou problema? Direitos Fundamentais e Justiça, Porto Alegre, a. 5, n. 17, p. 118-141, out./dez. 2011.

FIORI, Julia Marine ESPOSITO ; Luís Alberto. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS PRECEDENTES VINCULANTES BRASILEIROS EM FACE DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DA “CRISE” NO SISTEMA CIVIL LAW. Disponível em https://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/158_712.pdf. Acesso em 18, janeiro de 2023.

FACHINI, Tiago, Direitos e garantias fundamentais: conceito e características. Disponível em <https://www.projuris.com.br/>. Acesso em 2,mar,2022.

_____. Jurisprudência: o que é, origem, importância e como pesquisar. PROJURIS. Disponível em. Acesso em: 13 de out. 2022.

FARIA, Gustavo . Precedente, jurisprudência, súmula e ementa. Disponível em <https://blog.supremotv.com.br/precedente-jurisprudencia-sumula-e-ementa/>. Acesso em 27,mar,2022.

FARNSWORTH, E. Allan. An introduction to the legal system of the United States. 4th ed. New York: Oxford University, 2010.

FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale) in Enciclopedia del diritto, n. 35 (1986): 819/835

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Nova hermenêutica constitucional e a aplicação dos princípios interpretativos à luz da jurisprudência do supremo tribunal federal: em busca de limites para a atividade. Disponível em <file:///C:/Users/990661/Downloads/amello,+Artigo+9.pdf>. Acesso em 31, jul,2022.

FELICIANO, Ivna Cavalcanti. Jurisdição constitucional democrática: uma crítica à sociedade aberta dos intérpretes da constituição de Peter Haberle. <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=41cf1e0f40e3e4ce>. Acesso em 2, ago,2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora.2012. p-252.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora.2012. p-252.

FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas. O fim do livre convencimento motivado? Quais seriam as novidades trazidas pelo CPC/15 para a valoração da prova pelo juiz?Disponível <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/11289/1/8%20-%20Cap.%201%20-200%20fim%20do%20livre%20convencimento%20motivado.pdf>. Acesso em 20,maio,2022.

FERRAJOLI, Luigi. Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, n. 43, p. 290-304, 1966.

_____; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (Org.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.32)

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 30.ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p.132.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. O Devido Processo Legal Substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal. Disponível na internet: <www.lfg.com.br/artigos>. Acesso em 31 de março de 2009.

FERREIRA, William Santos. Súmula vinculante – solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*). In:

FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio. As garantias do cidadão na Justiça. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 79-92, p. 80.

FINCATO, Denise Pires; GILEET, Sérgio Augusto da Costa. A pesquisa jurídica sem mistérios – do projeto à banca. Porto Alegre-RS: Editora Fi, 2018.

FINE, Toni M. Introdução ao sistema jurídico anglo-americano. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FIORI, Julia Marine ; ESPORTIVO, Luís Alberto . A (in)constitucionalidade dos precedentes vinculantes brasileiros em face de princípios constitucionais e da “crise” no sistema civil law. Disponível em https://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/158_712.pdf. Acesso em: 2,mar,2022.

FOUCAULT, Michel. A Ordem e o Discurso. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1996, p. 26.

FRANCIS BACON..., originalmente coletado e revisado por R. Stephens e J. Locker, e publicado após suas mortes por T. Brich. Totalmente corrigido por J. Gambold; os volumes latinos revisados por W. Bowyer, 5 vols., Londres, 1765.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Curso de Direito Constitucional Brasileiro – I. Teoria geral. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FREITAS . Vladimir Passos de. Ativismo judicial: afinal, do que se trata? Disponível em <https://www.conjur.com.br>. Acesso em 10, jun, 2022.

FREITAS, Danielli Xavier. A ineficácia das súmulas vinculantes. Disponível em <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/138912227/a-ineficacia-das-sumulas-vinculantes>. Acesso em 2, out,2022.

FREITAS, Vladimir Passos de. Reflexos da Lei de Abuso de Autoridade sobre a magistratura. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-dez-01/reflexos-lei-abuso-der-autoridade-magistratura>. Acesso em 17, out,2022.

FRIEDE, Reis. Teoria da Norma Jurídica. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/95611/teoria-da-norma-juridica>. Acesso em 2 de fev, 2022.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2015. p. 373 passim 374.

GALIO. Morgana Henicka . História e formação dos sistemas civil law e common law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas. Disponível em <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>. Acesso em 24,abr,2022.

GAIO JR., Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. Novo CPC comentado. Belo Horizonte: Delrey, 2016, p. 365.

_____; _____. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo código de processo civil brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 257, jul.-2016, p.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O novo CPC não é o que queremos que ele seja. Disponibilizado em: < <http://jota.info/o-novo-cpc-nao-eo-que-queremos-que-ele-seja>>; Acesso em: 8,jul,2022.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coordes.). Hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GARCIA, André Luis Bitar de Lima. Sistema de precedentes do novo CPC terá impacto em empresas. In: Consultor Jurídico, 22 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-22/sistema-precedentes-cpc-impacto-empresas>>. Acesso em: 10 abr. 2016).

GERUDE, Fernando Gomez. Súmulas vinculantes e o engessamento do Juízo de primeiro grau. Via Jus, Porto Alegre, 2006. Disponível em: . Acesso em: 16 jul. 2011.

GLENDON, Mary Ann. Knowing the Universal Declaration of Human Rights. Notre Dame Law Review, v.73, n.5, 1998. p.1155-1156.

GOES, Guilherme Sandoval; RASGA, Mariana de Freitas. Limites exegéticos do ativismo judicial: por uma estratégia hermenêutica de preservação do estado democrático de direito. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e7803c8c6041d459>. Acesso em 2, ago,2022.

GOMES, Eduardo Biacchi ; SCHMIDT ,Ayeza. O princípio da dignidade da pessoa humana: UN DIÁLOGO ENTRE FONTES E O HC 91.952 (SP). Disponível em <http://www.publicadireito.com.br>. Acesso em 12,jul,2021.

_____. DISTINGUISHING, OVERRULING E OVERRIDING: APERTEM OS CINTOS, O CASO-PILOTO SUMIU!. Disponível em file:///G:/Usuario/Downloads/Distinguishing_ouerruling_e_ouerriding_a.pdf. Acesso em 19,mar,2022.

GOMES, Luiz Flávio . Qual a diferença entre constituição garantia, constituição balanço e constituição dirigente? Disponível em <https://lfg.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 10, mail,2022 .

GOMES, Luiz Flávio. A dimensão da magistratura no Estado de Direito. São Paulo: RT, 1997.

_____. Controle de convencionalidade: Valerio Mazzuoli "versus" STF. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090615165108665. Acessado em 06.maio.2014.

_____. Súmulas vinculantes e independência judicial. Revista Justitia, vol. 59, jan./mar. 1997, p. 127. Disponível em: <http://www.justitia.com.br/revistas/97w70w.pdf>. Acesso em: 07/09/2016.

GOMES, Yara Alves. A reclamação constitucional como instrumento de manifestação da interpretação do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <https://egov.ufsc.br/>. Acesso em 25, ago, 2022.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo. RJ: Aide, 1992, p. 73.

GUBERT, Roberta Magalhaes. Nova teoria das fontes: da diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica. Tese(Doutorado em Direito) – universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-graduação em direito. São Leopoldo , RS, 2017. Professor Doutor orientador Lenio Luiz Streck.

GONÇALVES, Paula Bhering Jacques, p. 281 a 290. IN: CASTRO, João Antônio Lima. (Coord.). Direito Processual: Fundamentos Constitucionais. PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, Belo Horizonte, 2009, p. 287.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. Yale Law Journal. Vol. 40, n. 2, 1930.

GRAU, Eros Roberto. Juízes interpretam e aplicam a Constituição e as leis, não fazem justiça. Disponível em <https://www.conjur.com.br/>. Acesso em 22, jun,2022. NERY JR., Nelson. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

_____. O direito posto e o direito pressuposto. 7. ed. São Paulo, SP: Malheiros. 2008. p. 64.

_____. Por que tenho medo dos juízes. A interpretação do direito e dos princípios. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 38-39.

_____. Uma resposta ao artigo de Lenio Streck e Jerônimo Azambuja Franco Neto. Disponível em <https://www.conjur.com.br/>. Acesso em 28,jul,2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio da ampla defesa in Revista Proc. Geral Est. São Paulo, 2007.

GROSSI, Paolo. Primeira lição sobre o direito. Tradução por Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GUASTINI, Riccardo. Intepretare e argomentare. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 2011. p. 409.

GUERRA, Marcelo. Notas sobre a improcedência liminar do pedido (Art. 332 do CPC/2015). Disponível em <https://marcelolimaguerra.jusbrasil.com.br/>. Acesso: em 8, maio, 2022.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e „procedimental“ da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HAHN, Paulo; TRAMONTINA, Robison. Direitos humanos na diversidade cultural – toeira crítica e interculturalidade. In: GORCZEVSKI, Clovis; LEAL, Mônia Clarrisa Henning. Constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas. Curitiba: Multideia, 2012.

HOLMES, O.W. 1881. The Common Law. Boston, Little & Brown, 218 p. KELSEN, H. Teoria Pura do direito. 6. ed., São Paulo, Martins Fontes, 1999, 427 p.

HART, H. L. A. American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream. Georgia Law Review, vol. 11, n. 6, september 1977, p. 969-989.

_____. The Concept of Law. 2nd ed. Oxford: Penelope A Bulloch & Joseph Raz Eds., 1994.

_____. O conceito de direito, 5. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HEEMANN, Thimotie Aragon. O exercício do controle de convencionalidade pelo membro do Ministério Público. Disponível em https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/MP_Academia/Teses_2019/Thimotie_Heemann_-_O_exercicio_do_controle_de_convencionalidade.pdf. Acesso em: 10, ago, 2022.

HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Parte I. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p.296-297 .

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p 156.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p 156.

HOERSTER, Norbert. En defensa del Positivismo Jurídico. Barcelona: Gedisa, 2000. p.11.

HIRSCHL, Ran. Juristocracy – political, not juridical. The good society, v. 13, n. 3, 2004b, p. 7.

HOUAISS, Antônio e; VILLAR, Mauro de Salles. RECLAMAÇÃO. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007. p. 2401. Disponível em:

<<http://www.wikiuspedia.com.br/article.php?story=20080218154659217&mode=print>> e <http://en.wikipedia.org/wiki/McCulloch_v._Maryland> Acesso em: 23.abr.2014..
<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/reclamacao-constitucional-aspectos-gerais/12591>. Acesso em 3.jan.2014.

JANSEN, Euler Paulo de Moura. O devido processo legal. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4749/o-devido-processo-legal>>. Acesso em: 18 maio 2011.

JAPIASSU, Hilton. O mito da neutralidade científica. Rio de Janeiro: Imago, 1975, p.114).

JOBIM, Marco Félix. A técnica da distinguishing a partir da análise do julgamento do caso escola vs. coca cola bottling co.

_____. O Direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processo. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 2022.

JUNGES , Alexandre Luis . Desacordo racional e controvérsia científica. Disponível em <https://www.scielo.br/j/ss/a/X7ztD5QyhdSPXLsSw4L5JtK/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em 2,ago,2022.

KELSEN, Hans – Teoria Pura do Direito. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KLAFKE, Guilherme Continuidade e mudanças no atual modelo de acórdãos do STF: a prática, as razões para sua manutenção e caminhos para aperfeiçoamento, Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019, p. 114.

KNIJNIK, Danilo. O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça. RJ: Forense, 2005. p. 63/70.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional: aplicar a ratio decidendi sem rediscuti-la. Disponível em file:///G:/Usuario/Downloads/O_SISTEMA_DE_PRECEDENTES_VINCULANTES_E_O.pdf. Acesso em: 10, abr,2022.

LAMEGO, José. Hermenêutica e jurisprudência. Análise de uma concepção. Lisboa: Fragmentos, 1990,p.216.

LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula vinculante: um desafio. Revista de Processo, São Paulo, n. 120, p. 125, fev. 2005.

_____. Passado e Futuro da Súmula do STF, discurso no Instituto dos Advogados de Santa Catarina em 04 de setembro de 1981, disponível em www.ivnl.com.br, consultado em 11 de fevereiro de 2013.

_____. Atualidade do Supremo Tribunal. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 61, p. 15-18, out./dez. 1964.

LEGALE, Siddharta. Superprecedentes. Revista de direito GV. São Paulo. Vol. 12, n. 3, pp. 810-845, Set-Dez 2016.

LEITE, George Salomão. Hermenêutica e jurisprudência no código de processo civil: coerência e integridade. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.113-129.

_____. Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEITE, Marcos Thadeu. Controle de convencionalidade: os direitos humanos como parâmetro de validade das leis.

LEMOS, Vinícius Silva. Recursos e processos nos tribunais no Novo CPC. São Paulo: Lexia, 2015, p. 70/71.

LEMOS, Walter Gustavo. Por uma interpretação literal do art. 927 do CPC. Revista jus Navegandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4724, 7 jun. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4994>. Acesso em: 25 mai. 2022.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual **Civil** (trad.). 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LENZA, Pedro. Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015. Disponibilizado em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>> Acesso em: 05 Dezembro 2015.

LEVI, Edward H. An introduction to legal reasoning. The University of Chicago: Chicago 1949, p.1- 2.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: José Bushatsky, 1976. TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Kruger. Condições da ação no Novo CPC in Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil nº 68 (2015):5/21; WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 81.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil (trad.). 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LIMA NETO, João Matias de .As súmulas como precedente vinculante à luz da Constituição Federal e do novo CPC de 2015. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/>. Acesso em 02, abr, 2022.

LIMA, André Luis Bitar de. Sistema de precedentes do novo CPC terá impacto em empresas. In: Consultor Jurídico, 22 ago. 2015. Disponível em: . Acesso: em: 04, out. 2016.

LIMA, Hermes. Introdução à Ciência do Direito, 27. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1983.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido processo legal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

LIMA, Stephane. Deveres do magistrado ao aplicar o ordenamento jurídico: análise das contribuições do Art. 8º do Código de Processo Civil de 2015. Disponível em <https://direitodiario.com.br/magistrado-art-8o-cpc/>. Acesso em 25, abr,2022.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. Precedentes Judiciais civis no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Daniel. Sistemas de valoração da prova: qual é o adotado no Brasil? Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/sistemas-de-valoracao-da-prova-qual-e-o-adotado-no-brasil/515232225>. Acesso em: **15,jun ,2023**.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES, Danilo Pereira Lima e Ziel Ferreira. Por que devemos abandonar o "livre convencimento motivado" do juiz? Disponível em <https://www.conjur.com.br>. Acesso em 10,abr,2022.

LOPES, Ziel Ferreira. Como uma democracia lida com desacordos jurídicos? Disponível em <https://estadodaarte.estadao.com.br/democracia-desacordos-juridicos-ziel-lobes/>. Acesso em 26, ago, 2022.

LOUREIRO, Rodrigo. O Estado constitucional no Brasil. Disponível em <https://www.conjur.com.br>. Acesso em 10,jul,2022.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coords.). Panorama atual do novo CPC. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

LUHMANN, Nicklas. Legitimação pelo procedimento. Tradução Maria da Conceição Corte Real. Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005, p.280 e 334.

_____. Legitimação pelo procedimento. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980; e Sistemas sociales. Lineamentos para una teoría general. Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.

LUNARDI, Fabrício Castagna; REZENDE, Luiz Otávio. Curso de Sentença Cível: Técnica, Prática e Desenvolvimento de Habilidades. 2. ed. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.

LUNDMARK, Thomas. Harmonisation through Precedents, In Manuel Atienza, Enrico Pattaro, Martin Schulte, Boris Toporim und Dieter Wyduckel. Theorie des Rechts und

der Gesellschaft – Festschrift für Werner Krawietz zum . Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 2003).

MACEDO, Elaine Harzheim. VIAFORE, Daniele. A decisão monocrática e a numerosidade no Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____; JUNG, Luã Nogueira. (Re) discutindo o livre convencimento judicial: os limites da decisão judicial no Estado Democrático de Direito in Revista Brasileira de Direito Processual nº 91 (2015), p. 41/61.

MACÊDO, Lucas Buri de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 488-493.

MACÊDO, Lucas Buri de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454).

_____.; _____.; _____.;_____(coords). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454). Também com esse raciocínio: ASSIS, Araken de. Dos assentos aos precedentes e sua inconstitucionalidade. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coords). Panorama atual do novo CPC. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

_____. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Editora Jus Podivm: Salvador, 2015, p. 363.

MACHADO, Edinilson Donisete. Ativismo judicial: limites institucionais democrático e constitucionais. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MAGALHÃES, Oscar José Echenique; MAGALHÃES, José Antonio Rego. A primeira crítica de Dworkin ao positivismo jurídico e o debate entre Dworkin, Hart e Raz. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. Devido processo legal e proteção de direitos. Porto Alegre-RS : Livraria do Advogado Editora , 2009.

MAGRO, Maíra. Estudo aponta textos idênticos em decisões do STF. Valor, Brasília, 12 fev. 2016. Disponível em: Acesso em: 30, jun, 2022.

_____. STF admite prisão antes de processo administrativo. Valor On-line, São Paulo, 23 fev. 2012.

MAIA NETO, Cândido Furtado. Cláusula pétrea e direitos humanos: Conceitos e definições à luz da Constituição Federal brasileira. <https://conteudojuridico.com.br/> . Acesso em 12, ago, 2022.

_____. “Direitos Humanos Individuais Fundamentais no Processo Penal Democrático: Blindagem das garantias constitucionais ou vítimas do crime de Abuso de Poder?” Revista Jurídica da UNISEP – Faculdade de Direito da União de Ensino do Sudoeste do Paraná,

pg. 198/215, vol. 1-1, Ago/Dez/2005; Revista de Estudos Criminais, n. 21, Ano VI, janeiro-março, 2006, PUC/ITEC, Porto Alegre/RG; Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, v.7 n.37, abril-maio/2006, São Paulo-SP,p.64/85; - www.tribunadajustica.com.br (maio/junho-2006); www.anadep.org.br (agosto/2006) Associação Nacional dos Defensores Públicos; Revista da OAB – Conselho Federal, ano XXXVI, n. 83, jul/dez, 2006, p. 29, Brasília-DF. Acesso em 15.jan.2015.

_____. CLÁUSULA PÉTREA E DIREITOS HUMANOS: Verdades, conceitos e definições à luz da Constituição federal brasileira Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 mar 2009, 09:23. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/16948/clausula-petrea-e-direitos-humanos-verdades-conceitos-e-definicoes-a-luz-da-constituicao-federal-brasileira>. Acesso em: 08 set 2022.

_____. Direitos Humanos Individuais Fundamentais no Processo Penal Democrático: Blindagem das garantias constitucionais ou vítimas do crime de Abuso de Poder? Revista Jurídica da UNISEP – Faculdade de Direito da União de Ensino do Sudoeste do Paraná, pg. 198/215, vol. 1-1, Ago/Dez/2005; Revista de Estudos Criminais, n. 21, Ano VI, janeiro-março, 2006, PUC/ITEC, Porto Alegre/RG; Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, v.7 n.37, abril-maio/2006, São Paulo-SP,p.64/85; - www.tribunadajustica.com.br (maio/junho-2006); www.anadep.org.br (agosto/2006) Associação Nacional dos Defensores Públicos; Revista da OAB – Conselho Federal, ano XXXVI, n. 83, jul/dez, 2006, p. 29, Brasília-DF. Acesso em 15.jan.2015.

MALLET, Estevão. A jurisprudência deve sempre ser aplicada retroativamente? Revista TST, Brasília, vol. 71, n. 03, set/dez 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 125/126.

MÜLLER, Frederich . Métodos de trabalho de direito constitucional. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.36.

MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. Devido processo legal e proteção de direitos. Porto Alegre-RS : Livraria do Advogado Editora , 2009.

MARANHÃO, Clayton. O dever constitucional da fundamentação da sentença e o novo código de processo civil brasileiro de 2015: estudo de caso a respeito dos precedentes judiciais em matéria constitucional e o padrão máximo de fundamentação no direito brasileiro. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Ano 10. Volume 17. N. 2, julho a dezembro de 2016, p 101-119.

MARCATO, Antonio Carlos. Algumas Considerações sobre a Crise da Justiça. Disponível em: Acesso em: 30 ago, 2011.

MARINHO, Jefferson Luiz Alves. Teoria da integridade de Ronald Dworkin: um olhar matemático para a tese da resposta correta. <https://www.redalyc.org/journal/934/93453803007/html/>. Acesso em 19, maio,2022.

MARINONI, Luiz Guilherme, A função das cortes supremas e novo CPC. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-atual-funcao-cortes-supremas-cpc>> . Acesso em 18, abr,2022.

_____. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45- 50, junho 2009.

_____, Luiz Guilherme. AREHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. São Paulo: Editora RT, 2015. V2. P. 444-455.

_____. Comentários ao art. 927. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 2.073.

_____. Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 14-17.

_____. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 249, 2015.

_____. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 249, 2015.

_____. Precedentes Obrigatórios, 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____;_____;_____.Novo curso de processo civil – Vol. 1 – Teoria do processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 313.

_____; _____. Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel.Novo curso de processo civil – Vol. 1 – Teoria do processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 313.

_____;_____;_____. Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos mediante o procedimento comum. Volume 2. São Paulo: RT, 2015, p. 173; ANDREWS, Neil. In.: VARRANO, Vincenzo (a cura di). L’Altra Giustizia: I Metodi.

_____. Precedentes obrigatórios. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p.347.

MARQUES, Fernando Cristian. Conceitos em prol da tese de inconstitucionalidade da súmula vinculante Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 nov. 2019. Disponível em:<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/41135/conceitos-em-prol-da-tese-de-inconstitucionalidade-da-sumula-vinculante>. Acesso em: 05 nov. 2020.

MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Neil. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Ashgate/Dartmouth: Aldershot, 1997.

_____. What is binding in a precedent. In *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997, p. 512-513.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana – princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003.

MINAYO, Maria Célia de Souza (organizadora) et al. *Pesquisa social , teoria método e criatividade* . 21.ed, Petrópolis-RJ: Vozes, 1994.

MARSHALL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 503-518; MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: M. Fontes, 2006; SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 355-405; SUMMERS, Robert S. Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification. *Cornell Law Review*, v. 63, n. 5, p. 707-788, jun. 1978; MONAGHAN, Henry Paul. Stare Decisis and Constitutional Adjudication. *Columbia Law Review*, New York: v. 88, n. 4, p. 723-773, maio, 1988.

MARTINS, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Gerales Ferreira. *Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V.*, 2005.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 239-240.

MARTINS, Marina. Súmula vinculante . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3320, 3 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22228>>. Acesso em: 17 dez. 2020.

MATTOS. Sérgio Luís Wetzel de . *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora , 2009, p.202.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.166.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Novo CPC viola Constituição ao dar poderes legislativos a tribunais. *Conjur*, em 03/10/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out->

03/hugo-mazzilli-poder-tribunais-legislaremviola-constituicao. Acessado em: 20,abr,2022.

_____. apud GOMES, Luiz Flávio. Controle de convencionalidade: Valerio Mazzuoli "versus" STF. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 25 abr, 2014.

_____. Curso de direito internacional público. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 405.

_____. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno: Saraiva. 2010 e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. 4. ed. São Paulo: RT, 2016. VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). Processo em jornadas. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 507.

MELLO, Cecilia ; PINTO, Flávia Silva; JACINTO, Júlia Dias. O livre convencimento do juiz na valoração das provas no processo. Disponível em <https://www.ceciliamelloadvogados.com.br/artigos/o-livre-convencimento-do-juiz-na-valoracao-das-provas-no-processo/>. Acesso em 12, set,2022.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A quem interessa enfraquecer o Judiciário? In: Revista Jurídica Consulex (versão eletrônica), ano III, n.28, 30 abr. 1999, p.3-4.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luis Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logicaascensao.pdf>. Acesso em 02/11/2017.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. Revista da AGU, v. 15, p. 9-52, 2016.

MELO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Entrevista. in Revista Consulex n. 10 de 31/10/1997 .

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva 2008. P.242.

_____; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 156.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.197/1.198.

_____; FERNANDES, e Victor Oliveira. Abuso de Autoridade e o reencontro com o Estado de Direito. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/opiniaio-lei-cancellier-zavaski-lei-abuso-autoridade>. Acesso em 5, out. 2022).

_____. Curso de Direito Constitucional – 12. ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

MEZZARROBA, Orides ; MONTEIRO, Cláudia Servilla. Manual de metodologia no direito. 4.ed.São Paulo: Saraiva,2008.

_____; Ismael Ferreira. Cláusula do devido processo legal: origem histórica e perfil constitucional Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 fev 2021.
Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/>. Acesso em: 23, fev, 2021.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Cortes superiores e cortes supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P.174.

_____. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. Revista de Processo, v. 37, n. 206, p. 61-78, abr. 2012.

_____. Jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro. Revista de Processo. Vol. 245. ano 40. p. 333-349. São Paulo: Ed. RT, jul. 2015.; ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015?. Revista de Processo, v. 257, p. 371-388, 2016.

_____. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

_____. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

_____. Precedentes, Jurisprudência e súmula no novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: Revista de Processo. Vol. 245/2015. p.338.

MIRRAFON, Marco Aurélio. Texto constitucional não é norma, mas vincula. Disponível em <https://www.conjur.com.br/>. Acesso em 10, maio, 2023.

MIZUTA, Alessandra; COSTA, Sebastião Patrício Mendes da. Direito de acesso à Justiça, Efetividade e Jurisdição: Sistema informais de justiça como concretização dos objetivos de desenvolvimento do Milênio da ONU. In: Acesso à justiça. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: . Acesso em: 03.out.2017.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. Fundamentos para uma teoria da decisão judicial. Disponível em

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf. Acesso em 25, maio,2022.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. Fundamentos para uma teoria da decisão judicial.

Disponível em

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf. Acesso em: 25, maio,2022.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. O livre convencimento do juiz e a prova produzida nos autos. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/reflexoes-trabalhistas-livre-convencimento-juiz-prova-produzida-autos>. Acesso em 13,jun,2023.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. Há déficit de 18,8% de juízes no Brasil.

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85407-ha-deficit-de-19-8-de-juizes-no-brasil>. Acesso em 11.jun.2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional. Grupo GEN, 2021. 9788597027648. Disponível em: Acesso em: 11 out. 2021. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23. Ed, São Paulo: Atlas, 2008.Acesso: 20 out. 2021.

_____. As súmulas vinculantes no brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial. Disponível em [file:///G:/Usuario/Downloads/67946-Texto%20do%20artigo-89378-1-10-20131125%20\(2\).pdf](file:///G:/Usuario/Downloads/67946-Texto%20do%20artigo-89378-1-10-20131125%20(2).pdf). Acesso em 17,abr,2022.

_____. As súmulas vinculantes no brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial. Disponível em [file:///G:/Usuario/Downloads/67946-Texto%20do%20artigo-89378-1-10-20131125%20\(2\).pdf](file:///G:/Usuario/Downloads/67946-Texto%20do%20artigo-89378-1-10-20131125%20(2).pdf). Acesso em 17,abr,2022.

_____. Direito constitucional, 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 41.)

_____. Jurisdição Constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77.

MORATO, Leonardo Lins. Reclamação: e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante. São Paulo: RT, 2007. p. 76.

MORCHÓN, Gregorio Robles. Hans Kelsen: vida y obra. Revista de Ciências Sociales, [s.l.], v. 8, n. 62, p.199-241, 2013. Universidad de Valparaíso Chile.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos: um enfoque comparativo. Tema de Direito Processual. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORRISON, Wayne. Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOTA, LEILA. Crítica ao positivismo jurídico. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/27215/critica-ao-positivismo-juridico>. Acesso em 5, ago, 2022.

MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. O novo código de processo civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade. In STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. Hermenêutica e jurisprudência no código de processo civil: coerência e integridade. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.86-112.

MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio; MADRUGA, Eduardo. Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2017. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MARINONI, L. G. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. Volume 2: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 651-652.

MATIAS, Arthur José Jacon. **Precedentes: fundamentos, elementos e aplicação**. Leme (SP): JH Mizuno, 2019. p.107.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A forma de julgamento dos Tribunais Superiores e a doutrina dos precedentes obrigatórios: um estudo de idênticos casos concretos. In: Revista de Processo. São Paulo, ano 41, vol. 260, 2016. p.335.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 41.

_____. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2.ed. São Paulo: RT, 2009, p.11.

MORAIS, Fernanda de. Marbury vs Madison: estudo de caso do controle de constitucionalidade. Disponível em <https://direito.idp.edu.br/blog/direito-constitucional/marbury-vs-madison/>. Acesso em 12, maio, 2023).

MEDINA, J. M. G. Direito processual civil moderno. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Código de processo civil comentado. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.976 .

_____. CFC - Simpósio - O Novo CPC - Prof. Nelson Nery Junior - A Força dos Precedentes Judiciais <https://www.youtube.com/watch?v=lxXIPKureAc> (A partir do 47º minuto do vídeo. Acesso em 29 de maio de 2016).

_____. CFC - Simpósio - O Novo CPC - Prof. Nelson Nery Junior - A Força dos Precedentes Judiciais <https://www.youtube.com/watch?v=lxXIPKureAc> (A partir do 47º minuto do vídeo. Acesso em 29 de maio de 2016).

NERY JÚNIOR, Nelson. . Princípios do processo civil na Constituição Federal. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Teoria geral dos recursos. 7. ed., São Paulo: RT, 2014.

_____. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; _____. Código de Processo Civil comentado - 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NEUMANN , Franz – The structure and practice of nacional socialism, Victor Gollancz Ltd, London, 1942, pp. 360-361.

NEVES, Antonio Castanheira. O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais, cit., n. 2, p. 74. apud. ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 2ª ed. São Paulo, SP: Revistas dos Tribunais. 2018. p. 936.

_____. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único. 8.ed – Salvador, Juspodivm, 2016, p. 1.428.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil - Volume único. 9. ed.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.p.1396.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, Manual de direito processual civil, 12. ed, Salvador: JusPodvim, 2020.p.1397-1398.

Nigro. Novo CPC viola Constituição ao dar poderes legislativos a tribunais. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-03/hugo-mazzilli-poder-tribunais-legislarem--viola-constituicao>. Acesso às 14h, do dia 16 de julho de 2016.

NOBRE Jr., Edilson. Súmula Vinculante e o desafio de sua implementação. São Paulo: MP, 2008.

NOGUEIRA, Edson Nogueira de Oliveira. O caráter vinculante e generalizado dos precedentes extraível do art. 927 do CPC de 2015 viola o modelo constitucional de Direito

Processual Civil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5016, 26 mar. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52853>. Acesso em: 17 abr. 2022.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Das súmulas vinculantes: uma primeira análise. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (coord.). Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 271.

_____. *Stare decisis et non quieta movere*: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. A função contra-fática do direito e o Novo CPC. Revista da AASP. São Paulo, abr. 2015.

_____; HORTA, André Frederico. Precedentes? Significados e impossibilidade de aplicação self service. Artigo disponível em . Acesso em 28 de dezembro de 2014.

_____; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático in Coleção Novo CPC – Doutrina selecionada: Vol. 1. Salvador: Jus Podivm, 2016, 2ª Ed., p. 139/178.

_____ et al. A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático in Coleção Novo CPC – Doutrina selecionada: Vol. 1. Salvador: Jus Podivm, 2016, 2ª Ed., p. 139/178.

_____; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (Org.). Precedentes judiciais no NCPC. Coleção Novo CPC e novos temas. Salvador: Juspodivm, 2015.

NUNES, Elpídio Donizetti. Natureza Jurídica da Reclamação Constitucional. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/elpidionunes/2012/11/14/natureza-juridica-da-reclamacao-constitucional/> Acesso em 16. abr. 2014.

OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de; DUARTE, Bento Herculano. Princípios do processo civil – noções fundamentais. São Paulo: Método, 2012, p. 38/40, p. 57.

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Diferenças e Semelhanças Entre os Sistemas da Civil Law e da Common Law. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v. 6, n. 10, p. 43-68, jun. 2014. Disponível em: Acesso em 30, maio, 2022.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Razão e Emoção no Ato de Julgar: As Contaminações do Julgador e seus Pré-Julgamentos na Fase de Investigação Preliminar. Ciências Criminais, PUC/RS. 2012. Disponível em <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4916>. Acesso em 25, maio, 2022.

OLIVEIRA, Letícia Silva de. O Princípio da Separação de Funções Estatais e o Ativismo Judicial. Democracia, [s. l.], ed. 21, fev. 2013. Disponível em <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/d21-34/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

OLIVEIRA, márcio Berto alexandrino de. A inconstitucionalidade da súmula vinculante frente ao paradigma do estado democrático de direito. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-inconstitucionalidade-da-sumula-vinculante-frente-ao-paradigma-do-estado-democratico-de-direito>. Acesso em 19, jun.2022.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). Processo civil em movimento. Florianópolis: Conceito, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Decisão Judicial e Conceito de Princípio. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

ORTOGA, Flávia Teixeira . NCPC - Entenda o Incidente de Resolução de demandas Repetitivas (IRDR). Disponível em <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/> . Acesso em 2 de jaa,2022.

PAMPLONA, Danielle Anne. Devido Processo Legal: Aspecto Material. Curitiba/Paraná: Juruá, 2008.

PASCHOAL, Gustavo Henrique; ANDREOTTI, Paulo Antonio Brizzi. Considerações sobre o sistema de precedentes judiciais no novo código de processo civil.

PEREIRA, Igor. Quais são os tratados internacionais com status de emenda constitucional no Brasil? Disponível em : <https://direitonovo.com/direito-internacional/quais-sao-os-tratados-internacionais-com-status-de-emenda-constitucional/>. Acesso em 29,fev.2022.

PASQUALOTTO, Adalberto. Dos possíveis ensinamentos do processo coletivo, em prol da segurança jurídica e correção das decisões. In: Matheus de Castro; Maria Cristina C. Pezzella; Janaína Reckziegel. (Org.). Direitos Fundamentais Civil - A ampliação dos direitos subjetivos no Brasil e na Alemanha - Tomo II. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, v. 2, p. 171-188. MORAIS, José Luis Bolzan de; PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula vinculante. Gênesis- Revista de Direito Processual Civil, n. 6, set/dez 1997, Curitiba: Gênesis, 1997.

PEDRON, Flávio Quinaud . A impossibilidade de afirmar um livre convencimento motivado para os juízes: as críticas hermenêuticas de Dworkin. Disponível em <file:///C:/Users/990661/Downloads/Dialnet-AImpossibilidadeDeAfirmarUmLivreConvencimentoMotiv-6673438.pdf>. Acesso em: 12,maio, 2022.

_____. Que críticas da teoria do direito como integridade de Dworkin pode fazer contra a tese do livre convencimento motivado do magistrado? Disponível em PEDRON, Flávio Quinaud. Que críticas da teoria do direito como integridade de Dworkin pode fazer contra a tese do livre convencimento motivado do magistrado? Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 2, p. 754-774, ago. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em <http://dx.doi.org/10.5902/19813694309>. Acesso em: 19, maio, 2022.

PEIXOTO, Ravi. (in) constitucionalidade da vinculação dos precedentes no cpc/2015: um debate necessário. Disponível em file:///G:/Usuario/Downloads/197-772-1-PB%20(11).pdf. Acesso em: 20, fev,2022.

_____. (in) constitucionalidade da vinculação dos precedentes no cpc/2015: um debate necessário. Disponível em file:///G:/Usuario/Downloads/197-772-1-PB%20(11).pdf. Acesso em: 20, fev,2022.

_____. Superação do precedente e segurança jurídica, 4 ed. Salvador: Juspodvim, 2019. p.145-146.

_____. Proibição da venda casada de reclamação e precedentes obrigatórios. Disponível em: <http://justificando.com/2015/04/23/proibicao-da-venda-casada-de-reclamação-e-precedentes-obrigatórios/>. Acesso às 14h, do dia 18 de agosto de 2016).

_____. Superação do Precedente e Segurança Jurídica. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

_____. Superação do Precedente e Segurança Jurídica. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

_____; MACEDO, Lucas Buril de. Ônus da prova e sua dinamização. Salvador: Jus Podivm, 2016, 2. ed., p. 35.

_____; _____. Ônus da prova e sua dinamização. Salvador: Jus Podivm, 2016, 2. ed., p. 35.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza; GONÇALVES, José Wilson. Comentários à lei orgânica da magistratura nacional: Lei complementar 35/1979. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010. p. 107.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto, CORDEIRO, Bruna de Oliveira. Neoconstitucionalismo, discricionariedade e decisão judicial: um diálogo entre Robert Alexy e Lenio Luiz Streck. Disponível em <file:///C:/Users/990661/Downloads/67713-Texto%20do%20artigo-29607>.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015?. Revista de Processo, v. 257, p. 371-388,

_____; ZANETI JUNIOR, Hermes. Interpretação operativa, hermenêutica e precedentes: um diálogo com Lenio Streck. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ, Belo Horizonte, ano 17, n. 25, p. 29-43, jan./jun. 2019.

PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da Argumentação. A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 20.

_____. Lógica Jurídica. Nova retórica. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p.9.

PINHEIRO, Victor Marcel. A fixação de teses pelo STF e a "sumulização" dos precedentes constitucionais. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-ago->

01/observatorio-constitucional-fixacao-teses-stf-sumulizacao-precedentes. Acesso em 14, out,2022.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIUCCO, Micheli .Controle de convencionalidade das leis. Disponível em <https://rejtrt4.emnuvens.com.br/revistaejud4/article/view/11>. Acesso em 19,set,2022.

PONTES DE MIRANDA apud CHAMONE, Marcelo Azevedo. Reclamação constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1896, 9 set. 2008 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11698>>. Acesso em: 13 jan. 2014 .

_____. Comentários ao Código de Processo Civil, tit. V, p. 286-287.

PONTES, Sérgio. Responsabilidade por Erro Judiciário. Disponível em <https://sergiopontes.jusbrasil.com.br/>. Acesso em 17,maio,2022.

POPPER, Karl Raimund. Em busca de um mundo melhor. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 44.

PORFÍRIO, Francisco. O positivismo é uma corrente filosófica do século XIX que aposta na ordem e na ciência para a obtenção de progresso social. Disponível em <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/> . Acesso em 19, maio,2022.

PORTELA, Airton. A mais importante mudança trazida pelo novo CPC. Disponibilizado em: Acesso em: 12 de dezembro 2015.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional público e privado. 6. ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2014. p. 991.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional público e privado. 6. ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2014. p. 992. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional público e privado. 6. ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2014. p. 992.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional público e privado. 6. ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2014. p. 992.

PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual – processo constitucional e o novo processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 45 e ss.

_____. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Cadadania processual – processo constitucional e o novo processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 45 e ss.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. SUPREMO OU SOBERANO? Disponível em <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/338/345>. Acesso em 6, set,2022.

_____. The binding aspect in the decisions of constitutional control and binding precedents: a critical analyze of the Supreme Federal Court decisions. 2013. 238f. Doctoral Thesis (PHD of Law) – Centro de Ciências Jurídicas /Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

_____. A natureza jurídica da súmula. In: DIERLE, Nunes. MENDES, Aluisio. JAYME, Fernando Gonzaga. A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.p.179.

PRIMUS, Richard. A Brooding Omnipresence: Totalitarianism in Postwar Constitutional Thought. The Yale Law Journal, v.106, n.2, 1996. p.429-430.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de . Metodologia do trabalho científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico. 2. ed: EDITORA FEEVALE .Novo Hamburgo - Rio Grande do Sul, 2013.

PROTO PISANI, Andrea. Giusto processo e valore della cognizione piena. Rivista di Diritto Civile, anno XLVIII, 2002, p.266-267.

PUSSI, William Artur; PUSSI, Luciane . Engessamento hermenêutico e a vinculação subjetiva do magistrado brasileiro. Disponível em <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/viewFile/124/165> . Acesso em 5, abr,2022.

_____; _____. Engessamento hermenêutico e a vinculação subjetiva do magistrado brasileiro. Disponível em <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/viewFile/124/165>. Acesso em 2, out,2022.

PUSSI, William Artur; PUSSI, Luciane. Engessamento hermenêutico e a vinculação subjetiva do magistrado brasileiro. Disponível em

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. Belo Horizonte, 09 de set. 1996. Disponível em http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rl/pdf/pdf_133/r133-06.pdf Acesso em: 08/03/2010, p. 63.

RAATZ, Igor . Juiz pode ignorar a lei? Teoria da decisão e as contribuições da crítica hermenêutica. Disponível em <https://www.conjur.com.br/>. Acesso em 25, abr,2022.

RABENHORST, E. R. Dignidade Humana e Moralidade Democrática. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ROMBAUER, Marjorie Dick. **Legal Problem Solving**: analysis, research and writing. 3rd ed. St. Paul: West Publishing Company, 1978.

RALWS, John. Uma teoria da justiça. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Especialmente p. 89 e ss.

RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAZ, Joseph. *Legal principles and the limits of law*. The Yale Law Journal, New Haven, Vol. 81, n. 5, 1972, p. 837.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. l. Teoria tridimensional do direito. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva 1994.

RECLAMAÇÃO. In, Houaiss, Antônio e; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007. p. 2401.

REDONDO, Bruno Garcia. Precedentes: teoria geral e seus reflexos no projeto de novo código de processo civil. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (coord.). O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

REICHELT, Luis Alberto. A exigência de publicidade dos atos processuais na perspectiva do direito ao processo justo in Revista de Processo nº 234 (2014), p. 77/97; O direito fundamental das partes à imparcialidade do juiz no direito processual civil in Revista de Processo nº 227 (2014), p. 105/122.

RESENDE, Ludmila Antunes. A inconstitucionalidade das súmulas de efeito vinculante. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-inconstitucionalidade-das-sumulas-de-efeito-vinculante/>. Acesso em 21,jul,2022.

REZEK, Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 88-89.

RIBEIRO, Bráulio Yabico. O posicionamento hierárquico dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/direito/o-posicionamento-hierarquico-dos-tratados-direitos-humanos-ordenamento-juridico-brasileiro.htm>. Acesso em: 15,ago,2022.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. Constituição federal cláusula pétreia. Disponível em jusbrasil.com.br/. Acesso em 20,set,2022.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a Súmula vinculante. Belo Horizonte: 1996. Disponível em: . Acesso em: 15 out. 2008.

ROCHA, José de Albuquerque. Súmula Vinculante e Democracia. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Teoria Geral do Processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHÄFER, Gilberto. Súmulas vinculantes: Análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? angústias e desconfianças. Revista dos Tribunais on-line. Disponível em file:///G:/Usuario/Downloads/SISTEMA_DE_PRECEDENTES_OU_MEROS_FILTROS.pdf. Acesso em: 2,out. 2022.

ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. Teoria geral do processo – Comentários ao CPC de 2015, Parte Geral. São Paulo: Método, 2015, p. 68. ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. Teoria geral do processo – Comentários ao CPC de 2015, Parte Geral. São Paulo: Método, 2015, p. 68. ROUSSEAU, Dominique. Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine. Paris: Montchrestien, 1998.

RUBIN, Fernando. A importância do segundo grau de jurisdição na revisão e na pacificação de questões fático-jurídicas relevantes. Revista Dialética de Direito Processual, v. 133, p. 36-41, 2014.

_____. Necessárias questões atuais em processo previdenciário. Revista Dialética de Direito Processual, v. 140, p. 45-51, 2014.

_____. Necessárias questões atuais em processo previdenciário. Revista Dialética de Direito Processual, v. 140, p. 45-51, 2014.

_____. O cabimento dos embargos de declaração para a concretização de uma prestação jurisdicional efetiva. Revista de Processo, v. 230, p. 175-193, 2014.

_____. O contraditório na visão cooperativa do processo in Revista Dialética de Processo Civil nº 94 (2011): 28/44.

RUBIN, Fernando. O contraditório na visão cooperativa do processo in Revista Dialética de Processo Civil nº 94 (2011): 28/44.

_____. O Novo Código de Processo Civil – Da construção de um novo modelo processual às principais linhas estruturantes da Lei nº 13.105/2015.

_____. Os ritos processuais sumaríssimos no Brasil. Unisul de Fato e de Direito, v. 10, p. 257-267, 2015.

_____. A disciplina do Novo CPC e a sua central base principiológica em favor de um Processo Justo. Disponível em <https://fernandorubin.jusbrasil.com.br/>. Acesso em 2,maio,2022.

SABINO, Marco Antonio da Costa. O Precedente Judicial Vinculante e sua Força no Brasil. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, n. 85, p. 51-72, abril 2010.

SANGUINÉ, Odone. Devido processo legal e Constituição. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, vol. 2, n. 9, setembro 1989.

SANTIAGO, Emerson. Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em <https://www.infoescola.com/direito/pacto-de-sao-jose-da-costa-rica/>. Acesso em 15, ago, 2022.

SANTOS, Cleiton M. I. dos . Dignidade da pessoa humana como norma fundamental para ordem jurídico-constitucional brasileira. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/> Acesso em 25,maio,2021.

SANTOS, Geovani. Súmula Vinculante nº.25- Prisão civil, Depositário Infiel. Disponível em <https://geovanisantos.jusbrasil.com.br>. Acesso em 12, ago,2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 10. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 44.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p 15-44.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5307223/mod_resource/content/1/OS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20SOCIAIS%20NA%20CONSTITUI%20C%87%20C%83O%20DE%201988%20-%20INGO%20WOLFGANG%20SARLET.pdf. Acesso em: 15 ,ago,2022.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: RT, 2013.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: RT, 2013.

SCHÄFER, Gilberto. Súmulas vinculantes: Análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

SCHIAV, Mauro. O novo código de processo civil e o princípio da duração razoável do processo. Disponível em <https://www.trt7.jus.br/>. Acesso em 7,out,2022.

SCHIMA, Hans. Compiti e limitidi uma teoria generale dei procedimenti. Trad.de Tito Carnacini in Rivistatrimestralediritto e proceduracivile, nº 7 (1953): 757/772

_____. Compiti e limitidi uma teoria generale dei procedimenti. Trad.de Tito Carnacini in Rivistatrimestralediritto e proceduracivile, nº 7 (1953): 757/772. Também outro enorme nome alienígena, a respeito do tema: FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale) in Enciclopediadeldiritto, nº 35 (1986): 819/835.

SCHIMITZ, Leonard Ziesemer. A teoria geral do processo e a parte geral do novo código de processo civil in Coleção Novo CPC – Doutrina selecionada: Vol. 1. Salvador: Jus Podivm, 2016, 2. ed., p. 107/138.

SCHWARTZMAN, Paulo; SILVA, Raquel Formiga. A Nem Tão Magna Carta. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/>. Acesso em: 25,fev,2022.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. A Emenda Constitucional nº 45/04, a súmula vinculante e o livre convencimento motivado do magistrado. Um breve ensaio sobre hipóteses de inaplicabilidade. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 708, 13 jun. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6884>. Acesso em: 8 abr. 2022.

SHAPIRO, Scott. What is the internal point of view? Fordham L. Review, vol. 75, iss. 3, p. 1157, 2006, p. 1157/1158).

SIFUENTES, Mônica. Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.p.285.

SILVA, André Ricardo Dias da . A súmula vinculante: análise doutrinária e constitucional. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2774/A-sumula-vinculante-analise-doutrinaria-e-constitucional>. Acesso em 9, ago, 2022.

SILVA, Celso de Oliveira. Juiz Boca da Lei e a Voz da Constituição. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/juiz-boca-da-lei-e-a-voz-da-constituicao/1142386936>. Acesso em : 06,go,2023.

SILVA, Eduardo Bello Leal Lopes da. Devido processo legal processual e material. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5045, 24 abr. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55698>. Acesso em: 7 jul. 2021.

SILVA, Evander de Oliveira. A Magna Carta de João Sem-Terra e o devido processo legal. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4455, 12 set. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33931>. Acesso em: 26 fev. 2022.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito constitucional positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 113.

SILVA, José Anchieta da. A Súmula de Efeito Vinculante Amplo do Direito Brasileiro: um problema e não uma solução. Belo Horizonte: Del Rey, 1998

SILVA, Antônio Álvares. As súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico. São Paulo: LTr, 2004. p. 116-117.

SILVA, Rogério Luiz Nery da Silva; SANTOS, Cristiane Brum dos Santos. A dignidade da pessoa humana e sua dimensão intersubjetiva na tutela dos direitos fundamentais do imigrante. Disponível em <file:///G:/Usuario/Downloads/1403-3269-1-SM.pdf>. Acesso em 14,jul,2021.

SILVEIRA, Artur Barbosa. Da Reclamação Constitucional: breves linhas. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 fev. 2013. Disponível em:

SLAPPER, Gary ; KELLY, David. O Sistema Jurídico Inglês, RJ: Forense, 2011, n. 3.6.5, p. 112.

SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Transcendentalização dos precedentes no novo CPC: equívocos acerca do efeito vinculante. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Disponível em file:///C:/Users/990661/Downloads/Transcendentalizacao_dos_Precedentes_no.pdf. Acesso em: 23,jun,2013.

SODERO, Eduardo. Sobre el cambio de los precedentes. ISONOMIA, N. 21, OCT. 2004,p. 227-228.

SOUSA, Mauro Araujo de. O perspectivismo de Nietzsche e a compreensão. Revista Líbero – São Paulo – v. 19, n. 37-A, p. 109-116, jul./dez. de 2016.

SOUZA, Iara Coelho de. Princípio do devido processo legal. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3405, 27 out. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22857>. Acesso em: 18 ago. 2021.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante. Curitiba: Juruá, 2011, p. 149.

SOUZA, Michel Roberto Oliveira de ; COL, Juliana Sípoli. Disponível em [file:///G:/Usuario/Downloads/12994-Texto%20do%20artigo-59687-2-10-20111107%20\(2\).pdf](file:///G:/Usuario/Downloads/12994-Texto%20do%20artigo-59687-2-10-20111107%20(2).pdf). Acesso em 25,mar,2022.

SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e arbitragem. Alternativas à Jurisdição! 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STANCATI, Maria M.S. Martins. A resignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º, do Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo, v.254,Abr/2016, São Paulo: Revista dos Tribunais , p. 20).

SGARBOSSA, Luís Fernando; Jensen, Geziela. Súmula vinculante, princípio da separação dos poderes e metódica de aplicação do direito sumular. Repercussões recíprocas. Jus navigandi, Teresina, ano 12, n. 1798, 3 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11327>>. Acesso em: 20 de outubro de 2022.

STRASSBURGER , Rodrigo. Controle de Constitucionalidade pelo TCU: um novo entendimento do STF. Disponível em <https://www.direcaoconcursos.com.br/artigos/controle-constitucionalidade-tcu/>. Acesso em 19,set,2022).

STRCK, Lenio Luiz .Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes - Parte II. Disponível em <https://www.conjur.com.br/>. Acesso em 21,mar,2022.

_____. “Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma 'teoria para a elaboração de precedentes'?", Revista Brasileira de Ciências Criminais 78 (2009), 284-319, p. 301.

_____. Como a jurisprudência prêt-à-porter se alimenta do livre convencimento. Disponível em <https://www.conjur.com.br/>. Acesso em 13,abr,2022.

_____. A febre dos enunciados e a constitucionalidade do ofurô! Onde está o furo?. Conjur, em 10/09/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-10/senso-incomum-febre-enunciados-ncpcinconstitucionalidade-ofuro#sdfootnote3sym>. Acessado em 20,abr,2022.

_____; ABOUD, Georges. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed., rev., atual., Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2014, p. 46.

_____. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 246.

_____. Contra claro texto do CPC, STJ reafirma o livre convencimento. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-set-26/senso-incomum-claro-texto-cpc-stj-reafirma-livre-convencimento>. Acesso em 20,maio,2022.

_____. Dicionário de Hermenêutica. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 279.

_____; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 175-182.

_____. Contra claro texto do CPC, STJ reafirma o livre convencimento. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-set-26/senso-incomum-claro-texto-cpc-stj-reafirma-livre-convencimento>. Acesso em: 20,maio,2022.

_____. Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do direito, 2020.

_____. E o que seria a discricionariedade transparente do ministro Roberto Barroso?. Publicado em 26 de fevereiro de 2018.

_____. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n.3, 2005, p. 113. ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. Revista de Processo | vol. 235/2014 | p. 293 - 349 | Set / 2014DTR\2014\9800; ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 464p.

_____. Resposta adequada à Constituição (resposta correta). Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 258-259.

_____. Artigo 489. FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.); NUNES, Dierle; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo; STRECK, Lenio (Coords). Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Saraiva. Edição do Kindle, item 2.1.(2022).

_____. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a. STRECK, Lenio. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

_____. Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Juspodivm, 2018. STRECK, Lenio. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva,2014c.

_____; et al. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____; et al. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Saraiva 2016.

_____. Precedentes? Uma proposta aos ministros Schietti, Mussi e Sebastião. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/senso-incomum-precedentes-proposta-aos-ministros-schietti-mussi-sebastiao>. Acesso em 15.nov.2020.

_____; ABOUD, Georges. Art. 927. In: Comentários ao Código de Processo Civil. Lenio Luiz Streck et al. (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. O Efeito Vinculante das Súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, V. 01, nº. 03. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, p. 102/103.

STEIN, Ernildo. Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução . Porto Alegre: Epipucrs, 2000, p. 101.

MACÊDO, Lucas Buri de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues;

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite; MATOS, Nelson Juliano Cardoso. XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA - CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II .Disponível em <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/8125w9im/Wl854Z8nFnV9a83X.pdf> . Acesso em: 13,jun,2023.

TALAMINI, Eduardo. Suspensão do processo judicial para realização de mediação. Revista de Processo, v. 277/2018, p. 565-584, mar. 2018.

TARUFFO, M. 2011. La Motivación de la Sentencia Civil. Madrid, Trotta, 2006, p.414.

TARUFFO, Michele. Dimensione del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Padova, v. 48, n. 2, 1994. p. 416.

_____. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, n. 110, v. 28, abr/jun. 2003. p. 141-158.

_____. *Processo civil comparado: ensaios – cap. 2 – verdade e processo*. São Paulo: Marcial Pons. 2017.

_____. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 11/34, especialmente; SCHAFFER, Gilberto. *Súmulas vinculantes – análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 108/127 .

_____. Un'Alternativa alle alterantive: modelli di risoluzione dei conflitti. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 152, p. 328-330, 200.

TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006*. 3. ed. Método: São Paulo, 2009.

_____.; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 19.

TEIXEIRA, Paulo. JB desdenha de pesquisa do CNJ sobre perfil dos magistrados. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/>. Acesso em 10, abr,2022.

TESHEINER, José. Episódio 42: o crime de hermenêutica. 2016. *Páginas de Direito: excelência em conteúdo Jurídico*. Disponível em: . Acesso em: 12 out. 2017. Acesso em: 12 out. 2017.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

_____. *Curso de direito processual civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. V.1 p. 415.

_____. *Curso de direito processual civil – de acordo com o Novo CPC – Vol. 1*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 56ª ed, p. 30).

TOKOI, Sérgio Massaru. *Reclamação Constitucional: Aspectos Gerais*.

TOZO, Lucas Suárez de Olivera. *Direitos Humanos: o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações*. Disponível em <https://www.unicamp.br/>. Acesso em 13, mar, 2021.

TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LV, n. 2, 2001, p.382.

TUCCI, José Rogério Cruz. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no novo CPC. In: ZUFELATO, Camilo et al. (Orgs.). *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2016.

TURBAY JR. Albino Gabriel . Uma introdução ao princípio do devido processo legal: a origem no direito comparado, conceitos, a inserção no sistema constitucional brasileiro e suas formas de aplicação. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/>. Acesso em 13, mar,2021.

UNITOLEDO_v.3_n.4.03.pdf. Acesso em 30, abr,2022.http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juris-

VAQUERO, Álvaro Núñez. Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 39 (2016) ISSN: 0214- 8676 p. 141.

VASCONCELOS, Yago de Carvalho . O sistema da persuasão racional no artigo 371 do Novo CPC: reação legislativa contra o protagonismo judicial de índole subjetivista. Disponível em <https://yago1992.jusbrasil.com.br/>. Acesso em 20,maio,2022.

_____. Súmula Vinculante só cabe em Direito Constitucional. Disponível em <https://www.conjur.com.br/>. Acesso em 13, abr,2022.

VÁSQUEZ SOTELO, José Luis. A Jurisprudência Vinculante na Common Law e na Civil Law. In: CAMON FILHO, Petrônio; BELTRAME, Adriana. *Temas atuais de direito processual ibero-amaricano*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 381.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Poder Judiciário: controle externo e súmula vinculante. *Interesse Público*, São Paulo: V.5, n.26. p.13-18, jul. /ago. 2004, p. 13.

_____; SALGADO, Gustavo Vaz (coord.) *Reforma do judiciário comentada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p.141.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 101. Nota 1. Vol. I.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. Justificação interna e externa das decisões judiciais no novo CPC. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21 , n. 4717, 31 mai. 2016 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48372>. Acesso em: 30 jun. 2022.

VIDAL, Larissa Colangelo Matos. Aproximação entre os sistemas Common Law e Civil Law. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4773, 26 jul. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50569>. Acesso em: 25 abr. 2022.

VIEIRA, Andréia Costa. Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

VIANA, Salomão. Como identificar um “obiter dictum” numa decisão judicial? Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em 22, maio, 2023.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza, Precedentes: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.213.

VINCENT, N. Magna Carta: from King John to western liberty. In GOLDMAN, L. Magna Carta: history, context and influence. Londres: University of London Press, Institute of Historical Research, 2018. Disponível em: <<http://www.jstor.com/stable/j.ctv5136sc.9>>. Acesso em 27, fev, 2022.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (coord.). Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 817-818.

WAMBAUGH, Eugene. The study of cases. 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1894.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Ação e Elementos Identificadores das Ações. In: _____ Curso Avançado de Processo Civil. 7.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 128-130.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. teoria geral do processo e processo de conhecimento, v.I, 7.ed. São Paulo: RT, 2005, p.162.

_____. Liminares: alguns aspectos polêmicos. In: Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Liminares. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, p. 588-589; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015. São Paulo: Método, 2015, p. 467; ABBOUD, Georges;

_____.(coord). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, p. 588-589; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015. São Paulo: Método, 2015, p. 467; ABBOUD, Georges;

_____. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.

_____. Interpretação da Lei e de Precedentes: civil law e common law. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010.

_____. Omissão judicial e embargos de declaração. São Paulo: RT, 2005, p. 248.

WESTON, Mônica. O Estado constitucional, o Estado que se justifica: Uma análise do princípio da motivação como método de legitimação da sentença judicial no processo civil. Disponível em <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/574587455/o-estado-constitucional-o-estado-que-se-justifica>. Acesso em 10,jul.2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder judiciário: crise, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 88.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Historia y constitución, trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trota, 2011, p. 27-28.

ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 368.

ZANETI JR.; PEREIRA, 2016b. (FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (Org.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012)

_____. A constitucionalização do processo. São Paulo: Atlas, 2014, 2ª ed.;

_____. O Valor Vinculante dos Precedentes. 1. ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2015.

ZOBELL, Karl M. Division of Opinion in the Supreme Court: a history of judicial disintegration. In: Cornell Law Quarterly Review, v. 44, p. 186-214, 1959.

ZYGMUNT, Bauman. Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação
Av. Ipiranga, 6681 – Prédio 1 – Térreo
Porto Alegre – RS – Brasil
Fone: (51) 3320-3513
E-mail: propesq@pucrs.br
Site: www.pucrs.br