



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CAMPUS JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

PAOLO ROBERTO DE ANGELIS BIANCO

**COMPATIBILIDADE DO SUPERPRECEDENTE COM A ORDEM PROCESSUAL
CIVIL BRASILEIRA: ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA SOB A ÉGIDE DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

JACAREZINHO/PR - 2022

PAOLO ROBERTO DE ANGELIS BIANCO

**COMPATIBILIDADE DO SUPERPRECEDENTE COM A ORDEM PROCESSUAL
CIVIL BRASILEIRA: ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA SOB A ÉGIDE DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça - Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito), Centro de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para defesa pública como requisito final para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Jaime Domingues Brito

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e de pesquisa, desde que citada a fonte.

Ficha catalográfica elaborada pelo autor, através do
Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

B473c BIANCO, Paulo Roberto De Angelis
Compatibilidade do superprecedente com a ordem
processual civil brasileira: análise principiológica
sob a égide do Estado Democrático de
Direito / Paulo Roberto De Angelis Bianco;
orientador Prof. Dr. Jaime Domingues Brito -
Jacarezinho, 2022.
211 p.

Dissertação (Mestrado Acadêmico Direito) -
Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de
Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação
em Ciência Jurídica, 2022.

1. Superprecedentes. 2. Princípios
constitucionais. 3. Processo civil. 4. Jurisdição
precedentalista. 5. Estado Democrático de Direito.
I. BRITO, Prof. Dr. Jaime Domingues, orient. II.
Titulo.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ

PAOLO ROBERTO DE ANGELIS BIANCO

**COMPATIBILIDADE DO SUPERPRECEDENTE COM A ORDEM PROCESSUAL
CIVIL BRASILEIRA: ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA SOB A ÉGIDE DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça - Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito), Centro de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para defesa pública como requisito final para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, sob a orientação do Professor Doutor Jaime Domingues Brito, perante a Banca Examinadora formada por:

Prof. Dr. Jaime Domingues Brito (UENP)
(orientador - presidente)

Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak (UENP)

Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (UNIVEM)

Jacarezinho/PR, 22 de dezembro de 2022.

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves
Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*
em Ciência Jurídica da UENP

Dedico esta dissertação, com amor e gratidão, à memória de meus avós maternos, Teresa e Giuseppe; à lembrança de minha Tante Helga; aos meus avós paternos, Hildegard e Bruno; aos meus pais, Regina e Renato; a minha irmã, Mariana; as minhas amigas, Victória e Marilene; a minha afilhada, Georgia; a minha psicóloga, Simoni; e ao meu orientador, Dr. Jaime. O apoio e o carinho de vocês foram imprescindíveis para que eu atravessasse as tempestades dos últimos anos e alcançasse a conclusão desta etapa.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus e a Nossa Senhora por não me desampararem nos momentos mais difíceis, mesmo quando não conseguia encontrar uma saída para os meus problemas. Obrigado pela proteção, pela minha saúde e por me ajudarem a transpor os obstáculos que tentaram impedir a minha caminhada.

Agradeço imensamente à Universidade Estadual do Norte do Paraná, a toda a sua equipe que trabalha, organiza, administra e cuida incansavelmente de nosso centro acadêmico, zelando também pelo bem-estar de seus alunos. Obrigado pela amizade e pelo carinho. Em especial, a minha gratidão ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, nas pessoas do sempre atencioso e gentil Dr. Fernando de Brito Alves e da querida Maria Natalina da Costa, por terem me acolhido e terem sido tão generosos e sensíveis quanto às adversidades que enfrentei em minha vida pessoal ao longo do Mestrado.

Meu sincero agradecimento às professoras e professores que pacientemente ministraram as suas aulas de forma virtual, por conta da pandemia, e contribuíram para a minha formação, em especial à magistral Prof^ª. Dra. Carla Bertoncini, que me motivou a buscar o sonho de cursar o Mestrado e me fez enxergar que tudo o que almejamos é possível, com trabalho árduo e persistência. A senhora é uma das pessoas mais maravilhosas e abençoadas que tive a honra de conhecer.

Destaco a minha gratidão ao meu dileto orientador, Prof. Dr. Jaime Domingues Brito. Agradeço por estar sempre ao meu lado, por ser compreensivo e paciente com as minhas lutas e as minhas questões, pela capacidade de se expressar e de se dirigir a mim com calma e serenidade, ainda que estivéssemos em momentos de desespero. A inteligência erudita, a sabedoria excepcional e o otimismo profícuo são a marca registrada do senhor, e eu o admiro muito pela bondade e deferência que também lhe são próprias.

Minha homenagem às amigas geniais que me ajudaram a enfrentar o processo seletivo para o Mestrado e acreditaram em meu potencial, Prof^ª. Ms. Brunna Rabelo Santiago e Mariana Delminda Bernardes Utiyama, assim também à amiga querida que me amparou emocionalmente durante esta jornada, Marilene Di Raimo, e aos amigos que sempre estão em pensamento comigo e me motivam direta ou indiretamente, Laís Rodrigues, Murilo Molitor e Thaís Alcova. Sem a colaboração e o apreço de todos vocês eu não teria conseguido ir

adiante. Vocês todos representam para mim a mais lúcida expressão da força, da gentileza, da alegria e da amizade. Obrigado!

O meu carinho ao saudoso colega do Mestrado, Prof. Ms. Guilherme Degraf (*in memoriam*). Jamais me esquecerei de sua bondade, de sua presença divertida e de seu entusiasmo na sala de aula virtual, debatendo as suas ideias com garra, polidez e distinção.

À irmã de alma e parceira de estudos que a faculdade me proporcionou, Victória Santos Marques Dias Venanzoni, com quem posso contar irrepreensivelmente, em toda e qualquer circunstância. Nossa amizade irradiou para além da universidade, e hoje considero você parte da minha família. Obrigado pelas nossas conversas, por todos os argumentos que você reúne e sustenta com grande eloquência ao me aconselhar e por nunca desistir de mim. A sua dedicação e a sua tenacidade aos projetos me inspira. Conte comigo para tudo, sempre.

À pequerrucha Georgia, minha amada afilhada, a notícia de sua vinda me alegrou e me encheu de esperança. aguardo ansiosamente a sua chegada para brincarmos muito juntos.

Aos meus honrados e incomparáveis avós maternos, Teresa Vallone De Angelis (*in memoriam*) e Giuseppe Giacinto De Angelis (*in memoriam*), agradeço pelo exemplo de honestidade, de compaixão e de perseverança. A cada dia que passa eu tento dar continuidade ao legado e aos valores inegociáveis deixados por vocês, na expectativa de que se orgulhem de mim. Saudades.

À mais extraordinária amiga que eu poderia ter tido, a minha exímia confidente, maior defensora e veemente incentivadora, Tante Helga Grossmann (*in memoriam*), você ressignificou o sentido da palavra “determinação” e me ensinou que a tolerância, o respeito e a fé sempre valem a pena. Nunca conseguirei expressar integralmente a minha gratidão pelo bem transformador que você realizou em minha vida. Você levou consigo um pedaço de mim, porém deixou comigo todo o seu amor. Em mim, você será eterna. Te amo para sempre!

Aos meus zelosos e companheiros avós paternos, Hildegard Grossmann Bianco e Bruno Bianco, pelo seu afeto e pelo esforço desmedido que empreendem para o bem-estar de nossa família. Obrigado por me acolherem com ternura, pelas nossas conversas estimulantes e pelo valioso ensinamento de que a idade não nos limita. A sua alegria de viver me contagia e me fascina. Obrigado.

Agradeço, com todo o meu ser, à família mais autêntica e resiliente que conheço: minha extraordinária mãe, Regina De Angelis Bianco, por ser a minha base e, fundamentalmente, a minha razão de existir; meu incrível pai, Renato Bianco, por ser o meu

eixo de proteção; e minha irmã de coração, Mariana, por preencher os meus horizontes de cor. Homenagem alguma jamais será suficiente para expressar a minha gratidão e o privilégio que é pertencer a esta família sensacional. O amor de vocês me confere sustentação e combustível para seguir em frente. Obrigado por serem absolutamente tudo o que eu preciso, a minha luz e as minhas raízes, em todos os momentos. Juntos podemos superar qualquer barreira. Amo vocês!

Aos profissionais da saúde mental que vêm me acompanhando por escarpadas veredas e contribuindo para a minha evolução: minha magnífica psicóloga, Dra. Simoni Orlandini Cavazzana, pelo excelso atendimento, direcionamento e orientação que me concede, com laudável empatia e compaixão; os estimados e diligentes Dr. Gabriel Camargo, Dra. Paula Odorizzi e Dra. Maria Gabriela Tamanini; e os sempre gentis e amigos Dr. Eduardo e Beth Camargo, muito obrigado por cuidarem bem de mim.

O meu irrestrito respeito aos nobres profissionais da saúde que estiveram - e permanecem - na linha de frente no combate à pandemia de covid-19. Obrigado pela sua atuação, pelo seu sacrifício, por acreditarem na pesquisa científica e pelo desenvolvimento das vacinas, que salvaram milhares de vidas.

Com apreço, a minha eterna gratidão à banca avaliadora do Exame de Qualificação, cujos ilustres membros - Dr. Jaime Domingues Brito, Dr. Valter Foleto Santin e Dr. Ílton Garcia da Costa - lançaram luz sobre relevantes e caros conhecimentos, além dos pertinentes apontamentos exarados, que muito me auxiliaram na composição deste trabalho.

Da mesma forma, agradeço à banca avaliadora de Defesa, presidida pelo Dr. Jaime Domingues Brito e composta também pelo Dr. Luiz Fernando Kazmierczak e pelo Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior, que, com empatia e minúcia, arguiu e suscitou pontos de discussão palpitantes para a ampliação do tema debatido.

Por fim, a todos que se interessarem por esta pesquisa e destinarem alguns minutos a ler estas palavras escritas com apego e verdade, o meu muito obrigado.

“Talvez seja este o aprendizado mais difícil: manter o movimento permanente, a renovação constante, a vida vivida como caminho e mudança.”

- Maria Helena Kuhner

“Todo o bem, de que vive um povo civilizado, se resume neste elemento de confiança a que se chama justiça.”

- Rui Barbosa

BIANCO, Paolo Roberto De Angelis. **Compatibilidade do superprecedente com a ordem processual civil brasileira: análise principiológica sob a égide do Estado Democrático de Direito**. 2022. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade Estadual do Norte do Paraná: Jacarezinho, 2022, 211 p.

RESUMO

Esta dissertação objetiva analisar o instituto do precedente judicial à luz do Estado Democrático de Direito, atentando-se para a histórica evolução das tradições jurídicas do *Common Law* e do *Civil Law* e reconhecendo-se que o ordenamento processual brasileiro admite um sistema misto ou híbrido, com elementos e características tanto de uma quanto de outra. Levando-se em conta a importante base principiológica construída pela Constituição Cidadã e a interpretação flexível que se atribui ao princípio da tripartição dos poderes políticos, tem-se a intenção de verificar que o ordenamento jurídico pátrio consegue atingir o escopo de proteção e garantia aos direitos fundamentais, não apenas orientado pela legislação escrita, mas também pelo precedente judicial, cuja observância é fundamental para assegurar maior isonomia, segurança jurídica e dignidade aos indivíduos. Para tanto, buscar-se-á apresentar as noções de “lacuna jurídica” e “superprecedente”. Este é um termo que surgiu na doutrina estadunidense, como contraponto à rigorosa supremacia da lei que se é observada na sociedade. Tendo em vista que o Código de Processo Civil, promulgado em 2015, de gênese democrática, instituiu o que pode ser considerado um microssistema de precedentes, a fim de conferir maior uniformidade, estabilidade, integridade e coerência aos pronunciamentos judiciais, há uma abertura do sistema jurídico para que se compreenda o precedente judicial como verdadeira norma jurídica e, via de consequência, fonte do direito. A propósito, o direito, enquanto fenômeno cultural que exerce função ordenadora na vida social, com vistas à consecução do bem comum e à promoção da paz social, viabiliza a edificação teórica de uma cultura precedentalista, cujo respeito se faz imprescindível para uma concreta efetividade dos direitos fundamentais. Interpreta-se, pois, o superprecedente a partir das normas definidoras de direitos fundamentais, que são insuscetíveis de *reformatio in pejus*, uma vez que o retrocesso em matéria de direitos e garantias individuais é vedado pela Carta Magna. Com supedâneo nesta ideia, o superprecedente aparece como uma decisão paradigma, da qual decorre uma proteção integral a determinada garantia fundamental, motivo pelo qual se defende que não seja possível a sua plena superação, porquanto os efeitos da decisão não abrangem apenas as partes envolvidas na questão levada à apreciação das Cortes de Justiça, como também a sociedade por completo, eis que o *decisum* aproveita ao Estado e às instituições sociais. Com efeito, a pesquisa perquirirá a importância de o Poder Judiciário alçar ao protagonismo de suas decisões uma argumentação escoreta e que se coadune com o panorama do direito processual constitucional contemporâneo. Por intermédio do método dedutivo de pesquisa científica e da revisão bibliográfica sobre o tema, centrado na Área de Concentração das Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, perscrutar-se-á em que medida a teoria dos superprecedentes poderia se adequar ao ordenamento processual civil brasileiro, concentrando-se os estudos sobretudo nas áreas do direito processual civil e do direito constitucional. Nesta senda, em respeito à matriz garantista constitucional, após a ponderação de critérios argumentativos que não impliquem no aviltamento ao princípio da tripartição de poderes e verificando-se a compatibilidade temática com a Linha de Pesquisa da Função Política do Direito, observar-se-á a possibilidade de consolidação do superprecedente como instituto do qual emana relevante proteção jurídica aos direitos fundamentais, haja vista a plena aceitação do precedente como norma constitutiva de direitos.

Palavras-chave: Superprecedentes; princípios constitucionais; processo civil; jurisdição precedentalista; Estado Democrático de Direito.

BIANCO, Paolo Roberto De Angelis. **The compatibility of the superprecedent with the Brazilian civil procedure order: analysis of principles under the aegis of the Democratic State of Law**. 2022. Dissertation (Master's Degree in Law) - Universidade Estadual do Norte do Paraná: Jacarezinho, 2022, 211 p.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the institute of the judicial precedent in the light of the Democratic State of Law, paying attention to the historic evolution of the Common Law and the Civil Law legal traditions and acknowledging that the Brazilian legal procedure order admits a mixed or hybrid system, with elements and characteristics of both traditions. Taking into account the important principled basis built by the Citizen's Constitution, as well as the flexible interpretation attributed to the principle of the political powers tripartition, it is intended to verify that the national legal system can achieve the scope of protection and guarantee of fundamental rights, not only guided by the written legislation, but also by the judicial precedent, whose observance is fundamental to ensure greater isonomy, law security and dignity to individuals. For that matter, we will seek to present the notions of "legal gaps" and "superprecedent". The latter emerged in the USA doctrine, as a counterpoint to the strict supremacy of the law that is observed in society. Considering that the Code of Civil Procedure, enacted in 2015, of democratic origin, established what can be considered a microsystem of precedents, in order to provide greater uniformity, stability, integrity and coherence to judicial pronouncements, there is an opening of the juridical system in order to understand the judicial precedent as a true legal norm and, consequently, a source of law. By the way, law, as a cultural phenomenon that exerts an ordering function in social life, with a view to achieving the common good and promoting social peace, enables the theoretical construction of a precedential culture whose respect is essential for the concrete effectiveness of fundamental rights. Therefore, the superprecedent is interpreted from the fundamental rights defining norms, which are not subject to *reformatio in pejus*, since the setback in terms of individual rights and guarantees is prohibited by the Federal Constitution. Based on this idea, the superprecedent appears as a paradigm decision, which gives full protection to a certain fundamental guarantee, which is why it is argued that it is not possible to fully overcome it, since the effects of the decision do not cover only the parties involved in the question brought to the appreciation of the Courts of Justice, as well as society as a whole, once the *decisum* benefits the State and the social institutions. In fact, the research will investigate the importance of the Judiciary Power to elevate to the protagonism of its decisions a correct argumentation and that it is in line with the panorama of contemporary constitutional procedural law. Through the deductive method of scientific research and the bibliographic review on the subject, centered on the Concentration Area of the Theories of Justice: Justice and Exclusion, it will be scrutinized to what extent the theory of the superprecedents could be adequated to the Brazilian civil procedure order, concentrating the studies mainly in the areas of civil procedural law and of constitutional law. In this way, with respect to the constitutional guarantee matrix, after considering argumentative criteria that do not imply the debasement of the principle of tripartition of powers, and verifying that there is thematic pertinence with the Line of Research on the Political Function of Law, the possibility of consolidating the superprecedent as an institute from which emanates relevant legal protection to fundamental rights will be observed, given the full acceptance of the precedent as a constitutive norm of rights.

Keywords: Superprecedents; constitutional principles; civil law procedure; precedential jurisdiction; Democratic State of Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 O PROCESSO GARANTISTA COMO FERRAMENTA SUPERLATIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	22
1.1 Sociedade, direito e jurisdição.....	28
1.2 Direito de ação.....	53
1.3 Democracia e constitucionalização do processo.....	62
1.4 Entre regras e princípios: o papel do Judiciário na tutela das garantias constitucionais.....	75
2 PRECEDENTE, UNIDADE E SUPERPRECEDENTE: EM BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DA ISONOMIA, DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA DIGNIDADE HUMANA.....	90
2.1 Motivação decisória e argumentação jurídica.....	94
2.2 Dever de uniformização da jurisprudência pelos tribunais, estabilidade e previsibilidade do ordenamento jurídico: padrões decisórios vinculantes no CPC/2015 e a formação dos precedentes judiciais.....	109
2.3 Conceito, origem e eficácia do precedente judicial na concretização dos direitos fundamentais no âmbito do Estado Democrático de Direito.....	120
2.4 O precedente como fonte do direito.....	147
2.5 Superprecedentes: o precedente normativo além das Cortes.....	176
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	190
REFERÊNCIAS.....	195

INTRODUÇÃO

A cultura de um povo não se define por um aspecto isolado de seu corpo social, mas por um conjunto de fatores interligados à história desse povo, que permitiu o seu desenvolvimento e construção identitária particular. Assim, existem inúmeros âmbitos a se considerar quando se tem em mente a evolução da sociedade e do ser humano. A linguagem, a música, a dança, a organização político-econômica, a culinária, a história do lugar em que se vive e do povo que lá habitava ancestralmente, e também as regras e a conduta social, edificadas pela moral, pelas crenças religiosas e pelo direito. Tudo isso compõe a herança cultural de uma coletividade de pessoas e sua vivência, origem e perspectivas.

Desse modo, como parte integrante e fundamental do espírito coletivo, a cultura jurídica precisa ser estudada e compreendida em consonância com a mutabilidade da consciência social, que está em constante e irrefreável transformação. Averiguar os anseios de uma sociedade, representados pelo direito, preenche esta ciência de sentido e confere-lhe o dever de atender da melhor maneira possível o maior número de pessoas, objetivando sempre a estabilidade, a garantia de direitos e a paz social.

O direito, enquanto instrumento social de controle, limitação e organização, visando promover e garantir o bem-estar da própria sociedade, também carrega as digitais de um povo e com este deve evoluir, para atender às necessidades que se excluem do exercício da autotutela, assumindo, pois, mediante a sua coercibilidade, autoridade suficiente para constituir, modificar, extinguir e fazer cumprir as suas normas.

Alia-se indubitavelmente à função reguladora do direito o regime democrático, haja vista a imprescindibilidade de se assegurar o bem-estar da população, de forma igualitária, por intermédio dos direitos civis, políticos e sociais, estabelecendo-se, ainda, bilateralmente, deveres que devem ser cumpridos e respeitados em prol da soberania constitucional. A propósito, o Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, Constituição Federal) revela-se *conditio sine qua non* à eficácia dos direitos fundamentais, positivados em rol exemplificativo na carta republicana, como um marco da redemocratização brasileira, após mais de duas décadas da vigência do regime militar ditatorial no país. Não à toa tem-se o princípio democrático constitucional como norteador para o Poder Legislativo, que atua como representante da vontade popular, em constante e gradual racionalização do processo político

e da legitimação do poder do povo. Pensando, nesse contexto, a lei processual civil em vigor no Brasil, tem-se que o Código de Processo Civil de 2015 é o único promulgado em sede de regime democrático, uma vez que os anteriores datam de 1939, em plena ditadura do Estado Novo de Vargas, e de 1973, à sombra do regime militar instaurado com o golpe de 1964.

De modo geral, o CPC/2015 inovou ao estabelecer, nos dispositivos inaugurais, que as regras instrumentais ali contidas devem ser entendidas e aplicadas segundo os preceitos da Carta Magna, o que se vislumbra pela replicação de princípios, deveres e garantias do texto constitucional ao longo da lei processual em comento. Dessa forma, houve expressa previsão dos princípios da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da ampla defesa, da duração razoável do processo, da motivação das decisões, dentre outros. Assim também, versou sobre a cooperação processual entre os componentes da demanda, a fim de tornar a disputa de interesses mais inclusiva, dialética e participativa, apta a solucionar a controvérsia *sub judice* com efetiva reunião de esforços de todos os envolvidos, tendo em vista a celeridade e a necessidade de se obter um provimento jurisdicional satisfativo, integral, coerente e justo, o que perfaz, pois, a verdadeira função política do processo.

Ademais, encontrou o novel CPC uma maneira de consagrar a isonomia constitucional no âmbito do processo, designando ao juiz o dever de conduzir o processo de maneira a privilegiar a igualdade de tratamento entre as partes e zelar pelo contraditório efetivo (art. 5º, *caput* e inc. I, CF/1988 c/c art. 7º e 139, inc. I, CPC). Além disso, por intermédio de dispositivos como o art. 489, § 1º, inc. V e VI, o art. 926 e o art. 927, todos do diploma de 2015, o CPC instituiu o que pode ser considerado um microsistema de precedentes judiciais, admitindo a relevância do entendimento firmado pelos tribunais superiores, os quais devem atuar no sentido de uniformizar a sua jurisprudência. O respeito aos precedentes, à jurisprudência, aos enunciados de súmula e demais entendimentos consolidados em sede de incidentes ou recursos repetitivos contribui para que o órgão jurisdicional auxilie na completude do sistema, sempre que necessário, seja para efetivar direitos fundamentais, seja para garantir maior estabilidade, integridade e coerência ao ordenamento pátrio.

Nesta linha de raciocínio, destaca-se o importante dever constitucional de fundamentação dos pronunciamentos judiciais, de forma completa e específica para o caso concreto, não apenas por meio da subsunção fato-norma, mas enfrentando todos os

argumentos apresentados pelos sujeitos que contendem e demonstrando o motivo pelo qual determinada norma foi aplicada em detrimento de outra. No Estado Democrático de Direito, não basta que se arvore decisões reputadas como justas pelo Judiciário, é preciso que a motivação siga os mandamentos do ordenamento instrumental, seja para fugir da insuficiência de motivos (art. 489, § 1º, CPC), seja para convencer as partes e a sociedade, enquanto destinatárias daquele pronunciamento, de que houve racional e cauteloso escrutínio na prática argumentativa.

Cumprir frisar que, em não havendo a substancial fundamentação que se espera do pronunciamento exarado, a decisão poderá ser considerada nula, haja vista a quebra da legitimidade democrática conferida pelo Estado, enquanto detentor do monopólio da jurisdição, a um de seus poderes políticos basilares. Mais do que um dever do magistrado e uma garantia das partes e do tecido social, a motivação decisória configura mecanismo de controle da atividade jurisdicional, colaborando para que se retome a credibilidade dos cidadãos no Judiciário; do contrário, a sua insatisfação tenderá a aumentar, o que ensejará a utilização, pelos jurisdicionados, de tantos meios de impugnação quantos sejam permitidos para ver aquele pronunciamento reformado ou anulado.

Mostra-se cada vez mais relevante trazer à tona os problemas de falta de isonomia e segurança jurídica de que padece o sistema judiciário hodierno, os quais começam a ser solucionados mediante o fiel cumprimento do dever de motivação decisória, combinado com a observação dos precedentes construídos pelas cortes de justiça. Para que haja uma correta aplicação do entendimento dos tribunais, visando à promoção da justiça, os precedentes devem ser seguidos, a menos que seja inviável, por alguma incompatibilidade com o caso concreto, ou por serem evidentemente absurdos, contrários à ordem jurídica e aos direitos humanos, caso em que tais precedentes não poderão ser considerados direito, mas decisões judiciais equivocadas, nulas.

Logo, objetiva-se investigar se seria possível atingir estabilidade e uma maior previsibilidade das decisões judiciais por meio da adoção da doutrina do *stare decisis* [do latim “respeitar as coisas decididas”], consistente no respeito obrigatório aos precedentes, num ordenamento que ainda prima pelo legalismo e reconhece a lei como fonte por excelência do direito, assim também ponderar, considerando-se a teoria que envolve a tripartição dos poderes estatais, os argumentos favoráveis e contrários à vinculação do

Judiciário às decisões pretéritas em face de sua autonomia e racionalização inclinadas ao caso concreto.

A primeira indagação que se coloca sob as lentes desta pesquisa é se o precedente seria meramente declaratório ou também constitutivo do próprio direito. Trata-se de uma questão controversa na doutrina processual, a qual se tentará responder neste trabalho, com enfoque em obras doutrinárias e construções acadêmicas, partindo de temáticas como o desenvolvimento da jurisdição, a constitucionalização do processo, o papel social do Poder Judiciário, a evolução das tradições do *Common Law* e do *Civil Law* e as fontes do direito.

Na segunda problemática aqui levantada, perscrutar-se-á se o sistema precedentalista instituído pelo CPC/2015 teria o condão de abrigar os chamados superprecedentes, assim considerados os precedentes “mais qualificados”, que recebem maior proteção do ordenamento e que resultam de uma “vinculação jurídica e cultural aos precedentes”, englobando a sociedade como direta interessada de seus efeitos, de modo a tornar difícil a sua superação.

A fim de se buscar respostas para essas perquirições, valer-se-á do método científico dedutivo de pesquisa, com o emprego de métodos procedimentais comparativos, a partir do levantamento e coleta de dados de documentos e legislações, sem prejuízo da explicação de seu significado, com observação sistemática das informações e apontamento de raciocínios que poderão levar o intérprete do trabalho a uma conclusão sobre o todo debatido. Para tanto, será realizada uma revisão bibliográfica acerca dos temas levantados, consistentes com o objeto de estudo da Área de Concentração do Programa de Pós Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná: Teorias da Justiça - Justiça e Exclusão, mediante a leitura de obras doutrinárias, artigos, revistas jurídicas e trabalhos científicos em geral, além de casos concretos que puderem ser associados à discussão.

Buscar-se-á fornecer embasamento teórico suficiente, sobretudo estudando-se as noções de “lacuna jurídica” e “superprecedente”, a fim de se alcançar ambas as hipóteses esperadas. Traduz a primeira delas que o precedente, compatível com a tradição jurídica mista brasileira, deve ser considerado fonte primária do direito, de igual hierarquia com a legislação, de modo que o seu conteúdo não apenas declara, mas perfaz verdadeira norma jurídica, que deve ser observada até que haja entendimento diverso capaz de superar a decisão-paradigma pretérita. O juiz, pois, poderá sanar eventual conflito normativo entre lei e

precedente, interpretando e aplicando a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; basta ressignificar o vocábulo “lei” nas expressões “lei anterior”, “lei posterior”, “lei nova” etc. por “norma”. Assim, as antinomias devem ser encaradas como um conflito de normas, pois, na falta de uma nova LINDB, ainda que o precedente seja interpretativamente encaixado no termo “princípios gerais de direito”, trata-se de norma jurídica hierarquicamente isonômica à lei.

A segunda hipótese, a seu turno, compreende, primeiramente, a aceitação do precedente como fonte primária do direito, bem assim a construção cultural de um ordenamento jurídico-processual baseado na fundamental observância aos precedentes, com fulcro na doutrina do *stare decisis* e no que estabelece o CPC/2015. Então, da doutrina norte-americana, extrai-se o instituto do superprecedente, que busca engendrar reflexões acerca da real efetividade do precedente não somente na esfera decisória (Poder Judiciário), mas, igualmente, nos âmbitos político e social. Em linhas brasileiras, seria um instituto integrado à aludida cultura precedentalista de tradição mista, derivado da proteção institucional específica do precedente vinculante que cria, assegura, resguarda ou expande direito fundamental, de tal modo que haja uma ampla rede de apoio estatal e social viabilizando a sua consecução. Deste modo, torna-se rara a intervenção capaz de superá-lo, tendo em vista o princípio da vedação ao retrocesso, de caráter essencialmente democrático, em matéria de direitos fundamentais, pela própria Carta Magna.

Pretende-se, com substrato nessas ideias, estruturar o trabalho em duas frentes que conversem entre si. Cada uma dessas frentes corresponderá a um capítulo da pesquisa.

Na primeira seção, tratar-se-á de noções elementares da Teoria Geral do Direito, atrelando-se a formação da sociedade ao indivíduo, e ambos ao direito; seguir-se-á expondo a necessidade de observância à norma jurídica como condição civilizatória para a vida em sociedade e as principais características atribuídas às normas; então, com o surgimento do conflito, torna-se necessária a busca por soluções que excluam a autotutela: perpassando-se brevemente pelos contornos históricos e pelos modernos, fixa-se no meio social a figura do Estado como autoridade que administra a justiça e, por meio da jurisdição, legitima o agente público, a quem investirá na magistratura, para interpretar e aplicar o ordenamento jurídico nos casos concretos submetidos a sua apreciação. Ilustrar-se-ão os precípuos atributos da jurisdição, sempre conectados a princípios jurídico-instrumentais, para, aí, passar-se ao estudo

do processo judicial e as garantias constitucionais a ele inerentes, como a da inafastabilidade da jurisdição, que não apenas assegura indistintamente à população o acesso à justiça, como almeja amparar os mais necessitados que, por diversas razões, não logram êxito em fazer chegar ao Judiciário as suas demandas.

Neste prisma, introduzir-se-á, neste capítulo inaugural, a consolidação social do Estado Democrático de Direito, com o advento da Constituição de 1988, centro do ordenamento jurídico, em torno do qual todas as matérias jurídicas passaram a se compatibilizar, inclusive o direito processual, dando azo ao fenômeno da constitucionalização. Há que se ressaltar o tratamento dispensado aos direitos e deveres individuais e coletivos, cujas normas definidoras têm aplicação imediata, com realce à característica de sua imutabilidade, isto é, não estão sujeitos à reforma ou extirpação, vedado o retrocesso (art. 5º, *caput* e § 1º c/c art. 60, § 4º).

Outrossim, far-se-á uma análise acerca do papel exercido pelo Judiciário na tutela das garantias constitucionais, assim também a maneira como se opera o controle da atividade do Estado-Juiz, cuja destinatária - direta ou indireta - sempre será a sociedade. Nessa esteira, debruçar-se-á sobre o exercício do poder jurisdicional e a atividade interpretativa do agente público, que deve seguir uma série de diretrizes e mandamentos para atender aos anseios do Estado Constitucional. Frisa-se, no contexto do constitucionalismo democrático, as técnicas de aplicação de regras e princípios jurídicos, respectivamente, a subsunção e a ponderação, como instrumentos capazes de auxiliar o julgador na pesquisa por razões que formem a sua persuasão racional. Discorre-se, por fim, de forma concisa, sobre o dever de motivação decisória, inerente à atuação do juiz no caso concreto, e também a respeito dos dispositivos do CPC/2015 que estabelecem ao magistrado orientações e critérios de conduta para salvaguardar a higidez do processo, tais como o dever de zelar pelo contraditório efetivo; o de exarar, preferencialmente, decisões de mérito, em tempo razoável, incluída a atividade satisfativa; a proibição da decisão-surpresa; o dever de cooperação, no qual se abarcam os caracteres esclarecedor, dialógico, preventivo e auxiliador do julgador; e o dever de direção do processo (perspectiva constitucional), em contraponto às figuras do juiz-espectador (visão liberal-individualista) e do juiz-ditador (autoritário, inquisidor). Por fim, traz-se a função social do Poder Judiciário, que deve fazer parte do cotidiano do juiz, consistente na preservação da ordem jurídica e na implementação de um processo justo, por intermédio de

sua administração às demandas e mediação de conflitos, visando à progressiva e constante efetivação da justiça social, com vistas a construir uma sociedade mais igualitária.

Por sua vez, a segunda seção exporá como a jurisdição e o processo podem auxiliar na concretização do fundamento estatal da dignidade humana (art. 1º, inc. III, CF/88) e do princípio da segurança jurídica, expresso inclusive no preâmbulo constitucional e no *caput* do art. 5º, a partir da formação e da consolidação dos precedentes judiciais. Em análise primeira, far-se-á uma análise evolutiva das tradições jurídicas do *Common Law* e do *Civil Law*, examinando-se, principalmente, as figuras do legislador e do magistrado nesses dois sistemas. Enquanto na tradição romano-germânica, o legislador é o herói do mundo clássico, a quem se confiou a tarefa de sanar os conflitos que aparecem na sociedade, na tradição anglo-saxã, centram-se os esforços do direito na análise da atividade decisória do juiz. Verificar-se-á, então, que, no âmbito do *Common Law*, surgem duas teorias para explicar a natureza da jurisdição: a declaratória e a constitutiva, no que se ressalta que em ambas o precedente tem o seu papel e a sua razão de aplicação. Nesse ínterim, percorrer-se-á uma linha de pensamento, calcada em referenciais teóricos e na legislação, para se deduzir que o Brasil abriga um sistema jurídico-processual com elementos tanto de uma quanto de outra tradição, por isso, em virtude da característica da unidade da jurisdição, é considerado um país de tradição mista ou híbrida.

Na sequência, voltar-se-á o estudo para a doutrina do *stare decisis*, no âmbito da tradição mista brasileira, pois não apenas o precedente é um instituto originariamente concebido no *Common Law*, como também foi positivado pelo CPC/2015, conferindo-se abertura para a construção de uma cultura precedentalista vinculante. A fim de entender a eficácia vinculante do precedente, ilustrar-se-á a tutela de direitos e princípios que são assegurados com a sua observância, concomitantemente ao distanciamento que se toma do autoritarismo e do decisionismo discricionário. Far-se-á, pois, necessária e oportuna a análise dos dispositivos do CPC que tornaram possível ao entendimento consolidado dos tribunais superiores ocupar espaço fundante no processo civil democrático.

Em continuidade, examinar-se-á mais detidamente o dever de motivação das decisões, à luz do art. 489, § 1º do CPC, que prescreve, em rol exemplificativo, as hipóteses em que a decisão judicial não pode ser considerada fundamentada. Dentre essas possibilidades, ressaltar-se-á o reconhecimento do legislador instrumental para que os juízes

observem, necessariamente, os precedentes, os enunciados de súmula e a jurisprudência dos tribunais superiores, como forma de fundamentar seus pronunciamentos. A fim de se atrelar a garantia constitucional da fundamentação das decisões com a teoria da argumentação jurídica, perscrutar-se-á o que a doutrina entende por razões suficientemente legítimas, na seara do discurso jurídico, para que uma decisão possa ser reputada adequadamente fundamentada, incluindo-se aí as noções de consistência, coerência, consequência normativa e universalidade, extraídas da obra de MacCormick. Ainda, em atenção aos artigos 926 e 927 do CPC, será averiguado o importante dever de uniformização da jurisprudência pelos tribunais, com vistas à consecução do citado modelo precedentalista vinculante. Assim, refletir-se-á a respeito dos quatro atributos ideais da jurisprudência, cominados pelo legislador processual civil, quais sejam, a uniformização, a estabilidade, a integridade e a coerência.

Na vertente deste estudo, discorrer-se-á sobre a origem e o conceito do precedente judicial, frisando-se que, malgrado tenha surgido em países de tradição da *Common Law*, inúmeros autores e intérpretes edificaram entendimento no sentido de admitir a sua compatibilização com os países de tradição mista, ou até mesmo do *Civil Law*, em contraponto aos que ainda defendem que a aplicação estrita da lei seria uma maneira de garantir a segurança e a igualdade num ordenamento jurídico. Em verdade, hoje, a segurança jurídica encontra-se referendada não apenas na positivação das normas abstratas e imperativas, como também nas razões determinantes de uma decisão que se torna referência para a apreciação das demais, isso porque subsistem, em lugares onde não se adotam os precedentes, aqueles casos de grande similitude fático-normativa que recebem decisões diferentes, pautadas em conclusões de múltiplas ordens; daí a base principiológica “*treat like cases alike*”, criada e manifestada contra o arbítrio legal e integrante das principais teorias da justiça. Por fim, abordar-se-á a interpretação por intermédio da qual se pode afirmar que a eficácia do precedente contribui para a concretização dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, não apenas aqueles atinentes ao processo, como também o pilar da igualdade que norteia o arcabouço jurídico pátrio, a segurança e a dignidade humana.

A partir disso, será apresentado, por derradeiro, um paralelo entre a eficácia dos precedentes judiciais no âmbito processual e os reflexos que deles podem irradiar para a ordem social, transcendendo as cortes de justiça e contribuindo para a solidez e o arraigamento protecionista dos direitos fundamentais. Retomar-se-á o pensamento de Montesquieu concernente à legislação e à estrita separação dos poderes do Estado, bem assim

a visão que o teórico fornece da figura do juiz, que deveria atuar de forma mecânica como mero executor da prescrição legal, “a boca que pronuncia as palavras da legislação”. Assim, tendo por referência o sistema francês, aos olhos do aludido filósofo, realizar-se-á uma comparação com o Estado Democrático instituído na sociedade brasileira pela Constituição de 1988, que também previu expressamente o princípio da tripartição dos poderes. Todavia, conforme se perceberá, o modelo processual constitucional atual possibilitou o ajuizamento de demandas para a proteção do grupo de direitos consagrado como garantias fundamentais, corolário da dignidade humana, alçando o Judiciário a um patamar de legítimo intérprete normativo. Surge, via de consequência, a judicialização como fenômeno ínsito às funções controladora, garantista e social do poder jurisdicional, à medida que a divisão tripartite dos poderes assume um caráter mitigado, para se conformar à realidade contemporânea.

O precedente, objeto dileto deste trabalho, porque resultante da atuação judiciária, encontra restrições e óbices em sua aplicação. Dentre outros motivos, isso ocorre, conforme se pretende elucidar, por ser considerado uma das expressões do denominado ativismo judicial, acolhido por alguns estudiosos e rechaçado por outros, na condição de comportamento vivaz do Judiciário em agir além de suas funções típicas, já que, em razão dos contornos a ele incumbidos pela Carta Política, vê-se compelido a fornecer respostas para as muitas demandas que postulam a proteção de interesses fundamentais.

Elucubradas tais temáticas, perscrutar-se-á se o precedente teria natureza meramente declaratória ou constitutiva do próprio direito, e em que bases desse estudo se situaria o princípio democrático. Além do mais, posicionar-se-á a favor da implementação cotidiana dos padrões decisórios vinculares, com a finalidade de assegurar a estabilidade e a previsibilidade que o ordenamento precisa para a retomada da credibilidade dos jurisdicionados no Judiciário, uma vez que as queixas se mostram frequentes e numerosas, seja do ponto de vista da morosidade processual, seja pelo prisma da indignação ao ver determinado direito reconhecido a alguns e negado a outros. Apresentar-se-á, nessa esteira, no intuito de embasar as discussões levantadas, as noções de “lacuna jurídica” e “superprecedente”. Diante de uma eventual cultura precedentalista, averiguar-se-á a compatibilidade do chamado superprecedente, originário da doutrina processual estadunidense, com a ordem instrumental civil brasileira e o Estado Constitucional. Para tanto, será estudada a autoridade conferida aos precedentes e a possibilidade de serem interpretados e reconhecidos como fonte do direito, reconhecendo-se a sua força normativa num contexto de salvaguarda das garantias

constitucionais e ferramenta de consecução dos princípios do Estado Democrático de Direito, notadamente o da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inc. II, CF/1988). Sendo assim, será possível observar que, em determinados casos, o precedente vinculante merece proteção institucional específica, na medida em que os seus efeitos se irradiam para a sociedade e dialogam com os setores público e privado, político, econômico, consumerista e, claro, jurídico-cultural. A temática descrita, cumpre registrar, guarda intimidade com a Linha de Pesquisa da Função Política do Direito, deste Programa de Pós Graduação. As redes de apoio dos diversos setores sociais, tal qual se concluirá, dificultam a superação desse superprecedente, uma vez que se trata de norma de ordem pública atinente a direito fundamental, à qual deve ser atribuída o princípio da vedação ao retrocesso. Há divergência doutrinária quanto ao fato de o Brasil já possuir um precedente ao qual possa ser atribuída a supramencionada denominação. Defender-se-á, pois, que a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional a distinção de regime sucessório entre o companheiro e o cônjuge, equiparando a união estável ao casamento; bem como tantas outras, a exemplo da que reconheceu o crime de injúria racial como uma forma de racismo; da que equiparou as relações homoafetivas à união estável entre homem e mulher; da que criminalizou as práticas homofóbicas e transfóbicas, por traduzirem expressões de racismo em sua dimensão social; da que declarou a inconstitucionalidade da tese de legítima defesa da honra, excluindo-a do instituto da legítima defesa e obstando a sua utilização nas fases pré-processual e processual penal, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade; e da que reconheceu às pessoas transgênero, independentemente de cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil, apenas para citar alguns casos, seriam, de fato, superprecedentes, tendo em vista a sua inegável contribuição para a segurança e expansão dos direitos fundamentais.

Vale mencionar, ainda, que este estudo se concentrará, preponderantemente, nas áreas do direito processual civil e do direito constitucional, partindo-se da premissa de que as razões fornecidas pelos órgãos judiciais para a tomada de decisões geram expectativas legítimas no jurisdicionado. Tentar-se-á demonstrar que, para a consolidação de um sistema jurídico social factível, fidedigno e coerente, faz-se necessária a preservação e tutela das garantias fundamentais, por meio da jurisdição, mediante a configuração de um provimento justo e efetivo, balizado pelos limites do Estado Constitucional.

1 O PROCESSO GARANTISTA COMO FERRAMENTA SUPERLATIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Teoria Geral do Direito, como disciplina autônoma na grade curricular das universidades, ensina que o direito é uma necessidade do grupo social, tratando-se do conjunto de normas ou regras que servem para regulamentar a vida em sociedade, graças ao estabelecimento de limites às ações individuais de cada um dos membros do grupo social. Sendo assim, o direito se concretiza na sociedade, até mesmo porque existe uma atividade racional dirigida e orientada para a sua criação. Apesar dessa simples definição, pode-se dizer que nada é, ao mesmo tempo, tão simples e tão complexo quanto conceituar o que é efetivamente o direito.

Reale define o direito como “um *fato* ou *fenômeno social*” que “não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela”, sendo um dos seus atributos a “*socialidade*, a sua qualidade de ser social” (2002, p. 02, grifo do autor). O autor ainda sustenta que “o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade” (2002, p. 02). Assim, as noções de direito e sociedade estão intimamente ligadas, de modo que se pode afirmar que não existe uma sem a outra:

De “experiência jurídica”, em verdade, só podemos falar onde e quando se formam relações entre os homens, por isso denominadas *relações intersubjetivas*, por envolverem sempre dois ou mais sujeitos. Daí a sempre nova lição de um antigo brocardo: *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade está o Direito). A recíproca também é verdadeira: *ubi jus, ibi societas*, não se podendo conceber qualquer atividade social desprovida de forma e garantia jurídicas, nem qualquer regra jurídica que não se refira à sociedade (REALE, 2002, p. 02, grifo do autor).

Giacchia pertinentemente pontua que “ninguém é ingênuo o suficiente para imaginar a possibilidade de conviver num desejável estado de natureza, sem interferência de uma ordem de poder capaz de regular as condutas humanas, com indivíduos inteiramente livres por direito próprio e com poder de ação ilimitado” (2002, p. 16). Bonavides pondera que, “para viver à margem dos laços de sociabilidade, precisaria o ente humano de ser um Deus ou um

bruto, algo mais ou algo menos do que um homem”, ideia que remete à doutrina aristotélica, a qual enfatiza o caráter social do homem (2000, p. 64).

Não menos estranho seria fazer do homem sumamente feliz um solitário, pois ninguém escolheria a posse do mundo inteiro sob a condição de viver só, já que o homem é um ser político e está em sua natureza o viver em sociedade. Por isso, mesmo o homem bom viverá em companhia de outros, visto possuir ele as coisas que são boas por natureza (ARISTÓTELES, 1991, on-line).

Se o ser humano é, por natureza, um sujeito político, gregário, solidário e que pertence a uma coletividade, e essa organização comunitária não é dissociada do direito, conclui-se que onde está o ser humano também está a sociedade e o direito. Logo, o “animal político” deve respeitar e aprender a conviver com a regulamentação vigente no meio em que se fixa, a fim de que a sua conduta não interfira de forma indesejada na vida de outrem. Afinal, para que o direito seja efetivo, ele deve atender aos anseios da população e viabilizar uma vida social mais harmoniosa.

Vale dizer que o direito preenche a necessidade de regulamentação das condutas humanas, e que, quando a norma inexistente, abre-se espaço para o surgimento e alargamento de um problema ou conflito. Por esse motivo, o direito, enquanto necessidade social, deve estar sempre vivo e atualizado, deve ser dinâmico, caminhar junto com as modificações e evoluções que a sociedade vem passando; do contrário, revela-se inoperante.

As instituições jurídicas são inventos humanos que sofrem variações no tempo e no espaço. Como processo de adaptação social, o Direito deve estar sempre se refazendo, em face da mobilidade social. A necessidade de ordem, paz, segurança, justiça, que o Direito visa a atender, exige procedimentos sempre novos. Se o Direito se envelhece, deixa de ser um processo de adaptação, pois passa a não exercer a função para a qual foi criado. Não basta, portanto, o *ser* do Direito na sociedade, é indispensável o *ser atuante*, o *ser atualizado*. Os processos de adaptação devem-se renovar, pois somente assim o Direito será um instrumento eficaz na garantia do equilíbrio e da harmonia social (NADER, 2014, p. 50, grifo do autor).

Ao dissertar sobre o papel da norma jurídica para a coletividade, Engisch traça os seus contornos característicos, sobretudo a abstratividade e a imperatividade, estabelecendo que:

as regras jurídicas são regras de dever-ser, e são verdadeiramente, como sói dizer-se, proposições ou regras de dever-ser hipotéticas. Elas afirmam um dever-ser condicional, um dever-ser condicionado através da “hipótese legal”. [...], podemos então afirmar que as regras jurídicas, como regras de dever-ser dirigidos a uma conduta de outrem, são imperativos. Finalmente, podemos ainda tentar esclarecer o conceito de dever-ser através do conceito de valor: uma conduta é devida (deve ser) sempre que a sua realização é valorada positivamente e a sua omissão é valorada negativamente (1988, p. 36-38).

O autor ainda sustenta que “as regras jurídicas são imperativos” e “exprimem uma vontade da comunidade jurídica, do Estado ou do legislador”, no sentido de exigir das pessoas a realização ou abstenção de determinada conduta, afinal para ele, “o Direito é, em substância, constituído por imperativos e só por imperativos” (ENGISCH, 1988, p. 38, 39).

Reale explica a diferença entre *regra* e *norma*, salientando que a primeira deriva da palavra latina *regula*, que poderia significar, para efeito deste estudo, a “diretriz no plano cultural, no plano espiritual”; já a segunda remete a tudo aquilo que é normal, isto é, prevê para o ser social como se espera que seja o seu comportamento, via de consequência, a norma é projetada “em função dos comportamentos *normalmente* previsíveis do homem comum” (2002, p. 36, grifo do autor).

Dessa maneira, diz-se que “toda norma enuncia algo que *deve ser*”, uma vez que, no âmbito da ética, enquanto campo abrangente da moral e do direito, reconheceu-se um valor “como razão determinante de um comportamento declarado obrigatório”. Assim, em toda regra existe o chamado “juízo de valor”, cuja finalidade precípua é esclarecer o operador do direito (REALE, 2002, p. 34, grifo do autor).

O legislador não se limita a descrever um fato tal como ele é, à maneira do sociólogo, mas, baseando-se naquilo que ele é, determina que algo *deve ser*, com a previsão de diversas consequências, caso se verifique a ação ou a omissão, a obediência à norma ou a sua violação. [...] Toda norma ética expressa um juízo de valor, ao qual se liga uma sanção, isto é, uma forma de garantir-se a conduta que, em função daquele juízo, é declarada permitida, determinada ou proibida. [...] Parece paradoxal, mas é fundamentalmente verdadeira a asserção de que uma norma ética se caracteriza pela possibilidade de sua violação, [...]. A imperatividade de uma norma ética, ou o seu *dever ser* não exclui, por conseguinte, mas antes pressupõe a liberdade daqueles a que ela se destina (REALE, 2002, p. 35, 36, grifo do autor).

Se a norma ética, realizando um juízo de valor e prevendo hipóteses acerca da conduta humana tida como adequada para a sociedade, tem o condão de declará-la permitida,

determinada ou proibida, haverá situações em que, indiscutivelmente, o cerne da interação social se pautará pelo conflito. Como é de se esperar, onde estão o ser humano, a sociedade e o direito, também estão a multiplicidade de interesses e a divergência de entendimentos e de objetivos.

O direito existe e opera em função da vida social, no intuito de “favorecer o amplo relacionamento entre as pessoas e os grupos sociais, que é uma das bases do progresso da sociedade”. Por conseguinte, o direito encontra na sociabilidade humana valores elegíveis das condutas consideradas lícitas ou ilícitas, abrindo espaço para o desenvolvimento da cooperação e regulamentando a competição, como formas de interação social preponderantemente positivas, capazes de entabular “as limitações necessárias ao equilíbrio e à justiça nas relações” (NADER, 2014, p. 55).

O conflito, tido como um impasse natural da vida em sociedade, mostra-se presente nas relações intersubjetivas e faz surgir para os indivíduos os ideais de segurança e de justiça a serem perquiridos. A ação do direito, nesse caso, ocorrerá sob duas perspectivas. Na primeira, preventiva, o direito evitará “desinteligências quanto aos direitos que cada parte julga ser portadora”, agindo por intermédio da conceituação precisa do direito posto, com regras simples e concisas. Diante do conflito concreto, há a segunda perspectiva, na qual o direito apresentará uma “solução de acordo com a natureza do caso, seja para definir o titular do direito, determinar a restauração da situação anterior ou aplicar penalidades de diferentes tipos” (NADER, 2014, p. 55-56).

Na toada dessa segunda perspectiva da ação jurídica, a de solucionar o conflito concreto que se apresenta, cumpre frisar que o que está em vista é o bem comum, posto que, apesar de ser inerente à natureza humana, o conflito desestabiliza as relações sociais e a vida em comunidade, caminhando na direção inversa da paz almejada. Assim sendo, se a justiça e a segurança são os ideais do tecido social, há que se buscar um meio de obter ambos com equilíbrio e parcimônia.

À medida em que a vingança privada, por meio da positivação normativa, deu lugar ao Estado para solucionar os conflitos individuais e coletivos, legitimou-se a função de dizer e aplicar o direito ao caso concreto, com base em normas hipotéticas, abstratas e imperativas, por meio do ato de julgar, ou seja, do exercício da jurisdição.

Há casos, no multifacetado conjunto de interesses que coexistem na vida da sociedade, em que o simples comando legal (isto é, a existência de regra jurídica expressa, no ordenamento jurídico positivo) não é suficiente para eliminar a presença do conflito, isto é, da incidência de interesses simultâneos e excludentes, sobre o mesmo bem. Esse estado de conflituosidade promove a ruptura da paz social e requer uma solução que seja capaz de solucionar, de modo eficaz, o conflito surgido em razão da disputa que se tenha estabelecido e, em consequência, restabelecer o desejável estado de harmonia nas relações sociais (TALAMINI; WAMBIER, 2014, p. 93).

O Estado incumbiu ao Poder Judiciário, na qualidade de sua função típica, julgar os interesses levados à sua apreciação, visando restabelecer o equilíbrio deturpado pelo aparecimento do conflito. É neste ponto inicial que se concentra o primeiro objeto desta pesquisa, qual seja, o processo como instrumento de controle e asseguramento das garantias constitucionais, no contexto do Estado Democrático de Direito.

O processo é o meio pelo qual o Estado-Juiz recebe o conflito e tenta dirimi-lo imperativamente, fundamentado no arcabouço jurídico existente na sociedade: Constituição Federal, legislação infraconstitucional, tratados, regras e convenções de direito internacional, súmulas vinculantes, costumes, princípios gerais do direito, analogia, doutrina, jurisprudência e, finalmente, precedentes.

[...] o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes imperativamente sua solução para os conflitos de interesses. [...] Pela jurisdição, como se vê, os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa - CP, art. 345); a elas, que não podem mais agir, resta a possibilidade de *fazer agir*, provocando o exercício da função jurisdicional. E como a jurisdição se exerce através do processo, pode-se provisoriamente conceituar este como *instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução* (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 41, grifo dos autores).

O *caput* do art. 1º da Constituição Federal estatui que a República Federativa Brasileira é formada “pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal” e “constitui-se em Estado Democrático de Direito”. A seu turno, o art. 2º preceitua que os Poderes da União, “independentes e harmônicos entre si”, são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988).

É de suma importância pontuar que a atividade estatal destinada a solucionar os conflitos apresentados mediante uma decisão imperativa, com vistas à pacificação social, encontra sustentáculo na Lei Maior, seja pela divisão material dos poderes (art. 2º), seja pelas garantias constitucionais ao processo, dentre elas a do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV), além de prever expressamente, no Capítulo III do Título IV (Da organização dos poderes), os órgãos componentes, os princípios norteadores, as garantias institucionais, a competência, a organização de atuação e demais particularidades do Poder Judiciário.

Logo, a respeito da organização do poder estatal no meio social, acentua-se que a “noção de Estado de Direito, que se adota contemporaneamente, consagra a ideia de divisão das funções atribuídas ao Estado, próprias de sua soberania”. As três funções buscam atingir a finalidade do próprio Estado, por essa razão estão dispostas de modo a asseverar “o necessário equilíbrio no exercício do poder estatal”: o de elaborar as leis, o de executá-las “para o alcance do bem comum” e o de julgar os conflitos atinentes ao descumprimento dessas leis (TALAMINI; WAMBIER, 2014, p. 93-94).

A divisão das funções do Estado não serve apenas para realçar o escopo do Estado Democrático de Direito; a sua previsão constitucional impõe limites e regras à atuação dos poderes para legitimar o princípio ou ideal democrático da vida em sociedade. Cintra, Grinover e Dinamarco caracterizam a jurisdição como “*a capacidade, que o Estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões*”, distinguindo-a das demais funções exatamente pela “finalidade pacificadora com que o Estado a exerce” (2014, p. 42, grifo dos autores).

Se estas três funções estiverem enfeixadas na mesma mão, ter-se-á uma situação de absolutismo, de ditadura. Assim, a tripartição das funções do Estado, com a entrega de cada função do poder a organismos diferentes, é que permite a existência do Estado de Direito. [...] A jurisdição, portanto, como atividade estatal destinada à atuação completa do ordenamento e à solução dos conflitos, está garantida pela Constituição e nesta é que se encontram os princípios em respeito aos quais o legislador ordinário deve regular toda a atividade judicial no âmbito do processo civil. Por outras palavras, é somente à luz da Constituição Federal, isto é, com absoluto respeito aos princípios constitucionais, que se pode organizar todo o aparato legislativo infraconstitucional relativo ao processo civil (TALAMINI; WAMBIER, 2014, p. 94).

O estudo do processo e de sua normatização no direito brasileiro ocorre mediante uma metodologia instrumentalista, conforme aduzem Cintra, Grinover e Dinamarco (2014, p.

31), sendo certo que os dispositivos atinentes ao processo devem ser legitimados pela Carta Magna, para que se possa afirmar a existência de um processo civil constitucional, amparado pelo Estado Democrático de Direito. Como atributo da própria democracia, o processo observará as garantias fundamentais elencadas em rol não exauriente e insuscetível de reforma ou retrocesso, para se materializar em uma estrutura única, em técnicas qualificadoras específicas e em uma análise de inúmeros caminhos possíveis a serem percorridos, a depender da situação concreta.

Para melhor definir o recorte desta pesquisa e poderem ser estudadas as relações do direito com a sociedade, não somente na qualidade de ordenamento jurídico, mas também de verdadeiro fenômeno cultural; com a democracia e as garantias constitucionais; na esfera da jurisdição e do aparelhamento estatal para, concomitantemente, apaziguar os conflitos e fiscalizar a atuação judicante; e, finalmente, com os padrões decisórios vinculantes e o microsistema precedentalista instituído com o CPC/2015, o enfoque do trabalho passará a ser, de maneira específica, sobre o processo civil.

1.1 Sociedade, direito e jurisdição

Qualquer que seja o raciocínio adotado para se explicar o surgimento da sociedade, fato é que o ser humano precisa de um meio ordenado para viver e conviver. Seja pela necessidade de sobrevivência, seja por seu instinto gregário, as relações humanas têm sido estudadas e explicadas, ao longo do tempo, com o ponto de partida do agrupamento social como componente indissociável de sua natureza.

Venosa elucida que o ser humano precisa se organizar no contexto de uma ordem determinada, a fim de viver em sociedade, mesmo que essa ordem aparentemente não exista. Essa ordem se constitui de instituições, materiais e imateriais, as quais “concedem estabilidade e tornam possível a existência” e a convivência humana. As aludidas instituições, entendidas sob variados aspectos, podendo assumir um caráter político, religioso, econômico etc., representam aquilo “que está presente ou permanece em evolução na sociedade” e remetem a um conjunto de leis, costumes, normas que confira estabilidade em torno do corpo social (2009, p. 34).

Giacchia confirma essa visão, salientando que, ao viver em sociedade, “os seres humanos se limitam inevitavelmente em suas liberdades, porquanto o poder de um encontra correspondência no igual poder dos outros que com ele convivem”. E conclui, ademais, que “não pode o poder identificar-se à vontade apenas de um homem, mas emanar-se da coletividade para lhe assegurar as condições de vida e desenvolvimento” (2002, p. 16-17).

A vida em sociedade traz evidentes benefícios ao homem mas, por outro lado, favorece a criação de uma série de limitações que, em certos momentos e em determinados lugares, são de tal modo numerosas e frequentes que chegam a afetar seriamente a própria liberdade humana. E, apesar disso, o homem continua vivendo em sociedade. Como se explica este fato? Haverá, por acaso, uma coação irresistível, que impede a liberdade dos indivíduos e os obriga a viver em sociedade, mesmo contra a sua vontade? Ou, diferentemente, será que se pode admitir que é a própria natureza do homem que o leva a aceitar, voluntariamente e como uma necessidade, as limitações impostas pela vida social? Tanto a posição favorável à ideia da sociedade natural, fruto da própria natureza humana, quanto a que sustenta que a sociedade é, tão só, a consequência de um ato de escolha vêm tendo, através dos séculos, adeptos respeitáveis, que procuram demonstrar, com farta argumentação, o acerto de sua posição (DALLARI, 2013, p. 21).

A primeira corrente, defendida por Aristóteles, na Grécia; Cícero, em Roma; São Tomás de Aquino, na Era Medieval; e, modernamente, por Ranelletti, decorre da ideia de que a sociedade seria um fato natural, “fruto da própria natureza humana” e “determinado pela necessidade que o homem tem da cooperação de seus semelhantes para a consecução dos fins de sua existência” (DALLARI, 2013, p. 21, 23).

Essa necessidade não é apenas de ordem material, uma vez que, mesmo provido de todos os bens materiais suficientes à sua sobrevivência, o ser humano continua a necessitar do convívio com os semelhantes. Além disso, é importante considerar que a existência desse impulso associativo natural não elimina a participação da vontade humana. Consciente de que necessita da vida social, o homem a deseja e procura favorecê-la, o que não ocorre com os irracionais, que se agrupam por mero instinto e, em consequência, de maneira sempre uniforme, não havendo aperfeiçoamento. Em conclusão: a sociedade é o produto da conjugação de um simples impulso associativo natural e da cooperação da vontade humana (DALLARI, 2013, p. 23).

A seu turno, a segunda corrente que busca compreender o surgimento e a formação da estrutura social se filia à ideia de que “a sociedade é, tão só, o produto de um acordo de vontades, ou seja, de um contrato hipotético celebrado entre os homens”. Para o ser humano se unir aos seus semelhantes e passar a viver em sociedade, é preciso que faça uma escolha

nesse sentido, convergindo com a primeira corrente, justamente, na “negativa do impulso associativo natural, com a afirmação de que só a vontade humana justifica a existência da sociedade”. Trata-se do pensamento defendido pelos contratualistas, principiando com Platão, Thomas Moore, Tommaso Campanella, que se debruçaram sobre a descrição de uma organização social, sem muito detalhar a origem da sociedade, e, depois, com Thomas Hobbes, John Locke, Montesquieu e Rousseau, que deram continuidade ao raciocínio de seus predecessores de forma sistematizada e contratualista em sua essência (DALLARI, 2013, p. 23-24).

Pretende-se, a seguir, explorar brevemente a noção da existência da sociedade para os contratualistas, porquanto o pensamento desses teóricos, em especial Rousseau, culminou nas bases que atualmente amparam a democracia.

O contratualismo de Rousseau, que exerceu influência direta e imediata sobre a Revolução Francesa e, depois disso, sobre todos os movimentos tendentes à afirmação e à defesa dos direitos naturais da pessoa humana, foi, na verdade, o que teve maior repercussão prática. Com efeito, ainda hoje é claramente perceptível a presença das ideias de Rousseau na afirmação do povo como soberano, no reconhecimento da igualdade como um dos objetivos fundamentais da sociedade, bem como na consciência de que existem interesses coletivos distintos dos interesses de cada membro da coletividade (DALLARI, 2013, p. 27-28).

Rousseau afirma que, embora o homem tenha nascido livre, encontra-se subjogado, ou, em suas palavras, “agrilhado” por toda parte. Assim, considerando tão somente o efeito decorrente da força opressora, o homem teria razão ao aproveitar uma oportunidade para recobrar a sua liberdade, fundamentada no mesmo direito de que se valeram para submetê-lo ao jugo, ou então o direito de arrebatá-lo a liberdade não era mesmo legítimo. Dito isto, o filósofo é assertivo: “Mas a ordem social é um direito sagrado, que serve de base para todos os demais. Tal direito, entretanto, não advém da natureza; funda-se, pois, em convenções” (1996, p. 09). Isto posto, não é a natureza humana, mas a vontade, o fundamento da sociedade no pensar de Rousseau.

Para Rousseau, a opção do ser humano pelo pacto social abriga não apenas a combinação de sua liberdade com a sua força, mas também a sua alienação total, de modo que todos os seus direitos ficam à disposição da comunidade na qual passa a pertencer, dotada de um corpo moral e coletivo, que é justamente o Estado. O Estado seria um “mero executor de

decisões, sendo o *soberano* quando exercita um poder de decisão” (DALLARI, 2013, p. 28, grifo do autor).

Essa associação dos indivíduos, que passa a atuar soberanamente, sempre no interesse do todo que engloba o interesse de cada componente, tem uma vontade própria, que é a *vontade geral*. Esta não se confunde com uma simples soma das vontades individuais, mas é uma síntese delas. [...], por ser a síntese das vontades de todos, a vontade geral é sempre reta e tende constantemente à utilidade pública (DALLARI, 2013, p. 28-29, grifo do autor).

Uma vez sustentada a ideia de uma liberdade natural, Rousseau também faz referência a uma igualdade natural, em relação a qual o pacto social procederia a uma ponderação para suprir “as deficiências resultantes de desigualdade física”, na medida em que “os homens, podendo ser desiguais em força ou engenho”, tornam-se “iguais por convenção e de direito” (DALLARI, 2013, p. 29).

Por isso tudo ele próprio [Rousseau] formula a conclusão de que, se indagarmos em que consiste precisamente o maior bem de todos, que deve ser o fim de toda legislação, encontraremos dois objetos principais: *liberdade* e *igualdade*. Em resumo, verifica-se que várias das ideias que constituem a base do pensamento de Rousseau são hoje consideradas fundamentos da democracia. É o que se dá, por exemplo, com a afirmação da predominância da vontade popular, com o reconhecimento de uma liberdade natural e com a busca de igualdade, que se reflete, inclusive, na aceitação da vontade da maioria como critério para obrigar o todo, o que só se justifica se for acolhido o princípio de que todos os homens são iguais (DALLARI, 2013, p. 29, grifo do autor).

Explanadas ambas as correntes que desvendam o surgimento da sociedade, é possível aduzir que, muito embora se verifique, ainda hoje, uma grande influência do contratualismo no pensamento jurídico-filosófico, sobretudo na noção contemporânea de democracia, a primeira corrente, aliada à ideia de que a sociedade resulta de uma necessidade natural do ser humano, com a sua consciência e a sua vontade, tende a ser a mais aceita para pensar a vida social e sua dinâmica, objetivos, organização e comportamento do indivíduo enquanto um ser social, e não isolado. Isso porque o homem, “por mais rude e selvagem” que pudesse ser em sua origem, sempre pode ser encontrado no convívio e em cooperação com os outros, onde quer que fosse observado, desde a mais remota época (DALLARI, 2013, p. 30).

Theodoro Júnior afirma ser “impossível a vida em sociedade sem uma normatização do comportamento humano”, razão pela qual surge o direito como “conjunto das normas gerais e positivas, disciplinadoras da vida social” (2014, p. 113).

À medida que a natureza se mostra insuficiente para suprir suas necessidades, o homem parte para a ação sobre ela: constrói abrigos, armas, roupas etc., para adequar-se ao meio e tornar sua existência possível. Nesse diapasão, o Homem sente necessidade de regras para ordenar sua convivência. Desse modo, o Direito pertence ao mundo da cultura. [...] O Direito representa ao mesmo tempo um processo e um produto cultural. Como processo é uma atividade valorativa que busca realizar a ordem, a segurança, a paz social, o bem comum. [...] Há, portanto, um claro processo de adequação social no Direito, que busca seu desiderato por meio de normas. [...] não existe Direito desligado de um contexto histórico e desgarrado da experiência. O Direito, assim como todo conhecimento científico, resulta da experiência cumulativa. Não existe direito fora da sociedade. [...] Daí por que se diz que no Direito existe o fenômeno da alteridade, da relação jurídica. Somente existe direito onde o homem, além de viver, *convive*, isto é, se relaciona (VENOSA, 2009, p. 14, 15, grifo do autor).

As origens do vocábulo “direito” podem encontrar derivações tanto no latim quanto no grego. A princípio, na vertente latina, apareceram as palavras “*jus*”, “*rectum*” e “*derectum*”. De “*rectum*”, derivou-se o termo “*rechts*” ou “*rights*”, que podem ser traduzidos como “direitos”, “corretos”; e, de “*derectum*”, surgiu o “direito/*derecho*/*diritto*/*droit*”. Para explicar essa procedência, Ferraz Junior remete ao símbolo da balança, originalmente idealizada com dois pratos dispostos no mesmo nível e um fiel ao meio, em posição vertical. Em Roma, a deusa *Iustitia* distribuía a justiça por meio da balança, que ela segurava com ambas as mãos, em pé e com os olhos vendados. A sua incumbência era declarar o direito, “*jus*”, quando o fiel estivesse em posição perfeitamente reta, de cima a baixo, “*de + rectum*”. Na Grécia, o símbolo do direito também era a balança com os dois pratos, porém sem o fiel; essa balança ficava na mão esquerda da deusa *Diké* e, em sua mão direita, uma espada. Em pé e com os olhos bem abertos, a deusa declarava que, quando os pratos estivessem em equilíbrio (vocábulo “*íson*”, do qual derivou “isonomia”), realizava-se a justiça (2011, p. 10, grifo do autor).

Em parte, o que chamamos vulgarmente de *direito* atua, pois, como um reconhecimento de ideais que muitas vezes representam o oposto da conduta social real. O *direito* aparece, porém, para o vulgo, como um complicado mundo de contradições e coerências, pois, em seu nome, tanto se veem respaldadas as crenças em uma sociedade ordenada, quanto se agitam a revolução e a desordem. O *direito*

contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência e da revolta, servindo para expressar e produzir a aceitação do *status quo*, da situação existente, mas aparecendo também como sustentação moral da indignação e da rebelião. O *direito*, assim, de um lado, protege-nos do poder arbitrário, exercido à margem de toda regulamentação, salva-nos da maioria caótica e do tirano ditatorial, dá a todos oportunidades iguais e, ao mesmo tempo, ampara os desfavorecidos. Por outro lado, é também um instrumento manipulável que frustra as aspirações dos menos privilegiados e permite o uso de técnicas de controle e dominação que, por sua complexidade, é acessível apenas a uns poucos especialistas (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 09, 10, grifo do autor).

Em busca de um sentido para o direito, Bobbio sustenta que, para a sua existência, “é necessário que haja, grande ou pequena, uma organização, isto é, um completo sistema normativo”. O jurista relega, pois, a definição de direito ao estudo do ordenamento normativo, posto que aquele adjetivaria este em maior medida do que a certas normas. Assim, a explicação mais adequada ao fenômeno jurídico seria possível por intermédio da análise da teoria do ordenamento (em detrimento à teoria da norma). O resultado teórico a que Bobbio chega é este: “enquanto, pela teoria tradicional, um ordenamento se compõe de normas jurídicas, na nova perspectiva normas jurídicas são aquelas que venham a fazer parte de um ordenamento jurídico”. Noutro jeito, significa que existem ordenamentos jurídicos diferentes de ordenamentos não-jurídicos, e, em razão disso, pode-se dizer que as normas jurídicas existem. Partindo daí, conclui-se que o direito, na acepção ordinária de direito objetivo, “indica um tipo de sistema normativo, não um tipo de norma” (1995, p. 27-28, 30-31).

Ainda debruçado sobre esse estudo, Bobbio conceitua o direito como uma “figura deôntica”, ou seja, da qual decorrem valores consubstanciados em obrigações ou permissões, que remetem a deveres morais. Para o autor, trata-se de uma expressão da linguagem normativa, uma linguagem “na qual se fala de normas e sobre normas”. Dessa maneira, “a existência de um direito, seja em sentido forte ou fraco, implica sempre a existência de um sistema normativo, onde por ‘existência’ deve entender-se tanto o mero fato exterior de um direito histórico ou vigente quanto o reconhecimento de um conjunto de normas como guia da própria ação” (2004, p. 38).

Cintra, Grinover e Dinamarco apresentam o conceito de direito como o instrumento “mais importante e eficaz entre os povos civilizados” do chamado *controle social*, “entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe em sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que cultiva, para a superação de antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios” (2014, p. 37-38).

Admitido que as formas mais rudimentares e toscas de vida social já implicam um esboço de ordem jurídica, é necessário desde logo observar que durante milênios o homem viveu ou cumpriu o Direito, sem se propor o problema de seu significado lógico ou moral. É somente num estágio bem maduro da civilização que as regras jurídicas adquirem estrutura e valor próprios, independente das normas religiosas ou costumeiras e, por via de consequência, é só então que a humanidade passa a considerar o Direito como algo merecedor de estudos autônomos. Essa tomada de consciência do Direito assinala um momento crucial e decisivo na história da espécie humana, podendo-se dizer que a conscientização do Direito é a semente da Ciência do Direito (REALE, 2002, p. 02-03).

Reitera-se que nenhum ser humano tenha passado por toda a sua existência sem ter sido diretamente afetado pelo fenômeno jurídico. Em cada conduta, em cada comportamento das pessoas é possível verificar, ainda que indiretamente, a presença do direito; avalia-se que este esteja “pelo menos pressuposto em cada ação do homem que se relacione com outro homem. [...] O Direito é, sob certo prisma, um manto protetor de organização e de direção dos comportamentos sociais” (REALE, 2002, p. 05).

O Direito se manifesta, assim, como um corolário inafastável da sociedade. [...] A característica fundamental da sociedade é, assim, a submissão de um agrupamento de pessoas a iguais leis ou sistema jurídico, sem o que não poderia haver entendimento e convivência. *A sociedade sem o Direito não resistiria, seria anárquica, teria o seu fim. O Direito é a grande coluna que sustenta a sociedade. Criado pelo homem, para corrigir a sua imperfeição, o Direito representa um grande esforço para adaptar o mundo exterior às suas necessidades de vida* (NADER, 2014, p. 56, grifo do autor).

Segundo Nader, a relação entre direito e sociedade pressupõe um duplo viés de adaptação para o ser humano: “de um lado, o ordenamento jurídico é elaborado como processo de adaptação social e, para isto, deve ajustar-se às condições do meio; de outro, o Direito estabelecido cria a necessidade de o povo adaptar o seu comportamento aos novos padrões de convivência” (2014, p. 49).

A palavra *direito*, em português (e as correspondentes nas línguas românicas), guardou, porém, tanto o sentido do *jus* como aquilo que é consagrado pela Justiça (em termos de virtude moral), quanto o de *derectum* como um exame da retidão da balança, por meio do ato da Justiça (em termos do aparelho judicial). Isso pode ser observado pelo fato de que hoje se utiliza o termo tanto para significar o ordenamento vigente [...], como também a possibilidade concedida pelo ordenamento de agir e fazer valer uma situação [...], não podendo-se esquecer ainda o uso moral da expressão [direito negado ao indivíduo], [...] (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 11-12, grifo do autor).

O direito tem por fim propiciar o inter-relacionamento entre as pessoas, nos seus mais diversos quadrantes, de modo que possam estabelecer diferentes tipos de negócios jurídicos, formulando as bases de justiça e segurança aptas a gerar estabilidade aos envolvidos. Embora o direito não assegure, por si só, o bem-estar social, ele deve representar a vontade da sociedade, ao passo que a legislação deverá incorporar os valores positivos sentidos no corpo social. O direito, contudo, será ineficaz caso o ser humano não esteja disposto a fazer concessões dos valores fundamentais ao bem comum e incorporá-los em sua conduta cotidiana (NADER, 2014, p. 49).

O direito é normativo, institucionalizado e coercitivo, e essas são suas três características mais gerais e importantes. O direito é normativo porque serve e deve servir como orientação para o comportamento humano. É institucionalizado porque sua aplicação e modificação são, em larga medida, executadas ou reguladas por instituições. E é coercitivo na medida em que a obediência a ele, e sua aplicação, são garantidas internamente, em última instância, pelo uso da força (RAZ, 1986, p. 19-20, tradução nossa¹).

É neste íterim que se retoma o tópico das formas de interação social, a qual é conceituada por Nader (2014, p. 54) como “os processos de mútua influência, de relações interindividuais e intergrupais, que se formam sob a força de variados interesses”. A interação social pressupõe “cultura e conhecimento das diferentes espécies de normas de conduta adotadas pelo corpo social”, podendo ser subdividida em *cooperação*, *competição* e *conflito*.

Reis esquadrinha que deriva da socialidade e da interdependência humana o aparecimento da competição, entendida pelo autor como sinônimo de conflito, e da cooperação. Esta se encontra no cotidiano da sociedade, até mesmo como uma necessidade, haja vista a aptidão da capacidade humana para a “intencionalidade compartilhada”. Aquela, por sua vez, também é comum na vivência social e ocorre tanto nas situações de conflito direto quanto nas que o indivíduo exerce o papel de “aproveitador”, valendo-se dos benefícios da cooperação sem ter contribuído para a sua concretização (2022, p. 178).

¹ “Las tres características más generales e importantes del derecho son que es normativo, institucionalizado y coactivo. El derecho es normativo en tanto sirve, y está hecho para que sirva, como guía de la conducta humana; es institucionalizado en tanto que su aplicación y modificación son, en gran medida, realizadas o reguladas por instituciones; es coactivo en tanto que la obediencia a él y su aplicación se encuentran internamente garantizadas, en última instancia, por el uso de la fuerza” (RAZ, 1986, p. 19-20).

Nader esmiúça que a interação social, por intermédio da cooperação, é direta e positiva, na medida em que os seres humanos se mobilizam em torno de um objetivo e de um valor em comum, unindo os seus esforços. No que toca a competição, interação social que se manifesta indireta e, em muitos casos, positivamente, as partes concorrem ou disputam, por meio de atividades paralelas, com vistas a excluir uma a outra, sempre estimuladas a obter a maior vantagem para alcançar o seu propósito. A derradeira modalidade de interação social é imanente à sociedade e se dá de modo direto e negativo, mediante o impasse, à luta moral ou física, ou a mediação da justiça. Trata-se do conflito, “*oposição de interesses, entre pessoas ou grupos, não conciliados pelas normas sociais*” (2014, p. 54, grifo do autor).

O conflito estará presente quando as partes envolvidas não lograrem êxito na solução de sua contenda fazendo uso do diálogo. Nader detalha, ainda, que “o Direito só irá disciplinar as formas de cooperação e competição onde houver relação potencialmente conflituosa” (2014, p. 54). E, diante do conflito, conforme se mencionou acima, ensejando uma ameaça à finalidade social de se manter o bem comum e a constante harmonia nas relações humanas, houve a necessidade de se buscar formas de solucioná-lo.

Contudo, nem sempre houve um aparato estatal designado para desempenhar a função jurisdicional tal qual é conhecida hoje. Quando o conflito estivesse presente numa relação intersubjetiva, as partes envolvidas podiam, em determinada época, valer-se da própria força para dirimir a controvérsia. Talamini e Wambier (2014, p. 95) indicam que, nos primeiros tempos da civilização, as pessoas buscavam resolver as suas pendências por elas próprias, “do modo que fosse possível, realizando aquilo a que hoje se denomina de autotutela”, instituto esse que, atualmente, é tipificado pelo Código Penal no art. 345, *in verbis o caput*, “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência” (BRASIL, 1940).

A doutrina de Silva (2019, p. 04, grifo da autora) instrui que o exercício da autotutela se qualifica “*pela ausência de um juiz que seja uma pessoa diferente das partes e pela imposição da decisão de uma das partes sobre a outra, sendo, em regra, proibida pelo direito brasileiro, exceto em casos excepcionais e expressamente autorizados por lei*”.

Numa outra fase da civilização, ainda nos estágios mais primitivos, recorria-se à autocomposição para solucionar os conflitos, técnica que permanece em evidência no direito

positivo contemporâneo, por meio da qual “uma das partes ou ambas abrem mão do interesse ou de parte dele”, sanando a adversidade, seja pela desistência (renúncia da pretensão por uma das partes), seja pela submissão (renúncia à resistência da pretensão), seja pela transação (concessões recíprocas) (SILVA, 2019, p. 04).

Cintra, Grinover e Dinamarco esclarecem que os indivíduos, ao se darem conta da fragilidade do sistema autocompositivo, fundado na dependência “da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas”, passaram a preferir “uma solução amigável e imparcial através de *árbitros*” (2014, p. 39-40, grifo dos autores).

Assim, em outro estágio do passado histórico, sem que se distinga com precisão quando um terminou para o outro começar, uma vez que houve períodos em que diferentes modalidades de solução de conflitos coexistiram nas sociedades ocidentais, os contendores elegiam um “terceiro desinteressado e imparcial”, resultando no que se pode chamar de arbitragem facultativa. Apenas tempos mais tarde a arbitragem se tornou obrigatória, “de modo que os envolvidos no conflito deveriam necessariamente submeter-se a uma solução criada por terceiro desprovido de interesse direto no objeto daquele conflito” (TALAMINI; WAMBIER, 2014, p. 95, 96).

Na sequência, a eleição de um árbitro particular passou a ser realizada “perante uma autoridade estatal, que controlava essa escolha e fixava determinados parâmetros de como se daria o processo perante o árbitro” (TALAMINI; WAMBIER, 2014, p. 96). A atividade arbitral era, pois, confiada a sacerdotes ou anciãos, fosse por motivos espirituais, fosse pela sabedoria dos costumes da sociedade. Na história, pois, a figura do “juiz”, ainda que não possuísse todas as características do Poder Judiciário contemporâneo, surgiu antes do legislador (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 40).

Posterior e gradativamente, o Estado foi ganhando espaço, conforme impunha as suas decisões aos particulares, o que fez diminuir a esfera de liberdade indiscriminada destes, viabilizando, também, a inclinação estatal para “absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos”. Desde a época da Lei das XII Tábuas, por volta do século II a.C., o Estado já indicava “qual o preceito a preponderar no caso concreto de um conflito de interesses”, na extensão da autoridade que os particulares lhe conferiam. Os cidadãos se dirigiam a um pretor, representante do Estado, “comprometendo-se a aceitar o que viesse a ser decidido”; ato contínuo, elegiam um árbitro de sua confiança, a quem o pretor concedia o poder de decisão

da querela. Apresentado esse panorama, diz-se que o processo civil, na Roma Antiga, deslindava-se em duas etapas: a primeira, perante o pretor ou magistrado; e a segunda, perante o árbitro (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 40).

Tal sistema perdurou ainda durante todo o período clássico do direito romano (período formular, século II aC a século II dC), sendo que, correspondentemente ao fortalecimento do Estado, aumentou a participação deste no processo através da conquista do poder de nomear o árbitro (o qual era de início nomeado pelas partes e apenas investido pelo magistrado). [...] Além disso, para facilitar a sujeição das partes às decisões de terceiro, a autoridade pública começa a preestabelecer, em forma abstrata, regras destinadas a servir de *critério objetivo e vinculativo* para tais decisões, afastando assim os temores de julgamentos arbitrários e subjetivos. Surge, então, o *legislador* (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 40-41, grifo dos autores).

Passados os períodos arcaico e clássico, o pretor, em contrário ao que até então tinha se estabelecido, começou a “conhecer ele próprio do mérito dos litígios entre os particulares, inclusive proferindo sentença, em vez de nomear ou aceitar a nomeação de um árbitro que o fizesse”. Essa fase marcou o fim do ciclo de transição histórico-evolutivo da justiça privada para a justiça pública (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 41).

Talamini e Wambier explicam que a “preferência pela solução jurisdicional estatal dos conflitos de interesses faz com que se afirme, na doutrina, que a jurisdição é monopólio do poder estatal”, o que não exclui a possibilidade de os interessados buscarem outros meios legais de apaziguar os atritos, como a própria arbitragem, que não é exercida pelo Estado, porém por este é autorizada (2014, p. 96).

A par das funções administrativa e legislativa do poder do Estado, tem-se, portanto, a fim de analisar e aplicar o comando concreto das normas jurídicas, balizadas em abstrato e imperativamente por um ordenamento, a atividade desenvolvida pelos órgãos do Poder Judiciário, que desempenham o papel de “terceiro estranho, alheio ao caso concreto”. O exercício da atividade jurisdicional, assim, conferirá “àquela parcela de cada conflito de interesses a ela submetida pelos interessados [...] a solução que para tal tenha sido engendrada no âmbito do sistema jurídico” (TALAMINI; WAMBIER, 2014, p. 95, 97).

A função jurisdicional também precisa ser fiscalizada e seguir normas adequadas para a sua atuação, de modo que não macule as garantias constitucionais ínsitas ao processo, não desampare os cidadãos, nem banalize os seus direitos ou atrapalhe a sua justa proteção.

Tendo isso em vista, somado à necessidade de distingui-la das atividades administrativa e legislativa do Estado, a doutrina elencou algumas características típicas da jurisdição, que serão brevemente explanadas a seguir, iniciando-se pela característica da *imperatividade*.

É direito fundamental expressamente previsto na CF/1988 o devido processo legal, também reconhecido como um importante princípio do direito processual. O inc. LIV do art. 5º estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). Assegurado o devido processo legal, com a esmerada observância das garantias processuais constitucionais, entende-se que as decisões proferidas pelo Estado-Juiz são dotadas de autoridade e, por isso, são impostas aos sujeitos processuais, ainda que estes não consentam com o seu conteúdo. Eis, então, a força imperativa da jurisdição (TALAMINI; WAMBIER, 2014, p. 98).

Outro atributo essencial da jurisdição é a sua *unidade*, isto é, a jurisdição é una. Apesar de a doutrina se valer de um critério classificatório para separar a jurisdição, didaticamente, pela competência (comum e especial), pelo caráter científico (civil e penal), pela natureza (contenciosa e voluntária) e pela soberania do Estado (interna e externa), o seu poder é um só. Talamini e Wambier articulam que “toda atividade jurisdicional é expressão de um mesmo e único poder, que é aquele decorrente da soberania do Estado” e que a divisão que a doutrina faz se opera devido às diferentes feições que “as formas e órgãos de atuação da jurisdição podem assumir” (2014, p. 100).

Na sequência, pode-se sublinhar a característica da *imutabilidade*, também conhecida como *definitividade*. A tendência da jurisdição é ser imutável, e aqui se reúnem vários aspectos que, cumulativamente, dão o tom da definitividade: as decisões do Poder Judiciário não podem ser revistas pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, a isso chama-se “reserva de sentença”; além disso, no caso do instituto da “coisa julgada”, nem mesmo o Poder Judiciário está apto a rever as suas próprias decisões, tendo em vista que o exame realizado dos fatos e a aplicação do direito ao caso puseram um fim à contenda levada ao Estado-Juiz, impossibilitando que a mesma discussão, esgotadas as vias recursais, seja objeto de futura ação (SILVA, 2019, p. 23).

Outra característica dos atos jurisdicionais é que *só eles são suscetíveis de se tornar imutáveis*, não podendo ser revistos ou modificados. A Constituição brasileira, como a da generalidade dos países, estabelece que “a lei não prejudicará o direito

adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, inc. XXXVI). Coisa julgada é a imutabilidade dos efeitos de uma sentença judicial ou arbitral em virtude da qual nem as partes podem repropor a mesma demanda em juízo ou comportar-se de modo diferente daquele preceituado, nem os juízes podem voltar a decidir a respeito, nem o próprio legislador pode emitir preceitos que contrariem, para as partes, o que já ficou definitivamente julgado [...]. No Estado de Direito só os atos jurisdicionais podem chegar a esse ponto de imutabilidade, não sucedendo o mesmo com os administrativos ou legislativos. Em outras palavras, um conflito interindividual só se considera solucionado para sempre, sem que se possa voltar a discuti-lo, depois que tiver sido apreciado e julgado pelos órgãos jurisdicionais: a última palavra cabe ao Poder Judiciário ou, conforme o caso, ao árbitro (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 154, grifo dos autores).

O objetivo da imutabilidade, além de resguardar a autoridade e o Poder Judiciário enquanto instituição estatal, é o de garantir também a segurança das relações jurídicas, evitando a perpetuação do conflito: “uma vez solucionado o litígio, não há a possibilidade de suscitá-lo novamente e nem de revisar a solução proferida após suficiente apreciação” pelo órgão jurisdicional. A “paz social”, finalidade precípua da jurisdição, somente consegue ser alcançada se houver estabilidade no ordenamento jurídico, daí a importância do estudo do tema em comento à luz da base principiológica do Estado Constitucional (TALAMINI; WAMBIER, 2014, p. 99).

Parte da doutrina, em especial Carnelutti, defende que a *lide* é uma característica permanente da jurisdição, ou seja, que aparecerá em todos os pronunciamentos do Poder Judiciário. Cintra, Grinover e Dinamarco, por exemplo, afirmam que a lide existirá num grande número de casos “que a parte interessada deduz ao Estado, pedindo um provimento a respeito” (2014, p. 152). A lide pode ser definida como “*o conflito de interesses entre as partes que se caracteriza por uma pretensão resistida*”, significa que será constante na atividade judiciária quando se estiver “diante de uma pretensão que não foi satisfeita, mas poderia ter sido cumprida por aquele que tinha a obrigação” (SILVA, 2019, p. 24, grifo da autora).

Cintra, Grinover e Dinamarco pontuam, ademais, que é “a existência do conflito de interesses que leva o interessado a dirigir-se ao juiz e a pedir-lhe uma solução; e é precisamente a contraposição dos interesses em conflito que exige a substituição dos sujeitos em conflito pelo Estado”, dessa forma, o conflito, que, como visto anteriormente, é um aspecto comum da sociedade, também é um componente indissociável (diga-se, na maioria dos casos) para a instauração da atividade jurisdicional, provocada pelas partes que se encontram em adversidade (2014, p. 152).

Ocorre que, em diversos procedimentos elencados no CPC/2015, não há que se falar em lide, como é o caso do divórcio consensual, da declaração de curatela, do inventário pelo procedimento de arrolamento, entre outros; mas tão somente em *natureza declaratória* da jurisdição, a qual, para alguns autores, como Alexandre Câmara, estará sempre presente na atuação do poder jurisdicional. Entenda-se, por natureza declaratória, que a jurisdição “*não cria direitos subjetivos (poder que o ordenamento jurídico confere a alguém de agir e exigir de outra pessoa determinado comportamento [...]), mas se limita ao reconhecimento de direitos pré-existentes e previstos pelo direito objetivo (estabelece as normas de conduta em sociedade; as normas criadas pelo Estado)*” (SILVA, 2019, p. 24, grifo da autora).

A Constituição da República delimita as atribuições de cada Poder, orientando-os a seguir princípios e diretrizes, prevendo garantias institucionais, sanções, organização, dentre outros pontos importantes que devem, necessariamente, ser cumpridos. Assim, pelo que se extrai da Lei Fundamental, um Poder estatal não pode delegar funções a outro, pois se estaria alterando “a distribuição feita naquele nível jurídico-positivo superior”. Nem a lei, nem a deliberação dos membros de um Poder pode modificar o conteúdo das atribuições para ele definidas a fim de repassar a sua incumbência a outro Poder do Estado. Denomina-se esta característica (para alguns estudiosos, trata-se de um princípio) de *indelegabilidade* (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, p. 156).

Apenas a Constituição Federal cria e autoriza os órgãos aptos a exercer a função jurisdicional, bem como delimita a sua competência, não podendo estes delegarem a sua missão a outros órgãos ou pessoas. Em razão disso, a Constituição estabelece também prerrogativas aos juízes, que são as pessoas físicas que atuam em nome do Poder Judiciário, com vistas, da mesma forma, a garantir a imparcialidade, [...] (TALAMINI; WAMBIER, 2014, p. 99).

Cintra, Grinover e Dinamarco (2014, p. 156-157) explanam que, na esfera do Poder Judiciário, os juízes não podem delegar a sua função a outrem, seja a particulares, seja a outro órgão judicante, independentemente de seu critério ou de sua conveniência, tendo em vista que “cada magistrado, exercendo a função jurisdicional, não o faz em nome próprio e muito menos por um direito próprio: ele é, aí, um agente do Estado (age em nome deste)”. Os autores complementam:

O Estado o investiu, mediante determinado critério de escolha, para exercer uma função pública; o Estado lhe cometeu, segundo seu próprio critério de divisão de trabalho, a função jurisdicional referente a determinadas causas. E agora não irá o juiz, alterando os critérios da Constituição e da lei, transferir a outro a competência para conhecer dos processos que elas lhe atribuíram. Essa regra não tem assento constitucional expresso. Ela resulta de construção doutrinária a partir de princípios de aceitação geral e sofre algumas exceções, como a do art. 102, inc. I, letra *m*, da Constituição (delegação, pelo Supremo, de competência para a execução forçada) [...] (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 157, grifo dos autores).

Vale registrar, por fim, conforme Silva (2019, p. 25), que a jurisdição é monopólio do Estado, e que a vedação de sua delegação a outros órgãos ou pessoas se aplica integralmente ao poder decisório, uma vez que o deslocamento da investidura importaria também na alteração do Juízo, logo, ensejaria a violação do princípio do juiz natural.

A propósito, diz-se que a investidura é princípio processual sem o qual “não será uma pessoa a encarnação do Estado no exercício de uma de suas funções primordiais”, adequadamente investida na autoridade judiciária, e tem suporte constitucional na regra do art. 37, inc. II, segundo a qual o agente público deverá ser aprovado em um concurso de provas e títulos para ocupar, dentre outras, a função jurisdicional (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 155).

Outra característica fundamental da jurisdição pode ser compreendida por intermédio do brocardo latino “*nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio*”, que pode ser livremente traduzido como “não há juiz sem autor, nem procedimento a que o juiz impulsionará de ofício”.

Trata-se da *inércia*, também denominada de princípio da demanda ou princípio dispositivo. Pelo seu significado, o juiz somente poderá atuar se for provocado pelas partes interessadas, daí a sua relevância para o processo. Talamini e Wambier assinalam que o juiz deve primeiramente ser provocado, para, então, exercer a função jurisdicional, a qual “não é prestada de ofício, isto é, por impulso próprio”, sendo a inércia a característica que garante a imparcialidade da jurisdição e que imputa às partes, após vencida a inércia inaugural, a possibilidade de demandarem a atuação do juiz no curso da demanda (2014, p. 100). Nesse sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco explicam que:

O exercício espontâneo da atividade jurisdicional acabaria sendo contraproducente, pois a finalidade que informa toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação

social, e isso viria em muitos casos a fomentar conflitos e discórdias, lançando desavenças onde elas não existiam antes. Além disso, a experiência ensina que quando o próprio juiz toma a iniciativa do processo ele se liga psicologicamente de tal maneira à ideia contida no ato de iniciativa, que dificilmente teria condições para julgar imparcialmente. Por isso, fica geralmente a critério do próprio interessado a provocação do Estado-juiz ao exercício da função jurisdicional: assim como os direitos subjetivos são em princípio *disponíveis*, podendo ser exercidos ou não, também o acesso aos órgãos da jurisdição fica entregue ao poder dispositivo do interessado (mas mesmo no tocante aos direitos indisponíveis a regra da inércia jurisdicional prevalece - v.g., o *jus punitiois* do Estado). [...] Assim, é sempre uma *insatisfação* que motiva a instauração do processo. O titular de uma pretensão (penal, civil, trabalhista, tributária, administrativa *etc.*) vem a juízo pedir um provimento que, eliminando a resistência, satisfaça sua pretensão e com isso elimine o estado de insatisfação; e com isso vence a inércia a que estão obrigados os órgãos jurisdicionais [...] (2014, p. 153, grifo dos autores).

Nesse esteio, via de regra, a insatisfação do indivíduo abrirá caminho para a instauração dos autos, rompendo a inércia inicial e tornando possível e válida a atuação do juiz. O art. 2º do CPC exprime o conceito da inércia como norma fundamental do processo civil, estatuidando que “o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei” (BRASIL, 2015). Assim, os casos em que for autorizado ao juiz apreciar a demanda sem prévia provocação, de ofício, estarão prescritos em lei. Garantindo ao ordenamento que o conhecimento da pretensão pelo magistrado, de ofício, é exceção à regra do art. 2º, dispõe o art. 141 do CPC que “o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte” (BRASIL, 2015).

É certo, pois, afirmar que a inércia decorre do princípio dispositivo e da iniciativa das partes para que seja observada, bem assim da abstenção do Estado-Juiz em proceder de ofício nos autos em que é competente para análise e julgamento.

Três importantes princípios interligados à função jurisdicional que também merecem consideração neste estudo são o princípio da *aderência ao território* (ou da territorialidade), o princípio da *indeclinabilidade* e o princípio da *inevitabilidade* da jurisdição.

O primeiro diz respeito à limitação do poder jurisdicional, demarcando-se literalmente o território em que determinado juiz pode exercer a sua jurisdição. No ensinamento de Cintra, Grinover e Dinamarco, a manifestação do princípio da aderência territorial se dá não apenas na limitação da autoridade dos magistrados aos limites territoriais que a lei confere a sua atuação, seja em comarcas, seja em seções judiciárias, mas também na restrição da “própria soberania nacional ao território do país”. Assim, caso determinado Juízo

deseje citar um réu com domicílio em outra comarca, deverá expedir carta precatória, solicitando a cooperação do Juízo deprecado; da mesma forma, se se precisar ouvir testemunha residente em outro país, expedir-se-á carta rogatória, contando-se com a cooperação jurisdicional do respectivo Estado (2014, p. 156).

Em virtude do segundo princípio, o Estado-Juiz deve se pronunciar acerca de todo e qualquer conflito colocado sob a sua apreciação, não podendo se recusar sob o pretexto de inexistência de dispositivo legal que regulamente a matéria discutida nos autos (SILVA, 2019, p. 25). Este é o princípio da indeclinabilidade: a faculdade de o juiz não julgar por não saber como decidir, prerrogativa denominada de *non liquet*, é vedada no ordenamento processual civil, com amparo no *caput* do art. 140, CPC, *in verbis*: “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico” (BRASIL, 2015).

Essa regra é geralmente interpretada em harmonia com o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), segundo o qual “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 1942).

No terceiro princípio mencionado alhures, tem-se que não se pode evitar que a autoridade estatal se imponha sobre as partes, cuja vontade não vincula a atuação do poder soberano do Estado. O princípio da inevitabilidade compreende que:

[...] a autoridade dos órgãos jurisdicionais, sendo uma emanção do próprio poder estatal soberano, impõe-se por si mesma, independentemente da vontade das partes ou de eventual pacto para aceitarem os resultados do processo. A situação de ambas as partes perante o Estado-juiz (e particularmente a do réu) é de *sujeição*, que independe de sua vontade e consiste na impossibilidade de evitar que sobre elas e sobre sua esfera de direitos se exerça a autoridade estatal. Daí a conceituação do direito processual (inclusive o processual civil) como *ramo do direito público* e o repúdio às teorias privatistas sobre a natureza jurídica do processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 157, grifo dos autores).

Na sequência, passa-se à próxima característica primordial da jurisdição, a *substitutividade*. Já que o Estado coibiu o exercício arbitrário das próprias razões e aparelhou o Poder Judiciário para dirimir as controvérsias, orientando-se pelo sistema jurídico estabelecido em determinada sociedade, é particular da atividade jurisdicional que o juiz substitua as partes, assumindo a posição de terceiro desinteressado e imparcial, para resolver a

contenda (SILVA, 2019, p. 23). Todavia, alguns autores discordam do termo “substitutividade”, por não se adequar de maneira geral a todos os casos que necessitem de tutela judicial. Certas questões não conseguiriam, de qualquer modo, ser resolvidas pelas próprias partes, ainda que não houvesse conflito, a exemplo do casal que concorda que o seu matrimônio seja inválido, pois apenas um pronunciamento judicial pode declarar tal situação (TALAMINI; WAMBIER, 2014, p. 98).

Consequentemente, o caráter substitutivo da jurisdição está diretamente relacionado ao princípio processual da *imparcialidade*, segundo o qual os juízes se posicionam “entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que possam exercer sua função dentro do processo”, sendo, inclusive, um “pressuposto para que a relação processual se instaure validamente” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 71).

Por isso, prefere-se deixar um pouco de lado a ideia de *substituição*, para enfatizar outro aspecto contido também naquela expressão: o juiz é um *terceiro*, um *estranho*, alguém *alheio* ao conflito que vai julgar. Aplica a lei para satisfazer um interesse *que não lhe diz respeito*. E isso também é diferente do que se passa na atividade administrativa. A administração pública persegue determinado interesse quando atua, que é o chamado “interesse público”. Então, quando se fala na *imparcialidade* da jurisdição se está pensando em algo mais intenso e profundo do que mera *isenção* pessoal. Todo agente público deve atuar de modo isento, honesto, não confundindo os interesses pessoais com os de sua função. Mas quando se alude à *imparcialidade* da jurisdição, pensa-se em mais do que isso (embora isso também seja fundamental). *Imparcial* tem, então, o sentido de *não parte*. Ou seja, um terceiro estranho e independente em relação ao caso concreto. E o juiz tem essa condição *imparcial* mesmo quando julga um conflito que envolva o Poder Público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal etc.). Para isso, o Judiciário e os juízes são cercados de intensas garantias institucionais e pessoais [...] (TALAMINI; WAMBIER, 2014, p. 98, grifo dos autores).

Reichelt sinaliza que o princípio da imparcialidade judicial, interpretado por uma primeira dimensão, explicita a postura a ser adotada pelo julgador, de equidistância em relação às partes, tratando-as de maneira isonômica, como um dever a ser cumprido. Nesta primeira visão, o que se leva em conta são “as razões que movem o julgador ao construir a decisão judicial: ao exercer a jurisdição, deve o juiz proferir decisões tendo como baliza aquilo que o ordenamento jurídico estabelece” (2015, p. 02).

Haverá quebra da imparcialidade do juiz toda vez que o seu agir no processo for movido por outra razão que, em alguma medida, indique a presença de confusão

entre as razões que o levaram a proferir a decisão judicial em determinado sentido e o interesse que move às partes no debate dos autos. Há que se evitar, pois, a confusão entre o interesse que deve mover o exercício da jurisdição e o interesse que move a atuação das partes (que é o de obtenção de uma decisão judicial favorável aos interesses por elas defendidos). A cada ato que pratica, o autor é movido pelo desejo de que a decisão judicial seja capaz de transformar a realidade jurídica como forma de fazer com que seja estendida em favor de determinado interesse a proteção que entende devida. O réu, por sua vez, tem seu agir constantemente inspirado pelo desejo de continuidade da realidade jurídica existente antes do início do processo, na qual já encontra o amparo que sustenta o seu interesse. O interesse que deve mover o julgador ao proferir decisões (ou, de outra forma, o motivo que lhe deve inspirar na prática dos atos processuais inerentes ao seu papel), por sua vez, é o de aplicar ao caso concreto o estabelecido pelo ordenamento jurídico (REICHELDT, 2015, p. 02).

Numa segunda perspectiva, retoma-se aquilo que fora dito anteriormente acerca do juiz ser um terceiro estranho, independente e imparcial ao conflito sobre o qual se pronunciará, exigindo-se, ainda, que “não esteja comprometido com o conteúdo dos interesses envolvidos no debate dos autos, independentemente das pessoas a quem eles estão associados” (caráter objetivo), como também a necessária ausência de identificação entre o juiz e os interessados, de tal sorte que é defeso à parte ligada a uma situação parcial agir investida na função jurisdicional (caráter subjetivo) (REICHELDT, 2015, p. 02).

A suspeita da parcialidade de um juiz, consoante o ensinamento de Cintra, Grinover e Dinamarco, “afeta profundamente a relação processual”. Para assegurar a integridade do princípio da imparcialidade, a Carta Política elenca uma série de garantias, prevê vedações e proíbe, expressamente, juízos e tribunais de exceção (2014, p. 71).

As garantias do Poder Judiciário, assentadas constitucionalmente, compreendem a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídio, resguardadas as exceções expressamente cominadas (art. 95, *caput*, inc. I ao III) (BRASIL, 1988). Enquanto isso, as vedações ao poder jurisdicional estão listadas no art. 95, parágrafo único:

Art. 95, CF/1988. Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

- I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;
- II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;
- III - dedicar-se à atividade político-partidária.
- IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração (BRASIL, 1988).

O inciso XXXVII do art. 5º da Carta Constitucional estabelece, categoricamente, no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos, que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (BRASIL, 1988). Os tribunais de exceção são aqueles que não encontram respaldo constitucional em um Estado de Direito, posto que “instituídos para o julgamento de determinadas pessoas ou de crimes de determinada natureza”, geralmente após a ocorrência do fato a ser apreciado (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 158).

Contrapondo-se aos tribunais de exceção e em harmonia com o princípio da imparcialidade tem-se o princípio processual do juiz natural, a respeito do qual Cintra, Grinover e Dinamarco aduzem um duplo significado: “no primeiro consagra a norma de que só é juiz o órgão investido de jurisdição [...]; no segundo impede a criação de tribunais *ad hoc* e de exceção para o julgamento de causas penais ou civis” (2014, p. 71, grifo dos autores).

Silveira remonta o estabelecimento do princípio do juiz natural à Carta Magna Inglesa de 1215, época em que vigia o sistema jurisdicional feudal e a justiça era distribuída pelos proprietários de terras, já que a prática da justiça pelo Estado era uma ideia principiante. A autora ensina que “[...] surgiam, aos poucos, os chamados juízes itinerantes, desempenhando função jurisdicional concorrentemente com as Cortes Feudais, mas que não consubstanciava-se em fenômeno de tal envergadura que justificasse a garantia da Magna Carta como sendo contra juízes extraordinários” (2000, p. 200-201). Quanto ao tema das cortes de exceção, despontam dois dispositivos do diploma inglês:

Art. 20, Magna Carta. Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito.

Art. 39, Magna Carta. Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto

pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país² (BRASIL, TST, 2015, on-line).

A discussão, assim, poderia até não se referir aos juízes extraordinários, antevedendo os entraves do mundo moderno e a finalidade de problematizar a questão das cortes de exceção, contudo, essas restrições dirigidas à justiça feudal marcam o início do que hoje é considerada uma garantia inviolável, a que o princípio do juiz natural faz dura oposição.

Cardoso define a Grande Carta como a “base das liberdades inglesas”, que foi assinada pelo Rei João Sem Terra, irredimido, sob a pressão da nobreza, tendo em vista o descontentamento desta com os desmandos do monarca, o qual, devido ao desgaste econômico da Inglaterra por conta de sua participação nas Cruzadas e outros conflitos militares, ordenava ao seu bel prazer o aumento de inúmeros impostos (1986, p. 135). Considera-se o diploma jurídico um marco precursor do constitucionalismo e das constituições modernas, que asseguram direitos fundamentais ao povo, além de um referencial para o posterior avanço democrático, dispondo, ao longo de sua redação, sobre “o que mais tarde veio a ser considerado como direitos humanos, como o direito de todos os cidadãos livres possuírem e herdarem propriedades e serem protegidos de impostos excessivos, o direito de entrar e sair do Reino, exceto em tempos de guerra, o direito de não ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo as leis do país” (BRASIL, TST, 2015, on-line).

A título de menção, insta sublinhar que, além do juiz natural, outros instrumentos jurídicos advêm da Magna Carta de 1215, ainda que embrionariamente, tais como a liberdade da Igreja (art. 1º), o direito à herança (art. 7º), a limitação ao poder de tributar (art. 12), o princípio da proporcionalidade contra “intervenções estatais desnecessárias ou excessivas” (art. 20), o *habeas corpus* (art. 39), a liberdade de locomoção (arts. 41 e 42), a soberania nacional e autodeterminação dos povos (art. 56) e, enfim, os direitos fundamentais relativos

² “Art. 20. For a trivial offence, a free man shall be fined only in proportion to the degree of his offence, and for a serious offence correspondingly, but not so heavily as to deprive him of his livelihood. In the same way, a merchant shall be spared his merchandise, and a villein the implements of his husbandry, if they fall upon the mercy of a royal court. None of these fines shall be imposed except by the assessment on oath of reputable men of the neighbourhood. Art. 39. 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 way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land” (BRASIL, TST, 2015, on-line, texto integral traduzido da edição de 1215 da Magna Carta).

ao processo, sendo o seu expoente o devido processo legal (arts. 38, 39 e 40) (BRASIL, TST, 2015, on-line).

Silveira escreve que “a naturalidade como proibição de juízes extraordinários deriva diretamente da *Petition of Rights*, de 1627 e do *Bill of Rights*, de 1688” (2000, p. 201). A primeira é um documento concebido pelo Parlamento Inglês, pensado como uma declaração de liberdades civis, e enviado ao então Rei Charles I para aposição de sua assinatura (UNIDOS PELOS DIREITOS HUMANOS, on-line). O segundo é um dos grandes documentos históricos responsáveis por regular as relações entre a Coroa e o povo na Inglaterra. Trata-se de um estatuto resultante da Revolução Gloriosa, que culminou no exílio do então Rei James II e na ascensão de William of Orange e Mary ao trono. As intenções da carta de direitos eram justamente depor James II por desgoverno, determinar a nova sucessão ao trono, coibir eventual comportamento arbitrário do futuro monarca e garantir os poderes do Parlamento defronte com a Coroa, estabelecendo, assim, uma monarquia constitucional (MAER; GAY, 2009, p. 02, tradução nossa³).

Petition of Rights. [...] III - E considerando também que na carta designada por "Magna Carta das Liberdades de Inglaterra" se decretou e estabeleceu que nenhum homem livre podia ser detido ou preso ou privado dos seus bens, das suas liberdades e franquias, ou posto fora da lei e exilado ou de qualquer modo molestado, a não ser por virtude de sentença legal dos seus pares ou da lei do país (DHNET, on-line).⁴

Bill of Rights. Os Lordes espirituais e temporais e os membros da Câmara dos Comuns declaram, desde logo, o seguinte:

3. que tanto a Comissão para formar o último Tribunal, para as coisas eclesiásticas, como qualquer outra Comissão do Tribunal da mesma classe são ilegais ou perniciosas (DHNET, on-line).⁵

³ “It is one of the four great historic documents which regulate the relations between the Crown and the people [...]. The Bill of Rights was an historic statute that emerged from the ‘Glorious Revolution’ of 1688-89, which culminated in the exile of King James II and the accession to the throne of William of Orange and Mary. Its intentions were: to depose James II for misgovernment; to determine the succession to the Throne; to curb future arbitrary behaviour of the monarch; and to guarantee parliament’s powers vis a vis the Crown, thereby establishing a constitutional monarchy” (MAER; GAY, 2009, p. 02).

⁴ “And whereas also by the statute called ‘The Great Charter of the liberties of England,’ it is declared and enacted that no freeman may be taken or imprisoned or be disseised of his freeholds or liberties, or his free customs, or be outlawed or exiled, or in any manner destroyed, but by the lawful judgment of his peers, or by the law of the land” (LIBERTY FUND ORG., 2002, on-line).

⁵ “And thereupon the said Lords Spiritual and Temporal and Commons, pursuant to their respective letters and elections, being now assembled in a full and free representative of this nation, taking into their most serious consideration the best means for attaining the ends aforesaid, do in the first place (as their ancestors in like case have usually done) for the vindicating and asserting their ancient rights and liberties declare: 3. That the commission for erecting the late Court of Commissioners for Ecclesiastical Causes, and all other commissions and courts of like nature, are illegal and pernicious” (YALE LAW SCHOOL, on-line).

Os comissários que compunham os tribunais ingleses “detinham poder e autoridade” para atuar de acordo com a justiça da lei marcial. Então, na época, as comissões de composição desses tribunais foram consideradas ilegais e perniciosas porque “eram contrárias às leis e costumes do reino”. Desta sorte, tanto na *Petition of Rights* quanto no *Bill of Rights* o princípio do juiz natural já apresentava os contornos que a ele atribuímos nos dias atuais, de “proibição de juízes *ex post facto* e de juízes extraordinários” (SILVEIRA, 2000, p. 201, grifo da autora).

Posteriormente, então, em virtude de sua suma importância para o cidadão, o princípio do juiz natural encontrou abrigo em muitos textos constitucionais e internacionais modernos. Na Espanha, a expressão juiz natural é substituída por juiz competente, tal qual se acha explicitada no artigo 16 da Constituição de 1876 e no artigo 28 da Constituição Republicana de 1931, garantindo a todos o direito a um juiz ordinário predeterminado pela lei. Na Alemanha utiliza-se a expressão juiz legal, em vez de juiz natural. A Constituição de Weimar no seu artigo 105 preconizava a vedação de criarem-se tribunais de exceção, bem como ninguém poderia ser subtraído de seu juiz legal. [...] Hoje, a garantia encontra-se no art. 102 da Constituição Italiana de 1948, [...]. A garantia de que não haverá juízo ou tribunal de exceção está também presentes nas Constituições da Argentina, em seu art. 18; do Chile, em seu art. 19 (3°); do Japão em seu art. 76; e de Portugal em seu art. 212 (4) [sic, leia-se art. 216 (4)] (SILVEIRA, 2000, p. 201-202).

Cintra, Grinover e Dinamarco acrescentam que, na garantia do juiz natural, abrange-se a vedação de “subtrair o juiz constitucionalmente competente”, desdobrando-se o aludido princípio em três vertentes, sendo a primeira delas a definição dos órgãos jurisdicionais apenas aqueles que a Constituição expressamente os investir. Na segunda, elucida-se que ninguém poderá ser julgado por juiz instituído depois da ocorrência do fato. E, por fim, vigora uma “ordem imperativa de competências” entre os órgãos pré-constituídos que “exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja” (2014, p. 71).

Salutar é a expressão constitucional brasileira que garante às pessoas serem processadas e sentenciadas somente e tão somente por autoridade competente (art. 5º, inc. LIII) (BRASIL, 1988). A figura do juiz competente, para a Constituição Brasileira, não apenas se atrela, mas, em verdade, confunde-se com o juiz natural.

Juiz competente, diante do quadro constitucional de 88, é, sem sombra de dúvida, o Juiz Natural ou Juiz Legal, de modo a se poder dizer ser dele a competência exclusiva para os atos aos quais está preordenado. Excluem-se todos os demais, evitando-se, desse modo, manipulações indesejáveis (produtoras de uma *desordem*

intragável em um Estado Democrático de Direito), com vilipêndio das regras de garantia, como tem acontecido com frequência inaceitável, [...]. Natural (como querem os franceses, entre outros) ou Legal (como querem os alemães, entre outros) são adjetivos de um Juiz já possuidor de Jurisdição, ou seja, de Poder decorrente de fonte constitucional. Isso, por sinal, não foi suficiente antes de 88, de tal modo que se manipulava como fosse conveniente, razão por que se não previu o dito princípio na CF/88, nos moldes anteriores (ou nos moldes europeus), mas se foi além, demarcando-se – repita-se: constitucionalmente – a necessidade da presença de “autoridade competente” no processo e – seria desnecessário dizer mas não se queria arriscar – na sentença. Dessa forma, pode-se definir o princípio do juiz natural como expressão do *princípio da isonomia* e também um pressuposto de *imparcialidade* (COUTINHO, 2008, p. 168, grifo do autor).

Vale destacar, ademais, a previsão dessas garantias processuais em âmbito internacional, notadamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, ratificada pelo Brasil em 1992. O art. 10º da DUDH estatui que “toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”, englobando, portanto, os princípios da imparcialidade e do juiz natural, sem prejuízo do devido processo legal e da isonomia (ONU, 1948, on-line).

Com a mesma finalidade, dispõe o Pacto de São José da Costa Rica, no item 1. do art. 8º, que trata das garantias judiciais: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (BRASIL, 1992).

É dever do Estado, correspondente à responsabilidade que assumiu de exercer a função jurisdicional, agir imparcialmente “na solução das causas que lhe são submetidas”. Os agentes públicos encarregados de atuar em seu nome são pessoas físicas, que “não agem em nome próprio mas como órgãos do Estado”, logo, “sua *imparcialidade* é uma exigência da lei”, é requisito imprescindível para se instaurar um processo verdadeiramente válido (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 71, 151, grifo dos autores).

Em conclusão aos fundamentos do princípio da imparcialidade, que, conforme já aduzido, é um notável desdobramento da característica da substitutividade da jurisdição, insta

consignar que a sua observância no bojo do processo é garantia básica de justiça para as partes. O comando constitucional não apenas instituiu uma base principiológica essencial, como também firmou compromisso com os cidadãos de que o aparelhamento estatal não lhes suprimiria aquelas garantias, enquanto houver um Estado Democrático de Direito.

A última característica da jurisdição a que este trabalho se reporta é a *inafastabilidade*, garantia esta que pode ser traduzida como o acesso à justiça pelo povo. Por expressa previsão constitucional (art. 5º, inc. XXXV), não se pode obstar que alguém leve ao Poder Judiciário a sua pretensão, a fim de resguardar ou evitar que um direito seu continue sendo violado (BRASIL, 1988).

Talamini e Wambier apontam quatro desdobramentos da inafastabilidade da jurisdição, a saber: a) por primeiro, a determinação de que, “entre os órgãos estatais, a função jurisdicional é exercida única e exclusivamente pelo Poder Judiciário”; b) em segundo, está a proibição ao “estabelecimento de obstáculos à submissão de conflitos ao Judiciário”; c) em terceiro, frisa-se a vedação legal ao juiz “de eximir-se do exercício da função diante do caso concreto, ainda que existam lacunas ou obscuridades na lei”, conforme anteriormente mencionado, trata-se da vedação ao *non liquet*; d) enfim, a inafastabilidade da jurisdição se expressa “quando exige que os órgãos judiciais deem aos jurisdicionados uma resposta justa e eficiente” (2014, p. 99).

A garantia do acesso à justiça, que viabiliza o direito de ação a todos indistintamente, será tratada de forma mais detida na seguinte subseção (1.2 Direito de ação).

A título de epílogo desta subseção, cumpre frisar as palavras de Giacóia, em seu estudo sobre justiça e dignidade, no qual aduz que “o Estado Constitucional de Direito somente se concebe enquanto emanção de uma estrutura de poder a serviço da libertação do homem, nunca de sua dominação, compreendida no sentido de cerceamento aos direitos derivados de sua condição humana” (2002, p. 19-20).

Traçados os contornos da evolução do Estado, culminando na divisão tripartite de funções, dentre as quais se ressaltou, para finalidade de estudo dos precedentes judiciais, tema que norteará as próximas seções, a função jurisdicional e suas características, a partir de uma interpretação principiológica, passa-se a expor acerca da ferramenta do Estado de Direito na qual se materializam as normas instrumentais, possibilitando a apreciação dos conflitos, julgamento e aplicação de direitos pelo Judiciário, qual seja, o processo.

1.2 Direito de ação

A Constituição Federal expõe no célebre rol dos direitos e deveres individuais e coletivos que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inc. XXXV) (BRASIL, 1988). Em evidente valorização dos preceitos da Carta Republicana, o art. 3º do CPC assevera:

Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL, CPC, 2015, grifo nosso).

O direito processual civil, como ramo autônomo, por meio do estudo da jurisdição, da ação e do processo, busca garantir que as pretensões individuais e coletivas possam ser levadas ao Judiciário sem entraves legais ou burocráticos, já que pretende, por meio de suas normas instrumentais, resguardar direitos que não puderam ser higidamente preservados sem a intervenção do Estado.

Marinoni explicita que os estudos acerca do direito de ação não se fundam exclusivamente em obstáculos sociais e econômicos. É óbvio que “o legislador não pode impor óbices ao exercício do direito de ação, pois isso constituiria exclusão da apreciação judicial, ainda que indiretamente” e, da mesma forma, não é possível se exigir o exaurimento da discussão em sede administrativa para que se viabilize o exercício do direito de ação. Porém, também é essencial que se considere a relevância dos direitos como ferramentas de consecução de uma “nova forma de sociedade, individualizados nas constituições modernas”, mas que somente poderão ser concretizados diante de um “real - e não ilusório - acesso à justiça” (on-line, p. 02-03, tradução nossa⁶).

⁶ “Ma il legislatore non può anche imporre degli obici all’esercizio del diritto di azione, poiché questo configura esclusione dell’apprezzamento giurisdizionale, anche se di formaindiretta. Attraverso l’imposizione di obici non si oggettiva, via di regola, impedire ladiscussione di una determinata e specifica materia, colpendosi soltanto determinata posizioneche sarebbe dipendente dall’adempimento di un incarico, senza che questa posizione possaessere relazionata con una specie di situazione di diritto sostanziale in particolare. [...] È bene sottolineare

Socorrendo-se da tutela jurisdicional, o jurisdicionado se sujeita à aplicação da lei e à interpretação por parte dos agentes públicos investidos naquele poder. Do mesmo modo, pode optar pela via arbitral, na forma da lei. A arbitragem é uma escolha que somente os interessados, diretamente envolvidos no conflito, podem realizar, em casos que a lei a permita, sem que isso implique em violação à inafastabilidade jurisdicional.

Bueno explica que as exceções feitas pelos parágrafos do art. 3º, do CPC, permitindo a arbitragem e incumbindo ao Estado o estímulo à solução consensual de conflitos, são “plenamente compatíveis” com o princípio do acesso à justiça e “devem ser - como, felizmente, são - incentivadas pelas leis processuais civis e também pelo CPC de 2015”. O autor segue discorrendo que “prova segura da afirmação está na obrigatoriedade, como regra, de *audiência de conciliação ou de mediação* no procedimento comum (art. 334, *caput* e § 4º, I)” (2015, on-line, grifo do autor).

Inclusive, o Enunciado nº 371 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) orienta que “os métodos de solução consensual de conflitos devem ser estimulados também nas instâncias recursais” (BUENO, 2015, on-line).

A atividade do Estado-Juiz “convive com os mecanismos arbitrais previstos na Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 [Lei da Arbitragem]”, de tal sorte que a arbitragem é interpretada pela doutrina “como equivalente jurisdicional”, na qualidade de um “mecanismo alternativo à atividade do Poder Judiciário, pois também se insere no conjunto de meios para a solução da lide” (TALAMINI; WAMBIER, 2014, p. 104):

Art. 1º, Lei nº 9.307/1996. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

ancora, il divieto dello stabilimento di istanza amministrativa d'corso forzato. Tale proibizione significa che non è possibile esigere l'esaurimento della discussione in sede amministrativa per ammettersi l'esercizio del diritto di azione. [...] Il diritto di azione è passato ad affrontare un nuovo questionamento non solo perché si è capito che l'esercizio dell'azione potrebbe essere compromesso da ostacoli sociali ed economici, ma anche perché si è presa coscienza che i diritti indirizzati a garantire una nuova forma di società, individualizzati nelle Costituzioni moderne, soltanto potrebbero essere concretizzati caso garantito un reale – e non un illusorio – accesso alla giustizia” (MARINONI, on-line, p. 02-03).

Art. 31, Lei nº 9.307/1996. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo (BRASIL, 1996).

Art. 851, Código Civil. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.

Art. 852, Código Civil. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Art. 853, Código Civil. Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial (BRASIL, 2002).

O direito de ação, tal qual é atualmente concebido, no Estado Constitucional, era interpretado de forma restrita e primitiva no Estado Liberal, “servindo apenas como direito de pedir à Jurisdição a realização do Direito material não adimplido”. O contexto era “de neutralidade da ciência processual e de plena dissociação do Direito material”. Além da regra de se “expressar em dinheiro o valor da lesão”, igualando a proteção judiciária ao equivalente em pecúnia, a figura do juiz era comumente associada à nobreza, o que ensejava a instauração de um “procedimento neutro e genérico, que pudesse atender o anseio por uma prestação jurisdicional, independente de sua efetiva realização”, uma vez que o Estado visualizava os direitos e as pessoas como iguais, ou simplesmente aceitava “a sua falta de responsabilidade à proteção específica das diferentes posições sociais e das diversas situações de Direito material” (CRUZ, D. N.; CRUZ, K. R. P., 2010, p. 29).

Apenas mais tarde, o direito processual passou a ser reconhecido enquanto ciência autônoma, admitindo-se a sua inter-relação de simbiose com o direito material, o que, no pensar de Cruz D. N. e Cruz K. R. P., traduz-se na “fórmula mais adequada para a promoção da justiça” (2010, p. 29). Marinoni defende que, no âmbito do Estado Constitucional, “pretender que o processo seja neutro em relação ao direito material é o mesmo que lhe negar qualquer valor”, visto que, se assim fosse, o processo não conseguiria “*atender às necessidades de proteção ou de tutela reveladas pelos novos direitos e, especialmente, pelos direitos fundamentais*”. Em função disso, conclui o autor que “outorgar à jurisdição o escopo de tutela dos direitos é imprescindível para dar efetividade aos direitos fundamentais” (2006, p. 212-213, grifo do autor).

Repise-se, pois, que o acesso à justiça é corolário do direito de ação, o qual pode ser definido, conforme já mencionado acima, pela garantia da inafastabilidade da jurisdição.

Consoante Marinoni (2006, p. 197), o direito de ação deve ser compreendido em afinidade com “as formas de proteção jurisdicional do direito material”, porquanto o próprio “direito de ação garante a tutela jurisdicional efetiva”.

Desta forma, a ação é o direito, ou o poder, de se exigir a prestação jurisdicional. Tendo em vista a inércia da jurisdição, quando a pessoa sofre uma lesão ou ameaça de lesão, para ter o seu direito protegido, ela necessita invocar o direito de ação para provocar o exercício da atividade jurisdicional. Em um conceito mais completo, a ação seria o direito público, subjetivo, autônomo e abstrato à prestação jurisdicional sobre uma demanda de direito material. Assim, a ação trata do direito à jurisdição, que encontra fundamento constitucional na garantia da tutela jurisdicional efetiva, tendo em vista que através dela o titular do direito terá acesso à proteção do seu direito material contra uma lesão ou ameaça. Desta forma, a ação, sendo um direito à jurisdição, pode ser vista como um direito tanto do autor quanto do réu. A ação, por se tratar de um direito constitucionalmente previsto, é um direito abstrato e genérico. Abstrato, tendo em vista que existe ainda que a parte que o exerça não tenha razão, isto é, não tenha efetivamente qualquer direito material. Genérico, porque pertence a qualquer indivíduo (SILVA, 2019, p. 57-58, grifo da autora).

As supraditas formas de proteção jurisdicional do direito material são divididas em tutela específica e tutela pelo equivalente monetário. A primeira protege a integridade do direito, sem se preocupar em destinar ao lesado o seu equivalente em dinheiro. A segunda protege o direito, entregando ao lesado uma “indenização em pecúnia” ou o “valor equivalente ao da obrigação descumprida ou cumprida de modo imperfeito”. Atualmente, pacífico que a ação seja um instituto autônomo e atípico, é patente que “o direito de propor a ação ou de invocar a jurisdição não é - ou jamais foi nos últimos cento e cinquenta anos - obstáculo para a obtenção da tutela específica” (MARINONI, 2006, p. 197-198).

Oliveira e Brito analisam que “a tutela estatal que se preocupa somente com o dano, além de ficar restrita à tutela ressarcitória, não se apresenta adequada às reais necessidades no plano do direito material, pois, nas hipóteses de ilícito sem dano a tutela ressarcitória seria ineficaz e, portanto, imprestável” (2011, p. 341). E complementam:

Outrossim, nos casos em que o ilícito eventualmente venha a produzir dano, a tutela ressarcitória removeria, quando muito, o dano, mas não seria hábil a remover o ilícito. Logo, a tutela ressarcitória somente seria adequada, no seu todo, nas hipóteses de dano causado por atos lícitos (estado de necessidade e legítima defesa), pois, nesses casos, não haveria necessidade de remoção do ato ilícito, já que seria tido como lícito. [...], a tutela do ser humano não se satisfaz com a tutela ressarcitória, exigindo, ao contrário, uma tutela eminentemente preventiva, de forma a ser instrumentalizada diante da ameaça de ofensa aos direitos fundamentais dos

cidadãos, ou uma tutela reintegratória que permita a remoção do ilícito, sobretudo no que tange aos direitos de conteúdo não patrimonial, à luz da dignidade da pessoa humana (OLIVEIRA; BRITO, 2011, p. 341-342).

Nesse cenário de preocupação com a efetiva tutela dos direitos fundamentais, Oliveira e Brito, perscrutando o procedimento das tutelas jurisdicionadas concebidas para abarcar a maior quantidade possível de situações de direito material, atentam-se para o fato de que “a evolução da ciência processual [...] traduz a incessante busca da efetividade e utilidade das decisões judiciais” (2011, p. 343). Além do mais, os autores chamam a atenção para que se visualize o processo como um:

[...] instrumento de efetivação dos direitos fundamentais à luz do dever de proteção do Estado, cuja exigência de procedimentos adequados à tutela dos direitos traduz o reflexo da tomada de consciência de que os direitos precisam ser tutelados na forma específica, pois a Constituição Federal, fundada na dignidade humana, não só garante uma série de direitos não patrimoniais, como afirma, expressamente, o direito ao acesso à justiça. Enfim, aspira-se uma realidade normativa permeada de ações fáticas que traduzam um processo voltado mais para o “ser” que para o “ter” (OLIVEIRA; BRITO, 2011, p. 343).

Silva (2019, p. 25, grifo da autora) elucida, ainda, que o acesso ao Judiciário é direito de todos, seja em hipótese de lesão, seja em caso de ameaça de lesão a um bem jurídico do cidadão. Para a autora, a garantia da inafastabilidade jurisdicional “*tem por fundamento que o direito de ação é abstrato e não está vinculado à procedência do que foi alegado pela parte, ou seja, todos nós temos o direito de ação para exigir a prestação da jurisdição ainda que não tenhamos razão. Sendo assim, nenhuma matéria pode ser excluída da apreciação pelo Poder Judiciário*”. As exceções a esse direito fundamental são aquelas expressas pela própria Constituição:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 2º Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, [...].

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei (BRASIL, 1988).

Nos casos acima elencados, destaca-se o fato de que não é o Poder Judiciário que vai apreciar e julgar determinadas situações, logo, o poder que emana do Estado para prestar a atividade jurisdicional não alcança essas questões específicas e, portanto, não teria como abarcá-las com as suas garantias todas, apenas as que puderem se aplicar concretamente ao caso. O direito de ação, assim, apenas não será uma garantia imutável quando a lei expressamente dispuser nesse sentido. Do contrário, caberá a todos de forma indistinta e livre a incursão de suas contendas ao processo judicial.

Nery Junior e Andrade Nery, ao comentarem acerca do direito de ação constitucionalmente assegurado a todos, ilustram que:

Todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória de um direito individual, coletivo ou difuso. Ter direito constitucional de ação significa poder deduzir pretensão em juízo e também poder dela defender-se. O princípio constitucional do direito de ação garante ao jurisdicionado o direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada* [...], que é provida da efetividade e eficácia que dela se espera. Caso o jurisdicionado necessite de atuação pronta do Poder Judiciário, como, por exemplo, a concessão de medida liminar, pelo princípio constitucional do direito de ação tem ele direito de postular e de ver analisado o pedido de liminar. [...] Isto é tutela jurisdicional *adequada*, corolário e desdobramento indissociável do princípio constitucional do direito de ação. A facilitação do acesso do necessitado à justiça, com a assistência jurídica integral (CF 5º LXXIV), é manifestação do princípio do direito de ação. Todo expediente destinado a impedir ou dificultar sobremodo a ação ou a defesa no processo civil, como, por exemplo, o elevado valor de custas judiciais, constitui ofensa ao princípio constitucional do direito de ação (2018, p. 19, grifo dos autores).

Nessa esteira, o CPC disciplina no art. 6º, ao enunciar o princípio da cooperação processual, que os esforços cooperativos dos sujeitos processuais devem ser empreendidos em torno de um fim comum, qual seja, o da obtenção de uma “decisão de mérito justa e efetiva”

em tempo razoável (BRASIL, 2015). E, nesse contexto de garantia do direito constitucional de ação, para que se alcance uma tutela jurisdicional de mérito, justa e efetiva, é preciso pensar e estudar o instrumento por meio do qual se materializa tanto o acesso à justiça quanto os pronunciamentos judiciais, que é justamente o processo, conforme aludido algures.

Alguém é acusado de ter matado um homem; mas será verdade? O dono de uma coisa afirma que outro a ocupa sem título; mas esse outro, quase sempre, afirma o contrário. O credor afirma que não recebeu; mas e se for mentira? Fica evidente que antes do carcereiro ou do oficial de justiça entra em cena uma outra figura: o *juiz* - este é indiscutivelmente uma figura de primeiro plano. Dessa forma, ao lado da lei, coloca-se o *juízo* como um dos institutos fundamentais do direito. Em vez de juízo, a ciência moderna prefere falar em processo. [...] Conforme o modo comum de pensar, o processo civil serve, entre dois litigantes, para dar razão a quem a tenha. Isso significa, em linguagem técnica, para decidir uma *litis*, isto é, um conflito de interesses, no qual um dos interessados coloca sua pretensão e o outro resiste a ela (CARNELUTTI, 2010, p. 49-51, grifo do autor).

De acordo com Silva, o processo, entendido como instrumento da jurisdição, “*é necessário e indispensável para o exercício da função jurisdicional*”. Forma-se um ato de três pilares (*actum trium personarum*), uma relação jurídico-processual entre quem postula uma pretensão (autor), contra quem se postula (réu) e o Estado-Juiz.

Instaurada essa relação, passar-se-á a uma sequência ordenada e concatenada de atos regulamentados pela lei processual, visando a um provimento do magistrado, que pode ser provisório e/ou definitivo. Dito isto, tem-se o processo não como “*algo palpável, mas sim abstrato, sendo que os atos praticados visam uma decisão final*” (2019, p. 105, grifo da autora).

Além do juiz, das partes e dos terceiros que eventualmente podem intervir no processo, dele participam também os *auxiliares do juiz* (escrivão ou diretor de secretaria, oficial de justiça, mediadores, conciliadores, assessores, peritos, intérpretes e tradutores, art. 149 e ss.), cuja função central é a de *coadjuvar o juiz* na condução do processo civil afim de que se chegue a uma decisão justa em um prazo razoável (arts. 5º, LXXVIII, da CF, e 4º e 6º do CPC). Porque a ordem jurídica reconhece a cada um dos participantes do processo um complexo de direitos, poderes, faculdades, ônus e deveres ao longo do procedimento, diz-se que o processo civil pode ser encarado como uma *comunidade de trabalho* (*Arbeitsgemeinschaft*) - vale dizer, como um procedimento em que a atividade coordenada de todos que nele tomam parte está constitucional e legalmente direcionada à justa resolução do conflito apresentado pelas partes ao juiz. Trata-se de exigência que decorre do direito fundamental ao processo justo (art. 5º, LIV, da CF) (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 35, grifo dos autores).

Especifica Silva, ainda, que o processo não é sinônimo de procedimento ou rito. Enquanto o primeiro existe para viabilizar o exercício da jurisdição, “*com a eliminação dos conflitos, tendo como objetivo realizar a justiça possível naquele caso a partir da aplicação da lei e preceitos constitucionais*”, o segundo é tão somente a forma com que se reveste o processo, é o “elemento extrínseco”, o “*meio pelo qual o processo é instaurado e desenvolvido*” (SILVA, 2019, p. 106, grifo da autora). Acrescenta-se, ademais, que a natureza jurídica do processo pertence a uma categoria autônoma, sendo considerado, pois, uma *relação jurídica*:

Toda relação jurídica é um vínculo entre pessoas, disciplinado pelo Direito. Tendo em vista que a Jurisdição apenas é exercida mediante provocação (princípio da inércia), a ordem jurídica concede a cada pessoa a ação judicial, sendo essa o direito de invocar a jurisdição. O exercício do direito de ação, através da demanda, faz surgir diversos vínculos que unem certas pessoas em uma relação orientada pelo Direito. Essa relação jurídica, nascida a partir da ação, constitui o processo, que se instaurou pela iniciativa da parte que reclamou a prestação jurisdicional, mas essa relação se desenvolve pelo interesse social na busca da prevenção ou composição da lide (SILVA, 2019, p. 107).

Considerando que o Estado tomou para si o monopólio da administração da justiça, a fim de evitar que se perpetrasse o exercício arbitrário das próprias razões (autotutela e vingança privada), buscou-se uma maneira de organizar em torno do Poder Judiciário, com os jurisdicionados, a partir de normas procedimentais, um debate acerca do caso concreto - do qual sempre se extrai uma pretensão -, em encontro com a aplicação legislativa: deste modo, o processo é o instrumento pelo qual ocorre a integralização das partes e a instauração de argumentos dialógicos e idealmente participativos em função da pretensão de quem postula em juízo, conduzido por um magistrado que deve necessariamente observar as garantias processuais constitucionais, abrindo espaço para a democratização de ideias, opiniões e teses jurídicas.

[...], a satisfação dos interesses subjetivos que não se der da maneira ordinariamente prevista deve encontrar no processo célere e justo sua tutela adequada e eficaz. O Estado, por meio do Poder Judiciário, ao longo da história, tem desempenhado a função de apaziguar os conflitos de interesses objetivando assegurar a manutenção da ordem e da paz social, como consectário do próprio exercício da cidadania. O processo há de ser visto como um espelho da cidadania intimamente ligado aos anseios da sociedade (BATISTA, 2013, p. 50-51).

Cintra, Grinover e Dinamarco aduzem que o processo existirá quando o poder for realizado por um “agente que se sobrepõe aos demais”, de tal sorte que o poder “como centro de emanção de decisões imperativas é o elemento de convergência responsável pela imposição das garantias constitucionais do processo”, como o devido processo legal, o juiz natural, a imparcialidade e a impessoalidade, o contraditório e a igualdade (2014, p. 28).

O sujeito que aspira a um bem, não o obtendo por outro meio, externa sua aspiração apresentando-a ao Estado-juiz ou ao árbitro, conforme o caso, e esse é o único meio civilizado que existe para obtê-lo sem o concurso da vontade do outro sujeito envolvido. Ou porque a pessoa que poderia dar-lhe o bem a que ele aspira não lho dá, ou porque a lei impede que lho dê (*supra*, n. 2), sem o concurso do sistema jurisdicional aquele que o pretende ficaria definitivamente sem ele (DINAMARCO, 2017, p. 126-127, grifo do autor).

Desta feita, pode-se afirmar que o objetivo da tutela estatal é o de efetivar e proteger os direitos dos cidadãos que a peticionam, por isso mesmo não se deve admitir óbice algum ao acesso à justiça, sob pena de se ferir o próprio Estado Democrático de Direito. Ora, se o Estado não consegue amparar os direitos do cidadão, como haverá de impor-lhe deveres para a vida em sociedade? O princípio da inafastabilidade da jurisdição, segundo as palavras de Oliveira e Brito, “constitui a principal garantia da satisfação destes direitos visando à realização dos fins do Estado”. Para esses autores, o acesso à justiça, aliado ao devido processo legal, formam os “dois pilares estruturais” da tutela constitucional do processo (2011, p. 336).

Isso porque o processo deve ser compreendido sob a égide da Constituição Federal, que passou, com a sua promulgação, em 1988, a ser o cerne do ordenamento jurídico pátrio, à qual todas as demais normas devem se compatibilizar. Com as normas instrumentais não é diferente. Evidenciou-se ainda mais este propósito com a publicação do Código de Processo Civil, em 2015, não apenas por ter expressamente mencionado a ordem, a disciplina e a interpretação do processo civil conforme os valores constitucionais, mas também por ter replicado, praticamente na íntegra, algumas das garantias constitucionais atinentes ao processo em seus dispositivos inaugurais.

Há autores, como Nery Junior e Andrade Nery (2018, p. 17), que preferem dizer que a menção expressa à Constituição, no CPC, foi “desnecessária, tendo em vista que todo e

qualquer texto normativo infraconstitucional fica subordinado a ela”. Nesse mesmo sentir, as palavras de Zaneti Júnior orientam que:

Todo processo é público. Todo processo é constitucional. Se todos os ramos do direito servem-se, na velha expressão de Pellegrini-Rossi, da seiva do direito constitucional, como os galhos e ramos de uma árvore, não há como afirmar a existência de um processo que não seja constitucional. Todos os direitos são fruto de uma herança genética que no Estado Constitucional os conforma e justifica. Não se pode admitir que ocorra, portanto, qualquer contrariedade entre a Constituição, sua ideologia democrática, e o processo civil, legislado infraconstitucionalmente, muito menos o praticado no fórum e nos altos pretórios. *Não há um direito processual da Constituição e um direito processual da lei.* Esse é um *falso paradoxo*. Todo processo judicial ou de direito é processo constitucional. Trata-se de uma evidente homenagem à unidade do ordenamento jurídico, que no Estado Constitucional revela-se na: *unidade da Constituição* (2005, p. 241-242, grifo do autor).

Na verdade, o fenômeno da constitucionalização já fez com que as matérias jurídicas orbitassem em torno da Carta Republicana Brasileira, cenário que anteriormente se encontrava à mercê do Código Civil Brasileiro de 1916.

A forte base democrática da Constituinte de 1988 permitiu trazer à sociedade, na época em período de redemocratização, após mais de vinte anos da vigência da Ditadura Militar - período de forte supressão de direitos e das liberdades civis, marcado pela violência, pela tortura e pela perseguição política, mais uma mancha na história do Brasil -, uma ordem institucional cercada de valores, princípios e regras que visavam o respeito aos direitos humanos. Cruz D. N. e Cruz K. R. P. salientam que a “a mudança de paradigma ocorrida na seara do Estado Constitucional, com a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico como filtro axiológico, promoveu o reposicionamento, com certo destaque, de alguns princípios na estrutura constitucional” (2010, p. 28).

É exatamente este o ponto que se passa a analisar a seguir, o da constitucionalização do processo pelo prisma democrático.

1.3 Democracia e constitucionalização do processo

O texto do CPC/2015 principia enaltecendo os valores constitucionais, em especial as garantias processuais previstas no rol de direitos fundamentais. O art. 1º preconiza que “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” (BRASIL, CPC, 2015).

Constituição significa ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade. A Constituição não é apenas Constituição “do Estado”, porquanto possui um conceito mais amplo que compreende as estruturas fundamentais da sociedade. [...] Antes de o processo civil ser ordenado pelo texto normativo do CPC, como preconiza o texto comentado, o processo deve subordinar-se aos valores e princípios constitucionais, como aqueles que fundamentam a República (soberania, cidadania, segurança jurídica, Estado Democrático de Direito, dignidade da pessoa humana, valores do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político), confirmam a democracia e resguardam os direitos fundamentais dos cidadãos e de toda pessoa, (CF 5º) e permitem a existência de sociedade civil livre e organizada. Isto porque, sendo a CF a ordem fundamental que dá a direção do ordenamento jurídico, nada mais natural que o processo civil se submeta a todas as determinações dela emanadas, para cumprir o papel que lhe é próprio, de pacificação do espaço privado de vivência dos cidadãos, na República, pelo exercício legítimo do Poder Jurisdicional do Estado (NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, 2018, p. 17)

Ao longo de sua redação, o Código de Processo Civil vigente replicou preceitos constitucionais, preocupando-se em demonstrar expressamente a sua conformação com a Lei Fundamental. No art. 2º já é possível averiguar a característica da inércia jurisdicional. No art. 3º, a da inafastabilidade. Os artigos 4º e 6º, tratando do direito à razoável duração do processo para que se obtenha decisão integral de mérito, justa e efetiva, encontram respaldo no art. 5º, inc. LXXVIII, da CF/1988. O art. 7º enuncia a isonomia processual, derivada do princípio da isonomia que encabeça o art. 5º da CF/1988. O art. 8º faz correspondência ao art. 5º da LINDB, ao aduzir que o juiz observará o interesse social e as exigências do bem comum ao aplicar o ordenamento jurídico, respeitando sempre a dignidade humana e os princípios constitucionais aplicáveis ao processo. Por sua vez, os artigos 9º e 10, inovando ao instituir a vedação à decisão surpresa, fazem referência às garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LIV e LV, da CF/1988). Encerrando o capítulo das normas fundamentais do processo civil, o CPC/2015 estampa o dever de fundamentação das decisões (art. 11), com supedâneo no inc. IX do art. 93, da CF/1988 (BRASIL).

Em complemento, rabisque-se que Constituição Brasileira traz, no extenso e exemplificativo rol de direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), dentre outras, as garantias da inafastabilidade da jurisdição (inc. XXXV), do juiz natural (inc. LIII) e também da inadmissibilidade das provas ilícitas (inc. LVI), com vistas a assegurar que o processo seja

um instrumento não apenas regido por um conjunto de normas procedimentais reunidas em torno de um código, mas também calcado na redação da Lei Maior, que abraça esses direitos na qualidade de cláusulas pétreas, proibindo o retrocesso em se tratando de matéria de direitos fundamentais (art. 60, §4º, inc. IV) (BRASIL, 1988).

Em tempo, os Enunciados nº 369 e nº 370 do FPPC definem, respectivamente, que “o rol de normas fundamentais previsto no Capítulo I do Título Único do Livro I da Parte Geral do CPC não é exaustivo” e que “norma processual fundamental pode ser regra ou princípio” (BUENO, 2015, on-line).

Cruz D. N. e Cruz K. R. P. lecionam que o direito processual civil, na condição de uma das ramificações do direito público, necessariamente direciona os seus princípios e institutos “nas linhas basilares da Constituição Federal”, de modo que se possa falar, para fins metodológicos, na existência de um direito processual constitucional, que “abrange tanto os princípios fundamentais do processo como a chamada jurisdição constitucional numa chamada tutela constitucional do processo” (2010, p. 28).

Logo no primeiro artigo, como se viu, o CPC enunciou que o processo civil deve ser balizado de acordo com os valores e normas da CF/1988. A reciprocidade de fundamentos processuais na Carta Magna e de diretrizes constitucionais no CPC dá azo ao que Cintra, Grinover e Dinamarco denominam “direito processual constitucional”, isto é, uma colocação sistemática e metodológica acerca dos princípios constitucionais do processo, visualizado tanto sob o enfoque da jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade) quanto da tutela constitucional dos princípios relacionados à jurisdição, sua competência e garantias (2014, p. 98).

Com isso, buscou o CPC/2015, especialmente em seu introito, expressar importantes princípios processuais, numa sistematização que visou interagir não apenas com as normas do Direito Civil, como também com o Direito Constitucional. Por conta disso, o art. 1º da legislação processual confirma a materialização dessa integração processual-constitucional, a partir da qual se extrai que todos os institutos do processo civil devem ser valorados de acordo com os direitos fundamentais e a Constituição da República como um todo (TARTUCE, 2015, p. 17, 24). Trata-se do fenômeno da constitucionalização do processo civil (norma instrumental), tal como ocorreu com o direito civil (norma material).

É nítido o avanço que as normas instrumentais do CPC/2015 trouxeram ao ordenamento jurídico, especialmente por conformar as suas disposições - não apenas no introito, mas por toda a redação legal - aos valores instituídos pela Carta Magna Brasileira. Trata-se da primeira codificação processual civil promulgada sob ventos democráticos.

Solek constata que o Estado Democrático de Direito, em detrimento ao regime de exceção, implementa-se “em uma forma de organização governamental a possibilitar o exercício dos direitos a seus titulares, voltados à coletividade do próprio Estado com a preservação das garantias permanentes da tutela jurisdicional” (2017, p. 02).

Bobbio deslinda que “é com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos”, e compara essa transição nos seguintes termos:

No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos Possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos (2004, p. 31).

Camargo (2019, p. 13), reconhecendo a aproximação do diploma processual de 2015 com o ideal democrático do Estado Constitucional, aponta que:

Tanto o CPC/1939 quanto o CPC/1973 foram engendrados em períodos de exceção, nascidos com a estampa de regimes totalitários, de caracteres amplamente publicistas, privilegiadores do protagonismo jurisdicional, pautados por um juriscentrismo exacerbado, centrados na jurisdição e concentrados na figura do Estado-Juiz e do processo como mero instrumento estatal, e não com enfoque em um policentrismo decisório, diferentemente das características e propósitos democráticos, argumentativos e participativos do CPC/2015. A legislação processual civil em vigor, por certo, não constitui uma ruptura com o passado, mas indubitavelmente mostra um passo adiante.

O fenômeno da constitucionalização do direito encontra em cada campo de estudo um momento da evolução do pensamento jurídico diferente para ocorrer. Com o processo civil, há tempos se buscava alterar a normatização, não somente para atualizar os institutos e a codificação em si, como também para colocar em evidência aquilo que, na prática, vinha contribuindo para a efetivação do direito material e para uma prestação jurisdicional mais

célere, íntegra e justa, ou então para retirar do texto legal as disposições que não eram mais úteis ao aprimoramento da justiça. A exposição de motivos do CPC/2015, datada de 08/06/2010, adverte que “um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito” (BRASIL, SF, 2015, p. 24).

[...], o paradigma do Estado Social passou a ser insuficiente diante do aumento da complexidade social, com conseqüente discussão da relação entre o público e o privado. [...] A partir da crise deste paradigma, surge como alternativa o Estado Democrático de Direito. A sociedade passa a buscar cidadania, conquistas e uma participação efetiva, sendo insuficiente a garantia de liberdade, oferecida pelo Estado Liberal e desejando mais do que o oferecido pelo Estado Social, o qual reduzia o cidadão a mero destinatário das decisões estatais. [...] [A partir do Estado de Direito,] pretendeu-se que a Constituição garantisse à sociedade o direito de buscar, através de seus próprios esforços, com a garantia dos direitos fundamentais, a existência e a igualdade de condições. Portanto, é de extrema importância a participação efetiva de cada indivíduo na busca de garantir seus direitos fundamentalmente assegurados pela Constituição, sendo assegurado o processo efetivo, buscando a legitimidade em cada ato e decisão (SILVA; COELHO, 2012, p. 151-152).

O que seria, então, a constitucionalização do processo civil, ou então, o processo civil constitucionalizado? Para responder a esse questionamento, recorre-se mais uma vez à lição de Cruz D. N. e Cruz K. R. P., para os quais a constitucionalização do direito se caracteriza pela “irradiação do conteúdo substancial e valorativo das normas constitucionais por todo o sistema jurídico, condicionando a validade e o sentido das normas infraconstitucionais” (2010, p. 27).

Torna-se, pois, fundamental institucionalizar-se o que provisoriamente pode ser denominado de *status activus processualis*, concebido como o reconhecimento do direito fundamental de se participar, ativa e responsavelmente, nos procedimentos que objetivam produzir normas jurídicas, em todos os seus níveis, bem como na institucionalização das respectivas estruturas organizativas. [...] Se quisermos identificar o que, na segunda metade do século XX, representou novidade no campo do direito processual, concluiremos por identificá-la na denominada *constitucionalização do processo*. Decorrência necessária, a meu sentir, dos ganhos democráticos obtidos em termos de cidadania, que se traduziram em mais significativa participação nas decisões políticas de um maior número de instituições e pessoas (PASSOS, 2000, p. 08, grifo do autor).

Alves escreve que a Constituição Brasileira de 1988 “inaugurou uma nova fase no direito constitucional brasileiro” ao consolidar a democracia representativa como modelo político e, dentre outras questões, assinalar a “primazia dos direitos fundamentais, que foram substantivamente ampliados, tendo sido institucionalizados novos direitos, além do estabelecimento de um sistema de garantias dos direitos fundamentais” (2014, p. 21).

O regime democrático é compreendido, nesse pincel, como “uma construção cultural que resulta da interação de diversos fatores sociais, políticos, jurídicos e econômicos” (ALVES, 2014, p. 28). E o processo civil, integrado nesse ínterim, especialmente a partir do CPC/2015, está inserido em um panorama jurídico-cultural de preocupação com a efetividade da tutela estatal para a sociedade. Cumpre reforçar que o avanço interpretativo e legislativo que se deu sobre o processo civil desde 1988 é percebido como resultante do substrato democrático do Estado Constitucional.

Embora uma vasta gama de juristas tenha destacado alguns critérios que seriam atributos essenciais da constitucionalização do direito, como a presença de “uma Constituição rígida”; a “garantia jurisdicional da Constituição”; a “força vinculante da Constituição”; a “interpretação extensiva” da Constituição, com o “reconhecimento de normas implícitas” - o que pode ser definido como “*sobreinterpretação* da Constituição”; a “aplicação direta das normas constitucionais”; a “interpretação das leis conforme a Constituição” e a “influência da Constituição sobre as relações políticas”, o que ocupa uma função central nesse processo de constitucionalização, no sentir de Cruz D. N. e Cruz K. R. P., é a “implementação de uma ordem objetiva de valores” (2010, p. 27, grifo dos autores):

Não se vive mais a onipotência legalista positivista, tradição em nosso ordenamento jurídico como um todo, bem como assente no Direito Processual Civil pátrio (art. 126 do CPC) [de 1973, que dispunha sobre a vedação ao *non liquet* e corresponde, atualmente, ao art. 4º da LINDB]. Uma nova reinterpretação sob a ótica constitucional sobre o sistema de ritos cível brasileiro permite observar quão comprometido está o processo civil pátrio com o Estado Democrático, com a tutela jurisdicional e com um Poder Judiciário eficiente, sendo este último deveras importante na criação judicial do Direito (CRUZ D. N.; CRUZ K. R. P., 2010, p. 27-28).

Repise-se o posicionamento de Cruz D. N. e Cruz K. R. P. nesta última citação, de que o cenário jurídico brasileiro, historicamente positivista, em que pese tenha ainda hoje as suas raízes bastante firmes e calcadas no culto à lei como a fonte primordial do direito, sofreu

profundas transformações desde a primeira metade do século passado, de modo que não seria de todo prudente desprezar a evolução do Estado e a contribuição do Poder Judiciário para a proteção das garantias fundamentais, por intermédio da criação do direito.

Sabe-se bem que compete ao Legislativo, em respeito a sua função típica, elaborar as normas listadas no art. 59 da CF/1988, em caráter geral e abstrato, bem assim fiscalizar a “máquina administrativa, sendo dessa forma, o Poder mais próximo da sociedade e representante das aspirações dessa”, ao passo que, ao Judiciário, em síntese, cabe “a resolução dos litígios nos casos concretos” (QUEIROZ, 2016, p. 13).

Ocorre, no entanto, a par das crescentes necessidades sociais - e, portanto, também da ordem jurídica -, que o princípio da separação (ou da tripartição) dos poderes de Montesquieu passa a ser interpretado de forma mitigada, justamente “com o escopo de evitar possíveis arbitrariedades e assegurar a democracia e os direitos fundamentais” (QUEIROZ, 2016, p. 13).

Essa flexibilização se deu através do sistema americano de freios e contrapesos (*checks and balances*), o qual estabelece que os Poderes frutos da divisão tripartite, devem se fiscalizar e se frear mutuamente, estabelecendo certos limites a cada um. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, buscando efetivar a harmonia e independência entre os Poderes, elencou as atribuições de cada um, ao mesmo tempo em que garantiu a interferência de um Poder em outro, surgindo assim, o que se denomina de funções típicas e atípicas, aquelas sendo as atribuições primordiais do Órgão estatal e estas sendo as funções secundárias, as quais configuram exceção à regra da indelegabilidade de funções (QUEIROZ, 2016, p. 13).

Cambi sopesa que, se, por um lado, não se deseja concentrar no Judiciário plenos poderes que lhe transformem numa função estatal monista, a ponto de comprometer o princípio da separação dos poderes - que, tal como os direitos fundamentais, “compõe o núcleo essencial da Constituição Brasileira” -, por outro, há que se pensar na revisão desse princípio, a fim de se estruturar um Judiciário mais independente, a partir do “desenvolvimento de técnicas que evitem a manipulação dos juízes pela expansão tecnológica e por todas as formas de poder que ela alimenta”, porquanto, se não se puder falar em independência institucional, não haverá espaço para a concretização dos direitos fundamentais e para a promoção da democracia (2020, p. 273-274).

Esse ponto específico da hegemonia legalista em detrimento à natureza das decisões judiciais vinculantes será retomado em outros pontos deste trabalho, em especial no capítulo seguinte, haja vista que as perspectivas teórica e prática dos precedentes podem contribuir para a segurança jurídica e a isonomia do sistema processual civil pátrio, representando, assim, uma salvaguarda às garantias fundamentais.

Ainda na exposição de motivos do anteprojeto do CPC/2015, apresentado ao Senado Federal, a comissão de juristas deliberadores exaltou a importância de se atingir a eficiência do processo, do qual depende a eficácia de todo o ordenamento, posto que, sem o instrumento de realização do acesso à justiça e das normas procedimentais, bem assim de consecução do direito material e possibilidade de concretização da pretensão do jurisdicionado, “as normas de direito material se transformam em pura ilusão” e haveria a ruína do direito (BRASIL, SF, 2015, p. 24). Por conseguinte, ao ouvir a população, empenhou-se o anteprojeto em dirimir algumas discussões e acertar as reclamações, tanto dos jurisdicionados, quanto dos operadores do direito, promovendo-se as mudanças necessárias:

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*. [...] A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais. O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa (BRASIL, SF, 2015, p 25-26, grifo dos autores).

Dos cinco objetivos principais da comissão elaboradora do anteprojeto do CPC/2015, sobressai-se para o estudo desta subseção o primeiro deles, qual seja, “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”. À vista disso, expressa-se a “necessidade de que fique evidente a *harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República*” (BRASIL, SF, 2015, p. 26, grifo dos autores). Essa importante interligação acarretou na manifesta inclusão de princípios constitucionais no texto do projeto do CPC, o que acabou sendo, em verdade, consolidado com a sua promulgação.

Buscando-se instrumentalizar as normas processuais em torno do eixo principiológico constitucional:

[...] muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêem um procedimento, com *contraditório* e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”. Está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do *contraditório*. [...] Trata-se de uma forma de tornar o processo mais eficiente e efetivo, o que significa, indubitavelmente, aproximá-lo da Constituição Federal, em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material (BRASIL, SF, 2015, p. 26, grifo dos autores).

De fato, o CPC/2015, em conjunto com a Constituição, viabiliza um modelo de processo que foge da tradicional hierarquia triangular e do protagonismo judiciário, à medida que, havendo zelo pelo efetivo e pleno contraditório, prepara os profissionais do direito para um processo civil participativo e mais humano, no intuito de que seja possível aferir a melhor alternativa para o arremate da questão discutida.

Afinal, não se pode olvidar da expressão do art. 8º do CPC, segundo a qual: “[...] 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” (BRASIL, CPC, 2015). A propósito, o direito de ação, estudado na subseção anterior, transposta a inércia primeira do Judiciário, passa a ser efetivado com dignidade ao se observar todas essas garantias, mormente a do devido processo legal, que assegurará aos sujeitos da controvérsia a sua participação plena (ciência e audiência) no debate:

O direito de ação não pode ser limitado ao direito de demandar a resolução do mérito. O direito de ação não se exaure com a apresentação da petição inicial. O direito de ação possui diversos corolários, a começar pelo direito de participar adequadamente do processo, mediante a apresentação de alegações e da produção de provas em tempo razoável, e de influenciar na convicção do juiz. Além do mais, não se pode questionar que o direito de ação depende de um procedimento adequado, ou seja, da prévia disposição da técnica antecipatória, de sentenças diferenciadas e de diferentes meios de execução. Tudo isso é essencial para que o autor possa obter a tutela jurisdicional do direito. Para que a ação seja, indubitavelmente, exercida. A

ação é exercida através do procedimento adequado [devido processo legal] (MARINONI, on-line, p. 05, grifo do autor, tradução nossa⁷).

O processo civil democrático, pois, é desenvolvido “em consonância com seus mais diversos sujeitos, os quais integram e representam a sociedade, atendendo a diferentes demandas, que podem ser coletivas ou individuais, com o intuito de buscar a ordem jurídica justa”. Assim, a Constituição e o processo, em harmonia, preservam os valores democráticos da República, a partir da efetividade das garantias processuais, do fomento participativo do juiz e das partes, e da observância do juiz natural, do duplo grau de jurisdição e do contraditório, “responsáveis pela maturidade na ciência processual contemporânea” (SILVA; NEVES, 2017, p. 101).

[...], os direitos fundamentais só podem ser exercidos em contextos democráticos, ao mesmo tempo em que são essenciais para a existência da própria democracia. [...] É de se reconhecer que, do ponto de vista normativo, a democracia contemporânea demarca o contexto amplo das garantias institucionais no qual é possível a ocorrência dos direitos fundamentais, constituindo-se, ela própria, um direito fundamental (ALVES, 2014, p. 37, 38).

Freitas e Campos (2016, p. 306) debatem que o princípio democrático, na seara jurisdicional, dará origem ao dever estatal e ao direito do jurisdicionado de procurar solucionar “suas pretensões, com a devida fundamentação, mediante a garantia de ampla participação na construção das decisões, observado, assim, o devido processo constitucional, aqui entendido como a devida aplicação da constituição”.

Câmara alega que o processo pressupõe a existência de um ambiente participativo e democrático, por certo que se trata de instrumento que realiza a jurisdição, portanto, consiste em “um microcosmo do Estado a que serve”. Acrescenta, nesse mesmo

⁷ “Il diritto di azione non può essere limitato al diritto di domandare la risoluzione del merito. Il diritto di azione non si esaurisce con la presentazione della petizione iniziale. Il diritto di azione ha diversi corollari, iniziando con il diritto di partecipare adeguatamente del processo, mediante la presentazione di allegazioni e di produzione di prove in termine ragionevole, e di influire sul convincimento del giudice. Inoltre, è inquestionabile che il diritto di azione dipende da procedimento adeguato, ossia, del preordinamento di tecnica anticipatoria, di sentenze differenziate e di mezzi di esecuzione diversi. Tutto questo è imprescindibile perché l'autore possa ottenere la tutela giurisdizionale del diritto. Di modo che l'azione é, indubbiamente, esercitata. *L'azione è esercitata attraverso il procedimento adeguato*” (MARINONI, on-line, p. 05, grifo do autor).

prisma, que “o processo deve respeitar todos os princípios e valores que constituem a base do Estado em que se desenvolve” (2008, p. 17).

Sendo a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito (ou, ao menos, havendo a solene promessa constitucional de que aqui se instale um Estado com tal natureza), impende observar no processo brasileiro todos os princípios e valores que informam tal modelo de Estado. Pois é ponto pacífico que *só há democracia (e, portanto, Estado Democrático de Direito) onde haja legitimidade no exercício do poder*. [...] Assim, é preciso que também o processo civil seja legítimo como instrumento de exercício de jurisdição. E para isso é preciso que sejam legítimos não só os fins a que se destina o processo civil, mas também os meios de que se vale para alcançá-los. A moderna doutrina do direito processual civil afirma que os fins do processo são os próprios escopos da jurisdição. Assim é que o processo tem três diferentes escopos: sociais, jurídico e políticos (CÂMARA, 2008, p. 17-18, grifo nosso).

O escopo social da jurisdição, segundo Câmara, é a pacificação com justiça e educação. A seu turno, perfaz-se o escopo jurídico na “*atuação da vontade concreta do direito objetivo*”, isto é, na realização do direito material pleiteado em Juízo. Enfim, o escopo político ou a finalidade política do processo, traduz-se tanto no poder estatal de decidir imperativamente quanto na concretização do “*culto à liberdade*” e na garantia de “*participação dos cidadãos nos destinos da sociedade*” (2008, p. 18, grifo do autor). O processo que é capaz de agregar tais objetivos no exercício do poder jurisdicional do Estado sintoniza-se, naturalmente, com o princípio democrático.

Ninguém duvida, evidentemente, da legitimidade democrática desses escopos do processo (e da jurisdição). Afinal, uma sociedade em que o direito objetivo é atuado nos casos concretos submetidos à jurisdição, em que a sociedade é educada acerca de seus direitos e deveres, em que os conflitos são pacificados de forma justa, em que o Estado decide imperativamente, respeitadas as liberdades e com participação popular na formação de seus destinos, é, indubitavelmente, uma sociedade democrática. Não basta, porém, que os fins do processo estejam de acordo com o modelo democrático que se pretende ver observado no Estado brasileiro. Também os meios para alcançá-los precisam ser qualificados pela legitimidade. É que na democracia os fins não justificam os meios. Assim, de nada valeria, por exemplo, um processo que atuasse a vontade concreta do direito objetivo sem que nele se permitisse a efetiva participação, em contraditório, dos interessados no provimento final. Do mesmo modo, seria ilegítimo um processo que, a pretexto de promover a execução forçada de um crédito, privasse o executado do mínimo existencial (penhorando e expropriando, por exemplo, verbas alimentares que ele percebe) (CÂMARA, 2008, p. 18-19).

Conforme o ensinamento de Câmara (2008, p. 19), a democracia, lado a lado com o processo, não é um fim em si mesma, nem deve perseguir os seus desígnios a qualquer custo. É preciso a incidência da legitimidade igualmente sobre os meios, isto é, sobre o próprio método processual, elucubrando-se a sua “instrumentalidade em seu aspecto negativo”, já adiantado acima, qual seja, “a partir da premissa segundo a qual o processo é um meio, e não um fim em si mesmo”.

Aliás, acredita-se que o modelo cooperativo de processo auxilie na promoção da integralização das partes em um cenário democrático e participativo, tornando o processo mais inclusivo e asseverando o devido respeito e observação às garantias fundamentais.

A redação do art. 6º do CPC corrobora a ideia de que o processo civil pressupõe a ativa participação de todas as partes (autor, réu e juiz) e demais sujeitos (auxiliares) de forma igualitária, unindo esforços para que a prestação jurisdicional seja célere, adequada, efetiva e, preferencialmente, de mérito. Para tanto, o poder que se pode exercer no âmbito do processo é redistribuído e revisto, a fim de que a participação do juiz e das partes seja organizada “*de forma equilibrada*”. O princípio da cooperação processual se propõe a “*evitar o desperdício da atividade processual*”, prestigiando-se as decisões de mérito, apurando-se a “*verdade das alegações das partes a fim de que se possa bem aplicar o direito*” e utilizando-se de “*técnicas executivas adequadas para a realização dos direitos*” (MITIDIERO, 2015, p. 50, grifo do autor).

A relação entre os âmbitos processual e constitucional, relativamente à esfera cível, deu origem ao Processo Civil Democrático, o qual se constrói de forma dialógica, coparticipativa, policêntrica, não mais centrado na pessoa do juiz, mas conduzido por todos os sujeitos do processo, todos eles igualmente importantes em sua construção (CÂMARA, 2015). Isso se reafirma no art. 6º do NCPC, que dispõe: “*todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*” (SILVA; NEVES, 2017, p. 99-100).

Contudo, é relevante acentuar que o princípio da colaboração processual não implica na cooperação de uma parte com a parte adversária, em virtude de, no Estado Constitucional, o dever de cooperação ser do juiz com as partes, e de todos em relação ao deslinde do processo. Autor e réu, via de regra, “*não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio*”. Logo,

não se pode encarar o dever de cooperação como “*fonte de deveres recíprocos entre as partes* e nem como um incentivo ao juiz para impor *sanções às partes* por falta de cooperação recíproca”, mas, antes, como o exercício de direitos e o cumprimento de deveres com lastro na lealdade e na boa-fé, tendo em vista que “o processo não é, como já se pensou, um ambiente livre da moral” (MITIDIERO, 2015, p. 50-51, grifo do autor).

A colaboração estrutura-se a partir da previsão de *regras* que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo. O juiz tem os deveres de *esclarecimento*, de *diálogo*, de *prevenção* e de *auxílio* para com os litigantes. É assim que funciona a cooperação. *Esses deveres consubstanciam as regras que estão sendo enunciadas quando se fala em colaboração no processo* (MITIDIERO, 2012, p. 71-72, grifo do autor).

O magistrado, investido na função jurisdicional do Estado, também está comprometido com o Estado Democrático de Direito. Os deveres que o juiz deve seguir para se atingir a colaboração processual, engendrados pelo legislador processual civil, somam-se às demais incumbências previstas para o agente público, como o dever de fundamentação decisória (art. 11), o dever de dirigir e conduzir o processo, observando as garantias constitucionais e as demais exigências elencadas no CPC (art. 139), e, dentre outras, a atribuição de aplicar ao caso concreto *sub judice*, sempre que couber, o entendimento firmado pelos tribunais superiores, consubstanciado, por exemplo, em enunciados de súmula vinculante e precedentes de cúpula (artigos 926 e 927) (BRASIL, CPC, 2015).

Consequentemente, o Estado-Juiz nunca deve se pautar pelos próprios sentimentos em relação a uma causa que está sob a sua análise, uma vez que a sua conduta deve satisfazer escorreitamente as necessidades do Estado Democrático de Direito, com vistas a proferir decisões que igualmente atendam ao princípio democrático.

À vista desse pensamento, importa para esta pesquisa a investigação sobre o papel do juiz, enquanto pessoa física, frente ao exercício da jurisdição e como o seu desempenho se reflete na efetivação dos direitos fundamentais. Para, então, concluir esta primeira seção, serão analisados a seguir os deveres inerentes à atuação jurisdicional e o que a investidura do funcionário público na função de Estado-Juiz representa para o avanço do direito e da democracia.

1.4 Entre regras e princípios: o papel do Judiciário na tutela das garantias constitucionais

O brocardo latino “*da mihi factum, dabo tibi jus*”, traduzido livremente como “dá-me os fatos, que lhe darei o direito”, caracteriza essencialmente o exercício da jurisdição, uma das funções do poder estatal, a qual consiste em distribuir aquilo que seria considerado justo para os sujeitos interessados, com base no ordenamento jurídico positivado, nos costumes, nos princípios gerais do direito, na jurisprudência e nos precedentes. Gomes entende que a referida expressão, tida popularmente como “um preceito supralegal, um dogma”, pode ocultar as dificuldades de o magistrado aplicar a norma jurídica e, ao mesmo tempo, idealizar o seu cargo jurídico, camuflando, em segundo plano, os problemas de hermenêutica e de sistematização dos fatos como fatos jurídicos (2012, p. 231-232).

O que, de fato, o brocardo representa na prática jurídica é a “concepção do Direito enquanto instrumento de ligação entre *fatos e normas*”. A ciência jurídica pode ser entendida por três prismas, quais sejam, o estudo e a sistematização de normas (teoria da norma jurídica), a atividade interpretativa (teoria da interpretação) e a decidibilidade (teoria da decisão). Qualquer que seja a concepção adotada, a aplicação prática da ciência jurídica ocorre para refrear e regular as ações humanas: trata-se do fenômeno da *subsunção* (GOMES, 2012, p. 232, grifo do autor).

De acordo com Toledo (2013, p. 85-86), a subsunção é o “procedimento tradicional de aplicação do Direito, conforme a estrutura lógica do silogismo jurídico”. Considerando a estrutura triádica dialética - tese, antítese e síntese - o fato é submetido à conformação da lei, buscando-se a compatibilização dos elementos relevantes do caso individual, obtendo-se como resultado o “fato regrado pela norma”, que passa a ser percebido como um “parâmetro para a resolução de todos os casos individuais daquele âmbito normativo com propriedades essencialmente semelhantes”.

Advém desta ideia a problemática que o operador e o estudioso do direito encontram para aplicar a norma jurídica, em razão da complexidade de interpretação da norma em face do conhecimento e compreensão dos fatos. Sendo o procedimento subsuntivo invariavelmente realizado por um ou vários indivíduos (no caso dos órgãos colegiados de decisão, os tribunais), por meio do estudo do alcance normativo e “abrangência abstrata, do sentido de

seus termos e de sua integração com as demais normas”, empreende-se a reconstituição fática para “transformar um acontecimento passado em um enunciado, ou seja, fazer corresponder um fato a uma inscrição que possa substituí-lo dentro do processo judicial” (GOMES, 2012, p. 232-233).

Noutra perspectiva, Toledo argumenta que a doutrina da *ponderação* pode se apresentar como um caminho alternativo para o julgamento de casos, ao conferir mais objetividade e segurança tanto para a fundamentação quanto para a decisão judicial como um todo, especialmente quando se aplicam regras que, em tese, seriam muito elaboradas. A lei da ponderação segue o critério segundo o qual “quanto mais alto é o grau do não-cumprimento de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”. Apesar disso, há aqueles que defendem a subsunção em oposição à ponderação, por crerem na simplicidade em se valer de um método cujo questionamento seria apenas se determinada situação concreta corresponderia àquela arrematada “em caso individual anterior”, sem se preocupar com o grau dos princípios envolvidos no caso (2013, p. 83, 86-87).

Além disso, as críticas à ponderação duvidam de sua autonomia enquanto método, dando conta de que o seu resultado está condicionado à interpretação normativa do caso concreto. Portanto, “quando o tribunal diz que pondera, na verdade, segue aplicando o tradicional método interpretativo/subsuntivo, mas mudando em parte a terminologia, o que geraria menor rigor argumentativo” (TOLEDO, 2013, p. 86).

O sistema do constitucionalismo democrático permaneceria incompleto sem a teoria dos princípios. A base da teoria dos princípios é a diferenciação teórico-normativa entre regras e princípios (Alexy, 1996b:75 e segs.). Princípios são mandamentos de otimização. Eles exigem que algo seja realizado na maior medida possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Sua forma de aplicação é a ponderação. Regras são, ao contrário, normas que obrigam, proíbem ou permitem algo definitivamente. Nesse sentido, elas são mandamentos definitivos. Sua forma de aplicação é a subsunção (ALEXY, 2010, p. 25).

A ponderação, consoante o pensamento de Alexy, seria basicamente “a otimização relativa a princípios concorrentes”, que se faz necessária na medida em que não há, para o jurista, a possibilidade de criação de um sistema normativo “tão perfeito” a ponto de cada situação *sub judice* poder ser dirimida “apenas a partir de uma simples subsunção da descrição das circunstâncias à hipótese de incidência de uma regra”. O autor cita, como

motivos que o levaram a esse raciocínio, a) a vagueza da linguagem jurídica; b) a possibilidade de conflitos entre normas; c) a ausência de aparato normativo para embasar a decisão; e d) em determinadas ocorrências, a possibilidade de se proferir decisão “em sentido contrário ao teor literal de uma norma” (2010, p. 23-24, 26).

Ainda em conformidade com o estudo de Alexy, a técnica da ponderação é uma medida imprescindível para a proteção dos direitos, também reconhecida como um método inafastável do discurso prático racional. Nessa direção, vale dizer que a interpretação do caso em harmonia com as suas normas não descarta o exercício da ponderação entre princípios; ao contrário, a verificação do enquadramento legal dos fatos está “subentendida na ponderação”. Ao fazer essa análise, Toledo dispõe que, diante das críticas tecidas à técnica da ponderação, concernentes a sua hipotética falta de racionalidade, restam duas possibilidades, a saber, a de se conformar que não exista um método racional “para dotar de mínima objetividade a decisão, que é eminentemente valorativa”, ou a de pensar a decisão como um raciocínio interpretativo/subsuntivo, que seria a “acomodação recíproca dos direitos em conflito como resultado da interpretação do conteúdo de cada um deles” (TOLEDO, 2013, p. 83-84, 87).

Comunica a autora, por fim, que “por se tratar exatamente de um discurso prático”, inexistiria um método de aplicação do direito competente para produzir resultados suficientemente racionais e objetivos, sobretudo quando se tem em vista que a valoração dos tribunais é o que prevalece (TOLEDO, 2013, p. 87).

A teoria do discurso jurídico procura estabelecer critérios de discussão e de julgamento. Porém, não é infalível. Não pode ser concebida com um algoritmo [...] para os juízes, ou um programa de computador capaz de fornecer um veredicto aceito por todos, após analisar os fatos relevantes e controvertidos do caso concreto, a melhor interpretação da Constituição e das leis aplicáveis, os precedentes jurisprudenciais e a doutrina especializada. A teoria do discurso jurídico não é uma máquina capaz de produzir respostas exatas e objetivas ou de atribuir pesos definitivos aos direitos, mas apenas mostra que são possíveis deduzir argumentos racionais sobre os direitos. Aliás, quando se argumenta, se o faz para alguém; por isso, quem argumenta dialoga (CAMBI, 2020, p. 446-447).

Para que o intérprete atue na aplicação do direito aos casos que são levados ao seu conhecimento, valendo-se de determinadas técnicas e raciocínios, considerando as fontes do direito ao seu dispor, existem algumas condutas prescritas pelo Estado de Direito que devem ser entendidas como mais do que meras orientações pelo magistrado, existem regras que

devem ser cumpridas organicamente no dia a dia da função jurisdicional. Nisso consiste o papel do juiz constitucional.

Aproveitando o ensejo das considerações tecidas acerca do discurso jurídico, consigna-se, por primeiro, o *dever de motivação decisória*, constitucional e infraconstitucionalmente assegurado, como elemento essencial e ínsito à conduta de todo magistrado.

Se, como escreveu Cambi (2020), a teoria do discurso jurídico não é infalível, tampouco automatizada, uma vez que o Estado investe uma pessoa física, um ser humano na função jurisdicional, é natural que se estabeleçam direcionamentos a serem seguidos tanto na condução geral do processo quanto na prolação das decisões judiciais. O dever de motivação decisória, além de colocar limites à atuação do juiz, estabelece critérios para o desenvolvimento de sua persuasão racional.

Na alçada da jurisdição exercida no Estado Constitucional, não é papel do juiz criar empecilhos para “obstaculizar a atuação jurisdicional”, da mesma forma que não compete ao legislador “deixar de criar as mais adequadas técnicas de tutela diferenciada”. A mesma inteligência aplicada à máxima de que a Constituição Federal deve ser efetiva também deve ser aplicada aos Poderes Judiciário e Legislativo, dos quais se espera, respectivamente, uma tutela efetiva e um arcabouço legal infraconstitucional consentaneamente efetivo (CRUZ, D. N.; CRUZ, K. R. P., 2010, p. 29-30).

A aspiração a uma tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva, que viabilize um processo que não seja somente estático, analisado do ponto de vista formal, mas também compreendido como um instrumento mínimo, apto a gerar meios e resultados, coaduna-se com a perspectiva constitucional dos direitos fundamentais, vinculando o legislador a limitar a própria atuação, bem assim a regulamentar dispositivos da Carta Magna com vistas a assegurar de forma eficiente a proteção judiciária (CAMBI, 2020, p. 302, 304).

Um desses respeitáveis dispositivos constitucionais consiste no princípio ou *dever de fundamentação das decisões* (art. 93, inc. IX, CF/1988 c/c art. 11, CPC), o qual explicita a necessidade de motivação, justificação e explicação de todos os pronunciamentos judiciais pela própria autoridade que os proferiu, no intuito de publicizar as suas razões e sujeitar essa transparência ao controle da sociedade (TALAMINI; WAMBIER, 2014, p. 73).

Além do mais, a exigência do Estado de que todo órgão judicial fundamente as suas decisões, as quais devem ser embasadas em razões e argumentos jurídicos, servindo, adicionalmente, para evitar arbitrariedade nos julgamentos, “está vinculada aos direitos dos cidadãos de obterem o provimento à tutela judicial efetiva”; prova da relevância dessa garantia é o *status* conferido à motivação pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos de um “direito fundamental a um processo equitativo” (CAMBI; MUNARO, 2019, p. 128).

Cambi e Munaro advertem que o comando constitucional objetiva “realizar o controle político e social da função jurisdicional”, a fim de preservar tanto os interesses públicos quanto os particulares. Uma decisão que não é motivada, assim, é nula, por certo que se trata de “matéria de ordem pública, admitindo-se arguição em qualquer instância”. Tão grande é a gravidade do vício de se obter uma decisão não motivada que o constituinte previu expressamente a pena de nulidade (2019, p. 128-129).

Compreende-se, pois, o dever de fundamentação imposto ao Judiciário como pilar estruturante do Estado de Direito, sem o qual resta prejudicada uma de suas funções essenciais, a de organização e administração da justiça. Brito, Bianco e Marques (2021, p. 287) sublinham que a motivação decisória, além de constituir dever do magistrado, tem como destinatários os sujeitos do processo, além da própria sociedade, a qual está legitimada a exercer o controle externo da função jurisdicional, servindo como termômetro e fiscalizando as decisões tomadas. A comunidade que não é suficientemente persuadida pela motivação das decisões judiciais tende a não se conformar com o resultado alcançado, ensejando o elevado índice de impugnação de decisões, na expectativa de que o pronunciamento seja reformado ou anulado, o que, por sua vez, atribula ainda mais o Poder Judiciário.

Pensando na alta demanda de processos em trâmite no país, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabelece, desde 2009, parâmetros, na forma de metas, para que os órgãos jurisdicionais tenham em vista o compromisso com a eficiência e resolução efetiva dos processos sob a sua supervisão. As metas nacionais do Poder Judiciário, consoante o CNJ, “representam o compromisso dos tribunais brasileiros com o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, buscando proporcionar à sociedade serviço mais célere, com maior eficiência e qualidade” (BRASIL, on-line).

Para que houvesse um aperfeiçoamento da gestão dos tribunais, visando a uma dimensão concreta do direito à razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da

CF/1988), ao fortalecimento democrático e à solução de contendas paralisadas, causando congestionamento, criou-se a campanha “bater recordes é garantir direitos”, no 2º Encontro Nacional do Judiciário, em torno da Meta nº 2, que estipulava: “Identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31/12/2005 (em 1º, 2º grau ou tribunais superiores)”. Na época, preocupava-se ainda com a total informatização do sistema de justiça, no intuito de acelerar a distribuição de todos os processos e recursos, de facilitar o acesso público pela internet e de cadastrar os magistrados nos programas eletrônicos de consulta a informações e comunicação de ordem judicial, tais como o Bacenjud, o Renajud e o Infojud (BRASIL, CNJ, on-line).

Desde 2009, a cada novo encontro, o Judiciário define novas diretrizes para modernizar e aprimorar o trabalho da justiça. Implantaram-se unidades de gestão para estimular a solução consensual dos litígios, metas quantitativas de julgamento de processos, programas de esclarecimento ao público “sobre as funções, atividades e órgãos do Poder Judiciário em escolas ou quaisquer espaços públicos”, constituição de um Núcleo de Cooperação Judiciária, fomento de casos resolvidos por intermédio da conciliação, propulsão de demandas executivas, priorização de julgamento das ações coletivas, dos maiores litigantes e dos recursos repetitivos, dentre muitas outras, sempre com a finalidade de melhorar a prestação jurisdicional e incentivar a mútua cooperação entre as instituições (BRASIL, CNJ, on-line).

Com o advento do CPC/2015, instituiu-se o art. 4º do CPC, que confere às partes “o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a *atividade satisfativa*” (BRASIL, 2015, grifo nosso). Bueno coloca em evidência que a expressão “atividade satisfativa” veicula o não esgotamento da jurisdição com o mero reconhecimento ou declaração de direitos, o legislador vai além e abarca também a sua concretização (2015, on-line).

Brito, Bianco e Marques defendem que não se podem excluir os inúmeros esforços em direção à promoção de uma tutela jurisdicional mais célere e efetiva, no âmbito do processo civil constitucional, contudo, deve-se priorizar, concomitantemente, a garantia social de fundamentação das decisões. A partir das metas que o CNJ estabelece para os juízes e tribunais, incitando maior produtividade, celeridade na prestação jurisdicional, deliberação de demandas antigas, dentre as demais prioridades processuais categorizadas por conteúdo de

relevante interesse social (ex.: causas relacionadas ao feminicídio e à violência doméstica e familiar contra as mulheres), o magistrado “deixa de exercer apenas a função de julgador, e passa a ser também gestor e administrador”, buscando-se, afinal, “uma maior otimização do Poder Judiciário - que é ainda bastante burocrático - e o seu desafogamento” (2021, p. 305, 307-308).

Repisam os autores, entretanto, que “apesar do dever de o magistrado gerir o seu cartório judicial a partir das metas nacionais implementadas pelo CNJ, a sua principal função continua sendo a de julgar motivadamente” (BRITO; BIANCO; MARQUES, 2021, p. 308).

Com isso, é preciso sinalizar que a fundamentação decisória não consiste, nem pode consistir em uma simples “roupagem para justificar o posicionamento adotado por determinado magistrado”. Se as instituições jurídicas e sociais permitirem que o juiz tenha se convencido do resultado da contenda mesmo antes de ter elaborado a sua fundamentação, incorrer-se-á em discricionariedade e plena liberdade de convencimento, decisionismos que “em nada refletem os valores estabelecidos na democracia” (SOUZA NETTO et al., 2021, p. 400).

Souza Netto et al. assimilam a motivação decisória como controle da razão do juiz, ao mesmo tempo em que serve de elemento refreador a sua postura discricionária, afastando “o arbítrio e as interferências estranhas às decisões”. Dessa forma, o Estado Democrático de Direito não exige do magistrado explicação a respeito daquilo formou o seu convencimento, mas acerca dos “motivos de sua compreensão, oferecendo justificação (fundamentação) quanto à sua interpretação, de modo a demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso, mais adequada à Constituição ou, em termos *dworkinianos*, correta, em um contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao direito da comunidade política” (2021, p. 400, 414-415).

Nesses termos, Souza Netto et al. discorrem que o juiz, enquanto agente político do Estado, apenas desconstruindo os seus “pré-juízos” consegue agir em conformidade com o que preconiza o ordenamento jurídico; além do mais, o magistrado possui responsabilidade política, logo, é incontestável que a “sua subjetividade deve dar lugar à intersubjetividade estabelecida pela construção contínua do Direito” (2021, p. 415).

A segunda incumbência designada pelo ordenamento processual civil ao juiz é a *proibição da decisão-surpresa*. Embora implícito em outras legislações, agora expresso no

CPC/2015, consiste no dever judicial de evitar emitir pronunciamentos, ainda que a lei o autorize a fazê-lo de ofício, antes de ouvir os sujeitos integralizados aos autos.

Art. 9º, CPC. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III ;

III - à decisão prevista no art. 701.

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 (BRASIL, 2015).

Veja-se que a vedação agrega “as decisões que se valem de algum fundamento – inclusive aqueles cognoscíveis de ofício – a respeito do qual não foi conferida às partes a oportunidade de se manifestar a respeito” (LUCON, 2016, p. 171).

O comando legal vincula o juiz a um não fazer, com o fito de proteger o direito fundamental ao contraditório (art. 5º, inc. LV, CF/1988 c/c art. 7º, 9º e 10, CPC/2015). Para Lucon, o CPC/2015 inovou ao instituir, por meio desses dispositivos, a garantia ao pleno contraditório. Admitir as decisões-surpresa significa aplicar ao caso concreto um fundamento não debatido, o que sugere a irrelevância, para o magistrado, da participação das partes na discussão. Isso cria “um estado de incerteza jurídica, já que, em um sistema em que tais decisões proliferam, não se pode antever o resultado de qualquer decisão”. Desta feita, evidente que também se violaria, com tal prática, o princípio da segurança jurídica (2016, p. 171).

A seguir, cabe apontar o *dever judicial de direção do processo*, observando, para tanto, as disposições do Código de Processo Civil (art. 139, *caput* e seus incisos). Consiste no relevante papel de exercer a autoridade “sem mandância”. Segundo Nery Junior e Andrade Nery, a direção processual “deve ser exercida com segurança, firmeza, imparcialidade, urbanidade, prudência e humildade, e é marcada pelo poder-dever de o juiz manter a paridade e igualdade das partes” (2018, p. 501-502). O papel de diretor do processo, por conseguinte,

[...] não confere ao juiz poder hierárquico sobre o advogado e o membro do MP. Juiz, advogado e MP têm funções diversas e fundamentais para a prestação da Justiça, e devem tratar-se, reciprocamente, com urbanidade [...]. Dirigir o processo significa fiscalizar e controlar a sequência dos atos procedimentais e a relação processual entre as partes, o juiz e seus auxiliares, fazendo com que o processo se desenvolva regular e validamente. Deve decidir quem permanece e quem sai da relação processual; quais os atos, e em que ordem, que devem ser praticados. Edita comandos de natureza cogente, que devem ser suportados pelos sujeitos do processo (partes, MP, intervenientes), bem como pelos auxiliares da justiça. [...] O ato do juiz que causar gravame à parte, ao MP ou a qualquer interveniente, é passível de reexame por meio de recurso (NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, 2018, p. 502).

O juiz, primando pela impessoalidade, na condição de quem não participa do processo em nome próprio, mas ocupando uma função pública, profere despachos e decisões, “dando utilidade instrumental ao processo para que atinja sua finalidade de realização e efetivação da Justiça e, ao mesmo tempo, controlando e fiscalizando as atividades das partes” (PORTELA, 2016, p. 41, 51).

Desaparecem tanto a figura do juiz-espectador, este concebido na visão liberal-individualista segundo a qual “o juiz permanece estranho ao processo”, quanto a do juiz-ditador, que, com poderes autoritários, exerce-os “de maneira inquisitiva e para além da iniciativa das partes”. Dá-se espaço para o juiz-diretor, que efetivamente “conduzirá a atividade processual, utilizando-se da sua autoridade para mostrar o caminho a ser seguido” (PORTELA, 2016, p. 51).

O dever de direção aparece, *a priori*, no impulso oficial do procedimento e na função de saneamento processual. O primeiro faz referência à atribuição do juiz de, instaurada a relação processual, “mover o procedimento de fase em fase, até exaurir a função jurisdicional” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 85). A seu turno, a função saneadora tem o condão de depurar os autos de “imperfeições”, tornando possível o seu prosseguimento, livre de pendências técnicas e formais para dirimir (PORTELA, 2016, p. 52).

Não se pode esquecer que a prerrogativa de direção do processo designada ao Estado-Juiz deve compreender o zelo e a fiscalização às garantias processuais constitucionais a todo tempo, bem assim o atendimento aos fins sociais e às exigências do bem comum, consoante a redação do supramencionado art. 8º do CPC.

O dispositivo do CPC que enuncia o dever de direção do processo (art. 139) se desdobra em vários incisos, os quais consubstanciam demais exigências que o juiz deve

observar na condução do feito. A incumbência do inc. I é a de “assegurar às partes igualdade de tratamento”, derivada da isonomia constitucional do *caput* do art. 5º (BRASIL, CPC, 2015). Nery Junior e Andrade Nery anotam que “embora o CPC 139 não repita o previsto no CPC/1973 125 I, ainda compete ao juiz, como diretor do processo, assegurar às partes tratamento isonômico, tendo em vista que, como expoente do Poder Judiciário, deve fazer valer a regra do CF 5º *caput*. A igualdade de que fala o texto constitucional é *real, substancial*, significando que o juiz deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades” (2018, p. 502, grifo dos autores).

A doutrina denomina essa incumbência de princípio da paridade de armas, sendo insuficiente a observação da igualdade formal, sob pena de violação à isonomia e ao contraditório. Em leitura conjunta com o art. 7º, do CPC (*in verbis*: “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” (BRASIL, 2015)), o comando legal ensina que “as partes devem ter garantidas as mesmas oportunidades ao longo do processo [...], bem como todos os intervenientes [...], com alegações e requerimentos, mas também os mesmos instrumentos de ataque e defesa para que o juiz possa, ao final, proclamar a solução mais justa e equânime da causa” (NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, 2018, p. 40).

O segundo inciso dispõe sobre o dever do juiz de “velar pela duração razoável do processo” (BRASIL, CPC, 2015). A partir dessa atribuição, não deve o juiz dar azo ao prolongamento injustificado da lide. Ressalte-se que “dar solução rápida ao litígio não significa solução apressada, precipitada (e talvez por isso o legislador tenha substituído a expressão ‘solução rápida do litígio’, constante do CPC/1973 125 II, por ‘razoável duração do processo’, o que inclusive se assemelha ao que consta do CF 5º LXXVIII)” (NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, 2018, p. 502).

O magistrado deve determinar a prática de todos os atos necessários ao julgamento da demanda. Deve buscar o ponto de equilíbrio entre rápida solução e segurança na decisão judicial, nem sempre fácil de ser encontrado. [...] Assim, não só o juiz, mas o poder público como um todo (Judiciário, Legislativo e Executivo) tem o dever de propiciar meios para a rápida solução do litígio e para a celeridade do processo (NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, 2018, p. 502).

O terceiro inciso prevê o dever judicial de “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias”, por meio da punição adequada ao litigante de má-fé, da determinação do desentranhamento de páginas dos autos, ou mandar extrair deles expressões ofensivas, coibição da fraude à execução, entre outras medidas; ao passo que o inciso quarto incumbe ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”, ou seja, autorizar a incidência das medidas atípicas para a salvaguarda da pretensão material (BRASIL, CPC, 2015) (NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, 2018, p. 502).

As medidas atípicas de que trata o inc. IV objetivam “ampliar as possibilidades do juiz de se fazer cumprir decisões judiciais, ampliando suas ferramentas para além daquelas medidas ordinárias prescritas no Código”. O legislador flexibilizou as ferramentas do processo executivo, possibilitando ao juiz se valer de medidas atípicas para “fazer cumprir cada decisão no caso concreto” (ANDREASSA, 2017, p. 243).

A título de exemplo, Andreassa aduz que a cassação da carteira de habilitação, de cartões de crédito e do passaporte do devedor são medidas coercitivas pouco usuais, mas que observou em decisões interlocutórias na prática processual (2017, p. 242).

Na sequência, o art. 139 do CPC traz, nos incisos V e VI, as atribuições do juiz de “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais” e de “dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito” (BRASIL, 2015). Concernente a esses poderes/deveres, Nery Junior e Andrade Nery (2018, p. 502-503) escrevem que o incentivo à conciliação decorre das obrigações do magistrado, “de sorte que não pode ser vista como caracterizadora de suspeição de parcialidade do juiz, nem de prejulgamento da causa”; assim sendo, “deve o juiz fazer as partes anteverem as possibilidades de sucesso e de fracasso de suas pretensões, sem prejulgar a causa e sem exteriorizar o seu entendimento acerca do mérito”. É fundamental que o juiz tente conciliar as partes, não importa qual seja a fase do processo, nem quantas vezes seja necessária a adoção dessa prática. Leia-se também que:

O juiz só deverá fazer uso do poder-dever do CPC 139 V depois de decorrido o prazo para a resposta do réu, pois, sem saber qual o teor da resistência do réu à pretensão do autor, ou mesmo de eventual aumento do objeto litigioso pelo ajuizamento de reconvenção ou declaração incidental, não se terá formado o quadro completo das pretensões das partes, motivo pelo qual o juiz ainda não teria condições ideais para propor a conciliação. O termo inicial, portanto, para a primeira tentativa de conciliação das partes, prevista no CPC 139 V, é determinado pelo decurso do prazo para a resposta do réu. [...] Não há termo final para a tentativa de conciliação pelo juiz, pois, mesmo depois de proferida a sentença, sendo vedado ao magistrado alterá-la (CPC 494), as partes podem chegar à composição amigável de natureza até diversa da que fora estabelecida na sentença. O término da demanda judicial é sempre interessante e deve ser buscado sempre que possível (NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, 2018, p. 503).

Importa registrar que o prazo a que se refere o inc. VI possui natureza dilatatória, haja vista que o juiz não pode alargar livremente os prazos peremptórios, isto é, “aqueles que se descumpridos, acarretam preclusão [...], sob pena de se criar insegurança jurídica ou manipulação visando a outros objetivos”. Vale dizer que há raras exceções em que se autoriza a dilação de prazo peremptório, como quando há calamidade pública ou dificuldade de acesso a meios de transporte. No mesmo inciso, a possibilidade de o juiz alterar a ordem de produção probatória, a critério do juiz, pode significar uma medida para apurar os fatos de forma mais eficaz, sem prejudicar a integridade do meio de prova, por exemplo, no caso da testemunhal (NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, 2018, p. 503).

São poderes/deveres elencados nos incisos VII e VIII do art. 139, do CPC, respectivamente, o exercício do poder de polícia (processual, não disciplinar), podendo-se requisitar, quando preciso, força policial e segurança interna dos fóruns e tribunais; e a determinação, a qualquer tempo, do comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, contexto em que não incidirá a pena de confesso (BRASIL, 2015).

Por derradeiro, prescrevem os incisos IX e X (art. 139, CPC), nesta ordem, que o magistrado está incumbido de determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento dos demais vícios do processo, tais como questões atreladas a nulidades; e, enfim, o dever de oficiar, em caso de demandas individuais repetitivas, o MP, a Defensoria Pública e, quando se aplicar, os demais legitimados listados no art. 5º da Lei de Ação Civil Pública e no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, a fim de promoverem a propositura da ação coletiva competente (BRASIL, 2015).

Subsistem, ainda, os deveres judiciais intrínsecos ao princípio da cooperação processual, quais sejam, o dever de esclarecimento, o dever de diálogo, o dever de prevenção

e o dever de auxílio para com os contendores. Mitidiero (2015, p. 51, grifo do autor) sinaliza que *“esses deveres consubstanciam as regras que estão sendo enunciadas quando se fala em colaboração no processo”*.

Em análise objetiva, o autor aponta que o dever de esclarecimento consiste na elucidação de eventuais dúvidas que o juiz ou tribunal tenham a respeito de seus pedidos, argumentos ou opiniões emitidas no âmbito do processo (ex.: art. 139, inc. VIII e art. 321, ambos do CPC). O juiz procura, com o dever de esclarecimento, compreender o sentido escorreito “das alegações fático-jurídicas das partes”, servindo como “uma ferramenta que visa a evitar mal entendidos na comunicação processual” (MITIDIERO, 2015, p. 51-52).

A seu turno, o dever de diálogo ou de consulta implica naquilo que já se explanou nesta subseção no que toca ao contraditório pleno e à motivação decisória: o juiz deve consultar e ouvir as partes antes de tomar qualquer decisão que influencie na sua conclusão sobre a causa que está sob julgamento, bem assim deve demonstrar o raciocínio pelo qual decidiu de determinada forma, e as razões pelas quais valorou positiva ou negativamente os elementos de prova constantes dos autos. Outra face do dever de diálogo advém da possibilidade de o magistrado e as partes fixarem calendário para a prática de atos processuais (art. 191, CPC) e de, nas causas complexas, ocorrer o saneamento do feito em cooperação com as partes (art. 357, § 3º, CPC) (MITIDIERO, 2015, p. 51-53).

Já o dever de prevenção denota o alerta que o juiz deve conceder às partes, de que o êxito de seus pedidos pode restar prejudicado, em razão do uso equivocado na forma ou na via processual eleita, impedindo o exame do mérito (ex.: art. 317 e art. 932, parágrafo único, ambos do CPC) (MITIDIERO, 2015, p. 51-52).

Por último, deve o juiz também auxiliar os sujeitos da demanda a enfrentar as dificuldades que possam ter, relativas ao exercício de seus direitos, ou ao cumprimento de ônus e deveres do processo (ex.: art. 139, inc. IV e art. 373, § 1º, ambos do CPC) (MITIDIERO, 2015, p. 51, 53).

Ao longo da legislação processual civil infraconstitucional, aparecerão outros deveres atribuídos à autoridade judiciária, que, idealmente, deve buscar um ponto de equilíbrio para atender a todos, preservando, ao máximo, os valores constitucionais e o princípio democrático.

Reichelt e Porto (2017, p. 307) atestam que o papel do magistrado, “como verdadeiro

defensor do respeito à ordem jurídica, somente é devidamente cumprido na medida em que o seu agir seja capaz de implementar o desenvolvimento de um processo justo”. Em complemento, Cambi (2020, p. 334) sustenta que “a atividade judicial é controlada pelos direitos e garantias fundamentais que compõem o direito ao justo processo (v.g., juiz natural, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, vedação de provas ilícitas, dever de motivação das decisões etc.)”, assim também que o pronunciamento judicial, exarado dentro do discurso jurídico, legitima-se a partir “da sua força intrínseca de persuasão”, devendo “ser capaz de, mediante seus juízos de valor, convencer a comunidade jurídica e a sociedade”.

Portela (2016, p. 38) chama a atenção para os desafios que permanecem em torno da prestação jurisdicional, a começar pela dificuldade de acesso à justiça. Outro dilema que ainda paira inquieto no contexto jurídico social brasileiro é o papel do Judiciário como “mediador de conflitos sociais”. Conforme a autora, o juiz deveria atuar “menos como instrumento de conformidade social e mais como ferramenta de administração de conflitos sociais e de conflitos intersubjetivos”.

Degraf e Gadonski (2021, p. 66-67) denotam que, com o fim do regime militar autoritário e a reconstrução da democracia na sociedade brasileira, consubstanciada no Estado de Direito constituído em 1988, o Judiciário pode gozar de uma liberdade mais ampla, de modo que o juiz deixou de ser considerado um “mero aplicador das leis, para ser um autêntico mediador dos conflitos, intérprete das normas vigentes aplicado ao caso concreto, na busca de promover a efetivação da Justiça”. Apesar dos avanços sentidos no curso da história pelo Judiciário, os autores frisam que o acesso à justiça permanece uma realidade utópica para as camadas sociais mais vulneráveis.

Nessa vertente, Degraf e Gadonski refletem sobre o papel do magistrado no exercício da jurisdição, sobretudo quando a sua atuação vai de encontro com a efetivação da justiça, “focado na justiça social como parâmetro da construção de uma sociedade mais igualitária” (2021, p. 74). Essa seria, para os referidos autores, a função social do Poder Judiciário.

A função social é um princípio geral do Direito, que foi identificado pela Constituição de 1988, como fundamento do exercício do direito de propriedade, das relações inerentes à Ordem Econômica e Social e, implicitamente, como elemento norteador das relações privadas, por exemplo, o contrato, bem como das atividades relativas ao exercício das funções do Estado. Podemos dizer que referido princípio tem como finalidade a vinculação das atividades de todos, Estado e particulares, à realização do bem comum e do interesse público, para a construção e a manutenção

de uma sociedade justa, equilibrada e fraterna (COTOMACCI, 2012, p. 161).

O sistema jurisdicional hodierno, abarcado pelo Estado Democrático de Direito, atribui ao juiz, consoante se averiguou nesta subseção, inúmeros deveres, obrigações, mandamentos legais e prerrogativas. Mais além, ao juiz é conferida a incumbência de ser o “autêntico mediador dos conflitos junto aos demais Poderes (Legislativo e Executivo)”, tanto assim que “as regras impostas pela legislação pátria venham a defender os que necessitam de proteção, para que assim se instaure o poder do adequado equilíbrio social” (DEGRAF; GADONSKI, 2021, p. 78).

É pelas mãos do intérprete que deve buscar na lei e em sua aplicação a realização dos elementos que devem ser a estrutura do país, bem como a concretização dos direitos fundamentais que, na verdade, se constituem na via por meio da qual se concretiza o ideal da construção e manutenção de uma sociedade justa e equilibrada. [...] É inegável que a figura pública do juiz exerça papel preponderante no rumo de uma sociedade no instante que suas decisões vinculam um impacto social. É atividade, então, dos juízes exercerem sua função social, ou seja, a justiça social (COTOMACCI, 2012, p. 166, 197).

De fato, espera-se hoje do poder jurisdicional uma leitura social da normatização vigente, que implique numa postura ética e respeitosa ao ordenamento jurídico positivado, porém, simultaneamente, sensível às necessidades concretas do jurisdicionado, procurando atender a todos os deveres arrolados para a função pública, deixando de lado a íntima convicção e apoiando-se num modelo de processo restaurativo, dialógico, cooperativo e participativo, em homenagem aos anseios do Estado Democrático de Direito.

2 PRECEDENTE, UNIDADE E SUPERPRECEDENTE: EM BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DA ISONOMIA, DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA DIGNIDADE HUMANA

Estudou-se no primeiro capítulo que o processo é a relação jurídica por meio da qual uma pretensão é levada à apreciação de um órgão jurisdicional imparcial, por aquele que aspira a ter o seu direito resguardado, visando a uma tutela satisfativa, em face de quem ameaça, viola ou simplesmente é capaz de garantir a proteção desse direito, mas não o faz espontânea e consentaneamente.

Que aos jurisdicionados e à jurisdição são constitucionalmente assegurados inúmeros direitos fundamentais relativos ao processo e também ao direito material dos indivíduos, dentre eles a isonomia, o devido processo legal, o juiz natural, o contraditório, a ampla defesa, a assistência judiciária gratuita aos mais vulneráveis, a duração razoável do processo e a motivação decisória. Que o juiz é o sujeito imparcial ao qual são incumbidos diversos deveres/poderes para a garantia dos direitos fundamentais e para o cumprimento dos mandamentos legais e do Estado Constitucional.

Com isso, a sociedade e o Estado, ao seu lado, têm acesso - ou, pelo menos, deveriam ter - a uma importante ferramenta para o exercício de seus direitos e deveres, o processo, que, presidido e conduzido pelo magistrado, com a esmerada observância aos preceitos constitucionais, torna-se capaz de consolidar as garantias fundamentais, de forma digna e democrática. Ainda assim, conforme se anotou, muitos não têm o acesso adequado à justiça, que é simultaneamente um direito e uma garantia fundamental e compreende a faculdade de pleitear uma tutela jurisdicional efetiva, adequada, integral e justa.

E que a consecução dos direitos fundamentais instrumentais e materiais, por intermédio da atuação do Poder Judiciário, representaria o verdadeiro papel social dessa função estatal, com vistas a construir uma sociedade cada vez mais igualitária.

Esta seção, seguindo a toada desse raciocínio, procurará traduzir, por meio da análise de dispositivos legais e da revisão bibliográfica sobre o tema, como a jurisdição pode contribuir para a concreção do fundamento estatal da dignidade humana e do princípio da segurança jurídica a partir da composição e da consolidação dos precedentes judiciais.

Para estudar os prismas de irradiação do fundamento estatal da dignidade humana, e compreender que dele decorre a segurança jurídica, pilar indispensável do sistema normativo, pretende-se trazer neste segundo capítulo uma análise sobre a possibilidade de as decisões judiciais de cúpula, notadamente os precedentes vinculantes, contribuírem para a concretização da igualdade substancial e da segurança jurídica.

Em vista desse objetivo, serão apresentadas, concomitantemente às discussões levantadas no decorrer do texto, as noções de “lacuna jurídica” e “superprecedente”, realizando-se considerações acerca dos desdobramentos desses institutos.

Inicia-se a discussão reafirmando-se as inúmeras diretrizes que deverão ser observadas no decorrer do processo para a preservação das garantias constitucionais, a exemplo da paridade de armas e igualitário tratamento despendido às partes, da celeridade, da economia processual, da cooperação, da fundamentação das decisões, do contraditório pleno e da ampla defesa, tudo pela perspectiva do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, CF/1988), o que auxilia na tramitação de uma disputa colaborativa e inclusiva, conforme se estudou na primeira seção.

Além da grande importância de se ver tutelado o acesso à justiça, e que a demanda em trâmite possibilite a todas as partes as mesmas oportunidades de manifestação, ciência e participação, a fim de se obter uma decisão mais justa, e ver resguardados os preceitos de lealdade e boa-fé processual, somada à urgência da prestação jurisdicional, que, para não perpetuar o litígio que se encontra sob o monopólio estatal, precisa entregar às partes, em tempo razoável, decisão fundamentada e justificada que dele se espera, é possível afirmar que a base principiológica sobre a qual se firma o direito instrumental é ainda mais ampla no âmbito do Estado Democrático de Direito (CAMARGO; MACHADO, 2016, p. 772).

A isonomia (art. 5º, *caput* e inc. I, CF/1988) pressupõe o tratamento paritário das partes no processo civil, ou seja, o juiz deve dirigir a lide de forma a tratar ambas com igualdade. Se, por um lado, refere-se à atuação imparcial do magistrado, por outro, evidencia-se a paridade de armas, na medida em que o julgamento unicamente lastreado em prova colhida durante irregular procedimento instrutório, por exemplo, violaria essa garantia, acarretando em inevitável nulidade. Também importa dizer que o juiz, diante de manifesta desigualdade material, não agirá passivamente (MEDINA, 2015, p. 37).

Com efeito, encontrou o CPC uma maneira de consagrar a isonomia constitucional, designando ao juiz o mencionado dever de conduzir o processo de maneira a privilegiar a igualdade de tratamento entre as partes (art. 5º, *caput* e inc. I, CF/1988 c/c art. 7º e 139, inc. I, CPC), exigindo-se dele o importante dever de fundamentação de seus pronunciamentos (art. 11 e 489, §1º, CPC c/c art. 93, inc. IX, CF/1988), da mesma forma que instituiu aos tribunais o dever de uniformizar a jurisprudência, versando sobre os seus ideais de estabilidade, integridade e coerência, com a finalidade de garantir maior segurança jurídica ao sistema (art. 926 e art. 927), e de se retomar a credibilidade dos cidadãos no Judiciário.

Ao mesmo tempo, tratou o CPC de positivar um microssistema de precedentes obrigatórios como ferramenta de racionalização das decisões e efetiva consecução dos princípios da isonomia e segurança jurídica. Quanto à segurança do ordenamento jurídico, Ramina De Lucca (2014, p. 04) reflete que, em conjunto com a justiça e o progresso social, trata-se de “um dos três objetivos do Direito e elemento fundamental do Estado de Direito”, eis que “atua em prol da racionalidade da atividade estatal e da rejeição da arbitrariedade de quem exerce o poder”. O autor segue a construção teórica sobre o princípio, admitindo que “por se tratar de um instituto eminentemente funcional, a compreensão da segurança jurídica se dá pelos atributos que ela impõe ao Direito”, logo, “há segurança jurídica quando o Direito é estável, previsível e protege a confiança legítima do particular no Estado”.

Em relação à aplicação do princípio da proteção da confiança no exercício da jurisdição, historicamente havia certa prevalência do princípio da independência judicial, a impedir interferências no labor judicial, em detrimento de maior estabilidade e uniformidade das manifestações do Poder Judiciário. No entanto, após a EC 45/2004, com a introdução de uma teoria dos precedentes melhor sistematizada e das súmulas vinculantes, prepondera a ideia de que ambos os princípios são compatíveis, sendo possível que a independência judicial conviva com a necessidade de se respeitar a estabilidade jurisprudencial, em nome da proteção da confiança do jurisdicionado (SOUZA, 2015, p. 07).

Ramina De Lucca, encarando os precedentes judiciais como as “motivações jurídicas de decisões judiciais pretéritas”, define-os como “*rationes decidendi*, ou seja, razões jurídicas pelas quais uma decisão pretérita foi tomada”. Ao articular o instituto do precedente judicial com o dever de motivação das decisões, o estudioso examina que o respeito aos precedentes torna-se essencial à medida que “majora a função desempenhada pela jurisdição de definir a interpretação que deva ser conferida ao direito, estatuinto, via de consequência, diretrizes de

comportamento aos jurisdicionados”, daí a sua posição de que deve haver uma maior valorização e compreensão do dever de motivação das decisões judiciais, a fim de que a teoria precedentalista também “possa ser compreendida e corretamente aplicada” (2013, p. 14-15).

Aparece, nessa linha de raciocínio, o seguinte debate: o sistema de precedentes entabulado pelo CPC/2015 (art. 926 e art. 927) se preocupou com a estruturação de sua aplicação, criando métodos de vinculação tanto horizontais (as próprias cortes devem respeito aos precedentes que criaram), quanto verticais (as cortes inferiores devem observar os precedentes formados pelas cortes superiores)?

Os precedentes com força obrigatória naturalmente incidem sobre os tribunais e juízes que lhes são inferiores. Alude-se, neste sentido, à eficácia vertical dos precedentes. Porém, também se fala da vinculação da própria Corte aos seus precedentes, ou seja, da chamada eficácia horizontal dos precedentes [autorrespeito]. [...] Na verdade, a mesma lógica que impõe o respeito aos precedentes obrigatórios pelos órgãos judiciais inferiores, exige que os órgãos de um mesmo tribunal respeitem as suas decisões. Ora, seria impossível pensar em coerência da ordem jurídica, em igualdade perante o Judiciário e em segurança jurídica caso os órgãos do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, pudessem negar, livremente, as suas próprias decisões ou as decisões da própria Corte (MARINONI, 2022, p. 91-92).

Nesses caminhos, reitera-se o dever de motivação decisória como uma verdadeira “referência de conduta às pessoas, que agirão não de acordo com o que entendem ser juridicamente correto, mas de acordo com o que os tribunais dizem ser juridicamente correto a partir da interpretação que deram ao Direito” (RAMINA DE LUCCA, 2013, p. 16). Despontase, por conseguinte, a necessidade de análise do § 1º do art. 489, CPC/2015, que, em rol exemplificativo, lista hipóteses em que um pronunciamento judicial não pode ser considerado adequadamente motivado, figurando como um mecanismo indispensável para a concretização de uma tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva, calcada nos precedentes e no respeito aos direitos fundamentais do processo.

[...], ainda que o princípio da motivação não estivesse expresso nem no texto constitucional e nem no Código de Processo Civil, é possível extraí-lo, mesmo que implicitamente, do próprio modelo político de Estado Democrático de Direito proposto pela Constituição. E é por essa razão que decisões “implícitas” não são admitidas no ordenamento jurídico processual pátrio, pois é necessário que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas suficientemente, ainda que de modo conciso, demonstrando o enfrentamento de todas as questões aduzidas (TALAMINI; WAMBIER, 2014, p. 74).

A motivação das decisões judiciais e a argumentação jurídica intrínseca a elas também são garantias do Estado Democrático de Direito, essenciais tanto para o controle e a legitimação da atividade jurisdicional como para a promoção da segurança jurídica e a realização do devido processo legal. Ou seja, o enfrentamento dos argumentos trazidos pelas partes para formar o livre convencimento motivado ou persuasão racional do magistrado consiste em um instrumento imprescindível para que, dentre outras reações, seja possível às partes buscarem a reforma das decisões judiciais (direito ao duplo grau de jurisdição ou à reapreciação do mérito) e permitir à sociedade, simultaneamente, exercer a fiscalização do Judiciário, uma vez que não apenas é preciso assegurar a confiança dos jurisdicionados para com os juízes, a recíproca também é imprescindível. É com base nesses termos que se prossegue ao estudo da subseção 2.1.

2.1 Motivação decisória e argumentação jurídica

No período que antecedeu a Revolução Francesa, a necessidade de fundamentação decisória ainda não era um assunto que despertasse a preocupação dos operadores do direito, embora existisse um esforço para se obter a decisão mais justa a partir do julgamento dos casos analisados. Ocorre que essa “cultura” acabava por admitir arbitrariedades, já que não se falava em um mecanismo de controle e/ou correção da atividade judicante. Surgiram então teorias que se ocuparam de estudar a argumentação jurídica, inclusive na esfera das decisões judiciais, com vistas a garantir a legalidade, a isonomia e a segurança jurídica (TOMAZETTE, 2011, p. 160).

A partir da Revolução Francesa, passa a haver uma maior preocupação com a legalidade e a segurança jurídica, acentuando-se o aspecto sistemático do Direito, passando-se a busca de uma solução equitativa e razoável, dentro dos limites do sistema jurídico. Assim, desde a revolução, há uma preocupação em tornar as decisões aceitáveis e, neste particular, o recurso a técnicas argumentativas se torna indispensável (TOMAZETTE, 2011, p. 160).

O dever constitucional de motivação das decisões judiciais, estudado em síntese na subseção 1.4, quando se explanava acerca do papel do juiz na tutela das garantias constitucionais e a sua função para o Estado Democrático de Direito, merece aqui maior

destaque, em construção teórica entrelaçada com a argumentação jurídica. A fundamentação configura-se uma exigência estatal, e a Constituição referenda essa reivindicação, de tal sorte que não admite uma decisão judicial cuja conclusão não reflita adequada justificação, destinada a satisfazer o meio social e também às partes componentes da lide (TOMAZETTE, p. 160-161).

Art. 93, CF/1988. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988).

Art. 153, CF/1969. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (BRASIL, 1969).

Cintra, Grinover e Dinamarco sustentam que o dever - ou princípio - da motivação decisória volta-se para o controle da população acerca da atividade do Estado-Juiz. Tradicionalmente, colocava-se a motivação das decisões judiciais apenas como uma garantia às partes, a fim de que, desejando, pudessem exercer o seu direito à reapreciação do caso por um segundo grau de jurisdição, por meio da impugnação do pronunciamento de primeira instância. Com o passar do tempo, contribuiu-se doutrinária e academicamente para que se visualizasse a função política do dever de fundamentação, que não possuem apenas as partes e o juiz como destinatários, mas “*quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões” (2014, p. 87).

Inúmeras Constituições, a exemplo da belga, da italiana, da grega e de diversas latino-americanas previram expressamente em seu texto o princípio da motivação, alçando-o ao nível constitucional, seguidas, em 1988, pela Constituição Brasileira, que fez o mesmo. Anteriormente, subentendia-se tal princípio do art. 153, § 4º, da Constituição Brasileira de 1969 (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 87).

Bem andou o constituinte ao explicitar a garantia da necessária motivação de todas as decisões judiciais, pondo assim cobro a situações em que o princípio não era observado. A Constituição de 1988 cuidou também de impedir a exigência da *arguição de relevância* como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a ser verificado secretamente, em *conselho* e independentemente de qualquer motivação. Seu art. 102 não formula essa exigência e não deixa ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, como na Carta precedente se deixava, a permissão de formulá-la. A emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, veio a repriminar a antiga *arguição de relevância*, agora com a exigência da *repercussão geral* para que o recurso extraordinário possa ser conhecido - mas, à luz do disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, seria constitucionalmente ilegítima alguma disposição legal ou regimental que viesse a dispensar a motivação nas decisões a esse respeito (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 87-88, grifo dos autores).

Assinala-se, então, a relevância do dever de motivação dos pronunciamentos judiciais, na toada em que o Estado Democrático de Direito determina que o juiz motive suas decisões, combatendo a sua íntima convicção. Quando a motivação se constitui de argumentos racionais, a própria motivação justifica a decisão, não precisando o magistrado convencer as partes ou a opinião pública de seu “acerto” (CAMBI, 2020, p. 417).

O art. 20 da LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942) estabelece que todas as decisões, sejam elas das esferas administrativa, controladora ou judicial, devem ser motivadas, levando-se em conta as suas consequências práticas, não podendo ser baseadas em valores jurídicos abstratos. Ou seja, “os problemas jurídicos devem ser abordados levando-se em consideração os efeitos das soluções propostas, a curto ou a longo prazo, seja para os indivíduos, seja para o sistema, mediante pesquisas empíricas sobre os custos-benefícios e do critério de racionalidade meios-fins” (CAMBI, 2020, p. 447-448).

Art. 20, LINDB. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas (BRASIL, 1942).

Nesse ínterim, o retromencionado dever de motivação das decisões judiciais é imprescindível para que se discuta a tutela mínima de direitos fundamentais no bojo do processo. A motivação adequada e efetiva deve conter justificativas suficientes sobre as questões de fato e de direito, sendo fundada em bons argumentos não apenas para o próprio

juiz que profere a decisão, mas por todos aqueles que posteriormente possam valorar as razões do convencimento judicial. O bom juiz é aquele que consegue persuadir a comunidade jurídica, que elenca em suas decisões bons fundamentos após considerar os pontos relevantes para a solução do caso concreto, aplicando o mesmo entendimento a casos semelhantes (CAMBI, 2020, p. 437-438).

Cumprido ressaltar, outrossim, que o art. 489, §1º do CPC traz o rol de hipóteses em que uma decisão não pode ser considerada fundamentada. Direta e intrinsecamente atrelada a isso está a questão da segurança jurídica. Ora, de que adiantaria a isonomia, a segurança jurídica e até mesmo a proteção da confiança se as decisões não forem íntegras e coerentes, bem fundamentadas? Com efeito, isto constitui um dever, eis que o direito determina que os juízes reconheçam e façam valer alguns padrões, em detrimento de abrir a eles uma alternativa, sugestão ou conselho (STRECK, 2017, p. 32, 34).

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 (BRASIL, 2015).

Streck e Raatz refletem que o respeito ao direito das partes de obter uma decisão fundamentada do Poder Judiciário é pressuposto do processo jurisdicional democrático. Pretendem os autores “alçar o dever de fundamentação das decisões judiciais a um patamar mais elevado que o usualmente trabalhado pela doutrina brasileira”, mormente considerando-se que, na prática jurídica atual, são cada vez mais comuns pronunciamentos em que o magistrado se limita a transcrever trechos de decisões anteriores, quando, na realidade, o juiz deveria “empreender o maior esforço possível para mostrar que a decisão é correta

(constitucionalmente adequada) e que, portanto, guarda consonância com a história institucional do direito, de modo a preservar a sua autonomia” (2017, p. 161).

À noção elementar de que o dever de fundamentação funcionava como uma espécie de ferramenta contra arbítrio judicial, foram se agregando outros elementos, como a garantia da *imparcialidade do juiz*, o controle da *legalidade da decisão*, e a possibilidade de *impugnação das decisões*. Há quem diga que, no bojo do Estado Democrático de Direito, a fundamentação das decisões, sem perder o caráter de freio contra eventuais arbitrariedades do julgador, passou a ser vista, também, como “elemento essencial de uma ideologia democrática da justiça”. [...] Agrega-se à tradicional função *endoprocessual* da fundamentação, que visa a facilitar a impugnação e os juízos sobre ela, uma função *extraprocessual*. Assim, a fundamentação representaria, também, a possibilidade de controle do exercício do Poder Judiciário fora do contexto processual, por parte do povo e da opinião pública em geral, tudo dentro de uma concepção democrática do poder (STRECK; RAATZ, 2017, p. 162, grifo dos autores).

É forçoso realçar que o rol do art. 489, § 1º, do CPC é meramente exemplificativo das hipóteses em que a decisão judicial não pode ser reputada como fundamentada. Decisões implícitas ou simplesmente não motivadas são vedadas pelo ordenamento processual, posto que contrárias ao Estado Democrático de Direito. Cambi e Munaro (2019, p. 129-130) assentem que “apenas nos regimes autoritários não se pode fazer uso das razões e decide-se de forma obscura, sem expor a maneira de se atingir o convencimento judicial”. Exige-se, portanto, racionalidade no exercício de fundamentação decisória, argumentação vinculada ao texto constitucional e a uma ordem processual válida, resguardo aos direitos fundamentais relativos ao processo e também ao direito material postulado em Juízo, sem prejuízo da explicação de quais provas foram valoradas positivamente e quais não integraram a persuasão racional do juiz, uma vez que se espera uma análise aprofundada dos argumentos favoráveis e dos contrários à valoração judicial, sob pena de se incorrer em “distorção sistemática do próprio raciocínio”, também chamada pela doutrina de *confirmation bias*.

Em estudo aos incisos do § 1º do art. 489, tem-se que o inc. IV corresponde à situação em que o juiz não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo, que podem, segundo o legislador, infirmar a conclusão do *decisum*. É claro que, para evitar isso, deve o julgador perpassar, de maneira expressa, por cada argumento levantado nos autos, seja pela parte autora, seja pela parte ré, que seja capaz, ao menos em tese, de contrariar a sua valoração final da decisão (BRASIL, CPC, 2015).

Cambi indica que a norma do referido inc. IV adotou o “princípio da completude da motivação mitigado”. A motivação completa, explica o jurista, demanda do juiz a justificação interna e a justificação externa. A primeira pode ser definida como a “correspondência lógica entre as premissas de direito e a de fato”, enquanto a segunda consiste no dever judicial de “fornecer argumentos racionais a respeito de como valorou as provas ou como usou de inferências lógicas para chegar às conclusões concernentes à causa” (2020, p. 426).

O órgão judicial deve evitar a valoração meramente positiva das provas. Além de mencionar os argumentos que serviram para o seu convencimento, há de explicar porque as demais provas não foram suficientes para lhe persuadir (valoração negativa das provas). Caso contrário, incorre o magistrado no risco do denominado *confirmation bias*, típico dos órgãos judiciários que, pretendendo confirmar uma valoração, selecionam apenas as informações disponíveis dentre aquelas favoráveis e descartam a priori as contrárias. Com isso, acabam por introduzir uma distorção sistemática no próprio raciocínio (CAMBI, 2020, p. 427).

Nessa conjuntura, Venanzoni (2022, p. 145) reconhece que, malgrado o comando legal traga a fundamentação das decisões como um dever *sine qua non* aos objetivos do Estado Democrático de Direito, imposição concebida para ser respeitada pelo juiz de direito, não se trata de uma garantia que esse dever seja observado na prática pelo Judiciário, incorrendo na possibilidade de contorno à determinação da Constituição. Para a autora, “uma decisão mal elaborada não corresponde apenas àquela pautada na subjetividade explícita”, razão pela qual se pode inferir que a prática ocorre mais do que se imagina. Em consonância com o que ensina a estudiosa, ocorre o que pode ser denominado de “discrecionalidade camuflada” do órgão jurisdicional:

A prolação de decisões com falsas fundamentações e manipulação do discurso é uma prática bastante corriqueira pelos magistrados, que muitas vezes decidem antes mesmo de apreciar as provas constantes dos autos, elegendo um determinado argumento e adotando ele como formador do seu convencimento, deixando de analisar as demais alegações igualmente importantes. Trata-se de uma *discrecionalidade camuflada*. Não há, assim, uma fundamentação completa, pautada em todos os elementos de prova constantes dos autos. E esse não era o intuito do constituinte, ao positivar o princípio, dever e direito fundamental a decisões judiciais devidamente motivadas (VENANZONI, 2022, p. 145, grifo nosso).

Daí a necessidade de se adotar o princípio da completude da motivação, em conjunto com as demais concepções de coerência e integridade jurídica, uma vez que o magistrado não pode se limitar a indicar qual foi a sua “escolha” decisória, por meio do dever de motivação. Deve, ademais, “justificar de forma completa porque foi feita aquela determinada escolha” (VENANZONI, 2022, p. 146-147). Com efeito, o § 1º, art. 489, do CPC não apenas revela uma perspectiva importante da garantia constitucional do contraditório, como também põe em evidência o dever de esclarecimento do juiz, que deve abarcar em sua motivação todos os elementos aduzidos pelas partes, seja para acolher, seja para rejeitar cada um dos argumentos (SIQUEIRA, 2018, on-line).

Consequentemente, se o pedido de determinada demanda foi julgado procedente, o magistrado deve “enfrentar todos os argumentos do réu que, uma vez acolhidos, modificariam o resultado do julgamento”; se, por outro lado, julgou-se improcedente o pedido, o mesmo deverá ser feito pelo juiz, mas em relação aos argumentos levantados pela parte autora (COSTA, 2016, on-line).

Costa leciona que a sentença judicial, pelo âmbito do conteúdo, pode ser conceituada como o ato judicial que resolve o mérito (definitiva) ou que explica o motivo pelo qual não foi possível adentrar no mérito (terminativa). O *caput* do art. 489, CPC informa que a estrutura da sentença é tripartida, composta por relatório, fundamentos e dispositivo, de modo que, com essa divisão, o *decisum* transmite da melhor forma o raciocínio que o magistrado trilhou até alcançar a sua conclusão. Justifica-se, então, dizer que a sentença - porém, entenda-se aqui, qualquer decisão com conteúdo de mérito - deve ser construída como uma *ratio scripta*, uma vez que não se trata de um ato judicial somente de *demonstratio*, mas também de *persuasio* (2016, on-line).

O § 1º, art. 489, do CPC representou uma inovação legislativa necessária para o ordenamento processual civil não apenas porque as regras de fundamentação - ou dos critérios pelos quais não deve uma decisão ser considerada fundamentada - surgiram com a redação do diploma de 2015, mas também devido a sua imprescindibilidade, para servir como orientação compulsória aos juízes, que, com o tempo, passaram a distorcer o dever de motivação. Malgrado a expressão constitucional (art. 93, inc. IX), “foi preciso dizer o óbvio” (COSTA, 2016, on-line).

Nery Junior e Andrade Nery concordam que é preciso ter cuidado ao se analisar os incisos I, II, III, V e VI do § 1º do art. 489, do CPC, que representam situações de generalidade do texto judicial de fundamentação. Isso porque, em certas ocasiões, “a mera indicação de um dispositivo legal ou de uma súmula pode ser suficiente para fundamentar a argumentação”; não é tarefa fácil alinhar objetivamente os critérios de motivação sem se analisar detidamente cada caso, por isso os autores recomendam a importância de se “ressaltar a clareza no desenvolvimento da argumentação pelo juiz”, o que não é feito com lastro em “normatização do que seria ou não fundamentação inexistente/insuficiente, mas mediante o desenvolvimento pessoal do próprio juiz, que deve ter entre as qualidades exigidas para o exercício da profissão o domínio da linguagem e da construção de texto” (2018, p. 1162).

O que se pretende combater, com a obviedade desse dispositivo, é a burla ao princípio da motivação. Veja-se, por exemplo, no caso do inc. I, que a doutrina aponta a frequência com que o juiz, no dia a dia forense, decide sem demonstrar a subsunção do fato em análise com a norma jurídica aplicada, isto é, o magistrado não consegue provar que determinado caso concreto carrega características essenciais que o relacionam com a hipótese normativa, citando-se como exemplo a seguinte oração: “Estando presentes os requisitos descritos no art. 300 do CPC, concedo a tutela de urgência” - o mesmo ocorre no inverso, quando o juiz, genericamente, impede que incida a hipótese normativa porque reputa ausente o elemento fático necessário. O exemplo que se atrela ao inc. II, que dispõe sobre a utilização de conceitos jurídicos indeterminados pelo juiz, os quais podem levar à ambiguidade, à vagueza ou à polissemia, justamente porque não houve razões que delimitassem o objeto ou que não convencessem acerca da incidência normativa, contorna-se por situações semelhantes a esta: “Tendo em vista a falta de razoabilidade, indefiro o pedido de fls.” (COSTA, 2016, on-line).

Igualmente, não se pode esquecer que o consignado no dispositivo deve ser coerente com a explanação articulada na fundamentação, logo, o inc. III remete a um raciocínio lógico: “um mesmo dispositivo pode derivar de diferentes fundamentações; porém, uma mesma fundamentação não pode produzir dispositivos diferentes”, por isso não se admitem motivos utilizados para embasar qualquer outra decisão, esses motivos nunca serão uma fundamentação adequada, em correspondência com o que o princípio democrático exige do Estado-Juiz (COSTA, 2016, on-line).

A existência ou não de fundamentação é, portanto, muito mais fluida e subjetiva do que a simples indicação legal pode fazer crer. Vale chamar a atenção, em especial, para o inciso III deste parágrafo: como conceituar “motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão judicial”? As normas constitucionais, por exemplo, podem ser utilizadas para justificar uma gama variada de decisões, independentemente mesmo da área do direito a que se relacionam – e utilizá-las como justificativa de uma decisão não poderia ser considerado falha de fundamentação, sob pena de se negar vigência à própria Constituição. A jurisprudência terá, portanto, de dar contornos mais fluidos a esses dispositivos, até mesmo em razão da própria subjetividade que cerca o assunto. Pela mesma razão, o rol constante do § 1º deve ser visto como exemplificativo (NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, 2018, p. 1162).

A prática descrita na hipótese do inc. V denomina-se “ementismo”, ou seja, quando o julgador aplica precedente ou enunciado sumular sem identificar os fundamentos determinantes de suas razões. De acordo com Costa, isso se deve ao fato de o precedente e a súmula não serem “textos normativos dotados de generalidade e abstração”, posto que “revelam o conjunto das normas aplicadas pelo Poder Judiciário num mesmo sentido e que, por essa específica razão, formaram uma tendência decisória” (2016, on-line).

O texto decisório deve constituir uma norma, não o contrário. Ao fazer da norma a sua redação dotada de motivos, o órgão jurisdicional deve fazer refletir todos os argumentos aduzidos e elencar quais dispositivos, precedentes, súmulas foram por ele selecionados para formar o seu raciocínio crítico, além de, certamente, deixar explícita a correspondência fática com o direito que pretende aplicar (técnica *concepto-subsumtiva*). Se invocou um precedente, deve buscar na fundamentação do acórdão os motivos determinantes para aplicá-lo naquele caso concreto. Essa medida é a garantia das partes e da sociedade para controle da atuação judicial (COSTA, 2016, on-line).

A contrassenso, porém igualmente relevante em termos de eficácia dos precedentes para o ordenamento, há o inc. VI, cuja expressão assevera que, havendo entendimento consolidado dos tribunais superiores e, verificando-se positiva a sua compatibilidade com a conjuntura fática *in casu*, deverá o juiz incluir na sua motivação por que deixou de aplicar determinado precedente ou enunciado sumular. Não se considera, portanto, uma decisão fundamentada aquela que incorrer também neste caso, de omissão judicial quanto aos precedentes aplicáveis à contenda em análise, “sem esclarecer que fator distinguiria os casos e imporia solução diferente” (CONCEIÇÃO, 2015, p. 789).

Nas razões que o levaram a não aplicar o precedente ou a súmula dos tribunais superiores, o juiz deve evidenciar que houve distinção (*distinguishing*) em confronto com o caso que está analisando ou então a superação (*overruling*) do entendimento firmado nos precedentes (BRASIL, CPC, 2015).

Conceição, inclusive, salienta que este é um dos pontos inovadores mais palpantes do CPC/2015, a abertura que o legislador infraconstitucional conferiu ao ordenamento processual civil para que o magistrado embase as suas decisões nos precedentes judiciais (2015, p. 789). Costa visualiza, sob o mesmo prisma, que o CPC/2015 instituiu “um sistema de precedentes obrigatórios”. Dessa forma, a não aplicação de precedente, jurisprudência ou súmula clama do Judiciário um grandioso esforço argumentativo, eis que não é mais possível julgar as demandas como manda a sua consciência na vigência do Estado Democrático de Direito; “não pode ele simplesmente deixar de aplicá-los por desconhecimento, capricho, discordância ou baixíssimo esforço argumentativo” (2016, on-line).

Nesse sentido, o juiz há de deixar claro e analiticamente explicado que não aplica o precedente invocado porque: a) a parte não o interpretou corretamente, extraindo sentido que dele não se pode extrair; b) embora o haja interpretado corretamente, a parte compreendeu equivocadamente os fatos, motivo pelo qual incorreu em um erro de enquadramento; c) ele está tacitamente superado [*implied overruling*]; d) a sua incidência foi limitada por força de uma norma superveniente [*overriding*]; e) o caso traz uma peculiaridade que lhe afasta a aplicação [*distinguishing*] (COSTA, 2016, on-line).

Em amparo à motivação dos pronunciamentos, pretende-se, na sequência, abordar algumas questões correlatas à argumentação jurídica, pois é justamente o que embasa o conteúdo do texto de fundamentação decisória do magistrado.

Costa registra a distinção entre fundamento e argumento, escrevendo que o termo “fundamento” se refere à razão de decidir, ao “ponto de partida” para se tomar determinada decisão; a seu turno, o vocábulo “argumento” está ligado ao raciocínio, ao exercício do magistrado de articular os fatos com as normas para se alcançar uma conclusão, trata-se do “caminho para o ponto de chegada” (2016, on-line).

Toledo discorre que “o que caracteriza o discurso como científico é precisamente a busca da *verdade*”, e conclui a sua linha de pensamento revelando que “isso apenas pode ser feito *argumentativamente*” (2013, p. 88, grifo da autora).

No discurso prático, aí englobado o discurso jurídico, não se trata de demonstrar o alcance de verdades exatas, mas de uma construção dialética “fundada em argumentos que se provem, por *justificação, corretos*, em oposição constante a contra-argumentos”. Do processo argumentativo obtêm-se “conclusões *objetivas* [...] que propiciam, conseqüentemente, o avanço do discurso no domínio da *racionalidade*”. Como se sabe, essas conclusões não são definitivas, uma vez que a ciência, marcada pela refutabilidade, implica em recorrentes evoluções capazes de transformar sínteses em novas teses (TOLEDO, 2013, p. 88, grifo da autora).

Mencionou-se no início deste estudo que a célebre lição de Aristóteles, a respeito do desígnio social do ser humano, implica em ser de sua natureza o convívio coletivo, portanto, o homem e a sociedade mantêm uma reciprocidade indissociável. A par disso, extrai-se desse pensamento, em específico, que o filósofo grego esteja se referindo à habilidade do ser humano em se expressar, em discursar, valendo-se da linguagem para comunicar os seus pensamentos e sentimentos. Este seria o ponto de distinção do ser político “homem” para qualquer outra espécie que também se organize em sociedade para viver.

A razão pela qual o homem, mais do que uma abelha ou um animal gregário, é um ser vivo político em sentido pleno, é óbvia. A natureza, conforme dizemos, não faz nada ao desbarato, e só o homem, de entre todos os seres vivos, possui a palavra. Assim, enquanto a voz indica prazer ou sofrimento, e nesse sentido é também atributo de outros animais (cuja natureza também atinge sensações de dor e de prazer e é capaz de as indicar) o discurso, por outro lado, serve para tornar claro o útil e o prejudicial e, por conseguinte, o justo e o injusto. É que, perante os outros seres vivos, o homem tem as suas peculiaridades [sic]: só ele sente o bem e o mal, o justo e o injusto; é a comunidade destes sentimentos que produz a família e a cidade (ARISTÓTELES, 1998, p. 55).

Reale denota, nessa ordem, que “cada ciência exprime-se numa linguagem. Dizer que há uma Ciência Física é dizer que existe um vocabulário da Física. É por esse motivo que alguns pensadores modernos ponderam que a ciência é a linguagem mesma, porque na linguagem se expressam os dados e valores comunicáveis” (2002, p. 07-08).

Conforme já se anotou, o discurso jurídico guarda íntima relação com a linguagem e com a argumentação. MacCormick avalia que uma ordem normativa precisa ser continuamente interpretada, e que a interpretação recai sobre “interesses e valores de grande importância para os indivíduos e grupos”, principalmente quando se envolve uma pretensão

levada ao conhecimento do Judiciário, por meio de um processo, visando a um provimento para tutelar determinado bem da vida. Esse provimento pressupõe o exercício da atividade argumentativa por parte do julgador, o qual enfrentará, na maioria das vezes, alegações adversárias. A partir daí, desenvolve o seu raciocínio acerca de quais argumentos podem ser considerados “bons” e quais podem ser reputados como “maus”, por meio do estudo da retórica (2008, p. 08-09).

Quando se está diante de uma disputa relativa à correta interpretação do conteúdo jurídico, MacCormick reconhece que se trata de uma característica “integrante de uma ordem jurídica que esteja funcionando de acordo com os ideais do Estado de Direito”. Ao lado de uma base jurídica sólida que o Estado deve fornecer para viabilizar a propositura de qualquer ação, deve existir o direito de todos os jurisdicionados de questionar essa base, por meio de suas alegações de fato e de suas razões jurídicas (2008, p. 36-37).

Para versar melhor sobre este assunto, vale abordar a perspectiva de Ferreira da Costa e Rosa (2022, p. 112), segundo os quais a teoria da argumentação jurídica e os ideais de MacCormick podem ajudar a resolver casos jurídicos difíceis (*hard cases*). Explica-se que o caso difícil é aquele que, da problematização de uma temática por uma das partes, não é possível solucioná-la sumariamente por meio de um julgamento. De outra monta, o caso fácil é aquele em que a interpretação normativa não ensejou controvérsia na comunidade jurídica, daquele caso não resultou problemática alguma.

Os teóricos acima citados, a título exemplificativo, denotam que MacCormick, no que diz respeito à interpretação e aplicação do direito em casos “difíceis” ou “não solucionáveis pela mera regra da dedução”, vale-se tanto da consistência e da consequência, quanto da coerência normativa e da universalidade compulsória às decisões judiciais (FERREIRA DA COSTA; ROSA, 2022, p. 115).

A *consistência*, na doutrina de MacCormick, revela-se como a “ausência de contradição lógica entre uma ou mais regras”, enquanto a *coerência*, explica o autor, “é a compatibilidade axiológica entre duas ou mais regras, todas justificáveis em vista de algum princípio ou valor comum”, o qual integra o sistema jurídico como um todo. Ambas são consideradas virtudes sistêmicas do Direito pelo jurista (2008, p. 301).

Tanto a conclusão decisória do julgador quanto a interpretação feita por ele da norma jurídica para exarar as suas razões devem ser tecidas de modo a demonstrar que há

consistência em relação ao “Direito precedente, de acordo com a interpretação desse Direito que for preferida”. A coerência, a seu turno, “estipula que normas deveriam não apenas não contradizer umas às outras, mas também devem se sustentar em conjunto de acordo com um propósito” (MACCORMICK, 2008, p. 71, 300).

Quanto à *consequência normativa*, MacCormick estabelece uma espécie de equação lógica, fundada num silogismo hipotético, expressa da seguinte forma: “Sempre que FO, então CN”, na qual “FO” significa “situação de fato” ou “fato ocorrido” e “CN” representa a consequência normativa. Essa equação é tradicionalmente utilizada pelos operadores do direito de variadas formas e corresponde ao “silogismo jurídico-padrão”, contudo, essa estrutura não funciona exatamente igual para todos os casos, consoante adverte o autor, porque é sempre necessário presumir que haja liberdade para a defesa não apenas questionar, como também rebater o caso em discussão. É dever do Estado Constitucional garantir que, na jurisdição penal, as razões da defesa sejam apreciadas por juízes apartados e distantes dos agentes públicos que conduzem a acusação, enquanto na seara cível, a garantia dos sujeitos recai sobre a imparcialidade do juiz (2008, p. 37, 43).

Importa consignar que o Estado de Direito, na visão de MacCormick, possui aspectos denominados de “estáticos”, consistentes na promessa de certeza jurídica e segurança de expectativas jurídicas, e elementos considerados “dinâmicos”, consubstanciado no direito de defesa e na relevância de se admitir contestação a tudo o que for contestável. Nessa faceta dinâmica do Estado, o autor expõe que “o caráter argumentativo do Direito não é a antítese do Estado de Direito, mas um de seus componentes” (2008, p. 42).

O problema do consequencialismo, aventado com a aplicação usual dos silogismos, dá conta de que o silogismo jurídico, por si só, não é capaz de determinar o resultado de uma disputa. Envolve-se uma série de probabilidades para se chegar à conclusão de um caso: alguns ou todos os termos de certa lei serão interpretados, os fatos do conflito *sub judice* serão também interpretados e avaliados, para se aferir qual norma a eles se aplica; considerar-se-ão as diversas razões dos sujeitos para se admitir ou se rejeitar determinada interpretação em detrimento de outra. Ocorre que as razões de decidir, quanto concebidas à luz do raciocínio silogístico, apresentam-se pelo espectro da probabilidade, não pela lógica das certezas. Ainda assim, a argumentação desenvolvida sob a forma silogística é central para a argumentação

jurídica, constituindo a “moldura dentro da qual os outros argumentos fazem sentido enquanto argumentos jurídicos” (MACCORMICK, 2008, p. 43, 56-57).

As implicações para o sistema jurídico e para a vida social de uma decisão que caminhe em um ou outro sentido são testadas e, em alguns casos, argumentos consequencialistas exaustivos podem ser apropriados. [...] Os casos são ganhos ou perdidos por meio do emprego de um cuidado meticuloso (ou por meio da falta desse cuidado) em exaurir cada conceito relevante, em testar rigorosamente cada um dos eventos particulares que poderão contar como exemplos de concretização daquele conceito geral. É claro, isso não significa que seja necessário ou mesmo melhor estabelecer disputas jurídicas reais em termos silogísticos rigorosos. O modo de apresentar um caso pertence mais à retórica que à lógica, mas a retórica mais eficiente será provavelmente aquela que se fundamenta em uma clara compreensão das implicações lógicas desse processo. Para resumir, se o silogismo jurídico é visto de sorte a fornecer a moldura para toda a argumentação jurídica que está implicada na aplicação do Direito, então os problemas que podem surgir nesse processo, que requerem para sua solução o uso de argumentação em princípio não dedutiva (ou seja, retórica ou persuasiva), se apresentarão em um número limitado de formas (MACCORMICK, 2008, p. 56-57).

Percorrendo a obra de MacCormick, infere-se a posição de que a efetivação das leis não está adstrita à prática subsuntiva fato-norma, pois abrange, mais além, “atos justificatórios que demandam a consideração de parâmetros analíticos não puramente formais ou procedimentais”. Conforme registrado anteriormente, o jurista acredita que o raciocínio silogístico-dedutivo não seja suficiente para dirimir os problemas da atividade interpretativa das leis, em sede de aplicação do comando normativo. Em vista disso, concebeu uma teoria intermediadora do direito, reunindo tanto as premissas positivistas quanto as doutrinas pós-positivistas, com o fito de “superar os aspectos insatisfatórios das duas vertentes”; porquanto, se analisadas de maneira isolada, inviabilizam uma metodologia adequada para direcionar o julgador na prolação de suas decisões (PIRES, 2020, p. 51).

A supracitada teoria intermediadora, intencionando unificar o padrão positivista com as exigências analíticas dos princípios e valores morais, externa um modelo de compatibilização, segundo o qual o conjunto normativo de determinado ordenamento não possuiria, de plano, uma “operacionalidade prática [...] pré-determinada, devendo ser delineada através da intermediação do debate doutrinário”, no qual se aprimorará a análise principiológica em face do acervo legislativo de uma comunidade política (PIRES, 2020, p. 53).

No tocante à exigência geral de *universalidade* das razões justificadoras, MacCormick argui que essa característica está presente no conjunto de razões públicas de que se valem os agentes do Estado comprometidos com uma justiça imparcial, ainda que essa universalidade seja excepcional (*defeasible*) (2008, p. 132). Ferreira da Costa e Rosa explicam que a universalidade traduz a essencialidade dos precedentes judiciais, com vistas a melhorar o processo decisório, no sentido de prospecção de argumentos para disputas futuras que guardem semelhança com o acervo fático anterior, ressalvado, também, em tempo futuro, o aspecto da coerência normativa (2022, p. 115).

Seguindo os ensinamentos de MacCormick, não se pode deixar de anotar que a hipotética universalização da validade da norma jurídica não obsta a tarefa do juiz de levar em conta a integralidade das razões particulares arvoradas pelas partes em determinada situação concreta. Para o autor, uma decisão será certa ou equivocada a depender da “inclusão, pelo intérprete, de todas as circunstâncias do caso, sendo que circunstâncias excepcionais podem alterar a perspectiva, inicialmente, generalizante de uma decisão correta” (PIRES, 2020, p. 56).

Desta feita, é válido afirmar que MacCormick, ao refutar o juspositivismo e se aliar aos movimentos pós-positivistas, realçando que o direito não se restringe à atividade interpretativa de um conjunto normativo sistêmico, porém admitindo que o exercício de análise valorativa das leis está inegavelmente atrelado à prática decisória, preocupa-se com a eficácia da norma e com os reflexos do raciocínio jurídico para a fundamentação dos pronunciamentos, aceitando que, especialmente nos casos difíceis, as indagações interpretativas e sua justificação com base em princípios e valores do ordenamento se mostram o mais correto método para a motivação judicial (PIRES, 2020, p. 56).

Além disso, a doutrina do citado jurista está comprometida a fornecer padrões argumentativos consistentes, no âmbito da atividade decisória, uma vez que a esmerada aplicação das normas deve pressupor a abordagem do direito enquanto argumentação, com o propósito de se obstar a “arbitrariedade decisionista dos intérpretes”. Nessa toada, discerne-se o estatuto normativo das decisões judiciais, isto é, a identificação de que a decisão judicial produz normas, pelo que se confirma a visão de MacCormick acerca do valor do precedente para a integridade do direito (PIRES, 2020, p. 68).

Como se pôde verificar, não é o caso nem de se negar o caráter vinculante dos precedentes, nem de se lhes atribuir validade absoluta, o que iria de encontro ao processo de evolução da função interpretativa, própria da atuação jurisdicional. Os precedentes precisam se mostrar, no mínimo, persuasivos, a fim de serem utilizados como regras aplicáveis aos novos casos concretos. Tal abordagem, com suporte no padrão da razoabilidade, conduz à visualização do direito na qualidade de um subsistema social, de natureza normativa, que está em permanente construção, pela intermediação de metodologias e raciocínios jurídicos sedimentados na prática discursiva (PIRES, 2020, p. 68-69).

Tratado como um “instrumento da modificação interpretativa”, o precedente se afigura como uma bússola, conferindo segurança jurídica aos cidadãos que se socorrem do Judiciário. Em suma, resgatando a ideia de universalidade em MacCormick, requer-se que os casos iguais sejam decididos de maneira “igual, universal, aplicável a todos os casos com as mesmas características, e em todas as instâncias em que essa justificativa seja aplicável” (FERREIRA DA COSTA; ROSA, 2022, p. 115-116).

Consoante se denota da múltipla reafirmação dessa ideia, propõe-se este trabalho a investigar em que bases a atuação jurisdicional deve se aprimorar para tornar não somente o processo, como todas as suas decisões, veículos de consecução dos interesses sociais, democráticos e constitucionais. Para prosseguir com essa verificação, antes mesmo de se adentrar propriamente no estudo conceitual do precedente, sublinhar-se-á o dever de uniformização do entendimento dos tribunais superiores, a ideia implementada - agora, por escrito - no ordenamento processual civil de que, a par da legislação, existem outras fontes do direito a serem consideradas, a saber, a norma que se extrai das decisões judiciais. Esse é o tópico próximo a ser abordado.

2.2 Dever de uniformização da jurisprudência pelos tribunais, estabilidade e previsibilidade do ordenamento jurídico: padrões decisórios vinculantes no CPC/2015 e a formação dos precedentes judiciais

Ao discorrer sobre o processo de racionalização da decisão judicial, começa-se a adentrar na temática de confiança à jurisprudência dos tribunais, fonte da qual devem decorrer uniformidade, estabilidade, integridade e coerência, de acordo com o CPC/2015.

A jurisprudência é dessas realidades jurídicas que, de certa maneira, surpreendem o homem do povo. O vulgo não compreende nem pode admitir que os tribunais, num dia julguem de uma forma e, pouco depois ou até mesmo num só dia, cheguem a conclusões diversas, em virtude das opiniões divergentes dos magistrados que os compõem (REALE, 2002, p. 171).

Marinoni explica que a ideia de jurisprudência uniforme remete a uma época em que existiam as “Cortes de correção”, que eram Cortes Supremas ainda não designadas como parte do Poder Judiciário. Essas cortes eram consideradas “devedoras do produto do legislativo” e se voltavam para a “tutela da lei”, bem assim para a “garantia da unidade do direito objetivo no território nacional”. Como a sua função primordial era aplicar com exatidão a norma inserida na lei, a sua atuação se dava de forma a tutelar o direito que haviam interpretado ou aplicado erroneamente. Assim, é preciso que a corte abra a possibilidade para a interposição de todos os recursos possíveis, de modo que intervenções defensivas não a exonerem “do direito subjetivo do vencido de ver a decisão judicial cassada ou reformada”; ato contínuo, a corte se depara com um sem número de recursos para julgar atinentes a uma idêntica questão de direito, o que enseja, previsivelmente, a ocorrência de decisões conflitantes. Diante desse dilema, a única solução, conforme o autor, seria agrupar muitas decisões em sentido idêntico, a fim de corrigir os pronunciamentos equivocados, “justificando a sua função de Corte a serviço da tutela da unidade do direito”. Isso é o que se chama de “jurisprudência uniforme” (2022, p. 288-289).

As cortes de justiça, atualmente, não exercem mais a função corretora, possuindo o dever de “definir a interpretação do texto legal ou dele extrair a norma jurídica válida” (MARINONI, 2022, p. 289). Depreende-se, então, que podem imprimir sentido ao ordenamento jurídico, não ao seu bel prazer, mas desenvolvendo a interpretação mais próxima e harmônica possível com as necessidades do corpo social. É que, falando em atribuir sentido ao direito, Marinoni aduz que a discussão recai sobre as questões de direito e, nesse patamar:

Só quando a questão de direito é objeto de adequada deliberação e a maioria do colegiado compartilha do mesmo fundamento para resolvê-la é que se pode falar em *ratio decidendi* e, portanto, em precedente. [...] Note-se que a técnica da distinção ou do *distinguishing* é obviamente inaplicável em face de um conjunto de julgados ou de uma “jurisprudência uniforme”. [...], a jurisprudência uniforme potencializa a abstração da interpretação, desprendendo-a das situações de fato e das razões jurídicas de cada um dos julgados (MARINONI, 2022, p. 289).

Mello historiciza que a jurisprudência surgiu a partir da ausência de um “corpo de direito substancial” na Inglaterra, o qual foi sendo construído paulatinamente com as decisões dos Tribunais Reais. Com o passar do tempo, tornou-se a “principal fonte irradiadora de normas”. A regra, no direito inglês, consiste num “*princípio extraído de uma decisão judicial concreta, por indução, e passível de aplicação a situações idênticas*”. Em decorrência lógica dessa estrutura, depararam-se os juízes com a necessidade de respeitar os precedentes judiciais entabulados pelas cortes superiores, ou seja, a adesão à doutrina do *stare decisis* (2008, p. 20-21, grifo da autora).

No Brasil contemporâneo, vale destacar a importância do Livro III do CPC/2015, que versa sobre a ordem dos processos nos tribunais e os meios de impugnação das decisões judiciais, inaugurado com o art. 926, o qual indica o dever dos tribunais de uniformizar sua jurisprudência e de mantê-la estável, íntegra e coerente. Os §§ 1º e 2º complementam o *caput*, sugerindo aos tribunais que, atentando-se ao teor dos precedentes que ensejaram a consolidação de um entendimento, editem súmulas no tocante a essa jurisprudência dominante (BRASIL, CPC, 2015).

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 (BRASIL, 2015).

Avaliando a expressão do CPC, Une sugere somente se logra êxito obter uma estabilidade (relativa) de julgamento à medida que “um entendimento é adotado por uma quantidade significativa de julgados e em um razoável lapso temporal”; trata-se, segundo o autor, da instituição de um modelo de “jurisprudência íntegra”, que não depende de precedente ou do *stare decisis* para se efetivar (2017, p. 312). Como se vê, Une adota uma postura teórica diferente da de Marinoni, por exemplo, mencionada no introito desta subseção; contudo, é de se observar que o primeiro sinaliza a vigência da tradição do *Civil Law* no Brasil, enquanto o segundo reconhece a situação característica da tradição mista.

Embora registre que parcela da doutrina não concorde com a sua afirmação, Fernandes exprime que o paradigma de valorização da jurisprudência aproxima o sistema brasileiro ainda mais do *Common Law*, com o fito de as decisões paradigmáticas guiarem outros juízes no bojo de suas decisões. O problema da instabilidade da jurisprudência, consoante suas palavras, “prejudica a previsibilidade das decisões e faz com que, muitas vezes, questões idênticas acabem sendo decididas de forma diferente, gerando a sensação de injustiça naquele jurisdicionado que não obteve o resultado favorável” (2015, p. 1449).

Streck explica que “em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica. [...], haverá *coerência* se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da *força normativa* da Constituição” (2017, p. 29, grifo do autor). No sentir de Fernandes, a situação se agrava quando se toma conhecimento de que a situação supranarrada ocorre com o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no qual diferentes turmas aplicam a Lei Federal de maneiras diversas, acontecendo até mesmo a possibilidade de uma turma se pronunciar em entendimento contrário ao adotado anteriormente por ela mesma (2015, p. 1449).

Tal situação se torna especialmente grave quando se lembra que a Constituição Federal, ao criar o STJ, para dividir competência com o STF, fixou dentre suas relevantes funções a de uniformizar a interpretação das Leis Federais infraconstitucionais em todo o território nacional, demonstrando aos diversos tribunais brasileiros e juízes de primeiro grau como essas leis devem ser corretamente aplicadas. Ora, se internamente muitas vezes existe controvérsia a respeito da correta aplicação dessas leis, como poderá o STJ firmar o entendimento correto que se deve dar a elas? Como poderão os demais tribunais acompanhar a jurisprudência do STJ se este ora decide em um sentido, ora decide em outro? (FERNANDES, 2015, p. 1449).

A exposição de motivos declinada no anteprojeto do CPC deixou explícita a intenção de se imprimir maior celeridade e igualdade aos pronunciamentos judiciais, reunindo, por exemplo, demandas que se assemelham em razão do conteúdo (mesma questão de direito) para julgamento conjunto. Como medida de prevenção decorrente desse anseio de aprimoramento do Judiciário, estipulou-se o comando de uniformização da jurisprudência e do respeito aos precedentes e aos enunciados de súmula para que os jurisdicionados, estando em situações idênticas, que requerem a aplicação da mesma norma jurídica, não precisem se

submeter a “regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos” (BRASIL, SF, 2015, p. 27).

Deve ser combatida, em nome da isonomia e da segurança que se espera do Judiciário, a jurisprudência “*banana boat*”, mencionada pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, em seu voto (vencido), durante o julgamento do AgRg no Resp. nº 382.736/SC:

O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa súmula não devia ter sido feita assim. Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia [sic], cheia de pessoas, é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da bóia [sic]. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da bóia [sic] estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados (BRASIL, 2003, p. 23).

O fenômeno, por assim dizer, não ocorre apenas na esfera do STJ, sendo comumente observado também nos tribunais inferiores, ensejando a “desorientação” dos juízes que precisam seguir a jurisprudência. Trata-se, pois, de um mal que acomete, inclusive, o próprio Judiciário e o desenvolvimento do raciocínio decisório. Reale, a respeito do cotidiano do labor jurídico, destaca a possibilidade de haver nítidos contrastes na jurisprudência de forma corriqueira. Segundo o autor,

Certa vez, tivemos a oportunidade de assistir ao julgamento de uma ação perante uma das Câmaras Cíveis de nosso Tribunal, acompanhado de um cliente que tinha exatamente duas questões com os mesmos dados, embora sem a mesma identidade de partes. O julgamento se processara no interregno de sete ou oito dias e uma tese jurídica foi consagrada numa Câmara, enquanto que a oposta lograva triunfar em outra. Bem podem imaginar a revolta e, ao mesmo tempo, a perplexidade desse cliente ao verificar que, diante da mesma situação de fato, de provas de igual alcance e de textos legais absolutamente idênticos, havia sido possível atingir consequências opostas. Isto, entretanto, não deve surpreender ao jurista. É da própria natureza da jurisprudência a possibilidade desses contrastes, que dão lugar a formas técnicas cada vez mais aperfeiçoadas de sua unificação (2002, p. 171-172).

O fenômeno da jurisprudência disforme “fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade”, razão pela qual a função dos tribunais superiores deve ser a de prolatar decisões que delineiem o ordenamento pátrio. As súmulas e

as súmulas vinculantes exprimem essa abertura do sistema para conferir maior unidade às decisões, e nesse mesmo sentido está o regime de julgamento conjunto dos recursos especial e extraordinário repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) (art. 928, CPC). Inclusive, o CPC prevê a hipótese de a parte interessada ou o Ministério Público propor reclamação para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante, de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em controle concentrado de constitucionalidade, de acórdão proferido em julgamento de IRDR e de incidente de assunção de competência (IAC) (art. 988, *caput*). Para que isso ocorra, requer-se o mínimo de estabilidade, coerência e integridade nos pronunciamentos dos juízes e tribunais, não apenas com relação ao próprio entendimento (dimensão horizontal), como também em relação às cortes superiores (dimensão vertical, quando couber) (BRASIL, SF, 2015, p. 27).

Nessa mesma toada, em atenção ao dever de uniformização da jurisprudência pelos tribunais, Cambi e Oliveira aduzem que, da prescrição do art. 926 do CPC emanam quatro atributos da jurisprudência, os quais “devem ser entendidos como padrões normativos, no entendimento de Pugliese (2016a), isto é, referências para ordenação do direito e da decisão judicial”. As premissas extraídas desse contexto dão conta que “a jurisprudência ocupa um lugar central para a compreensão dos dispositivos legais”, que “os tribunais devem levar em conta o passado, ao considerar as interpretações já realizadas, sem descuidar das implicações futuras que tal decisão pode implicar” e que “as quatro referências, ainda, servem de critérios para a viabilidade do devir jurídico, de modo a permitir a mudança, mas não de qualquer maneira, sempre se atentando à cautela que é derivada das variáveis expostas” (2019, p. 169).

Pelo *caput* do aludido dispositivo, tem-se que as “quatro referências”, atributos da jurisprudência, são a uniformização, a estabilidade, a integridade e a coerência, que não se confundem com “princípios que orientam a jurisprudência dos tribunais”, pois são “verdadeiros deveres [...], do contrário, se entendidas as variáveis como princípios, teriam elevado grande de discricionariedade em relação a sua extensão, de modo a solapar a segurança jurídica que pretendem promover” (CAMBI; OLIVEIRA, 2019, p. 169).

Justamente, “a segurança jurídica requer estabilidade da *ratio decidendi* [do latim “razão de decidir”, motivos determinantes] para que os jurisdicionados possam prever o resultado de suas ações e a isonomia requer que casos iguais sejam decididos da mesma forma”. Com relação à segurança jurídica, a problemática é a “de ponderar até que momento é

mais adequado ao ordenamento jurídico manter um entendimento inadequado ou desatualizado de forma a permitir que os jurisdicionados possam prever as consequências de suas ações ou omissões” (PEIXOTO, 2016, p. 12-13).

Com efeito, diante da impossibilidade de a lei regulamentar objetivamente todas as situações jurídicas, especialmente nesta época de relações humanas mais complexas e dinâmicas, que torna indispensável o procedimento hermenêutico realizado pelo juiz, remanesce tutelar a segurança jurídica a partir de uma política de valorização de uniformização e estabilização dos pronunciamentos judiciais (UNE, 2017, p. 311).

A proteção que a Constituição ou uma lei infraconstitucional confere aos direitos mais caros ao cidadão pode ser assegurada, tal como se estudou até aqui, mediante a judicialização da pretensão (sobre lesão ou ameaça a esses direitos). O processo, que não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de escrutínio do pedido postulado, democratização e bem-estar social, transcende as barreiras jurídicas e afeta, por vezes, o íntimo de cada ser humano. Não seria proporcional que se esperasse satisfação e conformidade de alguém que obteve decisão completamente divergente de outros casos idênticos ou, ao menos, semelhantes e que foram decididos de determinada maneira.

A observação da jurisprudência, segundo o próprio CPC, é capaz de garantir essa uniformidade, a unidade do ordenamento que se espera para conferir à sociedade a necessária estabilidade. Não significa que o juiz tenha de aplicar mecanicamente o entendimento consolidado dos tribunais, tal qual em determinada época se pensava que o magistrado era o mero executor do comando das leis; tanto é que há mecanismos de distinção e de superação desse acervo decisório, inclusive mencionados anteriormente nesta seção. Trata-se de colocar o fator humano à frente da própria convicção, na perspectiva do Estado-Juiz “soberano”, outrora livre para julgar conforme a própria consciência, concomitantemente à admissão de um sistema variável de fontes do direito à disposição do exercício argumentativo, em oposição ao legalismo estrito, para, no caso concreto, promover a justiça social, aliando a persuasão racional ao escopo democrático do direito.

Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que *moldem* o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. [...] Evidentemente,

porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável. A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável (BRASIL, SF, 2015, p. 27-28, grifo dos autores).

Marinoni ensina que a segurança jurídica é atributo indispensável para a caracterização de um Estado de Direito. É o que garante a estabilidade e a continuidade do ordenamento pátrio, bem como a “previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta”. A doutrina assimila a segurança jurídica como fator indissociável do Estado de Direito, conferindo-a o *status* de “subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito” (2022, p. 92-93). A esse particular, Marinoni aduz, sublinhando a característica da *previsibilidade*:

O Estado brasileiro, por ter o dever de tutelar a segurança jurídica, deve realizar as suas funções de modo a prestigiá-la, estando proibido de praticar atos que a renequem. O cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado. Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações. [...] Para que o cidadão possa esperar um comportamento ou se postar de determinado modo, é necessário que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas. Além disso, há que lhe garantir previsibilidade em relação às consequências das suas ações (2022, p. 93-94).

Pautando o discurso na dimensão da *estabilidade* como consectário da segurança jurídica, o autor complementa:

Em outra perspectiva, a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável. Esta deve ter um mínimo de continuidade. E isso se aplica tanto à legislação quanto à produção judicial, embora ainda não haja, na prática dos tribunais brasileiros, qualquer preocupação com a estabilidade das decisões. Frise-se que a uniformidade na interpretação e aplicação do direito é um requisito indispensável ao Estado de Direito. Há de se perceber o quanto antes que há um grave problema num direito variável de acordo com o caso. [...] o que importa, no presente contexto, é demonstrar que a estabilidade não se traduz apenas na continuidade do direito legislado, exigindo, também, a continuidade e o respeito às

decisões judiciais, ou melhor, aos precedentes. Pouco adiantaria ter legislação estável e, ao mesmo tempo, frenética alternância das decisões judiciais. Para dizer o mínimo, as decisões judiciais devem ter estabilidade porque constituem atos de poder. Ora, os atos de poder geram responsabilidade àquele que os instituiu. Assim, as decisões não podem ser livremente desconsideradas pelo próprio Poder Judiciário (MARINONI, 2022, p. 94, 99).

Insta, pois, trazer à discussão a distinção entre jurisprudência e precedente. Enquanto aquela faz referência a uma ampla gama de decisões sobre casos concretos distintos, que podem ser evocados para fundamentar a interpretação de uma norma na esteira do entendimento de determinado intérprete, constituindo-se em declarações cujo objeto são regras jurídicas, este é associado a uma decisão relativa a um caso específico, de modo que a decisão eleita como precedente é uma só, contendo uma regra universalizável que poderá ser aplicada como critério de julgamento ao caso seguinte, seja por identidade, seja por analogia entre a correspondência fática (TARUFFO, 2014, p. 03-04). Aliado aos já analisados artigos 489, § 1º e 926, ambos do CPC, observe-se o que traz o diploma processual civil a respeito da matéria precedentalista:

Art. 927, CPC. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores (BRASIL, 2015).

Fernandes observa que o *caput* do art. 927, do CPC, determina, de forma impositiva, aos juízes e aos tribunais, a observância das decisões e súmulas listadas nos incisos de I a V, os quais “relacionam como paradigmas diversas decisões dos tribunais superiores [verticalidade], mas também expressam a necessidade de o juiz observar a orientação do plenário ou do órgão especial do tribunal ao qual estiver vinculado [horizontalidade]”. O art. 10, citado no § 1º do comando legal referenciado, estabelece a proibição das decisões-surpresas, situação exposta na primeira seção deste trabalho e que tem por substrato o contraditório pleno, a ampla defesa e a segurança jurídica. Neste ensejo, o autor discorre que a reiteração da norma no diploma processual civil, por ocasião da instituição de regras atinentes ao entendimento fixado pelos tribunais, confere às partes “a oportunidade de demonstrarem as particularidades ou semelhanças dos casos, autorizadas da aplicação ou não do precedente invocado” (2015, p. 1452).

Nos parágrafos subsequentes, § 2º ao § 5º, houve a preocupação em tornar expressa a possibilidade de alteração do entendimento dominante de jurisprudência ou precedente, seja pela utilização da distinção (*distinguishing*), seja pelo mecanismo da superação (*overruling*). Reconheceu-se, simplesmente, o que já é notório para a comunidade jurídica, o fato de que o direito se manifesta por meio de transformações sociais, devendo com elas progredir, na tentativa de acompanhar os seus avanços. A distinção, cumpre mencionar, ocorrerá diante das peculiaridades concretas, situações em que não se poderá impor o sentido completo das razões fundamentais de um precedente ou da coletânea jurisprudencial à realidade fático-normativa.

Fernandes, a esse particular, indica que o CPC optou pelo não engessamento da jurisprudência de forma acertada, pois, se adotado o sentido oposto, impediria a sua evolução. O mesmo se aplica ao precedente que se mostra incompatível com a realidade que surge, ora de um jeito, ora de outro; ou então o precedente que resultou de uma decisão equivocada, eivada de vícios que ensejem a sua nulidade, por exemplo. Para o autor, não haveria razão para manter a eficácia do precedente nesses casos, daí o *overruling* ser medida idônea para corrigir o erro (2015, p. 1453).

Há ainda a hipótese de se contar com audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos e entidades que auxiliem na discussão para se redefinir a tese debatida. Cabe a intervenção do *amicus curiae* neste ínterim, figura disciplinada no art. 138 do CPC. Exemplo de precedente que será citado um pouco adiante neste trabalho e que se valeu da participação de *amicus curiae* é o do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, em que se declarou a inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. Por ocasião desse julgamento, participaram na qualidade de *amici curiae* a Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e o Instituto dos Advogados Brasileiros (BRASIL, STF, 2017, p. 01).

Caso se altere a jurisprudência dominante das cortes de vértice (STF e STJ) ou da que fora consolidada em julgamento de processos repetitivos, o CPC autoriza a modulação dos efeitos dessa modificação, calcada no interesse social e na segurança jurídica. É conveniente realçar, para esse escopo, que a superação do precedente produz “efeitos retroativos ou prospectivos, opção que deverá levar em conta os valores acima referidos, quais sejam interesse social e segurança jurídica” (FERNANDES, 2015, p. 1453).

Ora, como já se afirmou, a valorização dos precedentes e da jurisprudência dominante tem, dentre seus benefícios, a previsibilidade das decisões e a segurança jurídica, uma vez que o jurisdicionado terá condições de saber qual é o entendimento jurisprudencial a respeito de determinado tema. Dessa forma, caso haja uma superação do precedente, e essa superação produza efeitos retroativos, o jurisdicionado pode ser prejudicado por ter acreditado em um precedente que não mais prevalece. Para evitar tal indesejável situação, possível estabelecer-se que a superação do precedente não produza efeito retroativo, ou seja, somente alcance os atos praticados após essa mudança de entendimento (FERNANDES, 2015, p. 1454).

Em consideração final acerca do art. 927, § 5º, do CPC, Fernandes avalia que a previsibilidade das decisões e a segurança jurídica foram pontos favoráveis à implementação do sistema precedentalista, facilitando “aos operadores do direito e aos jurisdicionados preverem como os seus casos serão decididos, podendo pautar sua conduta por essa previsão”. Entretanto, para que isso ocorra, é preciso que se observe o comando legal do predito § 5º, isto é, que os precedentes tenham ampla divulgação, com a publicidade dos tribunais, mediante organização por questão jurídica decidida; ainda, o CPC dá preferência a que a publicidade seja realizada por intermédio da rede mundial de computadores (via internet) (FERNANDES, 2015, p. 1454).

Vistos os dispositivos que consagraram no ordenamento processual civil o que se pode chamar de microsistema de precedentes brasileiros, é indispensável consignar que a observância da jurisprudência uniforme, como quer o CPC/2015, e a escoreita aplicação dos precedentes nos casos concretos podem referendar um ordenamento processual estável, eficaz e digno:

[...], o princípio da igualdade, também é visto como razão para adoção de precedentes. Nosso sistema jurídico garante a igualdade diante da jurisdição, tendo como espécies a igualdade de tratamento no processo, a igualdade de acesso e a igualdade ao procedimento e à técnica processual. Onde está a igualdade diante das decisões judiciais? [...] Não se pode negar quão incoerente é para um Estado Democrático oferecer decisões desiguais para casos iguais. Apesar da forte afirmação do *civil law* da igualdade perante a lei, diuturnamente as decisões judiciais no Brasil diferem de uma Turma recursal para outra em casos iguais, o que poderia ser obstaculizado pela simples observância dos precedentes (RIGOLDI, 2014, p. 10, 11).

Ou seja, respeitando-se o precedente firmado pelos tribunais, respeita-se, conseqüentemente, a coerência com que o direito trata de determinada controvérsia. Surge, então, a necessidade de se discutir sobre a formação dos precedentes e a possibilidade de serem reconhecidos como fonte do direito brasileiro, a fim de se refletir em que medida a sua aplicabilidade pode contribuir para a concretização de ideais constitucionais, em especial a igualdade, a segurança jurídica e a dignidade humana.

2.3 Conceito, origem e eficácia do precedente judicial na concretização dos direitos fundamentais no âmbito do Estado Democrático de Direito

Neste tópico apresentar-se-á a conceituação do instituto do precedente judicial para vários autores, assim também uma breve exposição acerca de sua origem, ínsita ao sistema do *Common Law*. Taruffo (2001, p. 42, tradução nossa⁸), versando sobre a tendência de superação da distinção entre as tradições do *Common Law* e do *Civil Law*, explana que vários fatores dinâmicos contribuiriam para que ambos os sistemas passassem por transformações

⁸ “Vale però la pena di accennare sommariamente ai fattori dinamici che sembrano essere all'opera nel contesto dei mutamenti relativi ai principali sistemi processuali. Un primo fattore di notevole rilievo è quello che i comparatisti usano denominare *circolazione dei modelli*” (TARUFFO, 2001, p. 42, grifo do autor).

fundamentais. O primeiro fator elencado pelo autor é o que os teóricos comparatistas denominam de “circulação dos modelos”:

Ao contrário do que acontecia há séculos, quando os sistemas processuais mudavam por via de regra (embora haja exceções como a *Rezeption* germânica) com ritmos muito lentos, mas, sobretudo "verticalmente", ou seja, cada um permanecendo dentro de si e evoluindo de acordo com suas próprias linhas históricas, o fenômeno que caracteriza a evolução mais recente é o da "interferência horizontal" entre sistemas diferentes, ou - se preferir - a imitação de um sistema ou modelo por outros sistemas, mesmo que derivados de experiências históricas e linhas evolutivas muito heterogêneas. O que queremos aqui sublinhar é que, no âmbito do processo civil, estes fenômenos já se verificam há algum tempo não só entre sistemas processuais estatais individuais, mas também entre modelos gerais ou áreas de sistemas [...]. Ou seja, há um complexo intercâmbio de modelos também entre sistemas de *common law* e sistemas de *civil law*. Os exemplos são numerosos, sobretudo se olharmos para a influência do modelo norte-americano, mas bastará citar alguns para esclarecer a questão: deste modelo alguns sistemas de *civil law* derivaram o júri penal (como aconteceu recentemente na Espanha), o do interrogatório, a ideia de que o recurso aos tribunais superiores deve ser limitado, a *class action*, [...] e várias outras coisas (TARUFFO, 2001, p. 42-43, tradução nossa⁹).

Taruffo desmistifica a estrita separação entre as tradições em estudo, aquele modelo engessado de tradição oral e adversarial que seria o *Common Law* e aquele sistema inquisitivo e escrito que seria o *Civil Law*, ressaltando as trocas existentes entre ambos. Em seu entendimento, os legisladores modernos, que estão seriamente voltados para a reforma da justiça civil, tendem a “pegar emprestado” os elementos que acreditam ser úteis para o seu propósito, deixando de lado o apego excessivo as suas respectivas tradições nacionais e integrando os demais modelos jurídicos à tradição de seu próprio país (2001, p. 43, tradução nossa¹⁰).

⁹ “A differenza di quanto è accaduto per secoli, quando gli ordinamenti processuali mutavano di regola (anche se non mancano eccezioni come la *Rezeption* germanica) con ritmi molto lenti ma soprattutto ‘in verticale’, ossia ognuno rimanendo entro se stesso ed evolvendo secondo proprie linee storiche, il fenomeno che caratterizza l'evoluzione più recente è quello delle ‘interferenze orizzontali’ tra sistemi diversi, o - se si preferisce - dell'imitazione di un sistema o modello da parte di altri sistemi, anche se derivati da esperienze storiche e linee evolutive molto eterogenee. Ciò che qui si vuole sottolineare è che per quanto riguarda il processo civile questi fenomeni si verificano da qualche tempo non solo tra singoli ordinamenti processuali statali, ma anche tra modelli generali o aree di ordinamenti [...]. Si verifica cioè un complesso interscambio di modelli anche tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law*. Gli esempi sono numerosissimi, soprattutto se si guarda all'influenza del modello nordamericano, ma basterà citarne qualcuno per chiarire il discorso: da questo modello alcuni sistemi di *civil law* hanno derivato la giuria penale (come è accaduto di recente in Spagna), la tecnica dell'interrogatorio incrociato, l'idea che si debba limitare il ricorso alle corti supreme, la *class action*, [...] e varie altre cose” (TARUFFO, 2001, p. 42-43).

¹⁰ “Un'analisi interessante, ma che qui non può essere neppure accennata, potrebbe riguardare la frequenza, l'intensità e l'importanza relativa degli ‘scambi’ tra sistemi processuali di *common law* e di *civil law*. Si può

Ao proceder dessa forma, dividem-se os legisladores em “instruídos” e “ignorantes”. Enquanto aqueles possuem as informações necessárias para fazer as melhores escolhas no âmbito das ideias atinentes à justiça civil, considerando a sua finalidade e os seus instrumentos para fazê-lo; estes tendem a ser culturalmente autárquicos, assim, creem que o único sistema processual pátrio possa ser reformado somente a partir de sua cultura particular e provinciana, desprezando as influências úteis derivadas daqueles ordenamentos que já enfrentaram e resolveram (talvez de melhor e mais eficiente forma) os mesmos problemas (TARUFFO, 2001, p. 43, tradução nossa¹¹).

O segundo fator contributivo, avivado por Taruffo, para explicar as mudanças ocorridas nos sistemas do *Common Law* e do *Civil Law*, são os reflexos jurídicos da globalização. Essas consequências são muito numerosas e afetam as mais diversas áreas do direito. Na alçada do processo civil, são listados dois fenômenos importantes atrelados aos efeitos da globalização. O primeiro deles é o rápido e acentuado aumento da frequência de disputas transnacionais, envolvendo sujeitos de diferentes nacionalidades, o que é resultante do crescimento vertiginoso das relações jurídicas das mais diversas naturezas (mas, principalmente, comerciais e financeiras), que possuem caráter tipicamente transnacional. O segundo fenômeno é a tendência à uniformização cultural que começa a se manifestar também no âmbito da cultura jurídica, tal como na cultura geral (literatura, cinema, música). A transposição das fronteiras nacionais é um fenômeno inevitável, correlato à difusão e circulação de questões gerais, como garantias constitucionais, direitos humanos, o processo justo, a tutela efetiva, e assim por diante. Para não perder o contato com a realidade e para não ficar presa na problemática do solipsismo autorreferencial, a cultura jurídica deve encontrar

tuttavia accennare in linea generale alla circostanza che i legislatori moderni che si occupano seriamente di riforme della giustizia civile tendono a ‘prendere a prestito’ ciò che ritengono essere utile ai loro scopi senza ritenersi eccessivamente vincolati alle rispettive tradizioni nazionali, e rivolgendosi quindi anche al di fuori dei modelli generali di tradizionale appartenenza (TARUFFO, 2001, p. 43).

¹¹ “Naturalmente ciò dipende dalla cultura del legislatore di cui di volta in volta si tratta: un legislatore ‘colto’ avrà le informazioni necessarie per operare scelte migliori sul mercato delle idee relative alla giustizia civile, alle sue finalità e agli strumenti per conseguirle, mentre un legislatore ‘ignorante’ (di cui si danno vari esempi, in particolare in Italia) tenderà ad essere culturalmente autarchico, e quindi a ritenere che il singolo sistema processuale nazionale possa essere riformato solo dall’interno della sua particolare e provinciale cultura, senza alcuna utile influenza derivabile da quegli ordinamenti che hanno già affrontato e risolto - magari meglio ed in modo più efficiente - gli stessi problemi” (TARUFFO, 2001, p. 43).

uma maneira de participar da circulação ilimitada de ideias no bojo da dimensão globalizada (2001, p. 43-45, tradução nossa¹²).

Tendo em vista a interseccionalidade de tradições jurídicas na atualidade, conforme traçado pelas linhas de Taruffo, mormente ao se considerar que a tradição brasileira é essencialmente híbrida, mesclando institutos do *Civil Law* e do *Common Law*, admite-se a compatibilidade dos precedentes judiciais com o ordenamento pátrio.

Segundo Cambi, recentes reformas do sistema processual brasileiro adotam medidas que prestigiam o uso da jurisprudência e dos precedentes como instrumentos que conferem celeridade ao processo. O autor alerta que o mero conglomerado decisório dos tribunais não pode ser considerado precedente, uma vez que os precedentes “definem o sentido do direito mediante as melhores razões (razões determinantes ou *ratio decidendi*) necessárias para servirem de orientação para os juízes e tribunais ordinários, bem como para a sociedade” (2020, p. 172).

Camargo expõe que, tradicionalmente, “um julgamento não nasce como um precedente, mas se transforma em tal quando é utilizado futuramente, como razão de decidir em um julgamento outro”. A propósito da mescla de tradições jurídicas típica do Brasil e do mito de que o precedente não se compatibiliza com o sistema do *Civil Law* por ser elemento típico do *Common Law*, o autor discorre que os precedentes, além de não serem desarmônicos com as tradições de direito preponderantemente escrito, “conferem-lhes concretude, materialização, solidez e vida jurídica”, mediante a interpretação e aplicação não somente da lei, como também das demais fontes do direito (2019, p. 123, 125).

¹² “Un secondo fattore di evoluzione, strettamente connesso al primo ma da esso distinguibile, può essere indicato in termini molto generali con l'etichetta di *conseguenze giuridiche della globalizzazione*. Queste conseguenze giuridiche sono numerosissime ed investono molte e diverse aree del diritto [...]. Limitando il discorso a ciò che può interessare il processo civile, si possono sottolineare due fenomeni particolarmente importanti, che paiono destinati ad assumere rilevanza sempre maggiore. Il primo di questi fenomeni è il rapido e forte incremento della frequenza di *controversie transnazionali*. [...] Le cose stanno però cambiando rapidamente, nel senso che diventano sempre più numerose le liti che coinvolgono parti di diversa appartenenza nazionale, in diretta conseguenza del crescere vertiginoso dei rapporti giuridici della natura più diversa (ma soprattutto commerciale e finanziaria) che hanno carattere tipicamente transnazionale. [...] Il secondo fenomeno che va qui segnalato è la *tendenza all'uniformità culturale* che comincia a manifestarsi anche nell'ambito della cultura giuridica, oltre che nell'ambito di moltissime aree della cultura generale (letteraria, artistica, cinematografica, musicale, etc.). Anche nella cultura giuridica il superamento dei confini nazionali [...] è un fenomeno ormai inevitabile, oltre che opportuno, ed è strettamente connesso alla diffusione e circolazione di temi di ordine generale come le garanzie costituzionali, i diritti umani, il giusto processo, l'effettività della tutela, e così via. Se la cultura giuridica, [...] non vuole perdere definitivamente il contatto con la realtà di cui intende occuparsi, e se non vuole rimanere avvolta nella spirale del solipsismo autoreferenziale, deve trovare il modo di partecipare alla circolazione illimitata delle idee che ormai è *in re ipsa* nella dimensione globalizzata del mondo” (TARUFFO, 2001, p. 43-45).

Brito J. D. e Brito T. D., ao perscrutarem a atividade decisória do juiz em face do legalismo enraizado na cultura jurídica brasileira, assinalam que o país ainda não foi capaz de se desvencilhar daquilo que denominam “legolatria”, isto é, o apego exacerbado à lei, a valia demasiada atribuída à lei. A partir disso, defendem que a observação aos precedentes vinculativos pelo sistema pátrio contribuiria para a mitigação desse cenário legalista, verdadeiro sistema de geometria fixo, mediante a retomada da geometria variável de fontes jurídicas. Como consequência desse raciocínio, obter-se-ia no processo decisório “maior isonomia, maior estabilidade [...] e maior segurança jurídica no sistema jurídico brasileiro” (2014, p. 147, 170).

Brito e Oliveira, ao conceituarem o instituto precedentalista, informam que, em conformidade com a doutrina do *stare decisis*, aliada à realidade estadunidense, o termo “Corte” faz alusão aos juízes, sejam os de primeira instância, sejam os de instâncias superiores. E que, do ponto de vista prático, o *stare decisis* transmite a ideia de que, uma vez resolvida determinada discussão jurídica pela Corte de última instância, seja no âmbito federal, seja no estadual, de modo a se estabelecer um precedente, “esta Corte continuará a aderir a esta orientação, aplicando-a aos casos futuros em que os fatos relevantes sejam os mesmos, ainda que as partes sejam outras”. Conforme os autores, então, o precedente pode ser definido como a “regra jurídica usada pela Corte de última instância no local em que o caso foi decidido”, por meio da análise e do julgamento do *meritum causae* (2008, p. 16).

Bastante se mencionou a respeito da dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, com supedâneo no art. 1º, inc. III da CF/1988; da mesma forma, o direito à igualdade material, em seu mais amplo sentido, e o direito à segurança, também compreendido em sentido expansivo, ambos inculpidos tanto no preâmbulo constitucional quanto no *caput* do art. 5º, como valores caros ao Estado e à sociedade. E que a sua concretização, de forma mais contundente do que se observa no dia a dia, pode se tornar uma realidade no sistema de justiça com a adoção de uma cultura precedentalista. Marinoni alega que a segurança jurídica somente pode ser alcançada num contexto em que se exalte a igualdade nas decisões judiciais. Para o jurista, trata-se de uma conclusão lógica: para que isso ocorra, deve-se estabelecer “o dever judicial de respeito aos precedentes” (2022, p. 08-09). Em seus dizeres, o precedente se revela como um “dato autônomo, independente da experiência ou do raciocínio que o fez surgir. [...] possui valor ainda que, em torno dele, não exista qualquer experiência ou raciocínio aproveitável” (2022, p. 81).

[...] um precedente deve ser universalizável, isto é, capaz de ser aplicado em situações racionalmente iguais, vale dizer, em situações que, *consideradas as razões jurídicas e os fatos*, não podem ser tratadas mediante a aplicação de outra norma jurídica. Afinal, o que sustenta o sistema de precedentes é a igualdade, a liberdade, a coerência do direito, a segurança jurídica e a imparcialidade. [...], o valor constitucional que claramente justifica uma Corte Suprema de precedentes é a igualdade, realizada empiricamente mediante a vinculação dos juízes e tribunais ao “direito” delineado pela Corte Suprema, dependente da evolução da vida social, aberto ao dinamismo de um sistema voltado à atuação de princípios fundamentais munidos de inesgotável carga axiológica e atento à devida percepção das diferenças (MARINONI, 2022, p. 289-290).

Extrai-se da lição de Rigoldi que o precedente está relacionado intimamente “ao *poder e ao respeito ao passado* na medida em que uma decisão que emana de autoridade e interfere na vida particular das pessoas cria um precedente que deve ser respeitado por quem o produziu e por quem irá decidir caso futuro semelhante”. A problemática que também move a pesquisa da estudiosa é a segurança jurídica, ou melhor, a falta dela, com relação à distribuição da justiça no Estado Democrático. O jurisdicionado cria expectativas legítimas de que a sua pretensão, vencida a barreira dos obstáculos do acesso à justiça e levada à apreciação pelo Judiciário, por guardar similitude fático-normativa com outras contendas, receberá provimento em determinado sentido, sem que seja surpreendido por entendimento contrastante (2014, p. 11, grifo da autora).

Streck e Abboud elucidam que a regra precedentalista ou do *stare decisis* pode ser transmitida por meio da máxima “*stare decisis et non quieta movere*”, do latim “mantenha-se a decisão e não se mexa no que está quieto”. Chamam a atenção para o fato de que o precedente é constituído por uma *holding*, mecanismo que “irradia o efeito vinculante para todo o sistema”; essa particularidade, ressaltam os autores, não está expressa na Constituição, tampouco na lei, mas na tradição. Para ser considerado vinculante, “a matéria (o caso) deve ser similar”, pois a sua aplicação não é automática, assim, é examinado “se o princípio que se pode extrair do precedente constitui a fundamentação da decisão ou tão somente um *dictum*” (2014, on-line).

Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.849, no qual se debatia a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente, o relator, Ministro Edson Fachin, ao proferir o seu voto, expressa-se no sentido de que, diante de casos concretos, são duas as principais funções institucionais de uma Corte Constitucional: “justificar a decisão

judicial que será tomada em colegiado e zelar pelos seus próprios precedentes”. Em continuidade, o relator assevera que “argumentar a partir de precedentes implica em manter a mesma razão de decidir para casos análogos”, bem assim que “julgar uma demanda afetada à repercussão geral” é compromisso da Corte a manutenção da coerência (BRASIL, STF, 2016, p. 10).

MacCormick, em oportuna passagem citada inclusive pelo Ministro Fachin, no julgamento acima referenciado, exalça, a respeito da autoridade do precedente, que “sob um sistema de precedentes vinculantes ou persuasivos, tais decisões também transcendem cada caso particular e são recebidas como criadoras do Direito ou como decisões que interpretam e determinam o Direito com autoridade” (2008, p. 339).

Bezerra Neto (2019, p. 124), ao conceituar o precedente, alude à expressão do CPC/1973, que apresentou uma definição simplista de precedente, como sinônimo de julgado, guardado o momento histórico em que se inseriu a publicação da lei, cujo significado não subsiste nos dias atuais. Dispunha o *caput* do art. 479 desse diploma que “o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência” (BRASIL, 1973). Consoante o autor, não se pode mais dizer que o precedente é o resultado de uma disputa, o produto de uma contenda, de um julgamento. Essa definição, todavia, adequa-se à época em que foi formulada, quando não se distinguia “texto normativo” de “norma jurídica”. A decisão judicial e a atividade interpretativa dos juízes, como alcançavam determinadas conclusões, até então, não era objeto de preocupação atrelado aos conceitos de precedente e de jurisprudência, importava apenas “quais seriam essas conclusões” emitidas pelo Judiciário.

Para esse tipo de pensamento, o ordenamento jurídico seria composto pelo conjunto de leis produzidas apenas pelo Poder Legislativo, o trabalho do juiz seria aplicar a lei com justiça, a moral seria totalmente separada da lei, a decisão judicial seria resultado da subsunção lógica da lei aos fatos e a atividade interpretativa do juiz consistiria em descobrir o sentido dos textos normativos, através da utilização dos métodos interpretativos: lógico, gramatical, histórico, teleológico e sistemático. Em outros termos, o conceito de *jurisprudência* era reduzido ao conjunto de julgados que convergiam em torno de determinada conclusão quanto à solução de uma mesma “questão jurídica” e *precedente*, por sua vez, era apenas o julgado, em sua unidade. Não havia, assim, qualquer preocupação em descrever a atividade hermenêutica e a atividade argumentativa desenvolvidas para a passagem da “narrativa das partes” para a “narrativa do juiz”, bem como do “texto normativo” para a “norma jurídica” (BEZERRA NETO, 2019, p. 124, grifo do autor).

Já na codificação processual civil de 2015, especialmente nos artigos 489, 926 e 927, o sentido atribuído ao precedente e à jurisprudência é mais detalhado e essa divergência se justifica pela maneira como os institutos são abordados nesses dispositivos, veiculando os dois primordiais pontos dos quais se espera adesão do Judiciário: “a) o compromisso com o emprego de criteriosa atividade hermenêutica e argumentativa quando da construção da decisão judicial; b) o compromisso com a estabilidade, integridade e coerência do caminho utilizado para dar cabo do cometimento anterior” (BEZERRA NETO, 2019, p. 125).

Apesar do avanço com relação aos contornos atribuídos ao que se espera da decisão judicial e a observância ao precedente judicial, o CPC/2015 não o conceituou. Busca a doutrina brasileira, então, referências em países cuja tradição jurídica costumeira abraçou o precedente como fonte principal, porquanto o precedente tem sido amplamente estudado enquanto “decisão que revela e materializa o ‘direito comum’”. A passagem do “texto normativo” para a “norma jurídica”, referências do direito escrito ainda enraizadas na identidade brasileira, estão para o *Civil Law* da mesma forma que as expressões “*ratio decidendi*” e “*holding*” estão para o *Common Law* (BEZERRA NETO, 2019, p. 126). Por isso, é preciso compreender cada uma delas.

Na lição de Schauer, é preciso perscrutar se e quando uma decisão anterior, reputada como um precedente, seria de fato um precedente para a controvérsia *sub judice*. Isso é comumente conhecido, especialmente nas jurisdições de tradição do *Common Law* fora dos Estados Unidos da América, como a *ratio decidendi* da decisão pretérita - a base ou justificativa (razões, motivos) para a decisão do tribunal. É preciso saber não apenas o que o tribunal anterior decidiu, mas o porquê decidiu dessa maneira. Uma perspectiva comum na Inglaterra e em outros lugares é que, tal como as regras, as decisões pretéritas (literalmente, precedentes) possuem justificativas ou fundamentos por trás de seus resultados, e uma decisão pretérita é uma boa decisão (um bom precedente), e, por isso, vinculante, obrigatório para todos os casos subsequentes que se enquadrarem na *ratio decidendi* da decisão pretérita. Propõe-se, então, o seguinte questionamento: como se sabe o motivo pelo qual o tribunal anterior decidiu o que decidiu? Como saber qual era a *ratio decidendi*? Uma possibilidade é olhar para os fatos da decisão pretérita, conforme fora descrito pelo tribunal anterior e considerar tais fatos, em conjunto com o resultado da decisão, como a *ratio decidendi*. Essa solução, contudo, não conseguiria explicar o nível de abstração e de generalidade para

entender os fatos do precedente, e sem mais detalhes não é possível saber as razões pelas quais o tribunal decidiu naquele sentido (2009, p. 50, tradução nossa¹³).

A “*holding*”, por sua vez, como se perceberá pelo texto de Schauer, apesar de algumas tênues distinções da *ratio decidendi*, é o termo mais frequentemente utilizado nos EUA para se referir à própria *ratio decidendi*. Diz o autor que, se, nos casos acima descritos, a mera declaração dos fatos e da conclusão não podem expressar completamente o que o caso precedente “representa”, então é tentador dizer que a própria questão da similaridade jurídica seja determinada pelo direito. É por essa razão que as discussões sobre o precedente [...] geralmente não falam sobre fatos, mas sobre fatos materiais. Ao concluir que a *holding* da decisão - termo este mais comum nos EUA do que *ratio decidendi*, embora com pequenas diferenças de significado - é uma combinação dos fatos materiais com a conclusão, Goodhart e outros teóricos resolveram o problema no tocante à generalidade, mas isso debilitou o núcleo de sua visão (2009, p. 51, tradução nossa¹⁴).

Bezerra Neto, tomando por *ratio decidendi* os “fundamentos da decisão” e por *holding* a “declaração das conclusões da corte a respeito da incidência da lei sobre determinado fato”, chega ao consenso de que ambos os termos “são os fatores que permitem identificar e qualificar como precedente determinada decisão judicial”. Identifica-se, pois, uma decisão por meio de seus fundamentos determinantes, que foram capazes de solucionar a questão fático-normativa suscitada, assim também por meio de suas conclusões, consideradas em conjunto com os fundamentos. À vista disso, o “precedente não é um tipo de decisão judicial, mas uma *qualidade* do julgado, que é construído pelo julgador de forma a possibilitar

¹³ “[...], we must look for something else that will tell us whether and when an earlier case claimed to be a precedent is actually a precedent for the instant case. And this something else is often thought to be what is called, especially in common-law jurisdictions outside the United States, the *ratio decidendi* of the precedent case — the basis or rationale for the court’s decision. We need to know not only *what* the precedent court decided, but *why* it decided it. So a common view in England and elsewhere is that, like rules, precedent cases have justifications or rationales lying behind their outcomes, and a precedent case is a good precedent, and thus binding, for all subsequent cases falling within the *ratio decidendi* of the precedent case. So far so good, but now how do we know why the precedent court decided what it did? How do we know what the *ratio decidendi* was? One possibility is to look to the facts of the precedent case as described by the precedent court and to take those facts, in conjunction with the outcome of the case, as the *ratio decidendi*” (SCHAUER, 2009, p. 50).

¹⁴ “If in such cases the bare statement of the facts and the outcome cannot tell us what the precedent case fully ‘stands for’, then it is tempting to say that the question of legal similarity is itself determined by the law. That is why discussions of precedent [...] commonly talk not about facts but about *material* facts. In concluding that the *holding* of the case — the term more common in the United States than *ratio decidendi*, although there are slight differences in meaning — is a combination of the material facts and the outcome, Goodhart and others solved the level of generality problem, but at the cost of undermining the core of their view” (SCHAUER, 2009, p. 51, grifo do autor).

o conhecimento acerca dos aspectos hermenêuticos e argumentativos determinantes para a conclusão a que nela se chegou” (2019, p. 127, grifo do autor).

Mello, por sua vez, versando acerca da eficácia dos precedentes judiciais, categoriza as decisões judiciais em três grupos diferentes: a) precedentes com eficácia normativa; b) precedentes com eficácia impositiva intermediária; e c) precedentes com eficácia meramente persuasiva. Os primeiros consistem naqueles que “estabelecem um entendimento que deverá ser obrigatoriamente seguido em casos análogos”, de tal sorte que “projetam efeitos não apenas entre as partes de um caso concreto, mas fixam uma orientação a ser obrigatoriamente seguida em todas as hipóteses semelhantes”. Como a própria nomenclatura aduz, os *precedentes com eficácia normativa*, além de encerrarem a contenda específica a que se atrelam, geram uma norma. Isto é, a sua existência faz surgir “um *comando* aplicável, com *generalidade*, a todos os demais casos idênticos, de forma *permanente*, e sob pena de *sanção*, à imagem e semelhança de uma lei”, por isso são considerados fonte formal do direito (2008, p. 62-63, grifo da autora).

As decisões que possuem eficácia normativa integram a regra do *judge made law* (juiz que faz o direito), porém, não são exclusivas do *Common Law*, podem ser encontradas em ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica (MELLO, 2008, p. 64).

O segundo grupo de decisões, representado pelos *precedentes com eficácia impositiva intermediária*, abrange os casos em que, apesar de não se atribuir eficácia normativa às decisões, reconhecem-se “outros *efeitos impositivos mais brandos, para além do processo*”, por exemplo, “a possibilidade de fundamentação mais rarefeita no que respeita ao direito aplicável, quando forem invocadas, e de facilidades recursais, quando contrariadas” (MELLO, 2008, p. 64-65, grifo da autora).

A eficácia impositiva intermediária é uma espécie residual na classificação ora proposta, aplicando-se nas hipóteses em que não se pode caracterizar um *decisum* como normativo, mas em que tampouco se possa qualificá-lo como meramente persuasivo, nos termos explicitados abaixo. Trata-se de categoria muito comum em países do *civil law*, quando há jurisprudência dominante sobre determinada matéria (*line of precedents*). Nesta hipótese, é usual o reconhecimento de maior força impositiva ao entendimento consagrado nos tribunais, seja em virtude do grau de estabilidade que alcançou, seja ante a necessidade de promover a uniformização das decisões judiciais. No *common law*, os precedentes dotados de efeitos normativos para as cortes inferiores produzirão efeitos intermediários quando sua utilização se der pelo próprio órgão que os proferiu. Isso porque, embora sejam de observância obrigatória para as instâncias vinculadas, a própria corte vinculante deve respeitá-

los, mas pode, eventualmente, superá-los, desde que fundamente adequadamente a decisão (MELLO, 2008, p. 65).

A última categoria elencada por Mello faz referência aos *precedentes com eficácia meramente persuasiva*, os quais serão invocados com a finalidade única de “persuasão do magistrado, não tendo a aptidão de jungi-lo a seus termos”. Nesta hipótese, a influência das decisões pretéritas ocorrerá somente na formação do convencimento do julgador, fornecendo elementos para as razões desenvolvidas pelas partes e servindo de dados “reforçadores da motivação” decisória. A eficácia meramente persuasiva, em que pese ser própria do *Civil Law*, aparece também no *judge made law*, quanto a decisões de primeira instância, aos entendimentos fixados por cortes inferiores que são invocados por tribunais superiores e aos julgados de outras jurisdições, para citar alguns exemplos (2008, p. 66).

Entretanto, a depender da reiteração do precedente persuasivo, em tradições geralmente de direito escrito, abre-se espaço para a consolidação de uma jurisprudência dominante acerca da temática envolvida, evoluindo, de modo que “passa a agregar efeitos impositivos mais ou menos brandos ao entendimento nele consolidado”. Malgrado não possa ser considerado fonte formal do direito, reputa-se o precedente persuasivo como uma fonte real (MELLO, 2008, p. 66).

Passa-se a realizar, a seguir, breves apontamentos históricos sobre a origem dos precedentes para, então, traçar alguns paralelos entre as tradições jurídicas do *Common Law* e do *Civil Law*. Brito J. D. e Brito T. D. empreendem uma análise de elementos da história relacionados ao direito para compreender qual o legado deixado ao Estado contemporâneo pelo período denominado de “modernidade” (meados do século XVI), em especial na dimensão das decisões judiciais. É que, por volta do século XVI, nos sistemas de direito escrito, a validade dos costumes, aos poucos, começou a ser infirmada como fonte por excelência do direito - o mesmo não aconteceu no âmbito do *Common Law*. A hegemonia do direito comum europeu (*ius commune*), vigente pela Era Medieval, no curso de aproximadamente cinco séculos, passou a ser disputada com o que os autores chamam de uma “releitura do direito romano e as doutrinas de direito canônico, sem esquecer ainda as estruturas do direito local, formado a partir de leis reinícolas que buscavam regular questões internas dos feudos e dos estados nacionais ainda em formação” (2014, p. 148).

Mello coloca que o direito anglo-saxão surgiu na Inglaterra, no período anterior à conquista normanda de 1066, época em que a organização política da sociedade era tribal e poucos eram os costumes locais que regulavam certos aspectos da comunidade. Ainda não existia um direito único, por isso a relevância da conquista normanda para o país, que desenvolveu um “poder centralizado e forte, reunindo as condições para a criação de um conjunto de normas que, por oposição às práticas costumeiras heterogêneas, pode constituir o *direito comum a toda a Inglaterra*” (2008, p. 14-15).

Designado de *Common Law*, esse direito comum ganhou espaço e solidez entre 1066 e 1485, por força de sua criação pelos Tribunais Reais de Westminster, em substituição às cortes senhoriais, haja vista a ausência de regras substantivas originais. Edificou-se o ordenamento jurídico britânico por intermédio das “normas processuais bastante formalistas, na crença de que um processo adequado conduziria necessariamente à melhor decisão”. A expansão da chamada “jurisdição real” teve lugar mediante lutas pelo arrefecimento da monarquia absolutista, cuja oposição era constituída por barões que desejavam obter o legítimo título de suas propriedades, tanto é que precisou constar do Estatuto de Westminster II, em 1285, que “os Tribunais Reais só concederiam *writs* em hipóteses em que já houvesse casos semelhantes decididos”, isto é, precedentes naquele sentido; ocorre que, ao longo da história, os *writs* se mostraram “insuficientes para atender às novas demandas por justiça”, levando os indivíduos a solicitar do Rei uma decisão justa (2008, p. 15-18).

[...], os Tribunais Reais constituíam uma instância superior e independente dos senhores feudais, de modo que a expansão de suas atribuições significou a sujeição de todos, em igualdade de condições, ao direito, elemento essencial à ideia de *rule of law*, que é tão cara à Inglaterra. Além disso, enquanto as cortes senhoriais decidiam os casos com ampla discricção, levando em consideração os costumes locais, mas igualmente promovendo “atenuações” e “arranjos” entre os postulantes, os Tribunais Reais buscavam definir as normas aplicáveis às situações apreciadas, com caráter impositivo (MELLO, 2008, p. 16).

Num terceiro momento, compreendido entre 1485 e 1832, Mello discorre que houve a “esclerose da jurisdição do *common law*”, o que fez nascer um ramo jurisdicional paralelo, a que se denominou *equity* (jurisdição de equidade). No contexto do *equity*, os Chanceleres do Rei, autorizados por este, elaboravam “decisões de equidade, de forma a flexibilizar a rigidez do sistema”. Só que o estabelecimento do *equity* aproximou consideravelmente o *Common*

Law do sistema romano, porque os Chanceleres eram “eclesiásticos e tomavam suas decisões com base em princípios substantivos relacionados à moral e à justiça, extraídos do direito romano e do direito canônico, [...] mesmas fontes que se prestaram ao desenvolvimento do *civil law*” (MELLO, 2008, p. 18).

Como consequência da excomunhão de Henrique VIII, em 1533, houve a ruptura do monarca com a Igreja Católica, momento em que “os Chanceleres eclesiásticos foram substituídos por advogados, que, em lugar dos princípios romanos e canônicos, passaram a fazer uso de normas com conteúdo análogo àquelas do *common law* em suas decisões”. Outrossim, empreendeu-se novo embate entre os Tribunais de Westminster (poder ligado ao Parlamento) e o Rei, que, com sua jurisdição paralela, expandia o seu poder, do que resultou um acordo tácito, por volta de 1616, no qual a jurisdição de equidade “subsistiria, mas *deveria se ater aos precedentes já estabelecidos*, comprometendo-se a não realizar novas intromissões no *common law*”. Tempos depois, com a reforma do Judiciário britânico, todas as cortes foram autorizadas a aplicar tanto o *Common Law* quanto a jurisdição de equidade. Em 1832, as reformas foram de cunho eleitoral, a fim de ampliar o direito ao voto, período em que se instituiu a democracia na Inglaterra, possibilitando o engrandecimento e o arraigamento do Legislativo (MELLO, 2008, p. 19, grifo da autora).

Conforme Brito J. D. e Brito T. D., o direito comum, produto de uma intersecção entre o direito canônico e uma reformulação do direito romano, constituiu-se em base doutrinária do direito, pela Europa continental, com expansão até o século XVIII, a partir do qual se discutia a “racionalidade do direito, sobretudo no campo universitário, pois havia certa uniformidade do ensino em toda a Europa, já que os textos eram escritos e os cursos lecionados em latim”. A sua primeira fase, consoante os autores, desenvolveu-se em torno do “renascimento das cidades e do comércio, por volta do século XIII”. Defendem os estudiosos que o direito comum era composto de uma ordem mista de fontes (lei, costume, jurisprudência e doutrina) (2014, p. 150-151).

As referidas fontes possuíam formas de comunicação entre si, possibilitando construir um ordenamento jurídico complexo e que não se fechava em uma única fonte imediata, como a lei o é hoje. As maneiras com que este diálogo entre as fontes se construía havia o uso de vários conceitos amplos: seja pelo bem comum, pelo poder absoluto ou extraordinário, pela posse de estado, baseado nos direitos adquiridos, na razão jurídica, e também pela idéia de estabilidade das decisões jurídicas (*stare decisis*). Assim sendo, as formulações jurídicas não se prendiam a

um abstracionismo legal, sendo intimamente relacionadas com o caso prático (BRITO, J. D.; BRITO, T. D., 2014, p. 151).

Consolidou-se o respeito ao precedente, na conjuntura do direito comum, como um mecanismo de organização e sistematização da equidade das decisões, tendo por modelo o caso concreto, em detrimento de abstrações da doutrina. Em uma ordem jurídica com pluralidade de fontes, o *stare decisis* (compulsória observação dos precedentes) projetava-se como uma garantia “para se evitar arbitrariedades excessivas”, razão pela qual a teoria e a prática jurídica eram “autorreferentes” (BRITO, J. D.; BRITO, T. D., 2014, p. 151).

A segunda fase do *ius commune* foi marcada pela equivalência das fontes plurais e pela organização das leis régias e tradicionais (direitos próprios dos reinos), as quais ainda não pretendiam tomar o monopólio das fontes de direito. Na explanação de Brito J. D. e Brito T. D., a organização jurídico-social funcionava da seguinte forma:

[...], o *iura propria* [direitos próprios] objetivava traduzir os anseios sociais advindos das relações entre cidadãos locais em formas jurídicas mais sólidas e capazes de resolver problemas estritamente localizados. Além da forma escrita em legislações, a resolução dos conflitos também se pautava pelo respeito ao precedente e às decisões dos tribunais, especialmente no segundo período do *ius commune* em que o direito local começa a ganhar destaque como uma importante fonte do direito comum (2014, p. 151-152).

Havia ainda a mesma importância conferida à lei e ao precedente, na qualidade de fontes jurídicas. Com o advento dos direitos próprios e em meados do século XVII, a legislação se exalça na esfera jurídica em virtude de “trazer os costumes locais em forma escrita e especificada, relegando o papel das doutrinas e reinterpretações do direito romano para uma posição de análise com relação à equidade e à aplicação”, transformando, conseqüentemente, o equilíbrio do sistema de fontes. Logo, a terceira fase do direito comum está relacionada à “formação dos discursos liberais e jusracionalistas”, propagados pela academia nos séculos XVII e XVIII (BRITO, J. D.; BRITO, T. D., 2014, p. 152-153).

O fim da terceira e última fase do *ius commune*, que também se confunde com o seu ápice, está atrelado, portanto, à instituição do Estado como defensor dos ideais sociais, concentrando o direito numa fonte nacional única, que seria a lei, o que se deveu ao “deslocamento do eixo da atuação jurídica perante a sociedade”, outrora marcada pela relação

sociedade-cidadão, numa perspectiva em que o direito era o resultado dos costumes e da vivência em torno de uma comunidade, para uma relação Estado-cidadão, na qual o direito advém exclusivamente “de um poder supremo estatal” (SIQUEIRA; BRITO, 2014, p. 447).

Com o ruir da experiência e a mudança paradigmática do direito, o costume, por sua vez, sofre um solapamento de valor. Isto porque as tradições imemoriais poderiam carregar em seu bojo uma tendência a se violar direitos naturais, já que não foram construídas sob a égide da racionalidade. [...] A utilização de um sistema precedentalista fica completamente prejudicado. O controle da lei era exercido única e exclusivamente pelo Poder Legislativo, e o juiz, longe de julgar conforme anseios populares, age como marionete do *jacobinismo jurídico*, sendo apenas a “boca da lei”. [...] A vitória da simbologia revolucionária francesa foi arrebatadora. O sistema napoleônico baseado na lei e na sistematicidade do código como fonte única transformou definitivamente o direito europeu continental (SIQUEIRA; BRITO, 2014, p. 447, 450-451).

Siqueira e Brito detalham que as tradições jurídicas do *Civil Law* e do *Common Law* fixaram as suas particularidades, no tocante ao tratamento das fontes do direito, com base nas revoluções liberais pelas quais passaram os seus países expoentes e os reflexos causados aos seus respectivos sistemas (França e Inglaterra). A proposta da Revolução Francesa rompe com o direito comum, negando o passado, e apresenta um novo direito, atribuindo novo papel ao juiz, há uma “quebra da experiência do *ius commune*”. A Revolução Inglesa, por sua vez, embora também tenha se valido do direito como instrumento de ação, reconhece em sua identidade o costume e o sistema precedentalista, símbolos da tradição jurídico-nacionalista britânica (séculos XVIII e XIX) (2014, p. 452-453).

Vistos alguns aspectos históricos mais importantes sobre os precedentes, de origem inglesa, na tradição do *Common Law*, percorrer-se-á, brevemente, pelos elementos característicos principais dos sistemas jurídicos do *Civil Law* e do *Common Law*. Para tanto, serão abordadas algumas questões atinentes ao juspositivismo, enraizado especialmente na cultura jurídica dos países de tradição do *Civil Law*, bem assim aos costumes, preponderantes no estabelecimento do direito na cultura dos países de tradição do *Common Law*.

No sistema romano-germânico, como se sabe, a fonte primeira e por excelência do direito é a lei. Ao examinar o universo da moral, Bobbio pontua que o legislador é o herói do mundo clássico, aquele a quem se confiou a tarefa de remediar o mal que um ser humano é capaz de infligir ao outro, mediante a cominação imperativa de mandamentos ou proibições.

A leitura que o autor faz da legislação, em decorrência do pensamento clássico, é a de um instrumento cuja função precípua seria a de enclausurar o indivíduo, restringindo o seu espaço de liberdade e de ação. Em suas palavras,

Ao longo da história da moral entendida como conjunto de regras de conduta, sucedem-se por séculos códigos de leis (sejam estas consuetudinárias, propostas por sábios ou impostas pelos detentores do poder) ou, então, de proposições que contêm mandamentos e proibições. O herói do mundo clássico é o grande legislador: Minos, Licurgo, Sólon. Mas a admiração pelo legislador — por aquele que, “assumindo a iniciativa de fundar uma nação, deve sentir-se capaz de mudar a natureza humana” — chega até Rousseau. As grandes obras de moral são tratados sobre as leis, desde os *Nómoi [As leis]* de Platão e o *De legibus [Das leis]* de Cícero até o *Esprit des lois* de Montesquieu. [...] Para Montesquieu, o homem — mesmo tendo sido feito para viver em sociedade — pode esquecer que existem também os outros. [...] De todas essas citações (mas infinitas outras poderiam ser aduzidas), resulta que a função primária da lei é a de comprimir, não a de liberar; a de restringir, não a de ampliar, os espaços de liberdade; a de corrigir a árvore torta, não a de deixá-la crescer selvagememente (2004, p. 29, grifo do autor).

Consoante Nader, é preciso que a sociedade crie o direito para regulamentar a conduta do próprio corpo social, o que é permitido e o que é proibido. Em análise comparativa, o autor escreve que, no passado, o fenômeno jurídico se apresentava preponderantemente por intermédio dos costumes, “quando era mais sensível à influência da vontade coletiva”; já na atualidade, os costumes parecem ter sido suplantados pelo direito escrito, de modo que o Estado moderno conta com um poder específico para a criação do direito escrito, das leis: o Legislativo. Valendo-se da metáfora do sismógrafo, instrumento de medida que detecta as vibrações do solo resultantes de ondas sísmicas, Nader equipara a função do Legislativo à do sismógrafo, asseverando que “o legislador deve estar sensível às mudanças sociais, registrando-as nas leis e nos códigos” (2014, p. 57).

Entretanto, seria imprudente desconsiderar que subsistem países cujos ordenamentos sejam de direito não escrito, aquele que é aprimorado pelos juízes diante dos casos concretos, com base nos costumes, na jurisprudência e nos precedentes, a exemplo da Inglaterra, dos EUA, de algumas nações muçulmanas, entre outros (NADER, 2014, p. 57).

Acrescentam-se a esse rol outros países cujos sistemas remontam originariamente à Inglaterra da Idade Média, quais sejam, aqueles que compõem a Grã-Bretanha e a *Commonwealth* inglesa, Austrália, Nova Zelândia, Canadá (exceto o sistema legal da província de Quebec), Índia, Israel, África do Sul (entretanto, com forte influência holandesa),

Irlanda, Gana, Malásia, Bermudas e a maioria das nações que, em períodos históricos cruciais, estiveram sob a colonização inglesa. Juntas essas nações compõem a família jurídica do *Common Law*, cujo ancestral comum foi o direito inglês tal como existia na época da Magna Carta em diante. Esse agrupamento de países do *Common Law* possui métodos e estrutura peculiares, distintos de qualquer outra família jurídica, como a de tradição romana e do Código Napoleônico francês (*Civil Law*) e as de tradição islâmica, chinesa, socialista, dentre outros sistemas jurídicos pertencentes a inúmeras outras famílias (SCHAUER, 2009, p. 103-104, tradução nossa¹⁵).

No sistema do *Common Law*, apesar de também existirem leis escritas, a discussão é centrada com predominância no significado da decisão jurisdicional e da função do Estado-Juiz. Surge, então, na Inglaterra, a tese de que o juiz estaria apto a declarar o direito, apenas. Esta seria a sua função ao interpretar e aplicar o ordenamento: declarar o direito. Está-se diante da teoria declaratória da jurisdição (MARINONI, 2009, p. 12).

Segundo essa teoria, o direito não escrito (*Common Law*) está presente nos costumes gerais, respeitados pelos cidadãos, então não haveria maiores dificuldades para o juiz ao aplicar o ordenamento costumeiro: bastaria que declarasse o direito, que demonstrasse, por meio de suas decisões, o que o direito era. Ainda, para justificar a fundamentação de suas decisões com supedâneo em precedente das Cortes, a teoria declaratória interpreta que a finalidade do precedente é a de desenvolver o direito não escrito, para que haja “decisões iguais sobre um ponto de direito”, assim, tais decisões também seriam uma consequência natural do direito não escrito. Sendo assim, o juiz que invocasse determinado precedente poderia fazê-lo somente para declarar o direito nele contido (MARINONI, 2009, p. 13).

De outro lado, a teoria constitutiva ou positivista da jurisdição assimila o direito como o “produto da vontade dos juízes”, logo, admite a sua criação pelo Estado-Juiz. O

¹⁵ “These systems, all of which owe their origins to the England of the Middle Ages, now include those of Great Britain, the United States, Australia, New Zealand, Canada (with the exception of the provincial legal system of the province of Quebec), India, Israel, South Africa (although with a considerable Dutch influence), Ireland, Ghana, Malaysia, Bermuda, and most of the other nations that during crucial periods in their history were in some form under English colonial rule. Together these systems comprise the common-law legal family, a family whose shared ancestor is the law of England as it existed from the time of Magna Carta onward. It is also a family whose methods and structures, as we will see, differ from those of any other legal family. When people speak of the common law, or of a common-law legal system, they are referring to the overall approach of the legal systems in these countries and aim to distinguish the common-law approach from that of the civil law as it exists in countries that owe their legal traditions to Roman law and the French Napoleonic Code, as well as from Islamic law, Chinese law, socialist law, and the legal systems of several additional legal families” (SCHAUER, 2009, p. 103-104).

direito não escrito, nesta vertente, é uma construção constante do magistrado, que possui autoridade para criar, para fazer o direito. O precedente, aos olhos desta corrente, existiria apenas se fosse admitida a autoridade de criação do direito pelo juiz, pois, se fosse considerado mera evidência do direito, tal qual quer a teoria declaratória, nenhum órgão judicial estaria obrigado a segui-lo e o precedente jamais seria revogado, “pois o juiz sempre teria o poder de declarar em contrário ao precedente ou mesmo ao seu *overruling* (revogação)” (MARINONI, 2009, p. 13-14).

Não há consenso teórico relativamente à teoria que se adota, porém é certo afirmar que o *Common Law* admitiu a possibilidade de criação do direito pelo juiz, enquanto o *Civil Law* não (MARINONI, 2009, p. 14).

A principal diferença entre ambas as tradições está no “significado atribuído aos códigos e o espaço permitido à atividade criadora do juiz”. O ensinamento é de Cambi e Oliveira (2019, p. 149), que complementam, explicando a função da codificação sobretudo no sistema marcado pelo direito escrito:

Isto é, na tradição de *Civil Law* os códigos nascem com a pretensão de sublimar a interpretação dos juízes, enquanto no *Common Law* nunca houve tal pretensão. Por consequência, na tradição latina, o desenvolvimento de sua tradição tende ao cerceamento da atividade criadora por parte dos juízes, enquanto que na anglo-saxã sempre houve a admissão de tal prática (2019, p. 149).

Na forma mais pura possível do sistema do *Common Law* - considerada, portanto, um arquétipo, não a realidade -, não existe um código mestre de leis. Consoante se depreende da visão de Schauer, os países da família do *Common Law* herdaram da Inglaterra um sistema legal no qual as regras escritas são menos importantes do que a imagem popular que se tem do direito como um livro de regras a serem seguidas; e no qual a criação do direito pelos juízes, durante o processo de decisão das contendas particulares, ocupa espaço central. Ainda sobre o sistema de direito costumeiro puro, que existe muito mais como uma caricatura do que como uma representação precisa de qualquer sistema legal atual, espera-se que os juízes julguem

disputas particulares, fazendo-o sem referência a estatutos ou a qualquer outro tipo de regra escrita (2009, p. 104, tradução nossa¹⁶).

Ainda, nesse arquétipo puro do sistema de costumes, Schauer observa que o magistrado toma as suas decisões tendo como referência o seu próprio senso de justiça, razoabilidade, costume e boa política, e, então, fornece motivação para as suas decisões. Por conta da obediência ao direito e a um sistema precedentalista, as cortes futuras então tomam ciência acerca do que as cortes anteriores fizeram e, com o passar do tempo, áreas do direito se desenvolvem sem nunca ter havido um código, estatuto ou regulamentação. O direito é feito pelos juízes. Assim, quando fazem menção à criação do direito caso a caso, as pessoas se referem, em grande parte, ao método central do *Common Law*, aquele no qual o direito é criado gradualmente no processo de julgamento de contendas particulares, podendo ou não ter existido um conflito nítido e uma formulação canônica de uma norma jurídica específica. Falar sobre uma norma de *Common Law*, pois, significa aludir a uma norma extraída de uma coleção de pareceres judiciais (2009, p. 104, tradução nossa¹⁷). Schauer, em seu texto, faz referência ao sistema puro do *Common Law* como um arquétipo em contraponto com a realidade, afirmando também, em outras palavras, que teorizar sobre como seria um direito consuetudinário puro é uma ideia que lhe parece mais como uma caricatura do que como um cenário exato do ordenamento costumeiro das nações dessa família, isso porque nenhum sistema está completa e inteiramente adstrito a uma ou a outra forma de existir, com todas as características que dele se espera colocadas em prática. Com base na predominância de uma das muitas tradições jurídicas, diz-se que um país prima pelo *Common Law*, pelo *Civil Law*, pela tradição islâmica, e assim por diante.

¹⁶ “The characteristic feature of the common law in its purest form — the archetype, but not the reality — is the absence of a master code of laws. The countries of the common-law world have inherited from England a legal system in which written-down rules are less important than the popular rulebook image of law has it, and in which judge-made law — law created in the process of deciding particular disputes — occupies central stage. In the pure common-law system, one that exists far more as caricature than as an accurate depiction of any actual legal system, judges are expected to adjudicate particular disputes, and to do so without reference to statutes or any other kind of written rule” (SCHAUER, 2009, p. 104).

¹⁷ “The judges make their decisions on the basis of their own sense of fairness, reasonableness, custom, and good policy and then provide reasons for their decisions. By virtue of the operation of a system of precedent and law reporting, future courts then learn about what earlier courts have done, and over time areas of law develop without there ever having been a code, statute, or regulation. The law is made by the judges. Thus, when people refer to case-by-case lawmaking, they are referring largely to the central method of the common law, one in which law is created incrementally in the process of adjudicating particular disputes and in which there may never have been a crisp and canonical formulation of a specific legal rule. To speak of a rule of the common law, therefore, is to refer to a rule that is extracted from a collection of judicial opinions” (SCHAUER, 2009, p. 104).

Igualmente, ressalta-se a existência de sistemas jurídicos compostos por elementos tanto de direito escrito quanto de direito consuetudinário, como é o caso da Escócia e, consoante o que se defenderá neste trabalho, também é o caso do Brasil. Denomina-se a essa convergência de tradições jurídicas distintas “sistema híbrido” ou “sistema misto”. Theodoro Júnior esmiúça essa ideia ao afirmar que o modelo pátrio, “desde sua primeira constituição republicana, nunca foi puramente de *civil law*”, exemplo disso é a adoção do sistema de controle de constitucionalidade, criado nos EUA, e não pelos “europeus continentais, povos responsáveis pela formação do sistema de *civil law*” (2019, p. 142).

Na primeira seção, consignou-se que uma das características fundamentais da jurisdição é a sua unidade. Nesse compasso, Zaneti Júnior delibera que, ao contrário da Europa, onde, após a Revolução Francesa, pôs-se em prática a teoria de Montesquieu acerca da interpretação estanque da tripartição dos poderes como meras funções, estabelecendo-se o sistema dual de jurisdição, não houve fracionamento da jurisdição no Brasil. Veja-se, enquanto naquele continente se visualiza os contornos de um contencioso cível (para tratar de conflitos envolvendo particulares e a “violação de direitos subjetivos do cidadão”) e de um contencioso administrativo (para lidar com as contendas originadas das “relações indivíduo/Estado”), no sistema brasileiro, desde o período republicano, conta-se somente com um contencioso: “o pleito cível *lato sensu* ou sistema uno de jurisdição” (2005, p. 40-41).

A Carta Política de 1988, fruto da primeira experiência democrática após mais de 20 anos de regime autoritário, fez a clara opção pela definição mais ampla possível de Estado Democrático de Direito e pela inclusão de um sem número de direitos dentre o rol de direitos fundamentais da pessoa humana. Dentre esses direitos, encontra-se o princípio da inafastabilidade que, constituiria, desta forma, verdadeiro corolário do devido processo legal, esse previsto pelo artigo 5º, LIV, da Constituição Federal. [...] O Brasil adotou, desde 1891, o sistema da jurisdição única. A experiência nacional, portanto, é a de que todos os litígios, independentemente de quem figure como parte, será resolvido perante o Poder Judiciário. Assim é que as causas envolvendo diretamente atos da Administração são de responsabilidade das instâncias originárias do Poder Judiciário. Não há, portanto, espaço para se falar em contencioso administrativo no Brasil, nos mesmos moldes do que ocorre na França (MIRANDA, 2007, p. 63-64).

Miranda, trabalhando a questão da unidade da jurisdição, segue detalhando que o ordenamento brasileiro não excluiu a possibilidade de se submeter uma pretensão à autoridade administrativa competente. É que, no Brasil, diferentemente da realidade que se percebe na França, por exemplo, os processos administrativos “não fazem coisa julgada material”, exceto

na própria esfera administrativa, o que significa que toda pretensão apreciada na instância administrativa está suscetível de tutela pelo Poder Judiciário (2007, p. 64).

Em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição, a matéria debatida em instância administrativa não exclui a sua apreciação pelo órgão jurisdicional competente, o qual não pode se eximir do julgamento alegando exaurimento da discussão em função de prévia decisão administrativa. O que aproxima a jurisdição una da jurisdição dual, conforme Miranda, é o respeito à “hierarquização dos tribunais de tal sorte que seja possibilitada a revisão, por meio de recursos, de decisões passíveis de reforma”. Assim, as demandas e decisões administrativas apenas se revestirão com o manto da coisa julgada material quando houver pronunciamento decorrente da análise *sub judice* (2007, p. 65).

Frise-se, mais uma vez, que a primeira Constituição da República brasileira, de 1891, influenciada pelo direito norte-americano, incorporou ao sistema jurídico pátrio peculiaridades inovadoras, o que deu azo a um “*sistema jurídico híbrido*” (ZANETI JÚNIOR, 2005, p. 41, grifo do autor).

O *cruzamento* ocorreu entre a “tradição” do *common law norte-americano*, que inspirou nossa ordem político-constitucional republicana, e a “tradição” *romano-germânica*, predominante na Europa continental, do qual recepcionou-se o direito privado, o direito público infraconstitucional (processual e administrativo) e o penal. [...] Veja-se bem, a “tradição” brasileira é portanto peculiar, apresenta traços das tradições européias e norte-americana, daí o seu hibridismo. [...], o direito anglo-americano [é] mais afeito ao estudo dos casos práticos e mais acostumado a construir o direito sobre os problemas concretos que se apresentam. Por outro lado, o sistema do *common law* norte-americano tem jurisdição una e conta com o sistema de *freios e contra-pesos* e a possibilidade do controle judicial dos atos dos demais poderes (*judicial review*) (ZANETI JÚNIOR, 2005, p. 41, 43, 45, grifo do autor).

Nessa perspectiva, considerando que a tradição brasileira mescla elementos caracterizadores do *Civil Law* e do *Common Law*, não se vê razões para negar que o precedente, originariamente calcado nos costumes, porém perfeitamente compatível com o direito escrito, seja admitido em equiparação hierárquica à lei na jurisdição nacional; conforme já se explanou, para além da dificuldade em se instituir um ordenamento puro de uma ou outra tradição, apenas o respeito aos precedentes, em cenário conjunto com as demais fontes, pode viabilizar uma proposta igualitária e digna de distribuição de justiça.

A necessidade de se fortalecer as instituições jurídicas e o discurso democrático devem permear a vida em sociedade, em prol do bem comum e da almejada paz social. A análise contemporânea que se faz do Poder Judiciário, à luz da tradição jurídica mista, requer o esforço coletivo voltado não somente para o controle da atividade jurisdicional, mas a conscientização do próprio órgão judicial em direção ao resgate do ideal democrático, dos fundamentos estatais da cidadania e da dignidade humana e dos objetivos de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação (BRASIL, 1988). O enfoque deste estudo é a decisão e o precedente judicial, porém os valores citados se aplicam a quaisquer âmbitos nacionais, seja o do Poder Executivo, seja o do Legislativo, seja na formulação de políticas públicas, seja na efetivação dos direitos sociais, no respeito às normas instrumentais, nos casos paradigmáticos, no ativismo judicial, entre tantas outras áreas que ensejem debates e controvérsias.

O Judiciário é visto, atualmente, como o poder político capaz de dirimir controvérsias levadas a sua apreciação, por intermédio do direito de ação, o qual se inclui na garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Por meio da judicialização da contenda, é possível obter provimento jurisdicional que proteja, resguarde determinado direito, faça cessar ameaças ou tente reparar as lesões proferidas a esse direito. Da mesma forma, existe a possibilidade de se firmar entendimento judicial no sentido de dizer aquilo que a norma posta não diz, transformando as razões decisórias - adequadamente fundamentadas - em verdadeira norma jurídica, uma vez que o pronunciamento judicial é dotado de imperatividade e coercibilidade.

Quando as Cortes Superiores - no Brasil, leia-se o STJ e o STF - aproveitam uma decisão pretérita que consolidou um entendimento acerca de determinada matéria para fundamentar nova decisão, cuja similitude fática seja positiva e haja compatibilidade com o direito que deve ser ali aplicado, tem-se um precedente judicial. Conforme Cambi, o precedente é o entendimento dos tribunais que confere sentido ao direito, valendo-se das melhores razões para guiar os juízes, os tribunais ordinários e a sociedade. Deve o precedente ser dotado de *universalidade*, potência de ser útil para a “generalidade dos casos similares para evitar decisões distintas para casos iguais”; e também de *prospecção*, porque se voltam para o futuro, no intuito de “assegurar a igualdade e a segurança no tratamento de uma mesma questão jurídica, para orientar os jurisdicionados e servir de standards para as decisões judiciais vindouras” (2020, p. 172).

Observa-se que os precedentes são capazes de resguardar os direitos fundamentais, os valores inegociáveis atrelados à condição humana, positivados ou não no ordenamento pátrio. Para a situação do Brasil, país de extensa legislação escrita, seria esta uma hipótese rara, todavia é preciso afirmar que não é porque um direito não esteja escrito que alguém não o possua. O mesmo vale para determinados deveres, ônus, sujeições, faculdades e prerrogativas. Não é necessário que se positivem na Constituição que o ordenamento assegure o sigilo fiscal e bancário do indivíduo para que as pessoas tomem ciência de que esse é um direito seu. Da mesma forma, não se pode negar a um casal homoafetivo o reconhecimento de sua união estável porque o texto constitucional menciona que o Estado garante a proteção sobre a entidade familiar composta por homem e mulher (art. 226, § 3º) (BRASIL, 1988).

A propósito, esse é um perfeito exemplo de precedente com efeito vinculante (obrigatório), ao qual se conferiu eficácia *erga omnes*. Em sede de julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF, no qual esta encampou os fundamentos daquela, o Plenário do STF votou por unanimidade para se conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, devido a interpretações preconceituosas que se estava fazendo desse dispositivo, cujo *caput* dispõe que a união estável é reconhecida como a entidade familiar entre o homem e a mulher, desde que configurada convivência pública, contínua e duradoura, além de ter sido estabelecida com o propósito de se constituir família (BRASIL, 2002). Sob a relatoria do Ministro Ayres Britto, entabulou-se o debate acerca da proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, do tratamento constitucional da instituição familiar, da união estável e da interpretação do mencionado art. 1.723 para, então, reconhecer-se a união homoafetiva como família, julgando-se procedente ambas as ações (BRASIL, STF, 2011, p. 02-06).

Tome-se, igualmente, por exemplo, o caso do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, em cujo julgamento, de tema afeto à repercussão geral, foi declarada a inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros, por se tratar de hierarquização incompatível com a Constituição de 1988. Imagine se tivesse sido negado provimento a esse RE por conta da literalidade do art. 1.829, do Código Civil, que, ao dispor sobre a ordem da vocação hereditária, não elenca a figura do companheiro para deferimento da sucessão legítima, apenas os descendentes, os ascendentes, o cônjuge sobrevivente e os colaterais (BRASIL,

2002). A regra específica que tocava ao companheiro, insculpida no art. 1.790 desse *Codex*, concedia-lhe direitos sucessórios inferiores àqueles atribuídos ao cônjuge. Uma vez que a citada regra violava os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade na dimensão de vedação à proteção deficiente e da proibição do retrocesso, foi declarada inconstitucional, e o regime sucessório restou equiparado (BRASIL, STF, 2017, p. 01-02). Impende consignar o seguinte trecho da Ementa, no qual o Ministro Barroso alude à tutela da segurança jurídica:

4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “*No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002*” (BRASIL, STF, 2017, p. 02, grifo do autor).

É a precedente como este que Brito J. D. e Brito T. D. se referem quando aduzem que é preciso escapar da geometria fixa da estrita legalidade e evoluir para a geometria móvel das fontes do direito, a fim de que o ordenamento jurídico, buscando a sua fonte normativa no caso concreto paradigmático, goze de maior segurança e isonomia. Nesse mesmo sentido,

A característica do Direito brasileiro então sempre foi a pluralidade de doutrinas e propostas. Mas, a partir da Independência, a unidade de fontes também foi fator decisivo. O Brasil viveu uma legolatria tropical, com características diferenciadas quanto a feitura das leis e a confusão política na teoria da separação dos poderes. [...] A cultura jurídica brasileira, filha do bacharelismo da época em tela, parece ter mantido a posição aristocrática dos juízes brasileiros. O desrespeito a posições de Tribunais Superiores, as decisões múltiplas em uma mesma Comarca, deixando às traças a disciplina do *stare decisis*, geraram e geram hoje o problema da desigualdade jurídica, da imprevisibilidade e insegurança (SIQUEIRA; BRITO, 2014, p. 461-462).

Prestando um múnus público, a serviço da sociedade, o Poder Judiciário tem o dever de fornecer a melhor decisão para a situação que perante ele se apresenta. Viabilizar o acesso à justiça de qualidade, mesmo após a transposição da inércia inicial, para que o jurisdicionado, de fato, participe do universo jurídico-dialógico e exponha as suas razões ao

Estado-Juiz; zelar pelas garantias constitucionais, a fim de que o processo cumpra a finalidade social para a qual foi criado e existe no Estado Democrático, a de servir de instrumento viabilizador e concretizador de direitos fundamentais, encontrando-se, ainda, um ponto de equilíbrio entre o devido processo legal e a racionalidade das formas, para que não prepondere o exacerbado formalismo instrumental; e entregar a prestação jurisdicional adequada, justa e efetiva ao cidadão, devolvendo-lhe estabilidade, confiança e dignidade. São essas as finalidades que devem ser trilhadas diuturnamente pelo órgão judiciário. Cambi trabalha a concepção de que o processo deva ser encarado pelo prisma da cidadania ativa e solidária, mormente por meio do princípio da cooperação, no intuito de se construir “uma sociedade onde se sobressaíam os valores éticos e emancipatórios contidos no texto constitucional” (2020, p. 136-137).

É inegável que existem temas pendentes de decisão judicial que possuem impacto global, ainda mais numa sociedade em que, devido ao avanço tecnológico, as fronteiras entre os países se tornam cada vez mais tênues. Também é certo que cada país possui suas fundações e tradições jurídicas. Contudo, muitos dos fundamentos de base do Direito são os mesmos em todos os países, em especial quando se estuda a Teoria Geral do Direito. Ao se pensar sobre a interpretação da norma jurídica e a aplicação do Direito no caso concreto, deve-se se considerar a motivação das decisões judiciais e uma necessidade cada vez mais constante de se respeitarem os precedentes para que exista um sistema com maior segurança jurídica; principalmente quando se fala em decisões a respeito dos chamados *hard cases* – casos difíceis (FERREIRA DA COSTA; ROSA, 2022, p. 112).

Em que pese a abertura conferida pela Carta Política à judicialização, por meio da consagração dos direitos fundamentais como cláusula pétrea, trata-se de responsabilidade do Estado aparelhar estrutural e suficientemente o Judiciário para que um processo não seja apenas mais um processo; para que uma reclamação não resvale na lista de feitos paralisados por conta dos agentes públicos; para que se reconheça o elemento humano e o esforço dos mais vulneráveis para sustentar uma contenda perante o temido Poder Judiciário. De se destacar a atuação do CNJ, órgão criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, competente “para controlar a atuação administrativa e financeira dos tribunais e para coordenar o planejamento e a gestão estratégica do Poder Judiciário”, fiscalizando ainda o cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, além de outras atribuições eventualmente designadas pelo Estatuto da Magistratura (art. 103-B, § 4º, *caput*, CF/1988). Na esfera jurídico-administrativa do CNJ, a gestão participativa “demonstra ser o caminho apto para

democratizar a elaboração das metas nacionais”, assim, é habitual que se institua regras, princípios e orientações na forma de Recomendações, que, juntamente a Instruções Normativas, Portarias, Provimentos, Resoluções, Enunciados e o Regimento Interno, compõem os atos normativos do CNJ (BRASIL, on-line).

A Recomendação nº 134 do CNJ, de 09/09/2022, sustenta, em 50 artigos, a “relevância dos precedentes judiciais para a promoção da segurança jurídica, da estabilidade e do ambiente de negócios no Brasil”. Citar-se-á, a seguir, alguns dos principais dispositivos desse ato normativo, que reitera a expressão dos artigos 926 e 927 do CPC, para afirmar que “os precedentes devem ser respeitados, a fim de concretizar o princípio da isonomia e da segurança jurídica, bem como de proporcionar a racionalização do exercício da magistratura” (art. 8º) (BRASIL, CNJ, 2022).

Recomendou-se aos tribunais o zelo pela uniformização das questões de direito controversas que estiverem sob a sua análise, priorizando, na medida do possível, os instrumentos processuais cabíveis (art. 2º). Ainda, aos órgãos administrativos e judiciais dos tribunais, bem assim aos magistrados que trabalhem em caráter permanente com a identificação das questões de direito controversas, recomenda que “sejam comuns, em uma quantidade razoável de processos, ou de repercussão geral, para que possam ser objeto de uniformização” (art. 3º). Por sua vez, aos magistrados, a recomendação é no sentido de contribuir com o “bom funcionamento do sistema de precedentes legalmente estabelecido, zelando pela uniformização das soluções dadas às questões controversas e observando e fazendo observar as teses fixadas pelos tribunais superiores e, na falta de precedentes e jurisprudência por parte destes, pelos respectivos tribunais regionais ou estaduais” (art. 4º). A normatização em comento ainda se preocupou em articular que a sistemática de questões comuns e casos repetitivos, conforme o CPC/2015, deve ser regularmente utilizada, o que se constitui numa técnica de gestão, processamento e julgamento dos processos (art. 6º). Ainda, assevera que “os meios de resolução concentrada de questões comuns de direito” contribuem para garantias caras ao Estado Democrático, tais como o acesso à justiça, a segurança jurídica, a isonomia, o equilíbrio entre os sujeitos da demanda e o cumprimento do direito material (art. 7º) (BRASIL, CNJ, 2022).

São inúmeras as outras recomendações e atribuições exaradas nesta normativa, do que se extrai o comprometimento do Judiciário brasileiro, por meio de seu órgão controlador,

para a manutenção da coerência e da integridade, da estabilidade e da unidade do direito com fundamento nos precedentes. Vale, afinal, mencionar mais alguns dispositivos da Recomendação nº 134/2022, em função do diálogo que exercem com o objeto deste estudo:

Art. 1º O sistema de precedentes representa uma nova concepção de jurisdição, em que o Poder Judiciário procura não apenas resolver de modo atomizado e repressivamente os conflitos já instaurados, mas se preocupa em fornecer, de modo mais estruturado e geral, respostas às controvérsias atuais, latentes e potenciais, de modo a propiciar a efetiva segurança jurídica.

Art. 5º Recomenda-se que a uniformização da jurisprudência seja realizada, preferencialmente, mediante a formulação de precedentes vinculativos (qualificados), previstos no art. 927 do CPC/2015.

Art. 9º Recomenda-se que a observância dos precedentes dos tribunais superiores ocorra quando houver, subsequentemente, casos idênticos, ou análogos, que devem ser decididos à luz da mesma razão determinante (BRASIL, CNJ, 2022).

O ato normativo do CNJ representa um grande avanço jurídico-processual, ao recomendar a observância e priorização aos precedentes judiciais, num país onde subsiste forte herança legalista. Trata-se do início de uma reforma sociocultural, ainda em fase recente, talvez embrionária, para que o ordenamento processual pátrio reconheça na adoção das razões determinantes de decisões pretéritas para casos análogos os valores do Estado Constitucional.

Reitera-se que os membros do Poder Judiciário devem assumir um papel ativo na construção de uma sociedade livre, justa, solidária, buscando efetivar os fundamentos do Estado Democrático de Direito, dos quais se destaca a dignidade humana, caracterizada por Cambi e Oliveira (2019, p. 222) como uma “utopia concreta do direito”. Neste diapasão, é possível controlar a atividade jurisdicional com base na expectativa do atendimento à adequada motivação decisória, que, à escolha do juiz, conforme o caso concreto, pode se dar com base na adoção de precedentes judiciais, mesmo quando a lei não a exigir.

Uma vez que os precedentes possibilitam o estabelecimento de “melhores critérios de racionalização às decisões judiciais e, assim, concretizar os valores e princípios constitucionais, promove-se o Estado Democrático de Direito”, à medida que o pronunciamento do órgão judicial não pode ser, no sentir de Cambi e Oliveira (2019, p. 223), “produto do acaso, mas sim de um processo argumentativo, em que o julgador deve demonstrar de maneira racional o enfrentamento das questões fáticas e jurídicas relevantes ao julgamento da causa”.

Os deveres elencados no art. 926, do CPC, de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência jurisprudencial, desse modo, passam a ser veículos de concretização dos princípios da segurança jurídica e da igualdade e do ideal de previsibilidade, servindo de supedâneo para combater as ameaças ao Estado Democrático, tais como a “petrificação do ordenamento jurídico”, a “jurisprudência lotérica” e demais arbitrariedades dos juízes, que, a bem da verdade, trocam, na prática forense, a persuasão racional pela íntima convicção. O respeito aos referenciados deveres fomenta uma realidade esperançosa em que se materialize “o grande conteúdo utópico da dignidade da pessoa humana”, viabilizando, igualmente, “a promoção da justiça, em sentido constitucional, àqueles que buscam acesso a um processo que seja comprometido com a escrita de uma nova história e de um futuro digno aos que, pautados por valores éticos, lutam por uma vida melhor” (CAMBI; OLIVEIRA, 2019, p. 223).

A eficácia da utilização do precedente permite tanto ao Poder Público quando ao jurisdicionado, diretamente envolvido no processo decisório ou membro da sociedade civil, avaliar o grau de comprometimento judicial com a motivação de seus pronunciamentos, reduzindo-se o arbítrio e o subjetivismo a que todo exercício de poder está sujeito.

2.4 O precedente como fonte do direito

De início, será traçado um breve paralelo entre a lei e a decisão judicial, indicando-se o espaço que cada uma ocupa no ordenamento jurídico vigente. Na sequência, serão pontuadas algumas questões referentes à argumentação jurídica, apenas para se verificar que o direito, enquanto fenômeno argumentativo, admite que a decisão judicial produza normas.

Ato contínuo, argumentar-se-á a respeito da primeira problemática de pesquisa suscitada, quanto à natureza declaratória ou constitutiva de direitos do precedente judicial, para então, ser possível abordar o pluralismo de fontes jurídicas no sistema de justiça.

De acordo com Marinoni, a partir da influência da Revolução Francesa, constituiu-se o *Civil Law* de “dogmas que ainda servem para negar conceitos e institutos que, muito embora não aderentes à sua teoria e tradição, mostram-se indispensáveis diante da prática e da realidade de países que se formaram a partir da doutrina da separação estrita entre os poderes

e da mera declaração judicial da lei” (2009, p. 12). Um desses institutos que, consoante Marinoni, algumas nações se negam a adotar, é o precedente judicial.

Não obstante as transformações que se operaram no *civil law* – inclusive nas concepções de direito e de jurisdição, marcadamente em virtude do impacto do constitucionalismo – e as especificidades do sistema brasileiro – que se submete ao controle difuso da constitucionalidade da lei –, há notória resistência, para não se dizer indiferença, a institutos do *common law* de grande importância ao aperfeiçoamento do nosso direito, como é o caso do respeito aos precedentes (2009, p. 12).

Montesquieu (2000, p. 167-168), observando o sistema constitucional inglês, dividido em Parlamento, Monarquia e tribunais legais, descreve que em cada Estado há três poderes: o Legislativo, o Executivo “das coisas que dependem do direito das gentes” e o Executivo “daquelas que dependem do direito civil”. Enquanto o segundo se refere à administração do Estado e suas relações internas e externas, o terceiro consiste no poder de julgar, com o qual o príncipe ou o magistrado “castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares”. O filósofo argui que apenas haverá liberdade se os três poderes forem separados:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

Extrai-se do legado de Montesquieu a denominada teoria da tripartição dos poderes, para a qual um poder não pode sobrepujar os demais em força e influência. A concepção do Judiciário não seria, segundo o escritor, como um órgão permanente, mas composto por “pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer”; em vista disso, a

função julgadora, como não está atrelada a um Estado ou a uma profissão específica, torna-se invisível e nula (2000, p. 169).

Nesse contexto, importa trazer a observação de Marinoni de que a figura do juiz, na tradição do *Civil Law*, foi concebida para atuar de forma exclusivamente mecânica na aplicação da legislação. O direito era tido como sinônimo da lei, pois se afirmava que “ao juiz cabia apenas expressar as palavras ditadas pelo legislador”, desse modo, “a tarefa do Judiciário se resumia à aplicação das normas gerais”. Apenas com o impacto do constitucionalismo o juiz do *Civil Law* foi incumbido de um poder semelhante ao do juiz do *Common Law* - mais especificamente, ao do juiz americano -, “dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição” (2009, p. 20-21).

Isso não significa que a teoria de Montesquieu abra as portas para os tribunais de exceção. O filósofo, embora defenda que os tribunais não devam ser fixos, crê que os julgamentos devam ser permanentes, “a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei”, porque, se relegados à opinião particular do agente estatal, “viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos” (2000, p. 170).

Assim, para se evitar uma possível arbitrariedade do Poder, não bastava apenas que o “dividissem”, mas que os Poderes frutos da divisão fiscalizem, freassem, um ao outro, de forma que estabelecessem limites quando no exercício das suas funções. Vale mencionar que, na verdade, não se trata de uma divisão do Poder, visto este ser uno, indivisível e indelegável, o que ocorre é uma divisão das funções estatais a órgãos distintos. O Poder é um só. Nessa senda, vê-se que a finalidade precípua da separação dos Poderes é a de evitar a concentração de todas as funções nas mãos de um só e proteger os direitos e garantias fundamentais, preservando, assim, as liberdades individuais (QUEIROZ, 2016, p. 21).

Num Estado livre, não existe a necessidade de o Legislativo limitar o Executivo ou julgar a conduta deste, porém àquele devem ser assegurados o direito e a faculdade de “examinar de que maneira as leis que criou foram executadas”. Na obra de Montesquieu, o corpo legislativo deve ser sagrado, posto que imprescindível para o Estado que não se transforme num Legislativo tirânico. Daí a força teórica de que “os juízes da nação são apenas [...] a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem a sua força, nem seu rigor” (2000, p. 174-175).

Assim, é a parte do corpo legislativo que acabamos de dizer ter sido, em outra oportunidade, um tribunal necessário que se mostra de novo necessária agora; sua autoridade suprema deve moderar a lei em favor da própria lei, sentenciando com menos rigor do que ela. [...] Assim como todas as coisas humanas têm um fim, o Estado do qual falamos perderá sua liberdade e perecerá. Roma, Lacedemônia e Cartago pereceram. Ele perecerá quando o poder legislativo for mais corrupto do que o poder executivo. Não é de minha alçada examinar se os ingleses gozam atualmente desta liberdade ou não. Para mim é suficiente dizer que ela está estabelecida por suas leis, e não vou além. Não pretendo com isto rebaixar os outros governos, nem dizer que esta extrema liberdade política deve mortificar aqueles que só gozam de uma liberdade moderada. Como eu diria tal coisa, eu que penso que até mesmo o excesso de razão nem sempre é desejável e que os homens se acomodam sempre melhor nos meios do que nas extremidades? (MONTESQUIEU, 2000, p. 175, 178).

Diz-se, então, que o filósofo, ao mesmo tempo em que teme a arbitrariedade dos magistrados, confia na letra da lei para equilibrar a aplicação e a execução do direito. Enfim, contempla-se que Montesquieu, desenvolvendo o princípio da repartição das funções estatais, atribuiu uma leitura rígida e positivista à descentralização dos poderes políticos, a fim de evitar o despotismo e assegurar a maior liberdade possível ao Estado Constitucional. Atualmente, com o advento da Constituição de 1988, tem-se como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) (BRASIL, 1988).

A Constituição Cidadã de 1988 eleva a Teoria da Separação dos Poderes à categoria de princípio fundamental, porém, o constituinte originário, respeitando o 24 crescimento das funções estatais, flexibiliza a doutrina permitindo uma maior interferência entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, de modo que a separação entre estes não seja absoluta, refletindo ao mesmo tempo, o sistema americano de freios e contrapesos (*checks and balances*), que estabelece uma interação equilibrada, sem atritos e sem predominar um Poder sobre o outro (QUEIROZ, 2016, p. 23-24).

Percebe-se, então, que o modelo de repartição das funções políticas adotado pela Constituição Federal de 1988 não considerou a divisão tripartite de forma absoluta, mas direcionada com harmonia e independência. Sendo assim, a cada função cabe a sua parcela contributiva para a soberania do Estado Democrático de Direito (QUEIROZ, 2016, p. 25).

Enfoca-se positivamente que, no modelo jurisdicional atual, em oposição à atuação mecânica de períodos absolutistas, o juiz “passa a ser o legítimo intérprete da legislação, auxiliando no processo evolutivo e criativo do Direito, adequando a norma ao caso concreto,

criando novos direitos a partir de lacunas das próprias leis” (DEGRAF; GADONSKI, 2021, p. 76).

Deve-se ter por certo que o Estado constitucional prezou pelo respeito incondicional aos direitos fundamentais como corolário direto do princípio da dignidade da pessoa humana; deste modo, houve um reenquadramento das funções típicas estatais, executiva, legislativa e jurisdicional a um dimensionamento obediente à Constituição, seja não contrariando a Constituição, seja procurando interpretar todo o ordenamento sob o filtro constitucional (CRUZ D. N.; CRUZ K. R. P., 2010, p. 31).

Ao dissertarem a respeito da jurisdição no Estado Constitucional, Cruz D. N. e Cruz K. R. P. abrem os horizontes para a transformação do paradigma jurídico, outrora apegado exageradamente à letra da lei, para uma realidade em que o ordenamento seja aplicado de acordo com as necessidades naturais e a situação da sociedade, tendo sempre em vista a dignidade humana ou o mínimo existencial de cada cidadão.

Para esses estudiosos, isso não quer dizer que a lei tenha perdido o seu valor ou diminuído a sua importância; significa, antes de qualquer coisa, que o intérprete normativo, ao “perceber as peculiaridades do caso concreto e apreendê-lo sob a prescrição da legislação ordinária”, buscará compreender a norma pelo prisma da Carta Cidadã, isto é, conferirá significado ao direito material antes de projetar sentido aos valores da Constituição, com o fito de “atribuir-lhe significado constitucional sempre embebido pelos princípios de justiça e pelos direitos fundamentais” (CRUZ D.N.; CRUZ K. R. P., 2010, p. 32).

[...], em decorrência do valor que foi atribuído à Constituição, deixando de ser um mero documento político que dependia do legislador e do administrador para surtir efeitos, e passando a ser vista como norma superior do ordenamento jurídico, as funções do Poder Judiciário cresceram consideravelmente, ao ponto de receber do constituinte originário a incumbência de fazer o controle de constitucionalidade das leis, averiguando a conformidade destas com o Texto Maior. A necessidade desse controle se deu também em virtude da rigidez constitucional, bem como pelo escopo de efetivar os direitos fundamentais, o princípio democrático e a dignidade da pessoa humana, vetores basilares de um Estado pautado na promoção do bem-estar da sociedade. [...] Ainda, para garantir a segurança jurídica, a Constituição passou a versar sobre matéria política e tratou também de muitos direitos sociais, deixando esses pontos para serem regulamentados por leis infraconstitucionais, mas evitando que os Poderes constituídos intervissem de forma que viesse a prejudicar os já consagrados fundamentais (QUEIROZ, 2016, p. 36).

Repise-se que não se está infirmando a essencialidade da lei. Para que se aprimore algumas ferramentas estatais, mormente aquelas ligadas à jurisdição constitucional, com o fito de salvaguardar direitos que representem avanços fundamentais, democráticos e sociais, é preciso que se preserve o princípio da separação dos poderes, com as suas funções típicas e atípicas. Assim, consoante aduz Queiroz (2016), consegue-se frear a intervenção desmedida dos poderes estatais, evitando que causem uma ruptura ao sistema de direitos já elencado na Carta Magna.

Para tanto, fez-se necessário relacionar ainda mais a atuação dos Poderes estatais e dar a um Tribunal Constitucional, no Brasil representado pelo Supremo Tribunal Federal, a importante atribuição de guardião da Carta Cidadã, sendo este órgão considerado o último intérprete das normas gerais e abstratas, elaboradas pelo Poder Legislativo. [...] Acontece que, a responsabilidade por todas essas atribuições resultou no fenômeno da Judicialização da política, ou seja, as questões políticas, sociais e morais, as quais devem ser decididas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, estão sendo decididas pelo Poder Jurídico quando analisam a constitucionalidade das leis ou solucionam as lides nos casos concretos que envolvem violação aos direitos individuais (QUEIROZ, 2016, p. 36-37).

Percebe-se, novamente, a partir da problemática da judicialização das questões políticas, sociais e morais, levantada por Queiroz (2016), que é imperioso e urgente que se busquem respostas eficazes para a solução de contendas judiciais no ordenamento processual civil, em contraponto ao argumento de que o Legislativo e o Executivo deveriam fazê-lo no lugar do Judiciário.

Valle (2016, p. 103) revela que a judicialização da política, “a partir da constituição de 1988, se manifesta como fenômeno caracterizado pela presença expansiva dos direitos fundamentais, suas garantias e as instituições postas a seu serviço”, logo, consoante a autora, é de se compreender:

[...] o entusiasmo com que a cidadania, por si ou por instituições que a representem, reencontrando-se com a democracia, tenha se lançado na persecução jurisdicional dos direitos assegurados pelo novo Texto Fundante, supostamente não garantidos, no todo ou em parte, pelas estratégias de ação do Estado. Se a possibilidade em si, de submeter as opções políticas ao Poder Judiciário é atributo do sistema constitucional, como ferramenta integrante do sistema de controle; a intensificação das ocorrências concretas desse tipo de questionamento envolve uma percepção coletiva de que essas mesmas escolhas políticas devem efetivamente merecer o controle técnico e social que a arquitetura do poder permite (VALLE, 2016, p. 103).

Castro elenca que são alguns dos fatores que contribuíram para a expansão da judicialização da política a “reação democrática em favor da proteção de direitos” em face da ofensiva populista e totalitária herdada da Segunda Guerra Mundial, a subsequente preocupação com o resguardo de direitos em oposição aos “oligopolistas e oligarcas”, o resgate teórico das ideias liberais em Kant, Rawls, Locke e Dworkin, a influência da Suprema Corte norte-americana, a histórica tradição europeia do *judicial review* (controle de constitucionalidade), a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), dentre outros (1996, p. 02).

Complementa o autor que a judicialização da política “contribui para o surgimento de um padrão de interação entre os Poderes (epitomizado no conflito entre tribunais constitucionais e o Legislativo ou Executivo), que não é necessariamente deletério da democracia” (CASTRO, 1996, p. 02). Muito pelo contrário. Como já se anotou, não há espaço para o funcionamento do poder jurisdicional no Estado Constitucional em que a democracia inexistente. Isso seria um absurdo. A atuação do Judiciário pressupõe um ambiente democrático e consentâneo com os valores do Texto Fundante. Nessa afirmativa, convém apresentar a lição de Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (2012, p. 24, grifo do autor).

Barroso informa serem três as principais causas da judicialização, a começar pelo período de *redemocratização* pós golpe militar, evoluindo para a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, a partir da qual houve a retomada das garantias da magistratura nacional. Transformou-se a função jurisdicional, de um mero “departamento técnico-especializado” para um “verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes”, ensejando a sua expansão e o seu fortalecimento enquanto instituição atuante na defesa dos direitos dos jurisdicionados, por intermédio do acesso à justiça (BARROSO, 2012, p. 24).

No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira (BARROSO, 2012, p. 24).

Imprimindo seguimento ao raciocínio de Barroso, tem-se que a segunda causa essencial da judicialização é *constitucionalização abrangente*. Estudou-se no capítulo anterior como o advento da Carta Cidadã impactou o modo de se visualizar e de se interpretar o direito, tanto que, desde a sua promulgação, esteve posicionada no centro do ordenamento, e cujo filtro axiológico passou a ser a referência para todas as matérias jurídicas e atos normativos que orbitassem ao seu redor. Nas palavras de Barroso, a constitucionalização abrangente, no encaço da tendência mundial que se iniciou com as Constituições portuguesa e espanhola, potencializou no Diploma Republicano Brasileiro a introdução de “inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária” (2012, p. 24).

A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas (BARROSO, 2012, p. 24).

Enfim, a terceira causa elencada por Barroso para a ocorrência do fenômeno da judicialização consiste no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, classificado como híbrido ou eclético, porque mistura elementos característicos tanto do sistema americano quanto do europeu. Importado do sistema americano, vigora na ordem jurídica brasileira, desde o início da República, o controle constitucional incidental e difuso, “pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional”. O aspecto europeu incorporado ao

ordenamento pátrio traduz-se na “ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal” (BARROSO, 2012, p. 24).

O texto constitucional atribui ao STF a guarda da Constituição e confere-lhe a delimitação de suas competências, na forma do art. 102. Preleciona o art. 103 da CF/1988 e seus incisos quais são os legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a exemplo do Presidente da República, das Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, do Governador do Estado ou do Distrito Federal, do Procurador-Geral da República, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, dos partidos políticos e de confederações sindicais (BRASIL, 1988). Nesse ínterim, “quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF” (BARROSO, 2012, p. 25).

Giachini constata que um novo sistema político, de fundo democrático, foi instituído na sociedade brasileira com a promulgação da Lei Maior de 1988, ratificando a sua força normativa, o que tornou possível ao Judiciário desempenhar papel político central no ordenamento, o de guardião da Constituição. Com isso, modificou-se a “equação política que envolve o Legislativo e o Executivo, destacando-se nesse cenário as questões relativas às políticas públicas” (2014, p. 499). A função de efetivação dos direitos fundamentais, tradicionalmente atribuída no sistema do *Civil Law* ao Poder Executivo, reconhece na atuação dos órgãos judiciais outra via de satisfação das necessidades sociais.

Ao analisar o papel da Corte Suprema na resolução dessas demandas, Barroso nega que a judicialização tenha acarretado na ambição de se criar um “modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial”, tampouco que o fenômeno resulte de uma escolha do STF (ideológica, filosófica ou metodológica). Aduz o Ministro que a Corte, sempre que instada a se manifestar, limitou-se a “cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente” (2012, p. 25).

Por esse ângulo, Valle destaca que a expansão das ações levadas ao Judiciário para a proteção dos direitos assegurados pela Constituição enseja uma pressão social a esse poder para fornecer, sempre que acionado, respostas direcionadas para suprir a falta de efetividade das garantias fundamentais:

Intensificadas as provocações junto ao Judiciário, é natural que esta estrutura

institucional sinta-se pressionada a oferecer réplica aos reclamos da coletividade. E sem o desenvolvimento de respostas específicas para o estado de coisas inconstitucional que resulta da contumaz ineficácia de determinado direito fundamental, a tendência será a aplicação das velhas fórmulas de composição de conflito; ampliadas, todavia, no seu espectro de atuação, numa manifestação do comportamento qualificado por muitas como ativismo. [...] A partir da indagação quanto aos limites e possibilidades dessa particular ação de controle [jurisdicional], renovam-se velhos debates como os atinentes ao equilíbrio e à harmonia entre os poderes; mas também se enunciam novas questões, com aquelas afetas à inaptidão funcional dos órgãos jurisdicionais para uma ação corretiva, ou mesmo substitutiva no campo das políticas públicas (2016, p. 103).

No fluxo dessa consciência que admite a judicialização como consectário natural da constitucionalização do direito e, por consequência, de sua evolução diante da posição central da Constituição no ordenamento brasileiro, bem assim da interpretação atualizada da teoria tripartite de Montesquieu, é preciso identificar o “limite entre o direito e a política, que por vezes, é taxada como uma forma de ativismo judicial” (GIACHINI, 2014, p. 493).

A judicialização é o fenômeno de se extrair interpretações da própria norma, a fim de se concretizar o direito fundamental que já está garantido; o ativismo, por sua vez, foge das amarras legais e normativas, o judiciário atua na ausência de normas. É certo que a Constituição de 1988 possibilitou o fenômeno da judicialização no Brasil, ao tratar, em seu texto, de matérias que vão muito além da organização estatal e da divisão de poderes, sendo, por isso mesmo, adjetivada como dirigente. Com o escopo de fomentar a transformação social, essa inovação constitucional proporcionou, por um lado a expansão do Poder Judiciário e, por outro, a redução dos limites da discricionariedade do legislador e administrador público, que encontram-se vinculados aos objetivos da República Federativa do Brasil, expostos no artigo 3.º da Constituição Federal, e ao regime dos direitos humanos fundamentais (GIACHINI, 2014, p. 503).

Giachini acentua que a CF/1988, malgrado tenha estabelecido instrumentos hábeis a formar cidadãos com capacidade interpretativa, comunicativa e socialmente crítica, inclusive no que toca as medidas para a efetivação do direito social à educação, o que representou “um amadurecimento histórico” para a nação, ainda enfrenta uma realidade social muito diferente das expectativas imbuídas em seus preceitos e valores (2014, p. 492).

Nesse contexto de expectativa de concretização dos direitos fundamentais, indubitável é que grande parte da população vive ainda uma certa segregação. As barreiras humanas e sociais impõem-lhes muitas restrições, tais como no exercício de seus direitos e garantias fundamentais. Confronta-se, assim, a dignidade da pessoa humana. E tal situação não condiz com o Estado Democrático de Direito, pois nega o exercício da cidadania a uma parcela de seus integrantes (GIACHINI,

2014, p. 492).

Sanando possíveis confusões acerca da temática, Lima explana que a judicialização da política consiste em um “processo originário de condições institucionais específicas e da dinâmica estabelecida entre os agentes de poder que *encaminha as demandas políticas ao judiciário*”, ao passo que o ativismo alude de maneira específica “às respostas judiciais, seja pela prescrição dos contornos aceitáveis da sua atuação ou pela avaliação de sua atuação” (2014, p. 219, grifo da autora).

Ainda na doutrina de Lima, a autora remete ao ativismo judicial como um “juízo valorativo, que provavelmente indica uma crítica doutrinária, na constatação de uma atuação discordante dos contornos para o exercício da revisão judicial”, analisando que, dentre as suas características, está a de que representa o “resgate do ‘estado da arte’ do debate acerca da jurisdição constitucional” (2014, p. 163).

Note-se que, com a promulgação da Carta Política, já se falava num cenário de judicialização; Lima agrega a esse fato as inúmeras emendas constitucionais que vieram na sequência, alterando inclusive “a configuração do Poder Judiciário” e ampliando “as competências de seu órgão de cúpula, o STF”, o que apenas contribuiu para o fomento do referido fenômeno (2014, p. 223).

Convém anotar, porém, que não se pretende, com este estudo, aprofundar as concepções ou detalhar os desdobramentos dos institutos da judicialização e do ativismo judicial; precisa-se, no entanto, lançar-lhes certa luz, a fim de se questionar se a cultura de encaminhamento das demandas ao Judiciário para a proteção de direitos fundamentais esbarraria na atuação dos demais poderes políticos. É importante esclarecer que os três poderes estatais estão comprometidos com a efetividade dos direitos fundamentais, independentemente de qual seja a sua participação ou contribuição social para a matéria.

Santin explicita que o controle judicial de políticas públicas deve ser orientado pela garantia do devido processo legal, por meio dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de que se possibilite a aferição de justiça nas relações polarizadas pelo Estado e pelo indivíduo ou pela sociedade. O comando judicial, há que se ressaltar, deve averiguar, na situação concreta, a realidade da política pública não executada e o orçamento do Poder Público para fazê-lo (2005, p. 213).

De outra monta, ao se discutir a funcionalidade do serviço público, ter-se-á em conta que se trata de um componente dos direitos humanos, na medida em que “o Estado tem obrigação institucional de atender às necessidades sociais, procurando atender aos pedidos ou demandas, na definição e implementação de política pública [...]” (SANTIN, 2019, p. 135).

De acordo com o sentir de Costa e Santos, que primam pela interpretação teleológica do instituto da judicialização, reputando legítima toda forma lícita de se tentar obter a execução de direitos fundamentais, analisa-se a questão sob o aspecto dos princípios constitucionais elencados no art. 37 como vetores de direcionamento, orientação e referência para a atividade da administração pública direta e indireta dos entes federativos. Em enfoque o princípio da eficiência, os estudiosos admitem a possibilidade do controle jurisdicional da política, nos seguintes termos:

O controle jurisdicional exercido sobre os atos administrativos é majoritariamente aceito nos casos de ilegalidade, imoralidade e pessoalidade visto que os aludidos princípios administrativos estão expressos na Constituição por serem considerados imprescindíveis à elaboração e execução dos atos públicos. De forma congênere, após ser consagrada no texto constitucional como o quinto princípio geral administrativo, a eficiência também passou a ser indispensável para a formulação e execução de todos os atos da Administração Pública. [...] Embora essa questão do controle jurisdicional seja desafiadora e complexa dando margem a inúmeros questionamentos sobre sua legitimidade, sob o enfoque Neoconstitucionalista dos princípios e direitos fundamentais é absolutamente necessário tal intervenção para que haja a concretização do Estado Social e Democrático de Direito. [...] [Por intermédio do art. 5º, inc. XXXV, CF/1988] O ponto questionado, portanto, não é se pode ou não haver controle jurisdicional, dado que a própria Constituição Federal de 1988 já esclarece, mas qual conteúdo pode ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário e quais os limites impostos a essa interferência (2021, p. 322-323).

Giachini interpreta a situação por este prisma: “[...], havendo omissão desses poderes ou atuação insuficiente a garantir a efetividade dos direitos fundamentais, a doutrina tem defendido a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, haja vista a sua competência constitucional, que lhe garante a posição de Guardiã da Constituição”. A ressalva feita pela autora é a de que a decisão judicial deve se ater a uma racionalidade e a uma fundamentação plausíveis, evitando “o arbítrio, a injustiça, ou até mesmo a execução de outras políticas públicas” (2014, p. 503).

Obviamente, não se trata a correta motivação decisória de condição para que o Judiciário tutele, em juízo, a efetividade de uma política pública estanque. Chamou-se alhures

à discussão referido tema justamente para fixar que se tratava de exigência das mais relevantes para o Estado Constitucional, cuja inobservância fere o ato judicial de nulidade, categoricamente. Na situação em tela, a autora transmite a ideia de que o tratamento de questão típica do Legislativo e do Executivo pelo Judiciário não é o ideal que se espera do serviço público, dos representantes eleitos tanto para a representação legislativa quanto para a executiva, contudo, em suas próprias palavras, “a judicialização das políticas públicas é consequência direta da inoperância dos Poderes Legislativo e Executivo” (2014, p. 503-504).

A possibilidade de se obter no Judiciário o que foi negligenciado ou prestado de maneira ineficiente pela Administração Pública, é um direito fundamental do cidadão assegurado pelo art. 5º, XXXV, da CF. Dessa forma, exercer o controle dos atos administrativos eivados de algum vício que prejudique o interesse social parece razoavelmente um ato legítimo, e o contrário, por assim dizer, ilegítimo. Reconhecer a legitimidade do controle jurisdicional dos atos administrativos ineficientes, não significa ser condescendente à teoria da não deferência entre os Poderes - o ponto da presente discussão não é esse -, mas ter a consciência de que tal interferência consiste numa medida que aumenta a possibilidade de concretização dos direitos constitucionalmente previstos. A rigor, observa-se um certo egoísmo por parte dos agentes públicos, sejam eleitos ou não, por pensarem que o controle jurisdicional está relacionado à circunstância de quem “proclama a palavra final”. Uma ideologia certamente incoerente, pois o cerne da discussão não é o ego dos agentes da Administração Pública ou dos Magistrados, mas sim a concretização dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal (COSTA; SANTOS, 2021, p. 323-324).

Giachini segue expondo as suas razões, aduzindo que não se falaria em judicialização se houvesse respeito à determinação constitucional acerca das políticas públicas. Se, por um viés, a política assume caráter jurídico, cabendo aos três poderes a interpretação e a aplicação da Carta Magna, por outro, o ato judicial de proferir decisão sobre política pública se reveste, com efeito, de caráter político (2014, p. 504). Está-se diante de um dilema:

Neste diapasão, o Princípio da Separação dos Poderes não pode ser invocado como elemento suficiente para obstar a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, mas também, não pode ser desconsiderado no momento em que o magistrado profere uma decisão que implica na alteração da política pública, pois é este o Princípio que estabelecerá o limite razoável que existe entre o direito e a política, segundo expressão da própria Constituição Federal, de acordo com a distribuição de competências nela sistematizada (GIACHINI, 2014, p. 504).

A solução argumentativa encontrada pela autora é a baliza principiológica e valorativa da própria Constituição, a fim de se garantir direitos fundamentais, o que, em tese, conferiria legitimidade democrática ao Poder Judiciário para intervir na consecução de políticas públicas por meio da jurisdição (GIACHINI, 2014, p. 505). Com isso, não se pode pensar mais no sistema jurídico hodierno como uma geometria fixa da fonte legislativa, especialmente se, por razões históricas, operacionais ou práticas, o cidadão médio se socorre do Judiciário quando quer ver resguardado determinado direito. Para retomar a lição de Brito J. D. e Brito T. D., o precedente possibilita a retomada da geometria variável das fontes jurídicas e amplia o leque do direito ao intérprete e ao corpo social.

MacCormick aponta que o direito se constitui numa ordem normativa institucional. Para melhor elucidar este ponto, o autor afirma que a ordem jurídica existe como uma espécie, cujo gênero seria a ordem normativa, tendo lugar quando a vida em sociedade requer o regramento da conduta humana de forma ordenada e numa perspectiva de proporcionar certa segurança para as pessoas acerca do que elas esperam do direito. Essa ideia parece qualificar o direito como um ramo naturalmente sistemático, dotado de um complexo organizado de normas. O respeito a essa organização normativa é o que confere aos indivíduos determinada ordem e segurança. Este é o modelo de ordem normativa institucional apresentado pelo jurista, que salienta a existência de inúmeras outras versões de concepção do sistema jurídico (2008, p. 03-04).

Em virtude desse sistema, existem pessoas imparciais, investidas numa função estatal que lhe conferiu poderes judicantes, para julgar demandas instauradas entre duas ou mais pessoas, o que pressupõe a necessidade de julgamentos institucionalizados, por meio de atos procedimentais corretos. Nesse panorama, surge o cerne da discussão em MacCormick: a argumentação jurídica para que o direito seja aplicado de forma correta, isonômica e estável (2008, p. 04-05). A argumentação, na qualidade de “método estruturante do pensamento jurídico”, transformou o paradigma de aplicação do direito, deixando-se o formalismo lógico, típico dos juízos práticos, até então como instrumento único para validar as decisões judiciais, para se alcançar o transformador resgate das operações dialéticas da razão, pensado por MacCormick como um estalo atinente ao “adensamento da complexidade dos esquemas normativos” (PIRES, 2020, p. 51-52).

Esta é uma visão pós-positivista de MacCormick. Por meio de seu olhar metodológico acerca da argumentação jurídica, o autor reputa o positivismo insuficiente, em especial para a seara da tomada de decisões, ligando-o preponderantemente ao universo da moral. Segundo o seu entendimento, há uma distinção conceitual entre direito e moral, de maneira que esta orienta a elaboração das leis, as quais se baseiam em critérios de justiça e, portanto, possuem valores morais implicitamente inerentes a elas. Tais valores estariam fadados a limitar a sua validade, logo, as suas regras seriam inaceitáveis no escopo da atividade decisória. Com o estudo da retórica e o Estado de Direito, o pensador, pois, refuta a teoria positivista que justifica a legitimidade das decisões com supedâneo nas leis formuladas com conteúdo moral imanente, sustentando que não seria pelo fato de serem proferidas por autoridade competente que essas decisões seriam válidas, o que sugere que o Estado de Direito também está suscetível à falibilidade judicial (PIRES, 2020, p. 56, 58).

A solução encontrada pelo teórico para justificar a aplicação das leis decorre do abandono da técnica silogística e do raciocínio dedutivo, e o reconhecimento de que apenas argumentos não dedutivos tornam possível a sua aplicação, a exemplo dos princípios e dos “valores político-jurídicos”. Admite-se, ainda, a revisão das leis por intermédio dos pronunciamentos judiciais. Por sua vez, a aplicação correta das normas jurídicas deduz que o direito seja um fenômeno argumentativo, com o fito de afastar decisionismos e a íntima convicção do julgador. Somente assim se poderá perceber que a decisão judicial contém um estatuto normativo, ou seja, uma norma; MacCormick, desse modo, contempla o valor do precedente para a integridade jurídica (PIRES, 2020, p. 57, 68).

Retomando-se, pois, a discussão quanto às teorias declaratória e constitutiva da jurisdição, faz-se necessário entender como o desenho do *Common Law* tinha os seus adeptos para cada teoria, seja a que defende que o Estado-Juiz deveria apenas declarar o direito, seja a que reconhece ao magistrado a sua autoridade de criar o direito diante do caso concreto.

Convém de prontidão expor que nenhuma dessas teorias - declaratória e constitutiva da jurisdição - está pacificada na doutrina até os dias atuais. E é justamente em torno desse assunto que se embasa a primeira indagação levantada a título de problema de pesquisa: seria o precedente judicial meramente declaratório ou também constitutivo do próprio direito? Ora, como se viu acima, o precedente nasce de uma decisão judicial suficientemente motivada,

cuja autoridade e conteúdo sejam capazes de estabelecer paradigmas para que casos futuros sejam decididos dentro de padrões isonômicos, com base nessa decisão “líder” pretérita.

Um dos defensores mais notórios da teoria declaratória da jurisdição foi Blackstone, cujo entendimento se pautava na existência do direito escrito ou *statute law* e do direito não escrito ou *common law*. Para o jurista, este refletiria tanto os “costumes gerais”, neles englobados os costumes, regras e máximas estabelecidos, quanto os “costumes particulares de algumas partes do reino, bem como aqueles observados apenas em algumas cortes e jurisdições”. Fixada a ideia de que o direito não escrito é observado nos costumes gerais dos ingleses, chega-se ao raciocínio de que “o juiz não o cria, mas tão somente o declara” (MARINONI, 2022, p. 22).

Defendia-se também a teoria declaratória da jurisdição quando o pronunciamento judicial lastreava-se em decisão paradigma que havia se tornado verdadeiro precedente. A justificativa da corrente declaratória era simplesmente esta: “se os precedentes se destinam a desenvolver o *common law*, decisões iguais sobre um ponto de direito significariam, igualmente, *common law*”. Em outras palavras, o magistrado poderia estritamente declarar o direito consolidado no precedente (MARINONI, 2022, p. 22).

Dessa forma, a teoria declaratória da jurisdição admite que a autoridade do Estado-Juiz “não lhe dava poder para criar um novo direito, mas apenas para manter e declarar um direito já conhecido” (MARINONI, 2022, p. 22).

Em contraponto, surge a teoria constitutiva da jurisdição, defendida por pensadores como Jeremy Bentham e John Austin, para os quais a teoria declaratória seria um absurdo, uma ficção. Na concepção da teoria constitutiva, também chamada de teoria positivista, a razão de existir do *common law* é o seu estabelecimento pelos juízes que possuem autoridade de criar o direito (*law-making authority*), “sendo o direito, então, produto da vontade dos magistrados: não algo meramente descoberto, porém, criado” (MARINONI, 2022, p. 23).

Inerente à teoria constitutiva, há que se frisar veementemente, aparece a teoria segundo a qual o respeito aos precedentes no ordenamento jurídico é obrigatório para se garantir igualdade, coerência e segurança no sistema, pois consiste basicamente na eficácia vinculante dos precedentes: trata-se do *stare decisis*. Por intermédio do *stare decisis*, a observância aos precedentes é compatibilizada na teoria constitutiva, rechaçando-se a ideia

supradita de que o juiz estava adstrito à declaração do direito imbuído nos precedentes. Leia-se da seguinte forma:

Afirmou-se que, se o precedente representa apenas uma evidência do direito, nenhum juiz poderia ser obrigado a segui-lo, uma vez que sempre haveria a possibilidade de se declarar judicialmente em contrário ao precedente. Por isso, o *stare decisis* (respeito obrigatório aos precedentes) exigiria, como antecedente lógico, a criação judicial do direito. Da relação entre a natureza constitutiva da decisão judicial e o *stare decisis* formaram-se três mitos: i) o *common law* não existe sem o *stare decisis*; ii) o juiz do *common law*, por criar o direito, realiza uma função absolutamente diversa daquela do seu colega do *civil law*; e iii) o *stare decisis* é incompatível com o *civil law*. Contudo, a verdade é que a criação judicial do direito não constitui um pressuposto para o *stare decisis*. O respeito ao passado é traço peculiar à teoria declaratória, com a diferença de que o precedente, em vez de constituir, declara o direito costumeiro ou representa o próprio desenvolvimento dos costumes gerais, ou seja, o *common law* (MARINONI, 2022, p. 23-24).

Um ponto de convergência entre ambas as teorias é a aceitação da revogação do precedente quando o seu conteúdo, se aplicado a casos análogos, acarretasse em manifesta injustiça. Valendo-se de argumento construído por MacCormick, Marinoni aventa que os magistrados que admitissem a revogação do precedente não mais poderiam defender a corrente declaratória, uma vez que, certamente, teriam que reconhecer abertamente a criação do direito, aí compreendido o *overruling* do precedente. Acontece que os magistrados ocupavam uma posição confortável ao somente declarar, pois “não queriam assumir a responsabilidade de criar o direito e de revogar os precedentes”; com isso, permaneceram por longo período “escondidos” atrás da teoria declaratória, sem precisarem justificar “decisões retroativas que poderiam ser ditas não democráticas” (MARINONI, 2022, p. 24).

A partir da conclusão de que o juiz, procedendo ao *overruling*, estaria desempenhando um desdobramento da função criadora do direito, depara-se a teoria declaratória com uma contradição: “se a primeira Corte cometeu um erro, o juiz que se encontra com o caso nas mãos teria de criar o direito ou fazer algo bem diferente do que declarar o direito contido no precedente” (MARINONI, 2022, p. 25).

Marinoni adverte que nenhuma das teorias foi capaz de “coerentemente justificar o *stare decisis* em seu estado absoluto ou em sua conformação pura”. O argumento desconstitutivo da teoria declaratória seria que o juiz é obrigado a respeitar o direito, não a “*declaração judicial* do que é o direito”:

[...], se o precedente não é direito, mas sim a declaração de um juiz acerca do direito, não haveria como impor aos demais juízes o respeito ao precedente. Na verdade, se os precedentes podem ser revogados, é evidente que o respeito devido a eles depende da força das suas razões. Portanto, não é porque a decisão é chamada de declaração e não de direito que ela perderá autoridade e deixará de merecer deferência (2022, p. 26, grifo do autor).

Cumprir distinguir a tradição do *Common Law* da doutrina do *stare decisis*, a fim de sanar eventual confusão. Foram vistos anteriormente elementos históricos do direito comum, ou *ius commune*, que já existia, ainda que de maneira primitiva, numa sociedade inglesa tribal, anteriormente a 1066. O sistema passou por inúmeras transformações com o decurso do tempo, inclusive subsistiu concomitantemente à jurisdição de equidade (*equity*), conforme já se anotou. O *stare decisis*, a seu turno, firmou raízes na Inglaterra somente no fim do século XIX; “o conceito de *rules of precedent* e a ideia de vinculação (*binding effect*) foram consolidados no período entre 1862 e 1900”. O que se infere é que ambas as teorias da jurisdição se adaptaram a um modelo de respeito obrigatório aos precedentes. Sabendo-se, portanto, que o *stare decisis* é diferente de *Common Law*, é possível afirmar que o sistema precedentalista pode integrar o sistema brasileiro, com ele se compatibilizando (MARINONI, 2022, p. 26-28).

Com isso, tem-se uma primeira resposta importante para as hipóteses desta pesquisa. A diferença entre os institutos é evidente: o *Common Law* é uma tradição jurídica embasada nos costumes gerais de conduta dos cidadãos ingleses, tendo surgido previamente ao século XI; o *stare decisis* é a teoria ou a doutrina pela qual se consolida o respeito aos precedentes num sistema de justiça, do latim *stare decisis et non quieta movere*, ou “manter-se a decisão e não mexer no que está quieto”, em clara referência ao estabelecimento de precedentes vinculantes, cujos efeitos atingem a todos. Se o Brasil não adota a tradição do *Common Law*, isso não pode ser justificativa para se negar o respeito aos precedentes obrigatórios ou vinculantes, por certo que o *stare decisis* não se confunde com aquela tradição.

E aqui se imprime a toada para a hipótese da primeira indagação-problema, que se estabeleceu neste trabalho da seguinte forma: o precedente judicial seria meramente declaratório ou também constitutivo do próprio direito? Eis o que articula Marinoni (2022, p. 30-31):

Quando se diz que o precedente do *common law* cria o direito, não se está pensando que ele tem a mesma força e qualidade do produto elaborado pelo Legislativo, isto é, da lei. Porém, seria possível argumentar que a decisão, por ter força obrigatória, constitui direito. O *common law* considera o precedente como fonte de direito. Note-se, contudo, que quando um precedente interpreta a lei ou a Constituição, como acontece especialmente nos Estados Unidos, há direito preexistente com força normativa, quando é visível que o juiz não está a criar um direito. Na verdade, também no caso em que havia apenas costume, existia direito preexistente, o direito costumeiro. A circunstância de o precedente ser admitido como fonte de direito está muito longe de constituir um indício de que o juiz cria o direito. A admissão do precedente como fonte de direito ou a força obrigatória do precedente não significa que o Judiciário tem poder para criar o direito.

Marinoni, então, exara que, de certo modo, “o que permite ou facilita pensar que o juiz do *common law* cria o direito é a comparação do seu papel com o do juiz da tradição do *civil law*”, sistema que, quando se pensava que o juiz deveria aplicar a lei de forma automática, direito era sinônimo de lei. Inspirado em Merryman, o autor sublinha que, “na aceitação de que o juiz pode decidir sobre a invalidade de uma lei por estar em conflito com a Constituição, quebra-se o dogma da separação estrita entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário e, desta forma, abre-se oportunidade para se dizer que o juiz do *civil law* também cria o direito” (2022, p. 32, 34). O que vai diferenciar os juízes de ambas as tradições é a dimensão que as suas decisões e interpretações ganham nos respectivos sistemas, daí se considerar o “traço forte” da figura do magistrado na tradição de direito costumeiro, pois lastreada num sistema de precedentes.

Para Cambi, o precedente deve ser mencionado, seja para fundamentar a favor, seja contra uma decisão, pois garante a “estabilidade do direito, contribuindo para assegurar, ao mesmo tempo, a certeza jurídica e a proteção da confiança nas decisões judiciais”. Isso se deve ao fato de o precedente ser ora uma “forma de manter a tradição jurídica, consolidada no passado pela sua utilização racional e reiterada”, ora um “modo de olhar o futuro, quando serve para moldar os julgamentos referentes às questões jurídicas diferentes ou novas”, antevendo o surgimento de outra jurisprudência (2020, p. 185).

Reitera-se, brevemente, apenas para não se registrar duas vezes, que Mello categoriza a eficácia dos precedentes em normativa, impositiva intermediária e meramente persuasiva. A primeira subdivisão se encaixa na hipótese da problemática ora suscitada, aludindo a autora que “*os precedentes com eficácia normativa* são aqueles que estabelecem um entendimento que deverá ser obrigatoriamente seguido em casos análogos” (2008, p. 63, grifo da autora). Mais adiante, a jurista aduz que:

Eles [os precedentes com eficácia normativa] projetam efeitos não apenas entre as partes de um caso concreto, mas fixam uma orientação a ser obrigatoriamente seguida em todas as situações semelhantes. Geram, para além da solução do litígio específico que lhes foi submetido, uma *norma*, ou seja, um *comando* aplicável, com *generalidade*, a todos os demais casos idênticos, de forma *permanente*, e sob pena de *sanção*, à imagem e semelhança de uma lei. São, assim, fonte formal do direito (2008, p. 63, grifo da autora).

Enfoca-se, pois, o estudo do precedente vinculante ou normativo como fonte primária do direito, inclusive sendo atendida a primeira problemática suscitada, quanto a sua natureza. Não há como negar que o precedente vinculante produz uma norma, constitui verdadeira norma jurídica. Entretanto, acredita-se que as três categorias de precedentes elencadas por Mello sejam fontes do direito, uma vez que mesmo o precedente de eficácia impositiva intermediária e o de eficácia meramente persuasiva podem ser invocados para fundamentar decisões judiciais, inclusive em igual patamar hierárquico com relação à legislação.

Fachin (2016, p. 86), tal qual se exarou neste trabalho, afirma que a lei é a fonte primordial do direito na tradição romano-germânica. O diploma legal, “mediante comandos normativos gerais e abstratos, sistematiza a prática do direito e o reduz a um caráter eminentemente legislativo”.

A doutrina, conforme Fachin (2016, p. 87), constitui-se em fonte mediata do direito. O costume, por sua vez, na tradição mais próxima do *Civil Law*, “exerce função de preencher lacunas e conceitos jurídicos, muitas vezes, indeterminados, que se faz necessário atentar para os hábitos da sociedade para melhor compreendê-los”.

Reale (2002, p. 296) argumenta que, diante do reconhecimento de que a lei possui lacunas, “é necessário preencher tais vazios, a fim de que se possa dar sempre uma resposta jurídica, favorável ou contrária, a quem se encontre ao desamparo da lei expressa”. Trata-se do mecanismo da integração do direito, ao qual a LINDB recorre, diante da omissão legal, em dispositivo já apontado anteriormente, caso em que se recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Cambi salienta que ocorre lacuna constitucional quando a Carta Magna “não contém uma regra para determinado caso”, o que é diferente, por exemplo, de omissão legislativa e de silêncio eloquente. Diante daquela, o legislador infraconstitucional é compelido a preencher o sistema de normas que atendam a determinadas situações da vida concreta; este, a seu turno,

constitui uma “omissão intencional” do constituinte. Assim, é imperioso e oportuno consignar o entendimento de Cambi de que o mecanismo de integração do direito “decorre da premissa de que determinada situação deveria ser constitucionalmente regulada, mas não está prevista, e tampouco pode ser coberta pela interpretação, mesmo extensiva, dos preceitos constitucionais” (2020, p. 381, 384).

[...], a função dos intérpretes em geral e do Poder Judiciário, em especial, não é, tão somente, descrever significados, mas reconstruir sentidos, para aplicar o ordenamento jurídico ao caso concreto. Além disso, a dependência do texto normativo inviabiliza a concretização da Constituição. Afinal, é, no campo dos direitos fundamentais (especialmente os direitos fundamentais sociais), onde se registram os principais precedentes de omissão legislativa. Ora, se o direito fundamental não pode ser efetivado porque o sistema jurídico é omissivo, cabe ao Judiciário “dizer” o direito no caso concreto para viabilizar a aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, independentemente de lei (art. 5º, § 1º, da CF/1988). [...] Em razão do caráter aberto e fragmentário da Constituição, cabe ao intérprete a dupla tarefa: a) primeiro, fixar o âmbito e o conteúdo da norma a ser aplicada; b) depois, se a situação concreta não estiver regulamentada no complexo normativo-constitucional, deve preencher ou colmatar suas lacunas (CAMBI, 2020, p. 380, 384-385).

Partindo-se da noção da cláusula de integração normativa da LINDB, é possível sustentar o raciocínio interpretativo que levou juristas e pensadores a enquadrarem o precedente, tal como as decisões jurisprudenciais, como fonte do direito.

Tomando por base o preceito do positivismo jurídico de que o direito é completo e não possui lacunas, antinomias ou ambiguidades, formando, por consequência, um todo coerente, diz-se que há completude do ordenamento jurídico, atributo que se embasa “na noção de segurança jurídica e na crença na centralidade da produção legislativa como forma de manifestação do direito”. A completude do sistema, segundo Cambi, representa um dogma que não mais se sustenta na sociedade moderna, na qual se manifestam “rápidas transformações socioeconômicas”, “multiplicidade de ideias, informações e opiniões”; pode-se considerar, assim, que a lei é apenas uma das expressões jurídicas dos tempos atuais (2020, p. 100).

A analogia “atende ao princípio de que o Direito é um sistema de fins”. Por intermédio do processo analógico, “estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões” (REALE, 2002, p. 296). Por certo, em atenção ao art. 4º da LINDB, o Estado-Juiz, ao julgar uma contenda, deve se ater

primeiramente às normas legais; em sequência, não as havendo, deve recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito. As lacunas, que podem ser autônomas ou heterônomas, demandam complementação nos espaços em que a regulamentação foi ausente ou insuficiente, o que permite, inclusive, a atualização da Carta Política. Enquanto as lacunas autônomas se referem à “ausência de uma disciplina jurídica no ordenamento normativo-constitucional”, as heterônomas expressam o “não cumprimento, pelo legislador, das ordens constitucionais de legislar”, são “omissões inconstitucionais” (CAMBI, 2020, p. 385).

[...], a colmatação das lacunas autônomas depende da analogia, que é um método de complementação constitucional, pelo qual se transfere a regulamentação de certas situações para outros casos que merecem igual tratamento jurídico e apresentam significativa coincidência axiológica. Por sua vez, o preenchimento das lacunas heterônomas depende do reconhecimento judicial da omissão inconstitucional. [...] [Diante disso, tem-se que], em um Estado Constitucional de Direito, os conflitos insuperáveis devem ser resolvidos, pela via interpretativa, mediante a ab-rogação ou a anulação das normas inválidas ou, em caso de lacuna, pela introdução da norma faltante. Afinal, na ausência de leis, excluir a possibilidade da integração judicial do ordenamento jurídico teria como consequência o esvaziamento dos direitos reconhecidos na Constituição. Logo, o dogma de que o Judiciário deve atuar apenas como legislador negativo pode ser rompido toda vez que, reconhecendo a inefetividade de um direito fundamental, seja assegurada a sua realização concreta (CAMBI, 2020, p. 385-386).

Reale (2002, p. 148-149) aduz que, no direito romano, os costumes paulatinamente cederam o seu espaço para a jurisdição, também chamada de “Direito jurisprudencial”. O teórico ressalta que “foi através da atividade dos juízes e dos pretores que os romanos, aos poucos, construíram o *jus civile*, primeiro, privativo dos romanos, e o *jus gentium*, de caráter mais amplo”. Este último, com o passar do tempo, por forte influência da Grécia, em particular da filosofia estoíca, expandiu-se “ainda mais numa noção de valor universal que é a de *jus naturale*”. Fachin salienta que a jurisprudência, nos países de direito tradicionalmente romano-germânicos, é fonte de direito, porém, secundária, ou seja, não se encontra em igual posição que à lei nesse sistema (2016, p. 87).

Enfim, os princípios gerais do direito conferem “ao ordenamento jurídico um caráter ético”; são enunciados “mais próximos de propiciar a equidade, também ajudam na resolução de conflitos entre normas, a melhor compreendê-las e expandi-las” (FACHIN, 2016, p. 87).

A seguir, julgou-se oportuno anotar algumas considerações a respeito da evolução do significado de “princípio”, para melhor se compreender o que o legislador quis dizer quando previu, em 1942, no art. 4º da LINDB, a expressão “princípios gerais do direito”.

A pesquisa já anotou, em outra oportunidade, a redação do art. 4º da LINDB. Martins (2018, p. 141) teoriza que a expressão “princípios gerais do direito”, integrante desse dispositivo, faz alusão a uma técnica de integração. Diz o autor que “quando os textos legais forem omissos, o juiz está autorizado a resolver o problema jurídico valendo-se da ‘analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito’”. Além do mais, essa disposição legal pode induzir o mais incauto dos intérpretes a imaginar que “os princípios jurídicos só têm serventia diante de lacunas, entendidas como inexistência de uma resposta expressa na literalidade dos textos normativos”. A partir dessa problemática, o autor começa a tecer comentários sobre três significados jurídicos ou fases da palavra “princípio”. Veja-se que, na primeira fase,

[...], foi utilizada no Direito tendo em vista o sentido da palavra na linguagem comum ou natural: como princípio significa origem, início, foi utilizada para se referir às questões gerais de uma dada disciplina, aos temas que devem ser apresentados a quem inicia seu estudo. Foi nesse sentido que a palavra foi empregada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e por Ruy Cirne Lima no título de suas obras mestras. Essa *primeira fase* está hoje absolutamente superada: ninguém mais emprega, na Teoria do Direito, a expressão com esse significado. Na segunda, a palavra foi dissociada do sentido comum ou natural e passou a ser empregada em sentido técnico para identificar apenas as ideias chave, as vigas mestras, os alicerces do sistema normativo. Princípios jurídicos são, nesse sentido, os *elementos estruturantes* do sistema normativo. Trata-se de um conceito da Teoria Geral dos Sistemas: os sistemas possuem uma parte-dirigente e tendem a centralizar-se ao redor dela. Na doutrina brasileira, a segunda fase foi difundida por Celso Antônio Bandeira de Mello e por Geraldo Ataliba (MARTINS, 2018, p. 142, grifo do autor).

Martins, a seguir, faz a comparação entre os significados jurídicos de “princípio” na segunda e na terceira fase:

[Na terceira fase] A expressão “princípio jurídico” passa a ser utilizada para denominar as normas jurídicas que apenas estabelecem uma razão para uma decisão. [...] Um dos traços fundamentais da distinção entre regras e princípios, proposta na terceira fase, é que os *princípios* positivam um valor a ser concretizado, sem definir o meio de concretização, enquanto as regras estabelecem o meio de concretização de um valor. [...] O Direito deixa de ser compreendido como um conjunto de imputações alicerçadas apenas na vontade dos agentes competentes; assume-se que o conjunto de normas pressupõe um conjunto de valores e a missão do Direito é concretizá-los na maior medida possível. [...] Princípios na segunda fase dizem

respeito aos elementos estruturantes do sistema (ou subsistema) normativo; na terceira, dizem respeito às normas que exigem a realização máxima de um valor. Certos princípios da segunda fase não são princípios na terceira e vice-versa. [...] (2018, p. 142-144, grifo do autor).

Martins distingue princípio de norma, sem olvidar a menção de que, na segunda fase conceitual, melhor dizendo, num segundo momento da evolução do direito, considerou-se o princípio não como sinônimo, mas como vetor interpretativo para a norma. Para o teórico,

Norma [...] é uma *padronização*, por meio da abstração, da ocorrência de determinado fenômeno. Ela sempre obedece a um esquema lógico, em que o consequente é condicionado a um antecedente: se a hipótese, deve ser a consequência (H à C). [...], os princípios, na terceira fase, são valores positivados; logo, toda regra concretiza um ou mais valores, vale dizer, um ou mais princípios. Em síntese: por trás de toda regra (“R”) existe um princípio (“P”). [...] trata-se da chamada teoria da concretização constitucional, segundo a qual todo o fenômeno jurídico dá-se em prol da concretização dos princípios constitucionais, [...]. [Os princípios], de fato, na terceira fase, são *normas jurídicas* e, portanto, apresentam a estrutura “H à C”. [...] No Estado de Direito, nenhuma atuação estatal é válida se não consistir na consequência de uma *norma jurídica*, seja uma *norma abstrata*, seja uma *norma concreta*. O Estado não possui *liberdade*; consequentemente, os agentes públicos não podem atuar com fundamento no livre-arbítrio. A atuação de quem exerce uma função estatal — seja a função legislativa, seja a administrativa, seja a jurisdicional — deve dar-se sempre em cumprimento de uma norma jurídica (MARTINS, 2018, p. 147, 149-150, grifo do autor).

Na terceira fase, os princípios são subdivididos em materiais e formais. Estes garantem o respeito a uma decisão, “na maior medida possível”. O substrato da atuação discricionária, assim como o da liberdade, consiste em um princípio formal fundamental. Desse modo, como o Judiciário não atua de forma discricionária, não há que se falar em um princípio formal fundamental que embase as suas decisões. Martins continua a sua argumentação, dispondo que existe um princípio “especial”, que assegura o respeito ao precedente. O autor, além do mais, tendo por base as críticas formuladas à terceira fase da teoria dos princípios, propõe “a fórmula peso como expediente a tornar a ponderação de princípios mais racional e controlável”:

A fórmula leva em consideração três fatores: a) o grau de intervenção sobre os princípios incidentes; b) o peso abstrato dos princípios incidentes; c) o grau de certeza sobre as premissas fáticas e jurídicas que o envolvem. A teoria dos princípios, tanto na segunda fase como na terceira, pode ser arma de expertos e de preguiçosos. No primeiro caso, é utilizada para violação do direito positivo; no

segundo para violação do dever de motivar. A teoria, em ambos os casos, é mortal para o Estado de Direito. O antídoto está no ônus argumentativo. Sempre que o magistrado invocar um princípio para a prolação de uma decisão judicial, impõe-se uma motivação específica (MARTINS, 2018, p. 159-160).

É válido registrar que não há consenso na doutrina jurídica a respeito da possibilidade de existirem lacunas no ordenamento jurídico. Há quem diga que o direito “não admite espaços não regulados”, por se tratar de “um todo coeso”. Para esses, a lei é que conteria lacunas, mas não o direito, na qualidade de sistema, “já que contém, em si, princípios gerais de onde se pode entrever a norma aplicável”. Os que defendem que o próprio direito apresenta lacunas justificam dizendo que o ordenamento é fruto de “uma obra humana que se destina à vida social, mutável e complexa, tornando-se impossível prever respostas para todos os casos” (MONACO, 2015, p. 06-07).

De acordo com Monaco, os princípios gerais do direito “servem como critério de colmatagem da lacuna na medida em que representam aquilo que há de homogêneo no pensamento jurídico atinente ao sistema que se está a aplicar, recorrendo-se, inclusive, e quando for o caso, a métodos e critérios de direito comparado”. Independentemente da posição que se adote quanto às lacunas, sejam provenientes do direito, sejam da lei, precisam de integração; e, se for o caso de nenhuma hipótese prevista na LINDB sanar a lacuna, deve o juiz decidir em conformidade com a equidade, buscando a solução que reputar mais justa e sintonizada com os fatos apresentados (2015, p. 07).

Conforme já estudado, o precedente, em harmônica sintonia com a tradição jurídica mista brasileira, deve ser considerado fonte primária do direito, de igual hierarquia com a legislação, sobretudo ao se reconhecer que o seu conteúdo não apenas declara, mas perfaz verdadeira norma jurídica, que deve ser observada até que haja entendimento diverso capaz de superar a decisão-paradigma pretérita.

A não obediência aos precedentes judiciais representa negação ao próprio Direito. Os precedentes são obrigatórios, porque se assentam na unidade do Direito, resultante da interpretação que é dada à Constituição e à legislação federal pelas Cortes Supremas. Pela fidelidade ao precedente judicial a ordem jurídica ganha coerência, torna-se mais segura e capaz de promover o respeito à igualdade de todos perante o Direito, predicados sem os quais nenhum sistema jurídico pode ser reconhecido como legítimo. Seguir um precedente pressupõe a existência de juízes sensíveis e atentos às particularidades de cada processo, além de capazes de empreender sofisticados processos de apreensão e universalização das razões

jurídicas determinantes, ao comparar os diferentes casos concretos submetidos a julgamento. [...] Os precedentes devem assegurar a previsibilidade na aplicação das normas jurídicas. Afinal, quando o Direito é incerto, o governo é dos homens e não das leis. A ausência de estabilidade na interpretação e na aplicação do Direito compromete a credibilidade do sistema jurídico e do Poder Judiciário (CAMBI, 2020, p. 189, 191).

Cambi admite o precedente como fonte do direito, salientando que a sua força é adquirida com o passar do tempo e a partir de sua consistência, isto é, de “sucessivas decisões, no mesmo sentido”, que são capazes de conferir robustez à jurisprudência, “tornando, mesmo nos sistemas jurídicos que não atribuem eficácia vinculativa aos precedentes jurisprudenciais, fonte do Direito capaz de influir no julgamento de futuros casos análogos” (2020, p. 197).

Segue o jurista elencando inúmeras razões favoráveis à aplicação dos precedentes, não apenas no plano estatal interno, como também no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do controle de convencionalidade, realizado pelo STF. O autor menciona, por primeiro, a celeridade das decisões judiciais, o que acarretaria maior eficácia da atividade decisória. Na sequência, Cambi lista, como motivos positivos para se respeitar o precedente judicial, a “maior credibilidade aos juízos de instâncias inferiores”, o que resulta numa diminuição significativa das chances de reforma decisória, bem assim a informação e a educação dos jurisdicionados a respeito do ordenamento, da interpretação que o Judiciário estabelece, na prática, acerca de determinadas regras e princípios, “assegurando a certeza e a uniformidade na aplicação do Direito” (2020, p. 198). Esse último aspecto, vale destacar, promove os ideias de igualdade e segurança jurídica debatidos neste trabalho, incluindo-se também o princípio da confiança e a dignidade humana. Por fim, Cambi sublinha que:

[...] observar o precedente é uma garantia de racionalidade, concebendo o Direito como integridade (ou seja, proporciona, aos jurisdicionados, uma concepção coerente e racional do direito aplicado) e a justiça como regularidade (tratamento igual aos casos essencialmente iguais; afinal, não seria razoável nem justo que casos iguais fossem resolvidos de maneira diferente por um mesmo juiz). [...] No Brasil, o respeito aos precedentes não está incorporado na cultura jurídica. Como regra, os juízes e os Tribunais não têm a cultura de se vincular obrigatoriamente aos precedentes dos Tribunais Superiores. [...] Os precedentes do STJ e do STF, com exceção das decisões proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, § 2º, da CF/1988) e as súmulas vinculantes oriundas de reiteradas decisões sobre matéria constitucional (art. 103-A, *caput*, da CF/1988), não vinculam os demais juízes e Tribunais (CAMBI, 2020, p. 198-199).

Trata-se de um problema cultural brasileiro e que não pode ser menosprezado ou subestimado pelos profissionais e acadêmicos do direito. Observe-se que, por intermédio do controle de constitucionalidade difuso, todo e qualquer juiz, incidentalmente, pode se eximir da aplicação de determinada lei à demanda *sub judice*. A lei, uma vez concebida pela Revolução Francesa como corolário jurídico de segurança, passa a desassistir o direito. É Cambi quem chama a atenção para esse fator. Em seus dizeres, “se cada juiz interpreta a lei como quiser, as pessoas não sabem como se comportar diante do sistema jurídico” (2020, p. 199). Complementando o raciocínio, o autor declara:

As regras deixam de ser compreensíveis. Cada um pode fazer o que bem entender. Se a conduta for questionada, a questão se resolve na sorte, ou no azar, de encontrar juízes ou Tribunais que interpretem a lei da mesma maneira. [...] Respeitar os precedentes firmados pelos Tribunais Superiores não é retirar do juiz ou dos Tribunais ordinários o livre convencimento nem a sua independência. Sabendo-se que cabe aos Tribunais Superiores dar a última palavra (i.e., unificar a interpretação e a aplicação da Constituição e do Direito Federal), a decisão que contraria a orientação do STF ou do STJ revela desprezo pelo sistema de justiça, desenhado de forma hierárquica para que as Cortes Supremas possam fixar os precedentes, e, especialmente, total desconsideração pelos usuários do serviço jurisdicional, que, pela vaidade pessoal do magistrado, são compelidos a recorrer para, só então, terem seus direitos tutelados (CAMBI, 2020, p. 199-200).

Estabelecida a noção de aceitação do precedente como fonte primária do direito, registra-se, a título de anotações finais, que há quem argumente a posição e a situação do precedente no ordenamento pátrio. Se alocado na própria LINDB, deve haver o seu reconhecimento expresso no art. 4º, ou é possível interpretá-lo como valor intrínseco à analogia, por exemplo, já que muitas vezes o seu papel é o de suprir lacunas? Ou então aos costumes, uma vez que a sua concepção se opera na prática dos tribunais? Havendo os precedentes meramente persuasivos, ao lado dos que perfazem norma jurídica, há quem possa entender a sua afinidade com a expressão “princípios gerais”. Fato é que não é necessário atualizar a LINDB para os tempos atuais para se admitir a utilização recorrente dos precedentes, tampouco esmiuçar, para esse mesmo fim, o seu cabimento em alguma das hipóteses do art. 4º.

Sendo o precedente, afinal, uma norma jurídica, e não somente um conjunto de razões determinantes para a motivação decisória que declara o direito, o juiz, pois, poderá sanar eventual conflito normativo entre lei e precedente, interpretando e aplicando a própria

LINDB. Para que isso ocorra, e tendo em vista que o referido diploma data de 1942, sugere-se ressignificar, por meio de interpretação e técnicas hermenêuticas, o vocábulo “lei” nas expressões “lei anterior”, “lei posterior”, “lei nova” etc. por “norma”. Assim, eventuais antinomias devem ser encaradas como um conflito de normas, pois, na falta de uma nova LINDB, ainda que o precedente seja interpretativamente encaixado no termo “costumes” ou em “princípios gerais de direito”, trata-se de norma jurídica hierarquicamente isonômica à lei.

Além do precedente, há que se registrar a possibilidade de integrar o ordenamento jurídico como fonte, tal qual já se admite que o faça com o entendimento jurisprudencial, a súmula e a súmula vinculante. Apenas para se esboçar uma breve noção desses institutos, resgata-se a definição de súmula nas lições de Cambi, para o qual se trata de uma “consagração, pela jurisprudência, de uma tese jurídica vencedora”. O vocábulo deriva do latim “*summula*” e significa “compêndio ou sumário que contém os princípios elementares da lógica”. A sua função primordial, além de concentrar o entendimento resumido de decisões reiteradas de uma corte, é a de “esclarecer, de forma clara, objetiva e suficiente, a tese jurídica a ser aplicada nos casos futuros”. A súmula pode ser tanto persuasiva - também denominada de “não obrigatória”, que decorre geralmente da jurisprudência dominante, na forma de “síntese linguística do conjunto das decisões judiciais” e, em regra, não obriga os demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública - quanto vinculante - ou “obrigatória”, e decorre necessariamente das “decisões reiteradas do STF sobre matérias constitucionais”, vinculando os demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública de todos os entes federativos (2020, p. 200-201). No caso da súmula vinculante, existe lei regulamentando o art. 103-A da CF/1988, visando à disciplina da edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo STF: trata-se da lei nº 11.417/2006.

Exemplo notório de súmula persuasiva é a de nº 37 do STJ, que aduz a possibilidade de cumulação das indenizações por dano material e moral, desde que advindos do mesmo fato. A súmula nº 1 do STJ também é bastante conhecida, arguindo que o foro competente para a propositura de ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos é o do domicílio do alimentando (BRASIL, STJ, on-line). Da mesma forma, expressam-se como exemplos de súmula vinculante (todas as do STF assim denominadas) aquela que enuncia a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre consórcios e sorteios (inclusive bingos e loterias) (nº 2); a que restringe o uso de algemas aos casos de resistência, de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou

alheia, por parte do preso ou de terceiros, desde que essa seja a exceção, a qual deve sempre estar adequadamente justificada por escrito, sob pena de responsabilidade do agente público e de nulidade da prisão (nº 11); a que reputa inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para se admitir recurso administrativo (nº 21), dentre outras, que, no total, até a presente data, somam 58 (BRASIL, STF, on-line).

Cambi e Brito (2009, p. 145) percorrem o raciocínio da observação obrigatória aos precedentes - ou adesão à doutrina do *stare decisis* - para mencionar que uma das consequências lógicas da adoção dessa doutrina é a maior segurança jurídica e confiança que o jurisdicionado pode ter no ordenamento. Atrelado a esse fator, discorrem os autores, está um dos requisitos constitucionais para a criação da súmula vinculante, qual seja, “a existência de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarretem grave insegurança jurídica”. Refutando argumentos contrários à edição e à aplicação das súmulas vinculantes no sistema pátrio, os juristas asseveram que a adoção da súmula vinculante não viola o princípio da tripartição dos poderes políticos, tampouco transgride a independência judicial. Ainda em conformidade com esses autores:

O que precisa ficar claro, contudo, é que o próprio sistema, ao adotar as decisões vinculantes, deve também orientar o juiz a, mediante decisão fundamentada, apresentar solução diversa daquela que a Corte Superior indica. E isso, por certo, será feito, porque, até mesmo no sistema do *stare decisis*, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos da América, a decisão, como se viu, não está gravada em pedras, podendo a Corte mudar seu posicionamento, em decorrência do passar do tempo ou em decorrência da relatividade das coisas (2009, p. 147-148).

Resta evidente, atualmente, que a súmula e a súmula vinculante podem ser consideradas, também, fontes do direito. Aquela, em caráter persuasivo, para fundamentar, embasar a atividade decisória; esta, na qualidade de norma, com eficácia *erga omnes*. Quanto à alegação de que o direito ficaria petrificado com a vigência da súmula vinculante, é de se admitir que o seu objeto é restrito, abarcando somente “a validade, a interpretação e a eficácia de normas cuja aplicação, exegese e alcance sejam controversos entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública”. Por esse motivo, as normas alcançadas pela edição da súmula vinculante devem fazer referência a assuntos já sedimentados política, social, econômica, científica e culturalmente. Não se tem por fim, então, “engessar a criatividade dos juízes, impedindo que a riqueza das circunstâncias do caso concreto crie ou aperfeiçoe o

direito, por intermédio da força viva da jurisprudência”. Ora, não se sustentam as argumentações que colocam em discussão a petrificação do direito, a independência do juiz ou o seu livre convencimento - leia-se, a sua persuasão racional; se o contrário fosse, “bastaria que a decisão judicial fosse reformada, pelo STF, quando do julgamento de recurso extraordinário, para que também se alegasse que o direito ficou petrificado” (CAMBI; BRITO, 2009, p. 149).

Com efeito, a súmula vinculante está atrelada “à aplicação uniforme do direito”, conferindo-se esse sentido de uniformidade também à Constituição Federal, resguardando o direito da parte que tem razão de usufruir do provimento judicial antes mesmo de aguardar que a tese levantada *in casu* chegue ao STF, seja por morosidade, seja por resistência judicial, jurisprudência defensiva, entre outros aspectos. A prestação jurisdicional é também um serviço público e, para ser eficiente, precisa se debruçar sobre os problemas de acesso e de fruição dos jurisdicionados. O efeito vinculante da súmula é um aparato indispensável para tornar mais célere o desenvolvimento procedimentalista, garantindo, ainda, o respeito à duração razoável (CAMBI; BRITO, 2009, p. 149-150).

Por fim, vistas as questões que envolvem as fontes do direito, em especial os estudos que aceitam o precedente como fonte primária, tem-se por resolvida a primeira indagação-problema, quanto ao valor normativo do instituto. Para concluir o trabalho, será apresentada na subseção próxima a concepção de “superprecedente”, a fim de se averiguar a possibilidade de compatibilidade desse instituto com a ordem processual civil brasileira.

2.5 Superprecedentes: o precedente normativo além das Cortes

Nesta subseção última, pretende-se abordar o conceito de “superprecedentes”, que teve origem nos EUA, na década de 1970, quando se percebeu a existência de precedentes mais aplicados e reivindicados, que podem, por inúmeras razões, ser considerados especiais.

Deste modo, o que se passa a discutir agora, tendo por base tudo o que foi explanado acerca do precedente judicial, é a possibilidade de se adotar, na tradição mista brasileira, uma cultura de respeito aos precedentes. Estudou-se as vantagens de adoção desse sistema, o

enriquecimento da cultura jurídica e o fortalecimento dos valores constitucionais, notadamente a igualdade, a segurança jurídica e a dignidade humana.

Diante disso, coloca-se para enfrentamento a segunda indagação levantada, qual seja, se o sistema de precedentes instituído pelo legislador infraconstitucional, no âmbito do CPC/2015, teria o condão de abrigar os superprecedentes.

A ideia central, basicamente, é a de um precedente que não possa ser facilmente superado (*overruled*), em função do avanço estabelecido em termos de direitos fundamentais, de tal sorte que se arraigou com solidez na cultura de um país, isto é, cujos efeitos irradiaram para além dos tribunais e vincularam instituições sociais.

Legale (2016, p. 811) ilustra que, para compreender o que seria um superprecedente, deve-se atentar para a origem do termo. O debate em torno do assunto se publicizou nos EUA quando se cunhou o termo *super-stare decisis*, traduzido livremente como “supervinculação”, para se referir ao caso *Roe v. Wade*. Aliás, um dos clássicos exemplos de superprecedente na cultura norte-americana é o caso do julgamento *Roe v. Wade*, perante a Suprema Corte do país, que legalizou a prática de abortamento em 1973. Em 24/06/2022, a Suprema Corte estadunidense suspendeu as proteções constitucionais para o aborto legal, derrubando, assim, a notável decisão. Esta “superação” do caso *Roe v. Wade* foi considerada uma amputação de parte da própria cultura judicial norte-americana, isto é, um retrocesso em termos de conquista de direitos fundamentais (VEJA, 2022, on-line).

Outro caso da Suprema Corte estadunidense que pode ser considerado um superprecedente, datado de 1803, é o *Marbury v. Madison*, que, para alguns, demarcou a origem do chamado *judicial review*, que seria, teoricamente, o controle de legalidade de uma decisão ou ato realizado por um ente público. Neste caso, operou-se um conflito de normas entre a Constituição Americana e uma lei federal (Seção 13 do *Judiciary Act*), resolvendo-se a questão por intermédio da hierarquia legislativa, prevalecendo a Constituição, de sorte de que os tribunais e demais instituições estão a ela subordinados (BOAVENTURA, 2017, on-line).

Equivale, para o Brasil, ao controle de constitucionalidade exercido pelo STF. Em *Marbury v. Madison*, ocorreu o controle de constitucionalidade na modalidade difuso, que foi positivado na Constituição Brasileira de 1891. A distinção do modelo brasileiro para o norte-americano é a eficácia atribuída à decisão: aqui, *inter partes*; nos EUA, *erga omnes*, vinculando as esferas judiciais inferiores (BOAVENTURA, 2017, on-line).

Legale (2016, p. 811) salienta que a comunidade jurídica precisa discutir e refletir bastante acerca da temática dos superprecedentes e as suas formas de vinculação à vida política e social num contexto de cultura precedentalista, bastando que se entenda o termo “cultura”, por uma perspectiva geral, como uma “teia de significados” alicerçada na atividade interpretativa.

Com isso, Legale conceitua os precedentes “como um modo de construir e/ou publicizar significados e argumentos não apenas para as instituições judiciais, mas também para as instituições sociais e políticas” (2016, p. 811).

Cramer, por sua vez, considera como precedente “*todo julgado de tribunal que cria a tese jurídica que servirá de parâmetro decisório, vinculante ou persuasivo, para casos futuros*” (2017, p. 228, grifo do autor).

O CPC/2015, “ao mesmo tempo que prestigia os precedentes, organiza um sistema de precedentes para viabilizar o uso do instituto”, dessa maneira, “os precedentes somente serão vinculantes se a lei expressa e especificamente assim disser” (ex.: o art. 927, CPC abriga os precedentes vinculantes; outras normas específicas também o fazem, tal como o § 3º do art. 947, CPC, que atribui eficácia vinculante ao julgado proferido no incidente de assunção de competência) (CRAMER, 2017, p. 231).

Cramer reforça a ideia de que apenas haverá vinculação precedentalista a partir de previsão legal expressa e específica, porque, do contrário, criaria-se insegurança jurídica, o que desorganizaria o sistema de precedentes, “principalmente num momento muito delicado como o atual, em que esse sistema está sendo assimilado pela comunidade jurídica” (2017, p. 231).

Legale expõe que existem graus de vinculação não formais aos precedentes. Não apenas existe uma vinculação jurídica, mas, ao seu lado, também há uma vinculação social, política, moral ou institucional, que consiste na “vinculação cultural à argumentação e significados gerados pelos precedentes” (2016, p. 827).

Do termo *super-stare decisis* surgiu também a expressão *super-duper precedente* e o “superprecedente”, mencionado pelos principais e precursores teóricos da temática, os professores Richard A. Posner e William M. Landes. Os autores iniciam o seu estudo descrevendo a força normativa de uma decisão judicial diante de um litígio. Quando as partes em uma disputa legal são incapazes de chegar a um acordo sobre o significado do estatuto

jurídico (ordenamento) aplicado à sua disputa, pode ocorrer um litígio no qual esse significado será uma questão a ser resolvida pelo tribunal. A resolução do tribunal definirá os requisitos específicos do estatuto nas circunstâncias apresentadas pelo caso e, assim, criará uma regra específica de obrigação legal aplicável a circunstâncias semelhantes. A regra promulgada por uma decisão não é a declaração expressa do tribunal, se houver, de uma regra; ao contrário, é a decisão do tribunal, ou seja, a regra mínima (expressamente articulada ou não) necessária para explicar o resultado do caso. A regra criada por uma única decisão tenderá, portanto, a ter um alcance extremamente restrito; uma regra mais ampla geralmente exigirá uma série de decisões judiciais, pois é apenas a partir de uma série de decisões, cada uma determinando o significado jurídico de um conjunto ligeiramente diferente de fatos, que uma regra aplicável a uma situação comum ou geral o suficiente para que haja probabilidade de acontecer novamente no futuro pode ser inferida (1976, p. 249-250, tradução nossa¹⁸).

Nessa esteira, diz-se que a autoridade de uma regra declarada em uma única decisão é limitada, a menos que a regra seja declarada por um tribunal superior para a orientação de um tribunal inferior na mesma jurisdição. Onde, no entanto, a regra foi solidificada em uma longa linha de decisões, a autoridade da regra é reforçada. A regra, então, representa a experiência acumulada de muitos juízes respondendo aos argumentos e provas de muitos advogados e, portanto, é mais provável que seja seguida em casos subsequentes. Os atributos distintivos das regras decisórias são capturados no termo que o sistema jurídico usa para descrever tais regras: "precedentes". Na linguagem comum, um precedente é algo feito no passado ao qual se apela como uma razão para fazer a mesma coisa novamente. É quase a mesma coisa no direito. A decisão anterior fornece uma razão para decidir um caso semelhante subsequente da mesma maneira, e uma série de precedentes relacionados pode cristalizar uma regra com quase a mesma força que uma regra estatutária. Consequentemente, os precedentes legais são descritos com mais precisão como insumos para a produção de

¹⁸ "When the parties to a legal dispute are unable to agree on the meaning of the governing statute as applied to their dispute, litigation may ensue in which that meaning will be an issue for the court to resolve. The court's resolution will define the specific requirements of the statute in the circumstances presented by the case and thus create (subject to a qualification noted below) a specific rule of legal obligation applicable to like circumstances. [...] The rule promulgated by a decision is not the court's express statement, if any, of a rule; rather, it is the court's holding, that is, the minimum rule (whether or not expressly articulated) necessary to explain the outcome of the case. The rule created by a single decision will therefore tend to be extremely narrow in scope; a broader rule will generally require a series of judicial decisions - a string of holdings - for it is only from a series of decisions, each determining the legal significance of a slightly different set of facts, that a rule applicable to a situation common or general enough to be likely to recur in the future can be inferred" (LANDES; POSNER, 1976, p. 249-250).

regras de direito feitas por juízes do que como as próprias regras (LANDES; POSNER, 1976, p. 250, tradução nossa¹⁹).

Pretendendo fazer uma análise teórica e empírica dos precedentes com base em citações de casos recorrentemente mencionados nas decisões e pareceres judiciais, Landes e Posner apontam, de prontidão, que uma menção de caso jurídico (ou citação de caso jurídico) não é a mesma coisa que um precedente. Às vezes, um caso não é citado como precedente; um exemplo é uma citação da decisão de um tribunal inferior (ou tribunais) no mesmo caso. Em alguns casos, a contagem de citações pode resultar numa subnotificação do número real de precedentes, excluindo *o precedente que é tão eficaz na definição dos requisitos da lei que impede o surgimento de disputas legais em primeiro lugar ou, se elas surgem, os induz a serem resolvidos sem litígio*. No limite, tal "superprecedente" pode nunca ser citado em um parecer de apelação, embora tenha maior significado precedentalista do que os casos citados com mais frequência. Mas tais casos são provavelmente raros. Se um caso for altamente específico, dificilmente se qualificará como um "superprecedente"; por definição, ele controlará apenas os casos pouco frequentes que apresentam fatos virtualmente idênticos aos do caso em que foi originalmente anunciado. Se for altamente geral e, portanto, mais provável de ser um precedente importante, é improvável que decida - tão claramente que evite o surgimento de disputas ou litígios - a forma específica da questão apresentada em casos subsequentes (1976, p. 251, grifo e tradução nossos²⁰).

¹⁹ "A factor pushing in the same direction is that the authority of a rule declared in a single decision is limited unless the rule is declared by a higher court for the guidance of a lower one in the same jurisdiction. [...] Where, however, the rule has been, as it were, solidified in a long line of decisions, the authority of the rule is enhanced. The rule then represents the accumulated experience of many judges responding to the arguments and evidence of many lawyers and is therefore more likely to be followed in subsequent cases. The distinctive attributes of decisional rules are captured in the term that the legal system uses to describe such rules: 'precedents'. In ordinary language, a precedent is something done in the past that is appealed to as a reason for doing the same thing again. It is much the same in law. The earlier decision provides a reason for deciding a subsequent similar case the same way, and a series of related precedents may crystallize a rule having almost the same force as a statutory rule. Accordingly, legal precedents are more accurately described as inputs into the production of judge-made rules of law than as the rules themselves [...]" (LANDES; POSNER, 1976. p. 250).

²⁰ "The basic data for the empirical analysis are case citations appearing in judicial opinions. An initial problem is that a case citation is not the same thing as a precedent. Sometimes a case is not cited as a precedent; an example is a citation of the decision of a lower court (or courts) in the same case. [...] In some instances, counting citations may result in underestimating the true number of precedents by excluding the precedent that is so effective in defining the requirements of the law that it prevents legal disputes from arising in the first place or, if they do arise, induces them to be settled without litigation. In the limit, such a 'superprecedent' might never be cited in an appellate opinion yet have greater precedential significance than the most frequently cited cases. But such cases are probably rare. If a case is highly specific, it will hardly qualify as a 'superprecedent'; by definition it will control only those infrequent cases that present virtually identical facts to those of the case in which it was originally announced. If it is highly general, and therefore more likely to be an important precedent,

Os juristas fazem essa menção acerca do superprecedente, distinguindo-o do precedente comum, e então procedem à análise empírica de citações de julgados e precedentes no âmbito das decisões judiciais. Em vieses conclusivos e sugestões finais para futuras pesquisas, Landes e Posner indicam que o conceito de precedente está no cerne da maneira como os advogados visualizam o sistema jurídico. Os resultados daquele estudo, ainda dito preliminar, sugerem que uma abordagem que trate os precedentes legais como uma forma de investimento sujeita às leis econômicas usuais que regem a formação e depreciação do capital pode melhorar a compreensão da comunidade jurídica sobre o precedente; além disso, frisam que estudos futuros envolvendo amostras muito maiores permitirão aos autores utilizar mais informações sobre cada caso e estudar facetas adicionais do capital legal: a intenção é a de, eventualmente, comparar as taxas de depreciação de decisões judiciais com as de decisões de órgãos administrativos, estatutos e provisões constitucionais, comparar diferentes tribunais, examinar práticas de citação em súmulas de apelação e examinar a questão da depreciação do "histórico de casos", bem como o ponto de vista da "prática de citações". Realizar um estudo da influência do precedente na economia, conforme sustentam os juristas, ajuda a perceber pontos de notória reflexão, a exemplo da crença jurídico-acadêmica de que a adesão ao precedente diminuiu ao longo do tempo, particularmente na Suprema Corte dos Estados Unidos, em parte talvez como resultado do movimento "legal realista". Outras áreas de estudo sinalizadas por Landes e Posner envolvendo os precedentes incluem as vantagens deles oriundas, como a redução na demanda por litígios de determinadas categorias e assuntos ao longo do tempo. Além disso, aferir o significado do precedente pela contagem de citações pode auxiliar na avaliação da produção judicial, uma vez que a importância de determinado precedente, verificada pelo número de vezes em que foi citado em decisões subsequentes, é capaz de revelar aspectos socialmente interessantes quanto à produção do sistema judiciário, bem assim para comparar a importância de diferentes tribunais como fontes de direito e até mesmo para avaliar juízes individualmente; as vantagens se expandem para o melhor esclarecimento de características essenciais da advocacia e das demais profissões jurídicas, o salário dos profissionais do direito em correlação com as taxas de depreciação dos

it is unlikely to decide - so clearly as to prevent disputes or litigation from arising - the specific form of the question presented in subsequent cases" (LANDES; POSNER, 1976, p. 251).

precedentes, dentre muitas outras questões que os autores deixam em aberto para provocação e incentivo à pesquisa (1976, p. 292-294, tradução nossa²¹).

Retornando o estudo para melhor contemplar o instituto do superprecedente, desenvolveu-se na doutrina especificidades que ajudam a discernir o seu grau de relevância do precedente “comum”, por assim dizer. Para serem, de fato, superprecedentes:

[...] quanto maior a sua amplitude, mais provável que os precedentes sejam citados em artigos acadêmicos e livros não só de juristas, mas também de historiadores, sociólogos e economistas. Em uma análise econômica do direito, os autores procuram a partir das citações entender a capacidade de certos precedentes de resistir ao passar do tempo, refletindo sobre os fatores que levam a uma maior ou menor taxa de depreciação e desatualização. Outras decisões judiciais são influenciadas mesmo quando não guardam uma relação direta com ela ou não a sigam rigorosamente. Isso acaba por fazer com que os superprecedentes sejam raros e tenham esse caráter generalista ou amplo, de modo que ainda que virtualmente eles estão presentes em diversos outros casos com fatos semelhantes ou análogo (LEGALE, 2016, p. 828-829).

O superprecedente, assim, seria um precedente com um alto grau de esforço para a sua produção (modelo *high*), repleto de conteúdo “amplo e denso” e que se torna uma bússola capaz de desatribular o “tomador de decisão posterior” (modelo *low*), mediante o

²¹ “The concept of precedent is at the heart of the way in which lawyers think about the legal system. And the results of the present study suggest that an approach which treats legal precedents as a form of investment subject to the usual economic laws governing the formation and depreciation of capital may improve our understanding of precedent. But the present study is only preliminary. Future studies involving much larger samples will enable us both to utilize more information about each case and to study additional facets of legal capital. Eventually, we hope to compare the depreciation rates of judicial decisions with those of administrative-agency decisions, statutes, and constitutional provisions, to compare different courts, to examine citation practices in appellate briefs, and to examine the depreciation question from the ‘case history’ as well as the ‘citation practice’ standpoint. [...] There is a widely held belief in the academic legal community that adherence to precedent has declined over time, particularly in the U.S. Supreme Court, partly perhaps as a result (or cause?) of the ‘legal realist’ movement. [...] There are many other interesting areas of research on legal precedent, a few of which we shall mention briefly in closing: 1. The services produced by precedents, primarily in creating specific rules of legal obligation and thereby reducing the demand for litigation across subject-matter categories and over time, may, as suggested earlier, be important in explaining changes over time (or across states or federal judicial districts) in the volume of litigation. 2. The measurement of precedential significance by counting citations may prove to hold the key to the problem of evaluating judicial output. For obvious reasons, the number of terminations, trials, or even judicial opinions does not measure the output of a judicial system in a socially interesting sense; the number of precedents - weighted by the significance of each precedent as measured by the number of times it is cited in subsequent decisions - may. [...] Precedential significance as a measure of judicial output might also be used to compare the importance of different courts as sources of law and even to evaluate individual judges. [...] 4. A comparison of citation practices in appellate briefs and judicial decisions may illuminate some of the fundamental characteristics of legal advocacy. [...] 5. The analysis of precedent may prove helpful in explaining observed characteristics of the legal profession. [...] lawyer's earnings increase with age relative to those of other professionals. The explanation for this phenomenon may lie in the relatively low depreciation rates of legal precedent [...]” (LANDES; POSNER, 1976, p. 292-294).

estabelecimento de “regras, princípios, standards, presunções e rotinas” (LEGALE, 2016, p. 830). O autor, na sequência, complementa o seu critério de aferição e avaliação do superprecedente:

Os superprecedentes seriam capazes de definir as controvérsias jurídicas de forma clara, a ponto de evitar ou reduzir disputas legais. É possível criticar tal conceito como algo que não corresponde à realidade dos tribunais, porque boa parte dos casos que atualmente passíveis de serem considerados superprecedentes são objeto de debate e de controvérsia. A crítica é pertinente já que o debate sobre os casos não se encerra com a publicação das decisões da Corte. A eficácia social do precedente depende das deliberações no seio da sociedade, de apoio ou repúdio ao precedente. Ainda assim, tais decisões são capazes de gerar uma eficácia global e uma segurança jurídica consistente sobre a decisão a ser tomada (LEGALE, 2016, p. 830).

Outro atributo fundamental do superprecedente é a sua difícil ou muito reduzida chance de superação (*overruling*), não porque seja necessária unanimidade do precedente (judicial ou social), mas em função da “dificuldade de se conseguir nos tribunais interpretações diversas [...], bem como porque parte substancial da doutrina e da compreensão constitucional do ordenamento está baseada naquele entendimento expresso no precedente” (LEGALE, 2016, p. 833).

O *overruling* do superprecedente representaria uma ruptura na cultura jurídico-institucional do país, da mesma forma a “queda de uma parte significativa das normas vigentes ou uma intensa de transformação interpretativa por parte das redes que sustentam os precedentes, o que ditará os que são majoritários e rotulará os minoritários em relação ao assunto tratado no precedente” (LEGALE, 2016, p. 833).

Legale conclui, afirmando que o superprecedente só teria lugar quando ocorresse um expressivo movimento constitucional, capaz de mobilizar os três poderes de forma incontestada, pois, assim, adquiriria “a legitimidade popular para a sua construção”. Ao esquadrihar um paralelo final entre as diferentes culturas brasileira e norte-americana, o autor denota que há um longo caminho para que o Brasil reconheça e ampare uma cultura dos precedentes; em sua opinião, a cultura nacional ainda não se desvencilhou dos miniprecedentes, todavia o professor reconhece que houve um avanço nacional “de uma cultura de pseudoprecedentes para os precedentes em processo de fortalecimento e transformação” (2016, p. 833, 837).

Diante dessa verificação, Legale afere que ainda não se pode falar na existência de superprecedentes, porque a cultura precedentalista brasileira, dentre outros fatores, é relativamente nova, surgiu a partir do CPC/2015, por isso estaria caminhando a pequenos passos rumo ao fortalecimento das instituições jurisdicionais e democráticas aptas a formarem eventualmente um superprecedente.

Se se considerar que o precedente normativo que cria, amplia ou protege determinado direito fundamental não poderia ser superado, estaria-se diante de um superprecedente à brasileira. É claro que o ordenamento jurídico brasileiro é diferente e se constitui por mecanismos de controle e verificação distintos do estadunidense, em muitos aspectos. A ideia que se pretende trazer para este trabalho, em caso de admissão do precedente como fonte primária do direito, é de que não haveria óbice de natureza valorativa, interpretativa, fática ou normativa para a instituição da doutrina do *stare decisis* no sistema processual civil brasileiro, o que inclusive é referendado pelo CPC/2015 e pelo CNJ.

Importa-se, então, o conceito de superprecedente, da doutrina estadunidense, que, adaptado ao ordenamento nacional, vincularia cultural, institucional e socialmente uma comunidade política, que servirá, ao mesmo tempo, de apoio para a sua concretização, tendo em vista a afinidade de seu caráter normativo com a ampliação, garantia ou resguardo de direitos fundamentais, o que torna a sua superação difícilíssima, com fulcro no princípio da vedação ao retrocesso. Reforçou-se afirmar que o superprecedente deriva da vontade da maioria, manifestada com fulcro no sistema constitucional, e, por isso, assegura proteção específica dos poderes estatais e demais instituições. A fim de buscar o seu *overruling*, devem ser estabelecidos critérios rígidos e mediante a ampla participação popular.

Os exemplos já constantes do ordenamento brasileiro que vêm à tona quando se busca a concepção de superprecedente seriam as decisões do STF que: a) reconheceu o crime de injúria racial como uma forma de racismo; b) equiparou as relações homoafetivas à união estável entre homem e mulher; c) criminalizou as práticas homofóbicas e transfóbicas, por traduzirem expressões de racismo em sua dimensão social; d) declarou a inconstitucionalidade da tese de legítima defesa da honra, excluindo-a do instituto da legítima defesa e obstando a sua utilização nas fases pré-processual e processual penal, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade; e) reconheceu às pessoas transgênero, independentemente de cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos

hormonais, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil; e f) declarou inconstitucional a distinção de regime sucessório entre o companheiro e o cônjuge, equiparando a união estável ao casamento. Essas seriam apenas algumas das decisões que atendem, ao ver deste trabalho, os mais próximos requisitos de um superprecedente, a se compatibilizar com o ordenamento pátrio. Nesses casos, os efeitos da decisão paradigmática não apenas colaboraram para concretizar direitos fundamentais, tendo atingido também os espectros sociais, de tal sorte que pensar a possibilidade de sua superação pode ser considerado um verdadeiro retrocesso. Sendo assim, se se chegar à conclusão de que a autoridade do precedente é tal que, a partir dele, emana-se uma força normativa, capaz de definir novas bases de avanço em termos de direitos fundamentais, a revogação ou superação dessa norma precedentalista poderia, inclusive, chocar-se com o dispositivo constitucional que institui como cláusula pétrea as normas definidoras de direitos e garantias individuais, proibindo a sua involução. Cumpre, em destaque, ressaltar:

A tutela prestada pelo Poder Judiciário deve ser verdadeiramente efetiva sob pena de tornar-se um estelionato estatal. A prescrição constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito deve ser satisfeita e decorre do fato de a ordem jurídico-constitucional assegurar aos cidadãos o acesso ao Judiciário numa concepção maior, onde engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível (CRUZ, D. N.; CRUZ K. R. P., 2010, p. 29-30).

A doutrina do *stare decisis*, defendida amplamente por Marinoni, exprime-se pela eficácia vinculante dos precedentes, a obrigatoriedade em se respeitar os precedentes para que haja maior efetividade prática das garantias da isonomia, da segurança jurídica e da dignidade humana, uma sendo a consequência da outra. Contudo, é preciso ressaltar que o *stare decisis* não se confunde com o *Common Law*. Como se anotou, este é assimilado como “os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen* [cidadãos ingleses], existiu por vários séculos sem *stare decisis* e *rule of precedent* [regra atrelada à eficácia dos precedentes]” (2022, p. 27).

A consolidação do *stare decisis*, na Inglaterra, deu-se apenas no final do século XIX, na qualidade de “apenas um elemento do moderno *common law*, que também não se confunde com o *common law* de tempos imemoriais ou com os costumes gerais, de natureza secular, que dirigiam o comportamento dos *Englishmen*”. Esta, todavia, não é a única distinção entre

os institutos. Tanto o *Common Law* moderno quanto o *stare decisis* possui independência, podendo haver um sem o outro. Não haveria a necessidade de observância ao *stare decisis* para existir um ordenamento de costumes (direito material) com o regular “funcionamento do sistema de distribuição de justiça” (MARINONI, 2022, p. 26, 28).

Apesar disso, pode-se afirmar que, como elemento integrante do *Common Law*, o *stare decisis* seria “indispensável [...] sob o argumento de que aí as decisões judiciais estabelecem o direito não edificado pelo Legislativo”. Além do mais, é equivocado supor que um país de tradição majoritariamente de *Common Law*, como os EUA, tenha pouca produção de leis, e que isso justificaria a criação do direito por magistrados. Marinoni aduz que “a profusão de leis não exclui a necessidade de um sistema de precedentes”; essa necessária observância aos precedentes - o *stare decisis* -, dissociada do ócio do Poder Legislativo, transmite a relevante noção de que a lei, por mais extensa que seja, não é suficiente para materializar a segurança jurídica no ordenamento. Portanto, é inegável que o sistema precedentalista pode e deve integrar o ordenamento jurídico brasileiro, de tradição híbrida, consoante se reconhece hodiernamente (2022, p. 28-29, 31).

Na busca por uma construção teórica de um panorama jurisdicional que atenda às premissas do Estado Constitucional, privilegiando as garantias, os direitos e deveres individuais e o princípio democrático, sem se olvidar do interesse basilar em se obter uma tutela satisfativa, justa, integral e de mérito, é relevante a observação do papel central que ocupa o precedente judicial no ordenamento, para conferir maior estabilidade às decisões e, portanto, à sociedade.

Marinoni (2022, p. 21) vê como necessária a aproximação da tradição da *Civil Law* brasileira com os dogmas da *Common Law*, que ainda são motivo de resistência entre os juristas, porque acredita que o respeito aos precedentes no ordenamento processual pátrio seja a única alternativa “para se preservar a igualdade perante o Direito e a segurança jurídica”.

Ora, não é porque um país tenha uma produção legislativa relativamente baixa que a criação do direito seria imposta pelos juízes. Alguns países de tradição do *Common Law* possuem mais normas legais do que países tradicionais do *Civil Law*. A propósito, no *Common Law*, de acordo com Marinoni, “existem incontáveis precedentes interpretativos, cuja importância é conferir estabilidade às decisões judiciais que afirmam o sentido do direito” (2022, p. 31).

Isso demonstra que o sistema de precedentes é uma técnica destinada a promover a estabilidade do que é afirmado pelos tribunais, não importando se esta afirmação se limita a interpretar a lei. Ora, nestas condições não há como supor que o *civil law* possa ignorar tal técnica. Isso apenas seria possível se as decisões dos tribunais não guardassem autonomia em relação à lei ou se não houvesse qualquer preocupação com a segurança jurídica e com a igualdade. [...] A evolução do *civil law*, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu aos seus juízes um poder similar àquele do juiz inglês submetido ao *common law* e, bem mais claramente, ao do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição. No instante em que a lei perde a supremacia, submetendo-se à Constituição, transforma-se não apenas o conceito de direito, mas igualmente o significado de jurisdição. O juiz deixa de ser um servo da lei e assume o dever de dimensioná-la na medida dos direitos positivados na Constituição (MARINONI, 2022, p. 31-33).

Fato é que, apesar de reputada até os dias atuais como a fonte por excelência do direito, não é somente a atividade do Legislativo que tem a capacidade de fazer nascer o direito. Concebe-se a figura do juiz contemporâneo de forma bastante distinta daquela que desenhava os juristas e os processualistas em época remota; nota-se a possibilidade de o juiz definir a validade da lei em relação aos parâmetros da Constituição, inclusive tendo competência para instituir uma regra “imprescindível à realização de direito fundamental”. O magistrado brasileiro, segundo Marinoni, tem poderes mais amplos do que o juiz do *Common Law*, posto que, na visão do autor, o primeiro “não presta o adequado respeito aos precedentes”, ao contrário do segundo (2022, p. 33).

A concepção dogmática de que o direito se resumiria ao estrito legalismo, advinda das correntes do mundo moderno, do culto à razão e do caráter individualista atribuído ao direito, fundada ainda nas ideologias da Revolução Francesa e na teoria da separação estanque dos poderes, arrefeceu-se diante dos “fatos históricos”, da “conformação diversificada dos sistemas jurídicos dos vários países do *civil law*” e, principalmente, do “advento do constitucionalismo” (MARINONI, 2022, p. 33-34).

[...], a tradição do *civil law*, ancorada nas razões da Revolução Francesa, foi completamente descaracterizada com o passar do tempo. O juiz, inicialmente proibido de interpretar a lei, passou a paulatinamente interpretá-la, caindo em desuso as comissões legislativas, instituídas para resolver as dúvidas de interpretação e, logo após, a primeira feição da Cassação, delineada como órgão de natureza não jurisdicional para cassar as interpretações judiciais incorretas. A evolução do *civil law* é a história da superação de uma ideia instituída para viabilizar a realização de um desejo revolucionário, e que, portanto, nasceu com a marca da utopia. Como dogma, esta noção manteve-se viva ainda que a evolução do *civil law* a descaracterizasse. A força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completamente

distinto do desejado pela tradição do *civil law* (MARINONI, 2022, p. 08).

De acordo com Marinoni, a reticência para não se implementar uma cultura de respeito obrigatório aos precedentes se deve à falsa suposição de que a lei, sozinha, conseguiria garantir a segurança jurídica. Nos países de tradição do *Civil Law*, acredita-se que a realização da segurança jurídica depende da aplicação estrita da lei; o juiz, na condição de intérprete e legitimado para fazê-lo, conferiria certeza ao ordenamento à medida que a sua decisão se subordinasse à letra da lei (2022, p. 08).

Contudo, é oportuno declinar a reflexão de Grossi a respeito da visão do direito como um texto escrito. De início, o jurista italiano articula que “o direito da globalização evita a textualidade”. Significa que o direito do Estado moderno, caracterizado pela legalidade e pela formalidade, há de ser expresso por meio de um texto, uma redação legal. Por ser imperativo, autoritário, encerra-se num comando, geralmente sucedido de uma sanção. O expoente desse “processo textualizante”, segundo o autor, é o Código, pioneiramente expresso com o de Napoleão, na França. A manifestação jurídica por intermédio da elaboração textual provocou ao direito o que Grossi chama de “realidade duríssima e rigidíssima; reduzido a um admirável sistema, é lógico, certo, claro, portanto inevitável” (2009, p. 162-163).

Qual espaço é permitido ao jurista, seja este teórico, seja prático? Obviamente um espaço de nada, já que o jurista pode somente descompor esta ordem pré-determinada, portador, como é, de instâncias que podem ser incontroladas e incontroláveis. A meus leitores não juristas eu assinalo que, na longa história jurídica da Europa continental, os cientistas do direito e os juízes constituíram o pior pesadelo para todo legislador de respeito, justamente em razão das capacidades técnicas que eles possuíam, em condições de derrubar edificação legislativa (GROSSI, 2009, p. 163).

Diante das temáticas discutidas na pesquisa, buscou-se, enfim, resgatar a finalidade social da função jurisdicional para verificar se, no Estado Democrático de Direito, seria o juiz o protagonista do processo ou se o seria o seu ônus argumentativo. Nesta senda, em atenção ao que se levanta como segunda indagação-problema, se o sistema precedentalista brasileiro, respaldado pelo CPC/2015, encontraria compatibilidade com o chamado “superprecedente”, há que se pressupor, de imediato, a aceitação e o reconhecimento do precedente como fonte jurídica primária. Efetivamente, o estudo do precedente abre caminhos para uma

racionalização impreterível da decisão judicial, buscando-se na persuasão cognitiva e técnica do julgador a primazia do argumento e da justificação plena de suas razões para exarar determinado pronunciamento. Admite-se, em face do exposto, que o sistema brasileiro comporta a construção cultural de um ordenamento jurídico-processual lastreado na essencial observância aos precedentes, numa base normativa calcada no *stare decisis* e no CPC/2015. Da doutrina norte-americana, importa-se o “superprecedente”, que busca engendrar reflexões acerca da real efetividade do precedente não somente na esfera decisória (Poder Judiciário), mas, igualmente, nos âmbitos político e social.

Adaptado à realidade brasileira, acredita-se que seria um instituto integrado à aludida cultura precedentalista de tradição mista, derivado da proteção institucional específica do precedente vinculante que cria, assegura, resguarda ou expande direito fundamental, de tal sorte que haja uma ampla rede de apoio estatal e social viabilizando a sua consecução. A intervenção tendente a superá-lo dependerá de forte reação popular e constitucional, não porque o direito estará petrificado, mas porque o valor protegido pelo superprecedente é caro ao indivíduo. Não resta dúvida de que o instituto acompanhará as transformações sociais, e, se for preciso, será revogado em detrimento de outro direito fundamental que melhor expresse a sua colmatação prática; da mesma forma, poderá ser alterado para ampliar direito já consagrado, desde que não se incorra em retrocesso, o que possui amparo no âmbito do Estado Democrático de Direito, na medida em que os correlatos princípios da isonomia e da segurança jurídica, aliados ao fundamento estatal da dignidade humana, seriam exponencialmente preservados e concretizados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se questionar qual o problema, atualmente, voltado para a análise dos precedentes, percebeu-se que o Brasil, país de extensa legislação escrita, porém repleto de influências advindas da tradição dos costumes, ainda não logrou êxito em estabelecer um sistema de precedentes que tenha sido capaz de atingir o seu escopo, qual seja, o de proporcionar igualdade substancial, no âmbito das decisões judiciais, a fim de garantir a segurança jurídica e a dignidade que os jurisdicionados esperam do sistema de distribuição de justiça pátrio.

Seja para os estudiosos que reconhecem a tradição mista ou híbrida nacional, seja para os que consideram o *Civil Law* como sistema jurídico, é preciso admitir que o ordenamento padece de instabilidade institucional, na esfera da atividade jurisdicional, não somente pela falta de observância aos precedentes de tribunais superiores pelos juízes de instâncias inferiores (verticalidade), como também pela ausência de autorrespeito dos tribunais com relação aos próprios precedentes (horizontalidade). Em vista disso, objetivou-se perscrutar, em sintonia com a Linha de Pesquisa da Função Política do Direito, quais mecanismos existentes no ordenamento jurídico brasileiro poderiam contribuir para a formação de uma cultura precedentalista, calcada na doutrina do *stare decisis*, capaz de desenvolver o necessário respeito às razões determinantes que firmaram entendimento consolidado sobre determinada temática em sede de decisão-paradigma universalizante e prospectiva.

Razões consideradas, colocou-se à frente deste trabalho, cuja Área de Concentração se situa na esfera das Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, duas indagações: a primeira delas visava percorrer o raciocínio teórico-dedutivo para verificar se o precedente judicial seria meramente declaratório ou constitutivo do próprio direito. O outro questionamento decorria do primeiro, consistente em se instituir no ordenamento jurídico pátrio o instituto do superprecedente. Para a realização desta dissertação, utilizou-se de obras doutrinárias, revistas jurídicas, periódicos, legislação pertinente e casos práticos extraídos do rol de precedentes das cortes de vértice. O método adotado para o trabalho foi o científico dedutivo, mediante revisão bibliográfica e sistematização de informações e conteúdo reunido para embasar o referencial teórico.

O estudo dos precedentes se mostrou necessário, à medida que discutiu temas de potencialidade transformadora na sociedade, a começar pela deficiência eficaz do princípio da inafastabilidade da jurisdição, percorrendo-se também as exigências do juiz natural e da imparcialidade para a consecução de um procedimento legitimamente válido, desprovido de mácula arbitrária no bojo de sua origem, e, ainda, os contornos que devem ser impressos ao provimento judicial para que esteja dentro dos parâmetros perquiridos pelo Estado Democrático de Direito: uma decisão integral, de mérito, justa, adequada e efetiva, incluída a atividade satisfativa. Esses pontos inaugurais, conforme se escreveu, harmonizam-se com o propósito do legislador processual civil, o qual, desde os traços do anteprojeto do Código de Processo Civil que viria a ser promulgado em 2015, entoava a preocupação com a criação de mecanismos compatíveis com o Estado Constitucional, na busca pela efetivação de direitos, assim também com a atualização do processo civil, cuja codificação, apesar de ser a terceira na história do Brasil, foi a primeira publicada em ares democráticos.

O compromisso que o legislador firmou com a sociedade civil foi o de devolver a ela a dignidade outrora represada, tentando se redimir das marcas do solipsismo e das deliberações não muito democráticas respaldadas pelos diplomas anteriores. Pactuou-se mais do que a celeridade para a resolução de contendas, a produtividade judiciária em sede de julgamentos conjuntos ou a cooperação para se propor um ambiente processual honesto e mutuamente colaborativo; delineou-se, em verdade, outro paradigma instrumental, menos apegado às formas e mais fluente à linguagem da Constituição Cidadã.

Cumprir mencionar que o trabalho foi dividido em duas frentes principais: na primeira, trilhou-se a fase evolutiva do surgimento da sociedade e do Estado como a ficção jurídica que é conhecida atualmente; então se dispôs a estudar o direito e a jurisdição, a fim de se verificar quais valores estão em xeque (imparcialidade, devido processo legal, contraditório, igualdade, segurança jurídica, proteção da confiança) quando se flerta com o autoritarismo e com a aproximação de um sistema distributivo de justiça desprovido de garantias. Em seguida, versou-se sobre o direito de ação (garantia constitucional da inafastabilidade jurisdicional), o princípio democrático e a constitucionalização do processo, a saber, a transformação da ordem política autoritária, decorrente do regime militar que vigeu no país por mais de vinte anos, para o processo de redemocratização e, enfim, a constituição do Estado Democrático de Direito, em 1988, o que levou a CF/1988 para o centro do ordenamento jurídico brasileiro, em torno do qual todas as matérias jurídicas passaram a se

conformar e compatibilizar. Por último, com base no pensamento de Alexy, explorou-se a técnica da subsunção e a técnica da ponderação, adentrando-se no mérito da racionalidade decisória e da atuação dos juízes no ordenamento, os seus poderes/deveres e a função social do Judiciário, com vistas a garantir, primeiramente, o acesso à justiça de qualidade para os jurisdicionados e, então, conceber decisões que os assegurem igualdade, estabilidade e previsibilidade.

A segunda parte do trabalho se propôs a tecer explicações a respeito dos precedentes, exalçando-se considerações relativas ao dever de motivação decisória, aliado ao comando de não apenas seguir o entendimento do ordenamento, como também o de garantir a unidade do sistema, por meio da uniformização da jurisprudência e do respeito aos precedentes, nos quais restou compreendida a valoração de cunho moral imanente à elaboração legislativa. Outrossim, constatou-se que determinados mecanismos do CPC/2015, a exemplo da vedação às decisões-surpresas e do rol exemplificativo de hipóteses em que uma decisão judicial não pode ser considerada fundamentada, foram concebidos com vistas à promoção do Estado Democrático. Exarou-se também o pensamento de MacCormick e a sua contribuição com a retórica e a persuasão, a fim de que se assimilasse o direito como fenômeno argumentativo, em cuja dimensão uma decisão corretamente fundamentada é capaz de fornecer verdadeiro estatuto normativo. Se se considerar a tradição basilar do *Civil Law*, agregada a elementos do *Common Law*, tem-se a realidade jurídica brasileira, apta a considerar o pluralismo de fontes para fundamentar as suas decisões.

Foi possível elencar a imprescindibilidade do provimento satisfativo, corolário da expectativa da confiança do jurisdicionado pelo magistrado, salientando-se que apenas nesses termos a recíproca - retomada da credibilidade das cortes pelo cidadão - se concretizará. A propósito, o Conselho Nacional de Justiça, em recente publicação de ato normativo (Recomendação nº 134/2022), recomendou que todos os juízes, desembargadores, tribunais e cortes observassem o sistema brasileiro de precedentes, conferindo espaço para a ocorrência da distinção (*distinguishing*), quando se estiver diante de concretas particularidades e a aplicação precedentalista não for compatível, e da superação (*overruling*), ocasião em que a realidade se alterou e determinado precedente não se presta mais a fornecer justiça na situação fático-normativa. De se destacar ainda, sobre a eficácia do precedente, que, de acordo com as lições de Mello, pode exalar eficácia normativa, impositiva intermediária e meramente persuasiva. Procurou-se, ainda, esquadriñar, na vertente do estudo sobre a tutela dos direitos

fundamentais à luz do princípio democrático, a importância de se lidar com um sistema processual que garanta a necessária uniformização das decisões judiciais proferidas, sob pena de se verificar que o processo e o ideal de efetividade da justiça pudessem se transformar em instrumentos públicos de seleção e de exclusão.

Nessa esteira, traçou-se um breve contexto fático atrelando-se a posição que a decisão judicial, sobretudo a das cortes de vértice, ocupa na realidade jurídico social hodierna, em contraponto à lei, argumentando-se, a título de hipótese primeira, que este trabalho se filia à ideia de que o precedente judicial, desde que vinculante (ou normativo), possui natureza constitutiva de direitos; entretanto, defende-se que tanto o vinculante quanto o persuasivo (e, conforme Mello, o impositivo intermediário) podem ser considerados fontes do direito, em igual patamar hierárquico à legislação. A norma jurídica insculpida no precedente deve ser observada até que haja entendimento diverso capaz de superar a decisão-paradigma pretérita. A título de exemplo, cita-se o julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, em 2017, que declarou a inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros, reconhecendo, de forma incidental, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, permitindo à recorrente participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil. Em havendo necessidade, o magistrado poderá sanar eventual conflito normativo entre lei e precedente, caso não tenha reconhecido a sua inconstitucionalidade, interpretando e aplicando a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; neste diploma, basta ressignificar o vocábulo “lei” nas expressões “lei anterior”, “lei posterior”, “lei nova” etc. por “norma”. Assim, as antinomias devem ser encaradas como um conflito de normas, pois, na falta de uma LINDB atualizada para a realidade contemporânea, ainda que o precedente seja interpretativamente encaixado no termo “costumes” ou “princípios gerais de direito”, trata-se de norma jurídica hierarquicamente isonômica à lei.

Em caso de admissão do precedente como fonte primária do direito, decorre da primeira hipótese esta segunda, de que não há óbice algum, valorativo, interpretativo, fático ou normativo para a instituição da doutrina do *stare decisis* no sistema processual civil brasileiro, o que inclusive é referendado pelo CPC/2015 e pelo CNJ. Importa-se, então, o conceito de superprecedente, da doutrina estadunidense, que vincula cultural, institucional e socialmente uma comunidade política, a qual servirá, ao mesmo tempo, de apoio para a sua concretização, tendo em vista a afinidade de seu caráter normativo com a ampliação, garantia

ou resguardo de direitos fundamentais, o que torna a sua superação difícilíssima, com fulcro no princípio da vedação ao retrocesso. Reforçou-se afirmar que o superprecedente deriva da vontade da maioria, manifestada com fulcro no sistema constitucional, e, por isso, assegura proteção específica dos poderes estatais e demais instituições. A fim de buscar o seu *overruling*, devem ser estabelecidos critérios rígidos e mediante a ampla participação popular.

A observância ao sistema precedentalista, embrionariamente encaminhado pelo CPC/2015, não desmerece ou infirma a importância da lei, ao contrário, atualiza-a e interpreta o seu real significado em compasso com as transformações socioculturais do mundo globalizado, de sorte que estar alheio às necessidades sociais é o caminho inverso do que se defende e almeja com o estudo acadêmico do direito. O fenômeno da exclusão que recai sobre aqueles que pretendem usufruir de um sistema judiciário competente, eficiente, célere, constitucionalmente legítimo e democraticamente alinhado à justiça social e à prevalência dos direitos humanos levam-nos a crer, melhor dizendo, a descreer na jurisdição estatal, minando a proteção da confiança e a estabilidade institucional. Para melhor entender os efeitos e as causas do processo excludente à luz do ordenamento processual civil, optou-se pela elaboração deste estudo, que, espera-se, tenha lançado alguma luz e alguma inspiração aos anseios de transformação da realidade da (falta de) justiça, da qual se espera comprometimento com a igualdade, a segurança jurídica e a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito.** Revista de Direito Administrativo, v. 253, p. 09-30, 2010.

ALVES, Fernando de Brito. **Democracia à portuguesa: retórica democrática na tradição jurídica lusófona.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ANDREASSA, João Victor Nardo. **As medidas atípicas do artigo 139, IV do Código de Processo Civil e os perigos de sua má aplicação.** In: Revista Aporia Jurídica (on-line) - ISSN 2358-5056, v. 1, n. 8, p. 241-250. Curso de Direito da Faculdade CESCAGE. Ponta Grossa, jul./dez. 2017. Disponível em: <<https://phantomstudio.com.br/index.php/aporiajuridica/article/view/127/122>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** 4ª ed. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991. Disponível em: <<https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/12/%C3%89tica-a-Nic%C3%B4maco.pdf>>. Acesso em 17 out. 2022.

ARISTÓTELES. **Política.** Ed. bilíngue. Tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Coleção Vega Universidade (Ciências Sociais e Políticas). Lisboa: Vega, 1998. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/357991/mod_resource/content/1/Aristoteles_Pol%C3%ADtica%20%28VEGA%29.pdf>. Acesso em 17 out. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32. Rio de Janeiro, 2012.

BATISTA, Cláudia Karina Ladeia. **A constitucionalização do direito, seus efeitos no processo e os desafios para a concretização de direitos fundamentais-sociais: novos paradigmas para um novo direito processual?** In: Constitucionalismo, democracia, procedimento e substância. Dirceu Pereira Siqueira, Flávio Luis de Oliveira, organizadores. 1ª ed. Birigüi, São Paulo: Boreal Editora, 2013, p. 36-58.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que é um precedente?** In: XVI Congresso Nacional de Estudos Tributários, p. 121-131. Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2020/05/Bianor-Arruda.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2022.

BOAVENTURA, Thiago Henrique. **Conheça o caso *Marbury vs. Madison*, que deu origem ao controle difuso de constitucionalidade.** 2017, Domínio público: on-line. Disponível em: <<https://thiagobo.jusbrasil.com.br/artigos/451428453/conheca-o-caso-marbury-vs-madison>>. Acesso em 23 out. 2022.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 7ª tiragem. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 10ª ed. rev. atual. 9ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, Distrito Federal: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992 (Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 29 out. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2022

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 (Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 23 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei da Arbitragem).** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 13 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro)**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 13 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 12 out. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº 382.736/SC**. Relator Ministro Castro Meira. Trecho do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, 08 out. 2003. DJ: 25 fev. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=430690&num_registro=200101557448&data=20040225&formato=PDF>. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132/RJ pela ADI nº 4.277/DF. Plenário. Voto Ministro Ayres Britto (Relator)**. Direito Constitucional e Civil. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações por votação unânime. Eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Brasília, 05 maio 2011. 274 p. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.849/MG. Plenário. Voto Ministro Edson Fachin (Relator)**. Repercussão Geral. Direito Tributário. Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços - ICMS. Substituição tributária progressiva ou para frente. Cláusula de restituição do excesso. Base de cálculo presumida. Base de cálculo real. Restituição da diferença. Art. 150, §7º, da Constituição da República. Revogação parcial de precedente. ADI 1.851. Recurso Extraordinário a que se dá provimento. Vencidos os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que negavam provimento ao Recurso Extraordinário. Brasília, 19 out. 2016. 129 p. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12692057>>. Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878.694/MG. Plenário. Voto Ministro Roberto Barroso (Relator)**. Repercussão Geral. Direito Constitucional e Civil. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. Tema 809 da repercussão geral. Recurso Extraordinário provido. Reconhecimento de forma incidental da inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que votaram negando provimento ao recurso.

Brasília, 10 maio 2017. 151 p. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>>. Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Magna Carta 800 anos. Memória Viva. Coordenadoria de Gestão Documental e Memória. Seção de Divulgação da Memória Institucional (SDMI). Brasília, 2015. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/documents/10157/c9627733-ac38-4c49-9a99-b4522a0febd1>>. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Metas Nacionais do Poder Judiciário. Domínio público: on-line. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/metas/>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Recomendação nº 134, de 09 de setembro de 2022. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Domínio público: on-line. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/cnj-recomenda-distinguishing-nao-sirva.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). 2º Encontro Nacional do Judiciário. Domínio público: on-line. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/encontros-nacionais/2-encontro-nacional-do-judiciario/>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). 4º Encontro Nacional do Judiciário: o Brasil faz a justiça. Domínio público: on-line. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/encontros-nacionais/4-encontro-nacional-do-poder-judiciario/>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). 8º Encontro Nacional do Poder Judiciário. Domínio público: on-line. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/encontros-nacionais/viii-encontro-nacional-do-poder-judiciario/>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL, SENADO FEDERAL (SF). Código de processo civil e normas correlatas. 7ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Súmulas anotadas**. Domínio público: on-line. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Súmulas vinculantes**. Domínio público: on-line. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/2020SmulaVinculante1a29e31a58Completoconteudo.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRITO, Jaime Domingues; BIANCO, Paolo Roberto De Angelis; MARQUES, Victória Santos. **Metas do Conselho Nacional de Justiça para o Poder Judiciário: um incentivo à produtividade judicial em face do dever de fundamentação decisória**. In: Cap. 13, p. 285-312 - Poder Judiciário e Estado de Direito: limites e possibilidades para uma jurisdição democrática, v. 1. Organizadores: Daniel Dela Coleta Eisaqui e Gabriel Vieira Terenzi. Londrina, PR: Ed. Thoth, 2021. 362 p.

BRITO, Jaime Domingues; BRITO, Tiago Domingues. **Em busca do “sistema geométrico variável” de fontes do direito e o uso de precedentes vinculativos no Brasil**. In: Sistema constitucional de garantia de direitos. Carla Bertoni e Fladimir Jerônimo Belinati Martins (Org.). 1ª ed. Universidade Estadual do Norte do Paraná e Instituto Ratio Juris. Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito. Jacarezinho-PR, 2014. Disponível em: <<https://siacrid.com.br/repositorio/2014/sistema-constitucional-de-garantias-de-direitos.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRITO, Jaime Domingues; OLIVEIRA, Flávio Luis de. **A convergência do sistema da *Civil Law* ao da *Common Law* e a concretização dos direitos**. Revista Intertemas (Revista Jurídica da Toledo de Presidente Prudente/SP), v. 13, ISSN 1516-8158. 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. Saraiva Educação S.A., 2015. Google Livros: on-line. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=uEFnDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP4&dq=dever+de+dire%C3%A7%C3%A3o+processo+civil&ots=XzQUWIUxB8&sig=4YE9kRuxk6fg7da-xlTIKF-XoXU#v=onepage&q&f=true>>. Acesso em: 19 nov. 2022.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático**. Revista OAB-RJ, v. 24, n. 1, p. 11-31. Rio de Janeiro, jul./dez. 2008.

CAMARGO, Daniel Marques de. **Decisão judicial e sua fundamentação: suficiência e concretização por meio do artigo 489, § 1º, do CPC/2015**. Tese de doutorado - Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Orientador Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado. Jacarezinho-PR, 2019. 222 p.

CAMARGO, Daniel Marques de; MACHADO, Edinilson Donisete. **Direito fundamental de acesso à justiça nos juizados especiais cíveis: litigiosidade contida, controlada ou exacerbada?** Revista de Cidadania e Acesso à Justiça, v. 1, n. 2, p. 769-788. Curitiba: jul./dez. 2016.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** 3ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. 790 p.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; BRITO, Jaime Domingues. **Súmulas vinculantes.** Revista de processo, v. 168, p. 143-160, fev. 2009. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4664983/mod_resource/content/1/CAMBI%2C%20Eduardo.%20BRITO%2C%20Jaime.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2023.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; MUNARO, Marcos Vinícius Tombini. **Dever de fundamentação das decisões judiciais (exegese do artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015).** Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 20, n. 2, 2019.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; OLIVEIRA, Lucas Paulo Orlando de. **O direito a favor da esperança: o uso dos precedentes judiciais para a efetivação da dignidade da pessoa humana.** Coleção Direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise - Coordenação: Gregório Assagra de Almeida. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. 234 p.

CARDOSO, Antonio Manoel Bandeira. **A Magna Carta - conceituação e antecedentes.** Revista de Informação Legislativa, a. 23, n. 91. Brasília, jul./set. 1986. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113791.pdf>>. Acesso em 27 out. 2022.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito.** 4ª ed., 2ª tiragem. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2010.

CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política.** Anais do XX Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais. GT03 "Direitos, identidades e ordem pública". Caxambu-MG: out. 1996. Disponível em: <<https://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/20-encontro-anual-da-anpocs/gt-19/gt03-5>>. Acesso em: 29 nov. 2022.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 30ª ed. refundida. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins. **Seção II - Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença: Arts. 489 a 495.** In: Código de Processo Civil Anotado. CRUZ E TUCCI, José Rogério et al. (Coord.). Associação dos Advogados de São Paulo, 2015. Atualizado em 06 abr. 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Da sentença e da coisa julgada: Seção II - Dos elementos e dos defeitos da sentença (art. 489 - art. 495).** In: “Comentários ao Código de Processo Civil”. ALVIM, Angélica Arruda et al. (Coord.). São Paulo: Saraiva Educação S.A., 2016. Google Livros: on-line. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=QylrDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT2&dq=teresa+arruda+alvim&ots=aPIwcuZX Xj&sig=FGp2IQ6liB0iqjIE5vN0M3hn6nE#v=onepage&q=teresa%20arruda%20alvim&f=false>>. Acesso em: 09 dez. 2022.

COSTA, Ílton Garcia da; SANTOS, Ana Flávia Coelho dos. **O princípio da eficiência e a (i)legitimidade do controle jurisdicional das políticas públicas.** Prisma Jurídico, São Paulo, v. 20, n. 2, p. 311-329, jul./dez. 2021. Disponível em: <<https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/20145/9418>>. Acesso em: 16 jan. 2023.

COTOMACCI, Gustavo. **A função social do juiz no exercício da atividade decisória.** Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 9, n. 9, p. 158-200. São Bernardo do Campo, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem.** Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 45, n. 179, jul./set. 2008, p. 165-178. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/179/ril_v45_n179_p165.pdf>. Acesso em: 28 out. 2022.

CRAMER, Ronaldo. **As normas de abreviação do procedimento com base em precedente.** Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 66, p. 227-233. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1246489/Ronaldo_Cramer.pdf>. Acesso em 20 nov. 2022.

CRUZ, Danilo Nascimento; CRUZ, Karine Rodrigues Piauilino. **Processo Civil Contemporâneo: aspectos conceituais; constitucionalização e tutela jurisdicional efetiva.** Revista Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região, v. 14, p. 27-38. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16022321.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DEGRAF, Guilherme; GADONSKI, Nelma Cristina. **A função social do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.** In: Cap. 03, p. 65-83 - Poder Judiciário e Estado de Direito: limites e possibilidades para uma jurisdição democrática, v. 1. Organizadores: Daniel Dela Coleta Eisaqui e Gabriel Vieira Terenzi. Londrina, PR: Ed. Thoth, 2021. 362 p.

DHNET (Rede de Direitos Humanos & Cultura Org.) (*Website*). **Declaração de Direitos 1689 (Bill of Rights).** Domínio público: on-line. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decbill.htm>>. Acesso em 27 out. 2022.

DHNET (Rede de Direitos Humanos & Cultura Org.) (*Website*). **Petição de direitos 1628.** Domínio público: on-line. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/pet1628.htm>>. Acesso em 27 out. 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: volume II.** 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** 6ª ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 1988.

FACHIN, Jéssica Amanda. **A necessidade do precedente judicial obrigatório no Brasil: proposta de um sistema variável de fontes e a exigência de um direito coerente.** Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, Área de Concentração: “Teorias da Justiça e Exclusão”, Linha de Pesquisa: “Função Política do Direito”, da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Orientador: Professor Doutor Jaime Domingues Brito. Jacarezinho-PR, 2016.

FERNANDES, Luis Eduardo Simardi. Livro III - Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais. Título I - Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais. **Capítulo I - Disposições gerais: Arts. 926 a 928.** In: Código de Processo Civil Anotado. CRUZ E TUCCI, José Rogério et al. (Coord.). Associação dos Advogados de São Paulo, 2015. Atualizado em 06 abr. 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 6ª ed. 3ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2011.

FERREIRA DA COSTA, Daniel Tempski; ROSA, Luísa Walter da. **A resolução de casos difíceis a partir do pensamento de Neil MacCormick: a necessidade da análise de precedentes das supremas cortes de nações democráticas.** Revista Interfaces Científicas, v. 9, n. 1, p. 110-123. Fluxo Contínuo: Aracaju-SE, 2022.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; CAMPOS, Felipe de Almeida. **O instituto jurídico da prova no direito processual brasileiro e sua (re)construção histórica.** Argumenta Journal Law. Jacarezinho/PR, Brasil, n. 25, p. 301-326, jul./dez. 2016.

GIACHINI, Emanuele. **Judicialização de políticas públicas: garantias formais e desafios materiais na efetivação do direito à educação.** Anais do XXIII Congresso Nacional CONPEDI/UFPB: A humanização do direito e a horizontalização da justiça no século XXI (5 a 8 nov. 2014, Campus I, UFPB). In: livro Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos II, p. 491-509. Coordenadores: Fernando Antonio de Carvalho Dantas, Antônio Germano Ramalho e Monica Mota Tassigny. ISBN: 978-85-68147-83-2. João Pessoa, 2014.

GIACOIA, Gilberto. **Justiça e dignidade.** Revista Argumenta (Argumenta Journal Law), n. 2, v. 2, p. 11-31: Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2002.

GOMES, Milton Carvalho. **O Direito entre fatos e normas: o distanciamento entre a verdade dos fatos e a verdade construída no processo judicial brasileiro.** Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 49, n. 195, jul./set. 2012, p. 231-244. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496608/000966862.pdf?sequence=1>>. Acesso em 18 out. 2022.

GROSSI, Paolo. **Globalização, direito, ciência jurídica.** Espaço Jurídico: Journal of Law, v. 10, n. 1, p. 153-176. Joaçaba-SC, jan./jun. 2009. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7833355>>. Acesso em 13 dez. 2022.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **Legal precedent: a theoretical and empirical analysis.** The Journal of Law & Economics, published by The University of Chicago Press, v. 19, n. 2. Conference on the Economics of Politics and Regulation, p. 249-307, ago. 1976. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/725166?read-now=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 16 jan. 2023.

LEGALE, Siddharta. **Superprecedentes.** Revista direito GV, v. 12, n. 3, p. 810-845. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. ISSN 2317-6172. Rio de Janeiro, set./dez. 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/Qth6CXrWrdFMWcpxhx6M4Vm/abstract/?lang=pt>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

LIBERTY FUND ORG. (*Website*). Online Library of Liberty. **The American Republic: Primary Sources.** Bruce Frohnen (Editor), 2002. Indianapolis, Indiana (USA). Disponível em: <<https://oll.libertyfund.org/page/1628-petition-of-right>>. Acesso em: 27 out. 2022.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014. 380 p.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela do contraditório no Novo Código de Processo Civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas**. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP. Periódico Semestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. ISSN 1982-7636. Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 1., p. 164-192, jan./jun. 2016. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23113/19632>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão técnica de Cláudio Michelon Jr. Coleção teoria e filosofia do direito. Coordenada por Ronaldo Porto Macedo Jr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAER, Lucinda; GAY, Oonagh. **The bill of rights 1689**. House of Commons Library, 2009. Disponível em: <<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN00293/SN00293.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2022. Tradução nossa.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, v. 49, p. 11-58. Curitiba, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Il diritto di azione nella Costituzione Brasiliana**. Tradução nossa. Domínio público: on-line. Disponível em: <<https://professormarinoni.com.br>>. Acesso em 13 nov. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos**. Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 197-252, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3ª ed., v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria dos princípios e função jurisdicional**. Revista de Investigações Constitucionais: Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR, v. 5, n. 2, p. 135-164. Curitiba, maio/ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.56183. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rinc/a/F66fxBT8QWWWhKVQ7QyVm9Gn/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 30 out. 2022.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado [livro eletrônico]: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes - o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MIRANDA, Daniel Augusto Teixeira de. **Contencioso administrativo x jurisdição una**. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília, n. 6, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Processo justo, colaboração e ônus da prova**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 78, n. 1, p. 67-77. Brasília: jan./mar. 2012. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/29621/003_mitidiero.pdf?sequencia=4&isAllowed=y>. Acesso em: 11 out. 2022.

MITIDIERO, Daniel. **A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro**. Revista do advogado, v. 35, n. 126, p. 47-52. Associação dos Advogados de São Paulo: São Paulo, maio 2015.

MONACO, Gustavo F. C. **Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. Costa Machado, Organizador; Silmara Juny Chinellato, Coordenadora. 8ª ed. Barueri/SP: Ed. Manole, 2015.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. 2ª tiragem. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil comentado [livro eletrônico]**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

OLIVEIRA, Flávio Luís de; BRITO, Jaime Domingues. **Acesso à justiça e inclusão social.** Revista Argumenta (Argumenta Journal Law), n. 15, p. 335-345: Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Domínio público: on-line. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>>. Acesso em: 29 out. 2022.

PASSOS, J. J. Calmon de (José Joaquim Calmon de). **Instrumentalidade do processo e devido processo legal.** RDC nº 7, set./out. 2000. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_07_05.pdf>. Acesso em: 30 out. 2022.

PEIXOTO, Ravi. **A superação de precedentes (overruling) no Código de Processo Civil de 2015.** Revista de Processo Comparado, v. 3, jun./nov. 2016, 19 p. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RProComp_n.3.07.PDF>. Acesso em: 10 out. 2022.

PIRES, Teresinha Inês Teles. **A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: Dimensão normativa, raciocínio prático e justificação das decisões jurídicas.** Revista do Direito Público, Londrina, v. 15, n. 2, p. 49-70, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 49. ISSN: 1980-511X.

PORTELA, Alana Frota. **Poderes e deveres do juiz: evolução processual à ordem jurídica justa e perspectivas do Código de Processo Civil de 2015.** Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito. Orientador Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior. Fortaleza, 2016.

QUEIROZ, Ana Márcia do Vale. **A ineficácia da função típica do Poder Legislativo e o Ativismo Judicial.** Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande (Paraíba), em cumprimento às exigências para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadora Prof^a. Monnizia Pereira Nóbrega. Sousa/PB, 2016.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **A motivação das decisões judiciais civis em um Estado de Direito: necessária proteção da segurança jurídica.** Dissertação de Mestrado em Direito defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador Prof. Titular Flávio Luiz Yarshell. São Paulo, 2013, 371 p.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Limites à mudança jurisprudencial**. In.: Direito Jurisprudencial, v. 2. Coord. Aluisio Gonçalves C. Mendes; Luiz Guilherme Marinoni; Teresa Arruda Alvim Wambier, 2014.

RAZ, Joseph. **El concepto de sistema jurídico: una introducción a la teoría del sistema jurídico**. Traducción, prólogo y notas de Rolando Tamayo y Salmorán. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie G: estudios doctrinales núm. 93. 1ª ed. México, 1986. Tradução nossa.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed. 15ª tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

REICHELT, Luis Alberto. **O direito fundamental das partes à imparcialidade do juiz no direito processual civil**. In: Revista de Processo, v. 227, p. 105-122, jan. 2014. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, v. 9, p. 555-574, ago. 2015. Revista dos Tribunais Online. Acesso em 25 out. 2022.

REICHELT, Luis Alberto; PORTO, Guilherme Athayde. **Efetividade da tutela jurisdicional e o direito fundamental à prova no novo CPC**. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP. Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, jan./abr. 2017. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. ISSN 1982-7636, p. 302-324.

REIS, Claudio Araujo. **Cooperação, competição e o processo legislativo: sobre a proibição das facções em Rousseau**. Kriterion: Revista de Filosofia, v. 63, n. 151, p. 169-189. Belo Horizonte, abr. 2022. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/kr/a/Zngq3FMzgZcdLTJNwwJZShr/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 23 out. 2022.

RIGOLDI, Vivianne. **A garantia da segurança jurídica pelo respeito aos precedentes e uniformização da jurisprudência na perspectiva do projeto do Novo Código de Processo Civil**. In: Função Política do Processo II: Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito. Renato Bernardi, Fabiana Tamaoki Neves, organizadores. 1ª ed. Jacarezinho, PR: UENP & Instituto Ratio Juris, 2014. Disponível em: <<http://siacrid.com.br/repositorio/2014/funcao-politica-do-processo-ii.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2022.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3ª ed. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANTIN, Valter Foletto. **Característica de direito ou interesse difuso da segurança pública**. Argumenta Journal Law: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi. Jacarezinho, 2005. Disponível em:

<<http://ser.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/download/48/49>>. Acesso em: 14 dez. 2022.

SANTIN, Valter Foletto. **Serviço público e direitos humanos**. Revista Paradigma, v. 28, n. 2, p. 134-153. Unaerp: Ribeirão Preto-SP, 2019. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1332>>. Acesso em: 14 dez. 2022.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge (Massachusetts); London (England): Harvard University Press, 2009.

SILVA, Anna Isis Teran; NEVES, Isabela Dias. **Processo Civil Democrático: ativismo judicial frente às provas**. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 215, p. 97-115, jul./set. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril_v54_n215_p97>. Acesso em: 10 out. 2022.

SILVA, Diogo Henrique Dias; COELHO, Thiago Gomes. **A imparcialidade do juiz no contexto do Estado Democrático de Direito: uma reconstrução possível?**. Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro, n. 6, p. 147-166, 2012. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1283/6520>>. Acesso em: 25 out. 2022.

SILVA, Tatiana Constâncio. **Teoria geral do processo**. Centro Universitário Leonardo da Vinci. Indaial: Uniasselvi, 2019. 162 p.

SILVEIRA, Michele Costa da. **Reflexões acerca do Princípio do Juiz Natural**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 18, n. 18, 2000.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; BRITO, Jaime Domingues. **Precedentes vinculativos e fontes do direito no Brasil: a proposta de um “sistema geométrico variável”**. Anais do XXI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 438-466.

SIQUEIRA, Fernando de. **Implicações do dever de esclarecimento na valoração da prova**. Domínio público: on-line, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-13/fernando-siqueira-dever-esclarecimento-valoracao-prova#_ftn4>. Acesso em: 09 dez. 2022.

SOLEK, Raphael Caetano. **Estado Democrático de Direito e os princípios norteadores da jurisdição**. Revista Multidisciplinar Pey Këyo Científico - ISSN 2525-8508, v. 2, n. 1, 2017.

Disponível em:

<<http://revistaadmmade.estacio.br/index.php/pkcroraima/article/view/3483/1540>>. Acesso em 23 out. 2022.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. **O princípio da proteção da confiança e o Novo Código de Processo Civil brasileiro**. Revista de Processo, v. 247, set. 2015. Edição e distribuição da Editora Revista dos Tribunais. 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.247.08>. Acesso: em 13 out. 2022.

SOUZA NETTO, José Laurindo de; GARCEL, Adriane; HIPPERT, Karen Paiva; KONER, Aline. **A motivação como controle da razão do juiz**. In: SOUZA NETTO, José Laurindo de *et al.* (Coords.) Direito, Justiça & Sociedade: Estudos em homenagem à criação da Escola Judicial do Paraná. Vários autores. Curitiba: Clássica, 2021, p. 399-427.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - o senso incomum? Coleção O que é isto? V. 4**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2ª ed., rev. e atual., v. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. Google Books: on-line. Acesso em: 13 dez. 2022.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. **O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito**. Revista Opinião Jurídica, v. 15, n. 20, p. 160-179. Fortaleza, 2017.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1**. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Impactos do novo CPC no Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TARUFFO, Michele. **Aspetti fondamentali del Processo Civile di Civil Law e di Common Law**. Tradução nossa. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), v. 36. Curitiba, 2001.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 12 out. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento - v. I.** 55^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo.** Revista Centro de Estudos Judiciários, ano XXIII, n. 77, p. 142-146. Brasília: jan./jun. 2019.

TOLEDO, Cláudia. **Direitos fundamentais sociais: entre ponderação e subsunção.** In: Direitos sociais em debate. Cláudia Toledo (Org.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 81-89.

TOMAZETTE, Marlon. **A teoria da argumentação e a justificação das decisões *contra legem*.** Revista Direito e Práxis, v. 3, n. 2, DOI 10.12957/dep.2011.1877. Rio de Janeiro, 2011.

UNE, Wagner Akitomi. **Os artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2015: a estabilidade da jurisprudência e a possibilidade de modulação de efeitos temporais por mudança de jurisprudência.** Revista da AGU, v. 16, n. 02. Brasília/DF, jul./set. 2017, p. 303-334.

UNIDOS PELOS DIREITOS HUMANOS (*Website*). Organização internacional sem fins lucrativos. **Um breve histórico dos direitos humanos.** Domínio público: on-line. Los Angeles, California (USA). Disponível em: <<https://www.unidospelosdireitoshumanos.org.br/what-are-human-rights/brief-history/magna-carta.html>>. Acesso em: 27 out. 2022.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial.** 2^a ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016. 194 p.

VEJA (REVISTA). **Suprema Corte dos EUA anula *Roe v. Wade* e estados podem proibir o aborto.** Publicado em 24 jun. 2022, 11h23min. Atualizado em 24 jun. 2022, 13h04min. Domínio público: on-line. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/mundo/suprema-corte-dos-eua-anula-roe-v-wade-e-estados-podem-proibir-o-aborto/>>. Acesso em: 23 out. 2022.

VENANZONI, Victória Santos Marques Dias. **Convencimento judicial e valoração das provas a partir do art. 371 do CPC/2015: limites e possibilidades no Estado Democrático de Direito.** 233 folhas. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Orientador: Dr. Jaime Domingues Brito. Jacarezinho, 2022.

VENOSA, Sílvio de Salva. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas.** 2^a ed. 6^a reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

YALE LAW SCHOOL (*Website*). Lillian Goldman Law Library. **English Bill of Rights 1689**. The Avalon Project: documents in Law, History and Diplomacy. Domínio público: online. New Heaven, Connecticut (USA). Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp>. Acesso em: 27 out. 2022.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional**. Tese de doutorado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre, set. 2005.