



INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

CAIO ALCÂNTARA PIRES MARTINS

PROVIMENTOS VINCULANTES
DOS “ASSENTOS” AO *PROCESSO SEM SUJEITO*

BRASÍLIA
2021

CAIO ALCÂNTARA PIRES MARTINS

PROVIMENTOS VINCULANTES
DOS “ASSENTOS” AO *PROCESSO SEM SUJEITO*

Dissertação desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho, e apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do IDP, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

BRASÍLIA
2021

CAIO ALCÂNTARA PIRES MARTINS

PROVIMENTOS VINCULANTES
DOS “ASSENTOS” AO *PROCESSO SEM SUJEITO*

Dissertação desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho, e apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do IDP, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Brasília, 16 de dezembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Orientador

Prof. Dr. Georges Abboud
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Avaliador Interno

Prof. Dr. José Arthur Castillo de Macedo
Instituto Federal do Paraná
Avaliador Externo

AGRADECIMENTOS

Ao querido orientador Ilton Robl Filho, pela presteza e serenidade no desenvolvimento da dissertação.

Aos professores Georges Abboud, Rafael Tomaz de Oliveira e José Arthur Castillo de Macedo, que foram além de avaliadores nas bancas de Qualificação e de Defesa (o primeiro, em ambas), mas também construtores deste trabalho.

A Demóstenes Torres, que ora conclui, também, o mestrado acadêmico, mas é para mim um *mestre* desde que o conheci.

A Thiago Agelune, por ter, no decorrer do trabalho, contribuído com inúmeras críticas e provocações.

A Amábili, Bruno e Mariana, pela ajuda na pesquisa e na revisão textual.

Ao meu avô Osmar, que “inaugurou”, a duras penas, o apreço pelo Direito na família.

Aos meus pais, Cristina e Dilmar, por, desde sempre, não medirem esforços na educação de seu filho.

A Carol, que acompanhou, com paciência e amor, cada etapa da rigorosa tarefa de pesquisa e da produção escrita e, seguramente, vivenciou-a comigo, da apreensão durante o desenvolvimento até o entusiasmo com o produto final.

“[...] perspectivar a função específica dos supremos tribunais tão-só pelo horizonte do normativo geral, que eles seriam chamados a definir, significaria pensar essa função de novo num sentido axiomático, que excluiria o relevo do corrector, aprofundante e evolutivo problemático concreto ou que dele prescindiria, para fixar a priori as orientações da jurisdição — à qual, desse modo, os supremos tribunais autoritariamente se sobrepunham, em lugar de se compreenderem antes como uma sua instância regulativa (controladora e orientadora), mediante uma participação qualificada no todo da jurisprudência jurisdicional. Fixação a priori que tenderia sempre para o modo como que de uma ‘codificação judicial’ e de novo apagaria a diferença entre a legislação e a jurisdição, ao mesmo tempo que minimizaria a exigência problematicamente concreta da justiça a favor tão-só, digamo-lo com ARNDT, dos ‘fins no futuro, de um reino abstracto, de uma sociedade abstracta, de uma humanidade abstracta, de um espaço que não encarna’”. (CASTANHEIRA NEVES, António. O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais. Coimbra: Coimbra: 1983, p. 661)

RESUMO

O presente trabalho trata dos provimentos vinculantes, enunciados concebidos pelo Poder Judiciário no julgamento de casos concretos, mas que deles se deslocam visando a vinculação em problemas futuros, de mesma natureza. Faz considerações sobre o princípio da separação de poderes, da concepção clássica à releitura da teoria montesquiana, observada pelo Constituinte de 1988 ao instituir efetivos freios e contrapesos. Expõe o vínculo genético dos mecanismos vinculantes com os “assentos”, decretados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional português em 1993, por usurpação da função legislativa, com base na doutrina de Castanheira Neves. Faz a distinção entre esses provimentos e os genuínos precedentes do *common law* para se contrapor teses como a das *Cortes de Vértice*, cujos julgados se impõem na ordem jurídica apenas pela autoridade de quem os proferiu. Também propõe que, caso se pretenda adotar um verdadeiro regime de *stare decisis* no Brasil, é preciso assimilar a índole histórico-problemática daquele sistema. Por fim, mostra as razões pelas quais, a despeito de sua inconstitucionalidade por falta de previsão na Lei Maior, os provimentos significam a reação do Judiciário à tardia formação da sociedade de massas à procura da justiça, numa razão instrumental que disfarça uma lógica econômica e exclui a efetiva participação do indivíduo na tomada de decisão. O que se vê, portanto, é um *processo sem sujeito*.

Palavras-chave: “Assentos”. Devido Processo Legal. Processo sem sujeito. Provimentos vinculantes.

ABSTRACT

The present work deals with binding provisions, which are enunciations conceived by the Judiciary in the judgment of concrete cases, but that are displaced from them in order to be binding in future problems of the same nature. It makes considerations about the principle of the separation of powers, from the classical conception to the rereading of the Montesquian theory, observed by the 1988 Constituent when instituting effective checks and balances. Exposes the genetic link of the binding mechanisms with the "assentos", declared unconstitutional by the Portuguese Constitutional Court in 1993, for usurpation of the legislative function, based on Castanheira Neves's doctrine. Distinguishes between these provisions and genuine common law precedents to counter the thesis of the Vertex Courts, whose judgments are imposed on the legal system only by the authority from who issued them. It also proposes that, if a true stare decisis system is to be adopted in Brazil, the historical-problematic nature of that system must be assimilated. Finally, it shows the reasons why, despite their unconstitutionality for lack of provision in the Major Law, the binding provisions mean the reaction of the Judiciary to the late formation of the mass society in search of justice, in an instrumental reason that disguises an economic logic and excludes the effective participation of the individual in decision making. What we see, therefore, is a process without a subject.

Palavras-chave: "Assentos". Due Process of Law. Process without Subject. Binding Provisions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A SEPARAÇÃO DE PODERES COMO GARANTIA DOS FINS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	19
1.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E MOVIMENTO CONSTITUCIONAL	19
1.2 A SEPARAÇÃO DE PODERES (OU DE FUNÇÕES).....	23
1.2.1 A separação de poderes a partir de Montesquieu.....	32
1.2.2 A descentralização da atividade legislativa.....	42
2 O PAPEL DA JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: INTENÇÃO HISTÓRICO-CONCRETA VERSUS INTENÇÃO GENÉRICO-ABSTRATA	52
2.1 O JUDICIÁRIO COMO CONTRAPODER NUM ESTADO DE “SEMISSOBERANOS”	52
2.1.1 Os modelos de juízes e o ativismo judicial	58
2.1.2 O precedente judicial.....	63
2.2 A INTENÇÃO GENÉRICO-ABSTRATA DOS “ASSENTOS” E O CONTRIBUTO DE CASTANHEIRA NEVES PARA A CONCRETA REALIZAÇÃO DO DIREITO.....	67
3 A ABSTRATIVIZAÇÃO DESENFREADA NO BRASIL: DA HERANÇA COLONIAL À PRÁTICA CONTEMPORÂNEA	80
3.1 O VÍNCULO GENÉTICO DOS PROVIMENTOS VINCULANTES COM OS ASSENTOS E SUA DIFERENCIAÇÃO QUANTO AOS PRECEDENTES.....	80
3.1.1 Súmulas e Súmulas Vinculantes	88
3.1.2 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.....	92
3.1.3 Súmulas e Orientações Jurisprudenciais na Justiça do Trabalho	93
3.2 IDEIAS “PRECEDENTALISTAS”, “CORTES DE VÉRTICE” E TRIBUNAIS QUE JULGAM <i>TESES</i> , NÃO CASOS	94
3.2.1 O problema da unidade do Direito	95
3.2.2 Entre engessamento e exercício preventivo da jurisprudência – o Caso “André do Rap”	103

3.2.3 Um retorno à interpretação (judicial) autêntica?.....	106
3.3 (AINDA SOBRE) A CISÃO ENTRE “QUESTÃO DE FATO” E “QUESTÃO DE DIREITO”	111
3.4 PREMISSA PARA A CONSTITUCIONALIDADE DOS PROVIMENTOS VINCULANTES	117
3.5 REALMENTE PRECISAMOS DOS PROVIMENTOS VINCULANTES? OS VERDADEIROS PRECEDENTES E O RETORNO AO CASO CONCRETO	123
3.6 Algumas Notas Conclusivas – Para Um Necessário Radicalismo	129
4 O OCULTAMENTO DO INDIVÍDUO NA PRÁTICA JURISDICCIONAL BRASILEIRA	135
4.1 PROCESSO PARA QUEM?	136
4.2 OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPRESENTATIVOS (DO OCULTAMENTO)	139
4.3 A JURISDIÇÃO ORIENTADA POR CRITÉRIOS ECONÔMICOS E EFICIENTISTAS: REAÇÃO DO JUDICIÁRIO À TARDIA “SOCIEDADE DE MASSAS”	144
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	165
REFERÊNCIAS	171

INTRODUÇÃO

Toda a teoria da separação dos poderes revela o fato de que é, historicamente, atribuída ao Poder Judiciário a função de aplicar o direito ao caso concreto. No entanto, verifica-se uma tendência de abstração do concreto nas práticas judiciais brasileiras. As cortes se afastam cada vez mais da dimensão individual do fenômeno jurídico, por meio de teorias precedentistas objetificantes, que visam apreender a complexidade do universo empírico em enunciados totalizantes que têm lugar em inúmeros casos. Com isso, a regra se torna exceção e, no mais das vezes, apenas casos com repercussão considerável são efetivamente analisados e julgados.

Isso tem uma razão de ser.

Há muito, a “jurisprudência lotérica”¹ é uma das maiores vicissitudes do direito brasileiro. Chama atenção a quantidade de julgamentos díspares, dados a casos semelhantes, fato que desafia os ideais de segurança jurídica e isonomia. Jurisdicionados desejam que as demandas sejam resolvidas de forma célere e consistente; ao mesmo tempo, deparam-se com a imprevisibilidade das decisões.

Fala-se, portanto, na necessidade de uniformização da jurisprudência, reforçada pelo Código de Processo Civil de 2015, que atribui aos tribunais o dever de mantê-la íntegra, estável e coerente, com respeito aos precedentes judiciais. Nesse desiderato, o diploma normativo prescreveu, no artigo 927, observância obrigatória não só às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e enunciados de súmula vinculante, mas também aos incidentes de resolução de remandas repetitivas e de assunção de competência, enunciados de súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), além das teses jurídicas firmadas em acórdãos dos recursos extraordinário e especial repetitivos.²

Esses institutos³ serão aqui chamados de provimentos vinculantes:⁴ enunciados que procuram expressar a *ratio decidendi* de decisões judiciais, abstraídos do contexto do caso

¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Os assentos no direito processual civil. *Justitia*. Ano XXXIII, V. 74, São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 1971. p. 116. O autor discorreu que, sem um coerente pronunciamento dos tribunais ante as manifestações das partes, “[...] a Justiça descamba para um campo lotérico, aleatório, onde comandam as forças indecisas das paixões humanas”. Em mesmo sentido: CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica. Revista dos tribunais*, v. 786, abr./2001. p. 108-128.

² BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

³ Somam-se aos já previstos no Código de Processo Civil de 1973 e às orientações jurisprudenciais, da Justiça do Trabalho.

⁴ São denominados também como “padrões decisórios” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018), “mecanismos vinculantes” ou, ainda, “precedentes obrigatórios”

julgado com finalidade de vincular casos semelhantes no futuro; daí a abstrativização objeto do presente trabalho.

Os mecanismos brasileiros serão comparados aos “assentos”⁵ portugueses, concebidos como interpretações autênticas das leis e emitidos pela Casa da Suplicação, a quem cabia fixar o sentido de determinado preceito legislativo em caso de dúvidas hermenêuticas. Depois de fixado, esse sentido adquiria mesmo valor jurídico das leis e era registrado no livro dos assentos.

Tais institutos foram decretados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional Português em 1993, com grande influência da doutrina de António Castanheira Neves. A Suprema Corte lusitana entendeu que a atribuição de uma função legislativa aos órgãos judiciários fere a separação de poderes, pois os tribunais se limitam ao julgamento de casos concretos, de acordo com as formas processuais que objetivam a aplicação do direito constituído (função judicial), enquanto cabe à Assembleia Nacional o mister de produzir as leis.⁶

Pretende-se mostrar, portanto, que além de inconstitucionais – por representarem uma atividade incompatível com o Poder Judiciário, em detrimento do Legislativo – os provimentos vinculantes são metodologicamente inadequados e desnecessários para o alcance da uniformidade jurisprudencial,⁷ pois os precedentes poderiam, se entendidos em seu sentido hermenêutico, exercer esse papel sem qualquer determinação legislativa, ao contrário do que ocorreu no Código de Processo Civil de 2015.

Embora se insira num tema atual e tratado com frequência no meio acadêmico, a escolha da presente abordagem se motiva pelo tratamento relativamente escasso dado aos provimentos vinculantes, pois as análises mais recorrentes são no sentido de que o vigente diploma

(STRECK, Lenio Luiz; SANTOS, Igor Raatz dos; MORBACH, Gilberto. Da genealogia dos mecanismos vinculantes brasileiros: dos assentos portugueses às “teses” dos Tribunais Superiores. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. v. 14, n. 1 / 2019 e37204).

⁵ Os assentos foram trazidos para o Brasil na época da transferência da Família Real portuguesa e influenciaram, mais tarde, a criação de outros provimentos vinculantes - v. capítulo 3.

⁶ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 810/1993**. Publicação: Diário da República, nº 51/1993, 2ª série, de 2 de março de 1994. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tc/acordaos/19930810.html>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

⁷ Segundo Castanheira Neves, e como se verá nos capítulos a seguir, seria mais adequado falar em “unidade do direito”, uma vez que o intuito da jurisprudência não deve ser apenas tornar a si mesmo uniforme, mas sim contribuir para a construção do direito: “ao objectivo da mera uniformidade da jurisprudência deve substituir-se o objectivo da unidade do direito — ou, se quisermos, aquela ‘uniformidade’ deverá passar a entender-se de modo a ver-se nela a manifestação jurisprudencial desta unidade e para cumprimento da sua específica perspectiva normativo-intencional”. CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**, Coimbra: Coimbra, 1983. p. 666. Acrescenta: “[...] começou a insinuar-se um outro sentido da unidade do direito que a uniformidade da jurisprudência havia de servir (ou que também esta, no seu modo, havia de exprimir), pois a uniformidade que se visasse não podia omitir agora a mediação da juridicidade concreta de que a jurisprudência fazia experiência e a consideração dessa juridicidade concreta implica uma unidade do direito que não pode pensar-se apenas como unidade formalmente abstracta.” *Ibidem*, p. 246.

processual inaugurou um “sistema de precedentes”⁸ no Brasil, numa recepção acrítica do instituto histórico do *common law*. Em outros pontos de vista, diz-se que os tribunais superiores, com sua hierarquia, devem dar interpretação unívoca aos textos legais e à Constituição, pelo que, visando garantir a uniformidade da jurisprudência, cabe-lhes editar preceitos normativos para resolver casos ulteriores.⁹

Também não se pretende analisar como os tribunais têm utilizado os mecanismos de vinculatividade decisória; compatibilizar os provimentos vinculantes com a ordem constitucional, de forma que eles sejam apenas ponto de partida para fundamentação das decisões; nem debater o conteúdo desses mecanismos – se exprimem interpretações corretas ou equivocadas dos textos legais, por exemplo.

O problema ora apresentado antecede às questões citadas. Demanda a análise da natureza dos provimentos vinculantes e os paradigmas implícitos na sua instituição, verificando se, ou em que proporções, eles têm conformidade com a Carta Política de 1988 e as balizas do Estado Democrático de Direito. Será preciso perquirir se as diferenças e índoles intencionais dos poderes Legislativo e Judiciário podem ser mitigadas ou repensadas, permitindo que julgadores possam, além do exercício da jurisdição, emitir prescrições gerais e abstratas em nome da segurança jurídica e da isonomia. Assim, será possível responder se a adoção dos provimentos permite a efetiva participação do indivíduo no processo e, em caso negativo, analisar o que sustenta o vertiginoso aumento de tais mecanismos no direito brasileiro.

O trabalho se desenvolve mediante revisão bibliográfica de artigos, livros e, pontualmente, algumas decisões judiciais. Pretende-se expor as principais balizas do princípio da separação de poderes (ou de funções), com destaque para o fenômeno da descentralização da atividade legislativa¹⁰, a fim de perquirir se há autorização constitucional para que os tribunais emitam preceitos gerais e abstratos que visam solucionar problemas futuros.

⁸ A expressão é incessantemente criticada por Lenio Streck (**Precedentes judiciais e hermenêutica: O sentido da vinculação no CPC/2015**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019), bem como em coautoria com Georges Abboud (**O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. A crítica também é feita no ensaio O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>), e Igor Raatz e Gilberto Morbach (Da genealogia dos mecanismos vinculantes brasileiros: dos assentos portugueses às “teses” dos Tribunais Superiores. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 1, e37204, jan./abr. 2019).

⁹No Brasil, têm significativa influência das ideias de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero (cf., por exemplo, **O novo processo civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 105). Essa perspectiva será explanada no Capítulo 3.

¹⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

É importante averiguar quais lições podem ser extraídas da decretação de inconstitucionalidade dos “assentos”. A comparação entre os provimentos vinculantes e os precursores portugueses se justifica pelo vínculo genético que há entre eles: os institutos lusos foram trazidos para o Brasil na era colonial e, apesar de terem sido formalmente inutilizados no período republicano, influenciaram a criação dos “prejulgados” no Código de Processo Civil de 1939, bem como das “súmulas de jurisprudência dominante” no mesmo diploma processual e no seu sucessor, o de 1973. Influência que não deixa de ser notória – apenas fica mais evidente – no Código de 2015, com o dever de observância dos mecanismos enumerados no artigo 927.

A pesquisa tem enfoque pós-positivista, hermenêutico, com base, em boa parte, na doutrina de António Castanheira Neves, decisiva no julgamento de 1993: para ele, um órgão julgador transgride sua função quando, ao apreciar um recurso, resolve um caso concreto e prescreve norma jurídica que pretende solucionar casos futuros. Também ressalta que as funções jurisdicional e legislativa têm sentido, índole, modo e lugar incompatíveis; caso não respeite tal diferença, o Judiciário ultrapassa sua legitimidade e se projeta para uma decisão política, não jurídica.¹¹

No Brasil, Lenio Streck utiliza a Crítica Hermenêutica do Direito para discernir os provimentos vinculantes dos precedentes, legítimo instituto do *common law*: os primeiros se revelam numa relação geral-particular, enquanto os últimos, de modo particular-particular. É dizer, a decisão tomada pelo tribunal diante de um caso específico serve, justamente, para aquele caso específico; pode até ser utilizada como parâmetro em processos posteriores, desde que tenha sido construída de forma robusta e tenha circunstâncias semelhantes, de modo a caracterizar-se como verdadeiro precedente. Não é esse o caso de uma “tese” de efeito vinculante, que visa aplicação geral e futura¹². Na mesma linha, Georges Abboud adverte contra o paradoxo de se querer vincular tudo e sustenta a necessidade de retorno ao caso concreto.¹³

Essas concepções são confrontadas com o viés de doutrinadores como Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, que, embora não equiparem provimentos vinculantes e precedentes, sustentam que as teses dos Tribunais Superiores já vinculam pela autoridade de quem as proferiu.¹⁴ A interpretação dada pelas chamadas Cortes de Vértice a uma questão

¹¹ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 617.

¹² STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica: O sentido da vinculação no CPC/2015**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 152-153.

¹³ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1633.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 926 ao 975**. Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 69.

jurídica, deve, nessa ótica, apenas ser aplicada pelas demais instâncias, de modo a reduzir a equívocidade dos textos legais e garantir a unidade do direito.

O primeiro capítulo se dedica ao Estado Democrático de Direito e ao princípio da separação dos poderes (ou de funções), cláusula pétrea¹⁵ positivada no artigo 2º da Constituição da República, o qual preceitua serem “independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Parte-se do pressuposto de que esse princípio não possui o sentido e a rigidez de outrora, mas se mantém como pilar imprescindível de diferenciação dos misteres do Estado, para realizar o direito.¹⁶ Terá relevo o fenômeno da descentralização da atividade legislativa, nos termos da Carta Política de 1988.

O segundo capítulo é iniciado com a análise das funções e limites do Poder Judiciário, após a mudança do Estado de Legislação para Estado Democrático de Direito. Questões como precedentes, controle de constitucionalidade e ativismo judicial se mostram importantes para compreender esse quadro e, especialmente, se o Estado contemporâneo permite uma confusão entre os poderes.

Salienta-se que a interpretação judicial é intrinsecamente ligada ao movimento constitucional: da equivalência entre lei e direito no positivismo clássico à concorrência da lei com a hermenêutica, princípios constitucionais e valores na concepção jurídica contemporânea; de lei como expressão da vontade geral, a resultante de particulares forças políticas em uma sociedade complexa, para prevalecer interesses de uma parte da nação;¹⁷ de juízes que apenas “pronunciavam” as palavras do legislador a contrapesos garantidores de direitos fundamentais e que impõem limite crítico de validade aos atos legislativos.¹⁸

Essa seção também conta com um panorama dos “assentos” em Portugal, previstos no Código Civil, que autorizava ao Supremo Tribunal de Justiça emitir, com força obrigatória e geral, prescrições com eficácia de lei após resolver um conflito de jurisprudência. Será enfatizada a obra de Castanheira Neves, que confrontou a intenção geral-abstrata do Poder Legislativo com a índole histórico-concreta do Judiciário, apontando que com os assentos se optou pela primeira. A partir de tal perspectiva, o Tribunal Constitucional português entendeu pela inconstitucionalidade desse instituto, por violação ao princípio da separação dos poderes.

A terceira parte possui como tema a abstrativização desenfreada na jurisdição brasileira. Serão analisados os institutos das Súmulas e Súmulas Vinculantes, Incidente de Resolução de

¹⁵ O artigo 60, § 4º, III, da Constituição de 1988 impossibilita sua deliberação via emenda constitucional.

¹⁶ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 14.

¹⁷ *Ibidem*, p. 584.

¹⁸ *Ibidem*, p. 603.

Demandas Repetitivas e Orientações Jurisprudenciais na Justiça do Trabalho. Adiante, diferencia-se os provimentos vinculantes e os precedentes oriundos do regime de *stare decisis*. As ideias “precedentalistas”, assim, sugerem um retorno à interpretação autêntica das chamadas “Cortes de Vértice”, que pressupõem, ainda, a antiga cisão entre questão de fato e questão de direito.

Também se trata dos fatores recorrentemente utilizados para justificar a adoção de provimentos vinculantes: a segurança jurídica e a isonomia. Importa discutir com que sentido se pensa a igualdade de aplicação do direito – formal ou material – mediante a emissão desses mecanismos, considerando, sobretudo, que todas as decisões judiciais (não apenas aquelas que se transmutam em prescrições genérico-abstratas), nos mais diversos sistemas jurídicos, visam conferir uniformidade à jurisprudência e certeza ao direito.¹⁹

Cumpra, ainda, verificar se os precedentes, compreendidos no seu sentido hermenêutico, podem ajudar no enfrentamento da “jurisprudência lotérica”. Para que sejam utilizados, é preciso assimilar que apenas a contínua experiência problemática revelará a aplicabilidade de fundamentos determinantes aos casos seguintes, dispensando uma fixação *a priori*. Diante disso, é de se questionar se os provimentos vinculantes são de fato necessários para garantir a unidade do direito.

É posta em causa a hipótese de rearranjo da separação de poderes a ponto de se legitimar que os tribunais, além de julgarem lides concretas, fixem teses genérico-abstratas para vincular casos futuros, instituindo fontes primárias do direito. Lembra-se do paradoxo consistente em aceitar que o Judiciário, amparado no seu mister de equilibrar forças políticas e efetivar direitos, outorgue para si funções das demais esferas do Estado.²⁰

O ordenamento brasileiro se destaca pela intensa produção legislativa e por sua Constituição analítica, e nem por isso se afasta o receio de insegurança jurídica. Tal fato expõe a questão metodológica dos provimentos, pois pode-se questionar que a própria lei delegue ao Judiciário a produção de diretivas gerais e abstratas a fim de lidar com a mesma questão. Melhor dizendo, se os provimentos vinculantes têm características essenciais da legislação, em especial a vagueza e a finalidade de solucionar problemas posteriores, como acreditar que sua produção crescente poderá reduzir o número de decisões conflitantes?

Pretende-se mostrar que tais paradigmas não subsistem no quadro constitucional contemporâneo, pois se reflete mais sobre a necessidade de uniformizar a jurisprudência

¹⁹ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 28.

²⁰ ABOUD, Georges. Submissão e juristocracia. **Revista de Processo**, v. 258/2016, p. 519-527, ago. 2016. p. 3.

mediante soluções pré-fixadas do que a respeito da integridade dos julgamentos expressados nos provimentos vinculantes, ignorando a índole casuística da jurisdição.

Tema relevante nesse aspecto é a independência decisória e interpretativa dos juízes. Teriam eles, após uma longa batalha para deixarem de ser as “bocas que pronunciavam as palavras da lei”, transformado-se em meras “bocas dos provimentos vinculantes”, mormente as prescrições dos Tribunais Superiores? Essas Cortes, como se sabe, receberam da Carta Magna uma função político-jurídica que limita seu âmbito de atuação e ao mesmo tempo lhes realça poder, mas são antes marcados pela qualidade dos julgamentos do que pela autoridade.

Por isso se sustenta a necessidade de tratar os provimentos vinculantes de maneira análoga à dos assentos portugueses. Uma posição “radical”, que considera inviável dar conformidade a institutos pensados fora de índole intencional do Poder Judiciário e das atribuições a ele conferidas pela Constituição.

No quarto capítulo, por fim, caberá apresentar ideia do *processo sem sujeito*, mostrando como os provimentos suprimem a participação do indivíduo no processo, sob a ótica dos princípios constitucionais do contraditório e inafastabilidade da jurisdição. Os sujeitos, destinatários das decisões judiciais, têm atuação limitada em mecanismos como recursos especiais e extraordinários repetitivos, que serão tratados como representativos do ocultamento do indivíduo no processo.

Será feita análise das posições intermediárias de formação e aplicação dos provimentos vinculantes, em especial a tese de Alexandre Freitas Câmara.²¹ Para o autor, a eficácia vinciativa pode se legitimar, desde que se ampare no devido processo constitucional, com uma releitura do princípio do contraditório: deve-se assegurar a participação da sociedade nos procedimentos em que são criados ou modificados os padrões decisórios.²² Seria esse método suficiente para assegurar a efetiva participação do indivíduo no processo?

Portanto, será perquirido no que se baseia a esse movimento de abstrativização desenfreada no Brasil, utilizando-se dos conceitos de razão instrumental (Max Horkheimer) e funcionalismo jurídico (Antônio Castanheira Neves) como possíveis reações do Poder Judiciário à tardia formação da sociedade de massas no sistema de justiça – fenômeno crescente desde a Carta de 1988, que deu densidade normativa a vários direitos e garantias, fundamentais ou não, e, ainda, positivou a inafastabilidade jurisdicional –, numa linha tênue entre a salvaguarda de direitos e critérios econômico-eficientistas destinados a reduzir o número de demandas.

²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018.

²² *Ibidem*, p. 356.

Expor como é possível conviver com os provimentos vinculantes ou aperfeiçoar seus procedimentos de criação e aplicação foge ao intuito deste trabalho. A proposta é menos prescritiva do que descritiva: pretende-se contribuir para o debate sobre os riscos inerentes a acrílicos transplantes institucionais de doutrinas e institutos (como *stare decisis* e precedentes), mormente quando se tem uma sistemática anuladora da vida e do indivíduo no processo na solução das controvérsias tidas como desinteressantes.

1. A SEPARAÇÃO DE PODERES COMO GARANTIA DOS FINS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O presente capítulo trata de um dos princípios mais importantes da Constituição brasileira: a separação dos poderes. Para tanto, é importante estabelecer premissas básicas da relação entre o movimento constitucional e o Estado de Direito. Após, apresenta-se a teoria de tripartição do poder, instituída de forma minuciosa por Montesquieu e preponderante na Revolução Francesa, bem como nas demais revoluções burguesas.

A análise dessa teoria se justifica porque, para além de seu tempo, ela continua a ter elevada influência na organização das democracias constitucionais contemporâneas. Mas isso não significa que o ideal montesquiano de divisão do poder pelo poder, entre Executivo, Judiciário e Legislativo, se mantém imutável. Sobretudo na Constituição Brasileira de 1988, foram promovidos ajustes na engenharia político-jurídica, dando nova roupagem à teoria sem, no entanto, se afastar do sentido inicial, que é promover um governo limitado. Uma importante face dessa releitura na Carta de 1988 é a descentralização da atividade legislativa, que permite ao Executivo, em hipóteses específicas, não só participar do processo legiferante, mas também produzir, originariamente, as leis.

1.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E MOVIMENTO CONSTITUCIONAL

As sociedades antigas viveram à sombra de tiranias e governos absolutistas. O poder, geralmente ilimitado, se concentrava nas mãos de déspotas. Nestes se encontrava a soberania estatal. Com a evolução das sociedades, buscou-se limitar o poder dos governantes, transferindo a soberania para um documento fundamental que legitimaria todas as ações do Estado. Surgia, assim, o Estado de Direito.

Para Joaquim José Gomes Canotilho, trata-se de “um Estado ou uma forma de organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo direito”.²³ Já nas palavras de Jürgen Habermas, a ideia do Estado de Direito nada mais é do que “canalizar o

²³ CANOTILHO, José Gomes. **Estado de Direito**. 4. ed. Lisboa: Gradiva, 1999. p. 11.

poder político executivo, de organização e de sanção, pelas vias do direito”.²⁴ Dessa forma, é possível constatar que nesse modelo de Estado o governante não exerce um poder ilimitado; pelo contrário, seus atos, agora, devem ser previamente autorizados.

Essa mudança estrutural do Estado foi possível graças ao movimento denominado Constitucionalismo. Gradativamente, passou-se a entender que cabe à lei maior instituir o direito da sociedade, além da forma pela qual esta elege e controla os detentores do poder; quem o detêm está a serviço da sociedade, e não o contrário.²⁵ O significado desse movimento, segundo André Ramos Tavares, revela-se “pela pregação de um sistema dotado de um corpo normativo máximo, que se encontra acima dos próprios governantes – a Constituição”.²⁶ A partir disso, fica nítida a relação entre o Constitucionalismo e o Estado de Direito: este dependeu daquele para ser instituído. A Constituição distribui o poder, estabelece direitos e garantias dos cidadãos e organiza as funções estatais. Uma carta constitucional pode até existir num Estado totalitário, mas um Estado de Direito, contemporaneamente, não se sustenta sem uma Constituição.

Embora seja possível encontrar prenúncios do constitucionalismo na antiguidade (a exemplo do povo hebreu e das cidades-Estados gregas), foi na Idade Média, em 1215, mediante a Magna Carta da Inglaterra, que se vislumbrou o início da limitação do poder absolutista dos monarcas. Os passos seguintes do Constitucionalismo também ocorreram em solo inglês, por meio da *Petition of Rights*, de 1628, das revoluções de 1648 e 1688 e da *Bill of Rights*, elaborada em 1689.²⁷ A instituição do regime parlamentarista após um turbulento período da dinastia Cromwell inaugurava o início da queda das monarquias absolutistas, depois sucedidas pelas democracias constitucionais, separando-se os chefes de governo (eleito pelo Parlamento, que é, por sua vez, eleito pelo povo) e de Estado (o Rei).²⁸

Dessa forma, a Inglaterra é tida como um grande palco para o nascimento e desenvolvimento do constitucionalismo, e tanto as ideias de Thomas Hobbes (1588-1679) quanto de John Locke (1632-1704) foram fundamentais para esse processo. Na Revolução Gloriosa, que ocorreu entre 1688 e 1689, a linhagem de Guilherme de Orange foi inserida na monarquia, inaugurando período de grandes conquistas parlamentares. Aliás, a própria

²⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 169.

²⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma breve teoria do poder**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Luís: Resistência Cultural, 2016. p. 43.

²⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma breve teoria do poder**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Luís: Resistência Cultural, 2016. p. 42.

implantação do governante se deu por decisão do Parlamento. Diversas prerrogativas e privilégios até então exercidos pelo rei foram gradativamente transferidas ao Legislativo por intermédio da *Bill of Rights*.²⁹ Após a Revolução, o rei se reafirmou como titular do Poder Executivo, mas a Carta restringe seus poderes, em especial quando recusa ao monarca legislar de maneira autônoma, bem como lhe veda a imposição de tributos, a convocação e a manutenção do exército sem o aval do Parlamento.³⁰

Os Estados Unidos da América também representam grande parte do nascedouro do constitucionalismo. A Constituição de 1787, além de ostentar o título de primeira constituição moderna, representou a criação da “primeira República Federativa e Presidencialista no âmbito da evolução política e institucional da humanidade”.³¹ A Carta estadunidense justificou-se na soberania popular, instituiu a separação de poderes elaborada por Montesquieu e afirmou a supremacia da lei. Vale ressaltar, todavia, que o seu texto original não estabeleceu um rol de, objetivou não apenas a limitação do poder do Estado, mas também o fim do direito feudal e dos privilégios da aristocracia.³²

Após esta breve análise acerca das três principais experiências constitucionais modernas (inglesa, norte-americana e francesa), vale mencionar que o processo de constitucionalização continuou avançando no mundo ocidental durante o século XIX. Na América, o Constitucionalismo teve íntima relação com a independência das colônias espanholas e portuguesa. Os novos Estados passaram a elaborar suas constituições – as quais, em sua maioria, eram republicanas, excetuando-se a Constituição Imperial do Brasil, de 1824. Embora o processo não tenha ocorrido da mesma forma em todos os locais e momentos, esse foi o contexto de surgimento das bases do Estado Constitucional.³³

Sobre a influência do Constitucionalismo no Brasil, deve-se atentar que seguiu em grande parte o modelo americano, prevalecente na maioria dos países democráticos. Desde a Constituição Republicana, de 1891, adota-se características de Suprema Corte conforme o modelo americano.³⁴

²⁹ BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Presidencialismo e Parlamentarismo. *In: Parlamentarismo ou presidencialismo?* BASTOS, Celso Seixas Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.); ANTUNES, Eduardo Muylaert et. al. (Colabs.). Rio de Janeiro: Forense, Academia Internacional de Direito Econômico e Economia, 1987 (Série Realidade Brasileira. v. II). p. 04-05.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2018. e-Pub.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. **Revista Publicum**, v. 4, Edição Comemorativa, 2018. p. 17-18.

Parcela da doutrina entende que, durante as oito Constituições brasileiras (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988), houve pouco êxito na busca de fazer com que os governantes assegurassem os direitos dos governados. Especialmente para Daniel Sarmento³⁵ e Luís Roberto Barroso,³⁶ adeptos do Neoconstitucionalismo, o número elevado de constituições na história do Brasil em nada serviu para a efetividade dos direitos fundamentais nelas previstos.

Jorge Galvão, de outro lado, apresenta uma visão crítica dessa teoria:

[...] o Neoconstitucionalismo está inserido no contexto da utilização progressista da jurisdição constitucional a partir de uma leitura abstrata dos princípios que possibilitam realizar mudanças estruturais na sociedade, mesmo que não haja engajamento político para tanto. Em vez de preservar os compromissos constitucionais estabelecidos (visão retrospectiva), à Corte é designada a função de criticar moralmente a sociedade, ensejando decisões proféticas sobre o conteúdo do texto constitucional (visão prospectiva).³⁷

O fato é que, após a promulgação da Constituição de 1988, inúmeros direitos fundamentais foram reafirmados e reconquistados. Houve, também, uma maior integração da vontade constitucional, por meio do repertório legislativo, pela jurisprudência, pela prática dos demais órgãos constitucionais e pela sociedade.³⁸

Pode-se dizer, portanto, que a Carta de 1988 trouxe ao Brasil uma estabilidade institucional jamais vivenciada no país. Em meio a períodos de grandes turbulências (dois processos de *impeachment*, escândalos de corrupção e tensões entre os Poderes da República), ao menos o arranjo institucional e democrático da nação tem se mantido preservado.³⁹

³⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. **Revista Publicum**, v. 4, Edição Comemorativa, 2018. p. 19.

³⁷ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 64.

³⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. **Revista Publicum**, v. 4, Edição Comemorativa, 2018. p. 20. Em mesmo sentido, Ives Gandra Martins diz que “[n]o Brasil, a Constituição de 1988 garantiu um bem elaborado esquema de equilíbrio entre os poderes da República, que permitiu, nada obstante as inúmeras crises por que passou o país, nos últimos vinte e sete anos, promover o regime democrático e que, no dizer de Montesquieu, o poder controlasse o poder, pela força resultante da tripartição (Judiciário, Executivo e Legislativo)”. MARTINS, Ives Gandra. **Uma breve teoria do poder**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Luís: Resistência Cultural, 2016. p. 43, continua: “[...] o Brasil conheceu um impeachment presidencial, superinflação, não hiperinflação, que sempre desorganiza nossas economias -, escândalos, como o dos ânões do Congresso, do ‘Mensalão’ e ‘Petrolão’, alternância do poder e jamais, aqui, se falou em ruptura institucional, numa demonstração de que as instituições funcionam bem. Os três Poderes, nos termos do art. 2º da Lei Suprema, são ‘independentes e harmônicos’.” *Ibidem*, p. 278. O autor ainda confronta essa estabilidade com os países vizinhos: “A Constituição venezuelana, com seus 350 artigos e 18 disposições transitórias, além de uma disposição final, de rigor, apesar de mencionar cinco Poderes, hospeda um apenas, visto que o Poder Judiciário, o Ministério Público e o Poder legislativo são poderes acólitos do Executivo e o quinto poder, o povo, manipulável pelo Executivo. Assim é que, no seu art. 236, o de competências do

É possível verificar, assim, que o Constitucionalismo e o Estado de Direito possibilitaram a retirada do poder antes concentrado nas mãos de um déspota para, então, dividi-lo nos três Poderes essenciais da República: Executivo, Legislativo e Judiciário. É justamente acerca dessa separação dos poderes que o tópico seguinte irá discorrer.

1.2 A SEPARAÇÃO DE PODERES (OU DE FUNÇÕES)

Além de essencial nos dias atuais, a independência entre os poderes reside no início e nos fundamentos do Estado Democrático de Direito.⁴⁰ Este é apenas concebível se o poder for dividido, harmonicamente, entre as esferas estatais.

Contemporaneamente, Bruce Ackerman apresenta três ideais legitimadores que respondem à pergunta “separar o poder em nome de quê?”. O primeiro deles é a democracia, pois, de toda forma, a separação pode dificultar ou servir um projeto de autogoverno popular. O segundo é o que chama de “competência profissional”, vez que os órgãos da burocracia do Estado e os tribunais devem implementar as leis democráticas de forma imparcial, para que não estas não fiquem no campo meramente simbólico. Por fim, cita a proteção dos direitos fundamentais, sem os quais o regime democrático e a administração profissional podem se tornar, sem dificuldade, combustíveis para a tirania.⁴¹

José Afonso da Silva propõe que a independência entre os poderes pressupõe que cada órgão tenha, mais rigidamente, separadas e individualizadas suas competências; também que, após investido em determinado cargo, seu titular permaneça independentemente da vontade ou aprovação de outro poder, pois seus agentes não precisam de autorização ou realizarem

Presidente da República, admite, pelo inciso 22, que não só pode o presidente convocar referendos, como, pelo inciso 21, dissolver a Assembleia Nacional, sobre ter, pelo inciso 8, o direito de governar, sem a Assembleia Nacional, por meio de leis habilitantes. No Brasil, o plebiscito e o referendo são convocados pelo Congresso Nacional (art. 14, I e II) e o presidente da República não tem, entre suas competências (art. 84), o poder de dissolver o Congresso. Ao contrário, [...] pode sofrer o *impeachment* (art. 85 e 86) do Congresso Nacional, sendo, nesse particular, uma Constituição em que o Legislativo tem força para afastar o presidente da República, mas o presidente não tem forças para dissolver o Congresso”. Já no Equador, com “sua Constituição de 444 artigos, 30 disposições transitórias e com um regime de transição ao final” [...], “pode o presidente da República dissolver a Assembleia Nacional se ela atrapalhar o Plano Nacional de Desenvolvimento do presidente ou se houver uma grave crise política ou comoção interna (art. 148), passando o presidente da República a dirigir sozinho o país, convocando novas eleições. Poderá a Assembleia Nacional (art. 130) destituir o presidente da República, mas, neste caso, também se dissolverá, convocando-se, no prazo máximo de sete dias, eleições gerais presidenciais e legislativas.” *Idem*. p. 278-279.

⁴⁰ ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e Accountability**. Versão *Kindle*. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. p. 26.

⁴¹ ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*. *Harvard Law Review*. v. 113. January 2000. Number 03, p. 639-640 (tradução nossa).

consultas para o desempenho das atribuições específicas dos órgãos que representam. Além disso, órgãos estatais são livres para organizarem seus serviços, desde que vinculados às diretrizes da Constituição e das leis.⁴²

No entanto, antes de apresentar os atuais desafios à efetivação da separação de poderes, é preciso expor suas bases. Não é tarefa simples tal princípio, mas, a partir das lições de filósofos antigos, passando por precursores da Revolução Francesa, autores de “O Federalista” nos Estados Unidos e noções contemporâneas, extrai-se uma finalidade precípua, que é limitar a concentração de poder. Nesse sentido:

O núcleo da questão envolvendo a separação de poderes não se encontra ligado a um problema de tripartição de funções e às relações interinstitucionais entre ambas. De forma mais radical, o processo histórico de formação das modernas democracias constitucionais nos mostra que o fator essencial se apresenta na ideia de limitação do poder político. Mais precisamente, a separação de poderes é uma concepção conseqüente do próprio fenômeno do constitucionalismo. Por conseguinte, sua perspectiva é sempre a limitação do poder.⁴³

É possível verificar a ideia de controle do poder na forma de *Accountability*, substantivo que não possui sinônimo ou tradução exata na língua portuguesa. De forma sistemática, Ilton Robl Filho trata do termo como possibilidade de alguém exigir elementos de informação e justificação sobre atos, omissões e resultados de determinado agente (em geral, um agente do poder), sendo possível a responsabilização político-jurídica, com a aplicação de sanções. Há, nesse aspecto, modelos de *Accountability* vertical (eleitoral e social) e horizontal.⁴⁴

Os regimes democráticos tendem a se corromper sem um forte *Accountability*. A ausência de fiscalização facilita que sujeitos eleitos para representar os interesses populares

⁴² SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 44.

⁴³ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1477.

⁴⁴ O autor detalha os Modelos de *Accountability* na Sociedade e no Estado: “*Accountability* vertical (eleitoral): Cidadãos sancionam por meio da eleição os agentes estatais pela avaliação de seus atos e pelos resultados promovidos por representantes e autoridades eleitas. *Accountability* vertical (social): Variação de *accountability* vertical, a sociedade civil e a imprensa sancionam (por meio de denúncias e exposição pública) agentes estatais eleitos ou não eleitos. *Accountability* horizontal/ institucional: Agentes estatais ou supranacionais (individuais ou coletivos) podem requerer informações e justificações de outros agentes estatais, além de poder sancioná-los. *Accountability* legal: Fornecimento de informações e justificações sob o cumprimento da lei, além da sanção no caso de sua violação. *Accountability* judicial: Trata-se de uma forma específica de *accountability* a qual se submete o Poder Judiciário. Essa forma de *accountability* é exercida por meio de instrumentos dos modelos de *accountability* na sociedade e no Estado. *Accountability* judicial decisória: Possibilidade de requerer informações e justificações dos magistrados pelas decisões judiciais, além de aplicar uma sanção por essas decisões. *Accountability* judicial comportamental: Receber informações e justificações sobre o comportamento dos magistrados (honestidade, integridade, produtividade e outros), também sendo autorizada a atribuição de sanção. *Accountability* judicial institucional: Informações e justificações sobre ações institucionais não jurisdicionais (administração, orçamento, relações com outros poderes), assim como a sanção pela realização de processos institucionais inadequados.” ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e Accountability**. Versão Kindle. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book. p. 32-33.

desviem a finalidade de seu mandato, que é a busca pelo bem comum; membros não eleitos, como os juízes que se investem no cargo para dar aplicação ao direito, encontram subterfúgios para tomada de decisões baseadas em critérios diversos da Constituição e das leis. Portanto, práticas *unaccountables* resultam na fragilidade do sufrágio, corrupção política e ativismo do poder judiciário.⁴⁵ Assim, que “[n]ão basta que a escolha dos governantes seja democrática, se a democracia não constar no agir do governo eleito”.⁴⁶

Havia, desde os filósofos gregos, preocupação em organizar e restringir o poder: Platão, Xenofonte, Políbio, Herédoto e, em especial, Aristóteles se dedicaram ao tema.⁴⁷ Mas a doutrina foi elaborada de forma mais consistente e próxima das noções contemporâneas por Montesquieu, que procurava combater o poder da monarquia absolutista na França pré-revolucionária.

Para esse autor, o homem no poder não é confiável, e por isso era preciso que o poder controlasse o poder. Assim como os animais, o ser humano primitivo buscava o poder, primeiro, como instinto de sobrevivência. O homem público atual não é diferente dos antepassados, pois apenas conseguiu inserir um “verniz de civilização sobre os instintos selvagens”: sem os trajes civilizatórios, continua com os mesmos sentimentos, paixões e instintos.⁴⁸ Uma das virtudes de pensadores como Carl Schmitt e Maquiavel foi, assim, terem desmascarado a política ao demonstrarem seu viés de fantasia filosófica e cinismo pragmático. A ambição pelo exercício do poder é, para eles, fundamento da política. Primeiro, o instinto de comando e sobrevivência; só depois vem o servir, que se mostra como efeito colateral, não necessário.⁴⁹

Montesquieu tratou, portanto, de fazer uma receita de organização política. Uma de suas motivações foi a inexistência de um regime jurídico unificado em seu país, o que iria de encontro ao racionalismo iluminista que estava a emergir. Gerava grande insegurança jurídica o entendimento do Direito simplesmente como as palavras pronunciadas pela boca do soberano,

⁴⁵ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1.436. Adiante, ao destacar a doutrina de Jeremy Waldron, segundo o qual as eleições não são sinônimos de prestação de contas, cita como exemplo o modelo brasileiro, em que: “[...] juízes não se submetem a nenhuma modalidade de sufrágio universal, o que não significa que não tenham dever de *accountability*. Pelo contrário, todos os atos do Judiciário devem ser fundamentados, ou seja, em toda decisão, o julgador deve expor de que forma a solução prestigiada encontra respaldo na lei e na Constituição. A fundamentação é o modo pelo qual o Juiz, na qualidade de agente público, presta contas à sociedade. Reduzir a *accountability* à eleição significaria afirmar que o magistrado não é *accountable* perante a sociedade, o que não é, em absoluto, verdadeiro” *Idem*. p. 1.440.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 1.444.

⁴⁷ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 25.

⁴⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma breve teoria do poder**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Luís: Resistência Cultural, 2016. p. 20-21.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 23.

concepção que começou a mudar a partir das revoluções burguesas: na França, em 1789, e nos Estados Unidos, com a Independência das Treze Colônias em 1776 e a união federativa de 1787.⁵⁰

Também havia grande anseio por parte da burguesia em alcançar o poder político e, para tanto, era necessário um novo componente. Segundo Merlin Clève,

Trata-se, nesse caso, de tornar a classe hegemônica também politicamente dirigente. De que modo? Reorganizando a estrutura do poder político e submetendo-o a um rigoroso código de juridicidade. Esse movimento favorecerá a formação da teoria constitucional. Importa dotar o Estado de uma Constituição jurídica que delimite o raio de ação do poder político e promova o surgimento do binômio Estado/sociedade civil. A Constituição organizará o Estado, limitará o poder, positivará os direitos individuais reclamados pela burguesia. Assim, livres e seguros juridicamente, nenhum obstáculo impedirá o desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos.⁵¹

Passou-se a positivar e colocar em prática, portanto, a separação dos poderes. A correspondência entre esse princípio e o constitucionalismo fica clara com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo artigo 16 enunciava que “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”.⁵²

Segundo Montesquieu, os órgãos que legislam, atuando de maneira genérica e abstrata, não podem ser os mesmos que executam; da mesma forma, eles não podem se encarregar de decidir as controvérsias. Deve existir um órgão (ou poder) destinado a cada uma dessas atividades, sem qualquer vínculo de subordinação entre eles; devem, antes de receber ou dar ordens entre si, ater-se ao exercício da função que lhes cede o nome.⁵³

Lembrando o ensinamento de Rousseau, o poder soberano é uno e indivisível; a ele não se toma, destrói ou multiplica. Daí que o termo separação de funções talvez seja mais adequado que separação de poderes, pois não é o poder político-jurídico que é dividido: “o poder não se divide, as funções provenientes do poder sim”.⁵⁴

⁵⁰ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 27-28.

⁵¹ *Idem*. p. 28-29.

⁵² FRANÇA. [Declaração (1789)]. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <<https://www.ufsm.br/pro-reitorias/pre/observatorio-de-direitos-humanos/wp-content/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2021.

⁵³ BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁵⁴ Lembam os autores que “[...] a divisão funcional tripartida não corresponde, necessariamente, a uma separação em três órgãos. Muitas Constituições adotam uma separação orgânica quadripartida ou pentâmera. Isto a par dos tribunais constitucionais, não integrantes da estrutura do poder judiciário”. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil [artigo 2º]**. In: GOMES CANOTILHO, J.J.; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). Série IDP. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 148.

A teoria se deu para limitar o exercício do poder político por intermédio do próprio poder, bem como deslocar a soberania do monarca para o povo e, assim, concebeu o Poder Constituinte. Montesquieu, na verdade, não apresenta ideia contrária nesse sentido, uma vez que separar os poderes é dividir as tarefas do Estado entre diferentes órgãos – órgãos autônomos assim chamados de poderes. Portanto, quando se fala de poder, na verdade a referência é a um órgão dotado de autonomia ou a uma função estatal.⁵⁵

Nesse ponto salienta-se que, já antes de Montesquieu, em Maquiavel e Hobbes, surgiu um componente que se destinava a permanecer: a vontade estatal, paralela à soberania. Como houve transferência do poder soberano ao novo ente, o Estado, era necessário um fundamento para a tomada das decisões. Cada órgão possui uma vontade, no exercício da sua função.⁵⁶

Para que se compreenda o sentido das funções executiva, judiciária e legislativa, é fundamental pesquisar sobre produção e a aplicação da lei. Afinal, a ideia de separação tem na lei seu mais importante eixo: grosso modo, uma esfera estatal a produz, outra a coloca em prática e a outra surge como mediadora dos conflitos decorrentes de sua aplicabilidade – mesmo que, inicialmente, apenas reafirmando os textos legais.

Montesquieu, legítimo representante do racionalismo moderno-iluminista, identificava a lei à razão humana, “tanto que ela governe todos os povos da Terra; e as leis políticas e civis de cada Nação não devem constituir senão casos particulares em que se aplica essa razão humana”. Elas devem corresponder à natureza e ao princípio de governo instituído; para formarem-no, servem as leis políticas e para mantê-lo, as leis civis.⁵⁷ Relacionam-se com: o clima e extensão de cada país; o tipo de vida, a religião, a riqueza, o comércio e hábitos de seu povo; e o nível de liberdade que a constituição tolera. Guardam correspondência, enfim, com a origem, o objetivo do legislador e a ordem das coisas para as quais são estatuídas.⁵⁸

Em sua ideia de tripartição, a lei é garantidora da harmonia e independência dos poderes e, ao mesmo tempo, controladora do poder: busca evitar que quem conquista o poder se identifique com ele. O tratamento da lei como fonte e inibidora do poder influenciaria, mais tarde, a concepção dos regimes democráticos.⁵⁹

⁵⁵ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 30-31.

⁵⁶ SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**, São Paulo: Saraiva, 1987. p. 84.

⁵⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Tradução, introdução e notas: Pedro Vieira Mota. Versão Kindle. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. *E-book*. p. 87.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 88.

⁵⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma breve teoria do poder**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Luís: Resistência Cultural, 2016. p. 41.

Na filosofia antiga, o direito não tratava de limitação de poder. Códigos conhecidos, como os de Hamurabi, Urnamunu, Shulgi, além das Leis de Manu e outras, apenas objetivavam regular as ações dos súditos, não instituir uma fonte ou mecanismo que inibisse o poder. Dessa forma, o direito era simplesmente “posto” pelos imperadores, reis, faraós e demais soberanos. Enquanto elemento do poder, a lei nasce em rigor com os romanos, que a instituíram num sistema de convívio social. A partir da República Romana, o direito passa a regular as diversas classes sociais, inclusive os detentores do poder, começando a permitir a participação do povo no governo por meio dos tribunatos e assembleias da plebe, instituições antes acessíveis apenas aos patrícios.⁶⁰

Influenciado por John Locke, o filósofo francês percebeu que o Parlamento deveria ter sobre si um controle exercido pelo povo e pela monarquia, ofertando a estabilidade demandada pela harmonia entre os poderes. Uns freariam e contrafreariam os outros, de modo que ninguém exercesse o poder de maneira absoluta.⁶¹

Para ressaltar a relação entre sua atividade e as do Legislativo e Executivo, bem como indicar que a separação total não é “necessária nem conveniente”, Montesquieu se espelhou no sistema britânico, em que ocorria o julgamento pelos pares nos casos de crimes políticos.⁶² Atento à experiência inglesa, ele não apenas incluiu no modelo tripartite o Poder Judiciário, ignorado pela teoria de Locke; mais do que isso, assinalou que tal esfera deveria ser independente. Na tradição insular, administração da justiça era tratada mais como dádiva estatal e do próprio monarca do que um direito do povo, o que levou o filósofo francês a extrair lições da influência pretoriana semi-independente de Roma, bem como dos povos autóctones e bárbaros.⁶³

Descrente na natureza humana, Montesquieu apresentava como fundamento da independência judicial a necessidade de controlar a fraqueza dos indivíduos e evitar uma justiça injusta. Dizia ele que todos os homens se inclinam ao abuso quando têm poder, até que se imponham limites; por isso, o poder deveria frear o poder.⁶⁴

⁶⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma breve teoria do poder**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Luís: Resistência Cultural, 2016. p. 42.

⁶¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A separação de poderes no Brasil**: curso de modelo político brasileiro. v. 4. São Paulo: IASP, 1985. p. 27.

⁶² ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco Correia (Org.), **Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”**. v. 1. 14. ed. Versão e-Pub. São Paulo: Ática, 2011. p. 94.

⁶³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A separação de poderes no Brasil**: curso de modelo político brasileiro. v. 4. São Paulo: IASP, 1985. p. 27.

⁶⁴ *Ibidem*.

O fato de projetar um Judiciário sem interferências das outras duas funções não quer dizer que lhe era atribuído o mesmo “peso”. Diferente dos dias atuais, em que a jurisdição pode dar a última palavra nos diversos nos casos que lhe são submetidos, podendo até anular atos do Legislativo e Executivo por incompatibilidade com a Constituição, o filósofo chegava a dizer que o a atividade judicante era, de certo modo, nula.⁶⁵ Refutava a equivalência dos poderes, pois os juízes seriam “a boca que pronunciava as palavras da lei” e, por vezes, relegava-os a um braço do parlamento:

Pode suceder que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, seja em certos casos rigorosa demais. Mas os Juizes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor. Então a parte do corpo legislativo, que vimos de afirmar ser um tribunal necessário, no caso anterior, é que também o será neste caso. Cabe à sua autoridade suprema moderar a lei a favor da própria lei, dispondo menos rigorosamente do que ela.⁶⁶

No entanto, é equivocado ler Montesquieu como um contemporâneo do Estado de Direito. A “boca” que pronuncia as palavras da lei é do soberano, que apenas transferia tal atividade aos magistrados.

É que, desde o pensamento de Thomas Hobbes, não se fala em precisa separação de poderes, tampouco num sistema de justiça independente. A figura do soberano é a autoridade final, que pode ser o monarca ou uma assembleia de homens, como nas aristocracias ou democracias. Qualquer que seja, tem ele o poder de produzir, modificar (corrigir) e mesmo de interpretar as leis, mas, como não é capaz de desempenhar todas essas tarefas sozinho, delega o direito de interpretação aos juízes, para que tomem as decisões, ou melhor, encontrem a justiça, em seu nome.⁶⁷

A condução do trabalho dos juízes e o controle de seus veredictos pelo soberano não poderia ocorrer diretamente, por isso era necessário intervir de forma pontual quando haviam insuficiências: assim como os demais funcionários do Estado, os julgadores eram controlados pelo “controlador central”.⁶⁸ Casos que tratavam de crimes graves, traição e blasfêmia deveriam ser imediatamente informados ao monarca, bem como os que os juízes consideravam duvidosos

⁶⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Tradução, introdução e notas: Pedro Vieira Mota. Versão Kindle. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. *E-book*. p. 193.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 197.

⁶⁷ STOLLEIS, Michael. Interpretação Judicial na Transição do Antigo Regime ao Constitucionalismo. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 9, n. 2, 2014. p. 03-04.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 4.

ou obscuros. O soberano tinha o poder, então, de revogar ou alterar os julgados, reestruturar o processo ou remetê-lo a outro juízo, e até determinar, de maneira explícita, como uma lei deveria ser interpretada, e sua intervenção no trabalho dos juízes só passou a ser questionada quando um monarca com pouco conhecimento jurídico cometia erros crassos na tarefa interpretativa. Ocorreu com Frederico II da Prússia, a ponto de suas decisões serem vistas como desvios normativos.⁶⁹

De toda forma, fica clara a preocupação de Montesquieu em instituir o mecanismo de freios e contrapesos, com o qual buscou garantir a independência e a limitação mútua entre os poderes:

Em Roma, o que fez o Governo mudar foi que o Senado, que possuía uma parte do Poder Executivo, e os Magistrados, que possuíam a outra parte, não tinham, como o Povo, a “faculdade de impedir”. Eis aqui pois a constituição fundamental do Governo de que falamos. Sendo o seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrentará a outra pela mútua “faculdade de impedir”. Ambas serão amarradas pelo Poder Executivo, o qual o será, a seu turno, pelo Legislativo. Esses três poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto. O Poder Executivo, só participando da Legislação pela “faculdade de impedir”, não poderia entrar no debate dos negócios. Nem é necessário mesmo ele formular proposições, porquanto, podendo sempre desaprovar as resoluções, pode rejeitar as decisões relativas a proposições que ele desejaria não fossem apresentadas.⁷⁰

Essa ideia foi, mais à frente, desenvolvida no modelo norte-americano *checks and balances*, para efetivar uma divisão equilibrada, de modo que nenhum excedesse os limites da Constituição sem ser coibido pelos demais.⁷¹ Aí está uma relevante contribuição de Montesquieu para os Federalistas, pois a independência dos poderes não quer dizer que eles não intervenham entre si. Exemplo disso, além da própria ideia de separação de poderes, é a relação entre sistemas de governo, resultante em mecanismos como o poder de veto do Presidente da República aos atos do Legislativo.

⁶⁹ STOLLEIS, Michael. Interpretação Judicial na Transição do Antigo Regime ao Constitucionalismo. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 9, n. 2, 2014. p. 08-09.

⁷⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. Tradução, introdução e notas: Pedro Vieira Mota. Versão Kindle. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. *E-book*. p. 198.

⁷¹ NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 1.085.

A existência de poderes independentes não os torna sem limites (*unaccountables*), vez que as demais esferas devem exercer controle sobre ele mediante mecanismos institucionais (*accountability*).⁷²

Tal concepção levou Madison, Hamilton e Jay a produzirem as bases do controle de constitucionalidade, mediante o qual o Judiciário exerce papel limitador do Legislativo e do Executivo.⁷³ E, a fim de que desempenhassem de forma adequada seu papel de guardiães da Constituição, os membros dos órgãos jurisdicionais precisavam de independência, com garantias como irredutibilidade de vencimentos e estabilidade em seus cargos.⁷⁴

Em que pese a doutrina dos “Federalistas” tenha concebido o Judiciário como guardião da Constituição, tal poder ainda era visto como o mais fraco e até menos perigoso para os direitos políticos, pois o Executivo era “depositário da força pública” e o Legislativo prescrevia normas regentes de direitos e deveres dos cidadãos, bem como controlava os gastos públicos. Aos juízes, portanto, não caberia tomar quaisquer tipos de resoluções, por não ter “força nem vontade”, limitando-se apenas a julgar.⁷⁵

Na história brasileira, lembra-se que a primeira Constituição não adotava o modelo tripartite, pois havia o preponderante acréscimo do Poder Moderador. A este, na pessoa do Imperador, competia manter os demais poderes independentes, equilibrados e harmônicos (artigo 98). Somente após a Proclamação da República, adotou-se os três poderes arquitetados por Montesquieu.

O texto constitucional de 1891 previa que o Governo Federal não poderia intervir nos “negócios dos Estados”, exceto para assegurar a integridade nacional e o respeito ao princípio da separação dos poderes (artigo, inciso II, alínea *d*), e indicava Legislativo, Executivo e Judiciário como “órgãos da soberania nacional”, “harmônicos e independentes entre si” (artigo 15).⁷⁶ Previsão similar havia no artigo 3º da Carta de 1934, no sentido de que os poderes eram “coordenados” e “dentro dos limites constitucionais”.⁷⁷ Prescrevia o artigo 36 da Constituição

⁷² ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça**: Estado Democrático de Direito e *Accountability*. Versão *Kindle*. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. p. 45.

⁷³ Vale ressaltar que, conquanto seja sempre registrada a atuação do *chief justice* Marshall no célebre caso *Marbury v. Madison*, de 1803, como o marco inicial a partir do qual o controle de constitucionalidade passou a ser concebido, a Suprema Corte americana passou a rotinizar esse tipo de atuação somente cinco décadas depois, no desastroso caso *Dred Scott v. Sandford* (1857), quando negou a competência do Congresso para proibir a escravidão nos territórios federados.

⁷⁴ ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça**: Estado Democrático de Direito e *Accountability*. Versão *Kindle*. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. p. 45.

⁷⁵ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 458.

⁷⁶ BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 25 jul. 2021.

⁷⁷ BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 25 jul. 2021.

de 1946: “São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”.⁷⁸ Os ideais de independência e harmonia entre os poderes se repetiram, ao menos teoricamente, até em períodos autoritários como na Carta de 1967, em redação mantida pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (artigo 6º).⁷⁹

Não se nega, no entanto, que o sistema de equilíbrio entre poderes ficou muito mais nítido na Constituição vigente. O princípio foi positivado no artigo 2º e, ante sua importância, prescreve o artigo 60, § 4º, inciso III, a impossibilidade de deliberação sobre a matéria via emenda constitucional.

Nem mesmo a França, terra de Montesquieu, e os Estados Unidos, berço do presidencialismo, adotam a separação tão claramente quanto o Brasil. Instituiu-se o Poder Judiciário como defensor da Lei Maior (art. 102) – tem exercido plenamente essa tarefa, impedindo distorções interpretativas que possam colocar a democracia em risco, embora passe por um perigoso momento de ativismo judicial –; o Poder Legislativo (arts. 44 a 69), que possui reais poderes de legislar e, não raro, rejeita medidas provisórias propostas pela Presidência da República; e ao Poder Executivo (arts. 76 a 91), ordenado conforme critérios constitucionais, compete tomar medidas administrativas para o crescimento do país e a plenitude do regime democrático. Há, ainda, os Tribunais de Contas (arts. 70 a 75), os quais receberam um poder responsabilizador da administração, de forma bem mais acentuada do que nas constituições anteriores.⁸⁰

1.2.1 A separação de poderes a partir de Montesquieu

Não se pode perder de vista que a separação não tem mais a rigidez de outrora, porém cabe aos juristas atuais adaptar a ideia de Montesquieu à realidade constitucional contemporânea.⁸¹

⁷⁸ BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 25 jul. 2021.

⁷⁹ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1967**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. 17 out. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 25 jul. 2021.

⁸⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma breve teoria do poder**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Luís: Resistência Cultural, 2016. p. 277.

⁸¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 42.

Seu conceito não é natural, estático, e carece de uma fórmula definitiva pré-constituída; é, na verdade, dinâmico, de forma que só pode ser constatado caso se visualize uma divisão de funções, geralmente na forma tripartite. No contexto histórico-político, a separação de poderes passa por constantes mudanças de significado, especialmente nas experiências constitucionais de breve duração. Todavia, permanece como elemento regulador a ideia montesquiana de que o poder deve ser controlado pelo poder. Há, portanto, diversas formas de apresentar conceitos de divisão dos poderes, comportando, inclusive, órgãos e funções que não se enquadram de maneira ideal no clássico pensamento tripartido, mas que não deixam de perseguir o anseio de efetivação de um governo limitado.⁸²

Para uma releitura da teoria concebida por Montesquieu, é interessante, primeiro, conhecer algumas ponderações a respeito. Clèmerson Merlin Clève sistematiza as críticas em três categorias principais: a primeira, contra a teoria em si; a segunda, a respeito da interpretação dogmática de “O Espírito das Leis”; enquanto a terceira trata da aplicação no universo político-jurídico moderno.⁸³

No primeiro grupo, cita-se teóricos como Condorcet e Léon Duguit. Outro deles, o positivista Comte, sustentava que era melhor o poder ser conduzido por apenas uma autoridade, mediante uma ação regulada por lei, ao contrário de querer que os poderes interdependentes se equilibrem no sistema político.⁸⁴ Georg Jellinek acusava a teoria de ser inaceitável logicamente e irrealizável do ponto de vista prático. Carré de Malberg também sustentava a inviabilidade da separação de poderes, que significaria paralisar a atividade estatal. Segundo ele, além de simplesmente separar os órgãos em três classes, seria necessário estabelecer uma gradação entre os poderes, numa estrutura em que o degrau mais elevado seria o do Legislativo.⁸⁵

Charles Eisenmann se destacava entre os críticos da interpretação mística da separação. A teoria não propôs de fato uma separação, mas que o poder seja dividido entre as esferas estatais, de modo que uma interfira na outra, em forma de cooperação. Também sustenta que não há função atribuída exclusivamente a apenas um órgão ou autoridade.⁸⁶

⁸² ABOUD, Georges; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. **Revista de Processo**, v. 233/2014, p. 13-38, jul. 2014. p. 16-17.

⁸³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 32 e ss.

⁸⁴ SÁ FILHO, Francisco. **Relações entre os Poderes do Estado**. Rio de Janeiro: Borsói, 1959. p. 29 *apud* CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 32.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 30.

⁸⁶ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Borsói, 1958. p. 303 *apud* CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 33.

Por sua vez, Karl Loewenstein sustenta que a separação de poderes significa o poder compartilhado e, sem ela, um Estado deixa de ser constitucional para ser uma autocracia. Ele apenas não concorda com uma definição essencialista⁸⁷. Conforme sustenta, a Declaração dos Direitos do Homem representa um “pensar mecanicista” da divisão de poder e, desde as cartas políticas que a seguiram, como as americanas, o “princípio tem sido parte da bagagem padrão do Estado constitucional”.⁸⁸

Para o teórico alemão, as constituições do segundo pós-guerra não se deram conta da superação e alijamento da separação de poderes no século XX. Ilustra-se com o modelo parlamentarista então vigente, no qual, em vez de separados, os poderes se integravam, pois os membros do governo eram os mesmos do parlamento. Loewenstein remete, ainda, à democracia aristotélica para se evitar noções essencialistas:

É curioso notar que o constitucionalismo na Antiguidade funcionava sem a separação de funções e muitas vezes em conflito com este princípio. É certo que tanto na *polis* como na República Romana certas tarefas foram atribuídas a funcionários eleitos; entretanto, funções materialmente diferentes — executivas, legislativas, judiciais — foram muitas vezes unidas na pessoa da mesma magistratura. Os gregos não parecem alarmados com o fato de que a *ekklesia* ateniense desempenhou simultaneamente funções legislativas, executivas e judiciais, embora por razões práticas — para evitar colisões temporais e no interesse da divisão do trabalho — essas atividades tenham sido desempenhadas por diferentes comitês e departamentos inferiores. Nem o alto senso de justiça e retidão dos romanos estava preocupado com o fato de que a magistratura — cônsules, pretores, edis, tribunos da plebe — unisse essas três funções. Provavelmente, a razão íntima desta indiferença era o pouco interesse que o constitucionalismo clássico tinha pela liberdade, centrando tudo na igualdade perante a lei e o Estado de direito. Nem a *polis* grega nem a República Romana reconheceram direitos do indivíduo que fossem invioláveis para o poder do Estado. Em contraste com a ideologia do constitucionalismo liberal moderno, a separação de funções e sua atribuição a diferentes órgãos estatais não era, para a ética política dos antigos, um princípio essencial em seus princípios e sua concepção do Estado de direito. Há teóricos políticos que afirmam ter encontrado na *Política* de Aristóteles o núcleo da moderna separação de poderes. O Estagirita distinguiu três partes ou segmentos nas funções estatais — [...] as deliberações sobre assuntos de interesse comum; [...] a organização de escritórios ou magistrados; [...] e a função judicial. Não se pode deixar de admirar a modernidade do pai da ciência política, quando no início desta expressão ele afirma que a diferença entre as várias constituições — ou seja, na expressão moderna, várias formas de governo — reside na disposição diferente destas três funções estatais. Entretanto, a compreensão aristotélica da diferença entre essas categorias não pode ser equiparada à demanda atual pela separação de funções, como

⁸⁷ “Esse termo foi utilizado para designar as doutrinas filosóficas – e, especialmente, metafísicas e ontológicas –, segundo as quais há propriedades essenciais e há, por conseguinte, definições essenciais (reais). Também foi utilizado para caracterizar doutrinas segundo as quais a essência é – ontologicamente falando – prévia à existência.” MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**, tomo II (E-J). 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005. Tradução: Maria Stela Gonçalves, Adail U. Sobral, Marcos Bagno, Nicolás Nyimi Campanário. Marcos Marcionilo [ed.]. p. 903. Ferrater Mora lembra que o essencialismo se manifestou no pensamento de diversos filósofos, como Platão – essências como “ideias” ou “formas” – e Santo Agostinho – equiparada “ao que existe”. Aponta, ainda, a concepção de Karl Popper, para quem o essencialismo “busca uma realidade que permaneça por trás das mudanças.” *Ibidem*.

⁸⁸ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução para o Espanhol de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986. p. 55 (tradução nossa).

foi tentado deduzir do texto em questão. Da exposição que segue às ditas citações, parece que Aristóteles tentou — o que já é em si mérito considerável — uma análise das funções estatais de acordo com sua substância. Não há nada que sugira que Aristóteles observou empiricamente ou teoricamente desejava a atribuição destas três funções a diferentes órgãos ou pessoas. E é justamente neste ponto que reside a importância ideológica da doutrina da separação dos poderes do liberalismo constitucional primitivo. O constitucionalismo da antiguidade não subscrevia a teoria da separação de poderes.⁸⁹

Já em sua época, Montesquieu foi criticado por quem entendia que o poder dividido não seria poder e, nos momentos de crise institucional, não poderia ser acionado em decorrência dos próprios freios concebidos por sua teoria. O passar do tempo, no entanto, mostrou que o sistema misto pode ter muito mais eficácia do que a outorga absoluta e concentrada de poder.⁹⁰

Importa esclarecer que as eventuais limitações da teoria montesquiana são, sobretudo, temporais. Como já dito, não é apropriado lê-la com as lentes do Estado de Direito ou mesmo do Estado Constitucional. Consequentemente, quando se fala em legalidade para Montesquieu, deve-se diferenciá-la da noção de hoje, que é pós-Revolução Francesa – iniciada em 1789 –, movimento para o qual o escritor – que faleceu em 1755 – seguramente deixou efetivas contribuições. Por isso, a forma e conteúdo iniciais do modelo tripartite, concebido nos moldes da ideologia liberal para evitar abusos de poder, devem ser readaptadas às circunstâncias sociais, teóricas, filosóficas e sociais de cada contexto.⁹¹

Desta forma, é importante observar, com Michael Stolleis, que, ao atribuir aos juízes o papel de *bouche de la loi*, Montesquieu apenas ilustra a relação jurídica entre o sistema judiciário e o rei. Nessa metáfora fica clara a hierarquia do Direito decorrente do soberano, numa época em que a ideia moderna de Direito (emergente no movimento constitucional do século XIX) não existia.⁹² Daí, igualmente, pode ser retirada a própria natureza inexoravelmente contingente do modelo oitocentista de separação de poderes e aqueles outros modelos que foram posteriormente concebidos, com inovações incrementais ou não.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 56-57.

⁹⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A separação de poderes no Brasil**: curso de modelo político brasileiro. v. 4. São Paulo: IASP, 1985. p. 28.

⁹¹ MORGADO, Cíntia. A nova face da separação de poderes – capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, n. 66, p. 64-93, 2011. p. 65.

⁹² O autor ainda esclarece: “O Direito moderno pode ser visto como um produto de um parlamentarismo em evolução, e sua distinção entre o poder executivo (que só pode promulgar decretos) e o legislativo, que pode promulgar a Direito. Em 1748, na época de Montesquieu, as ideias jurídicas modernas ainda não tinham se desenvolvido na França ou na Alemanha (que se manteve relativamente subdesenvolvida e politicamente desigual).” STOLLEIS, Michael. Interpretação Judicial na Transição do Antigo Regime ao Constitucionalismo. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 9, n. 2, 2014. p. 5.

Também é duvidosa a concepção de que Montesquieu propôs uma separação estanque entre os poderes. Sua obra expõe diversos mecanismos, como o sistema de freios e contrapesos, os quais apontam uma leitura dinâmica da necessidade equilibrar o poder pelo próprio poder, antes de meramente atribuir tarefas específicas e imutáveis a cada uma das funções estatais.

O desenvolvimento da ideia de separação também passa pela análise dos modelos de Estado que experimentaram a teoria. Conforme anota Norberto Bobbio, o Estado Liberal – onde a tripartição foi desenvolvida – se propôs a demarcar a autonomia das pessoas, com suas liberdades individuais, frente ao poder estatal. Preocupação distinta, por exemplo, dos antigos como os gregos, os quais a liberdade consistia em distribuir poder político aos cidadãos.⁹³ O Estado moderno, portanto, atuava por exclusão: a ele cabia apenas assegurar o livre exercício das potencialidades humanas, ao produzir, executar e zelar pelo cumprimento das leis.

Inicialmente egoísta e otimista com as capacidades do homem, com o tempo o Estado acumulou competências. De mero moderador, passou a fornecer prestações; das obrigações negativas, do não agir diante dos indivíduos, ao dever de assegurar outros direitos. Não bastava apenas o zelo pela propriedade, liberdades de locomoção e expressão; as pessoas agora têm garantia de saúde, educação, trabalho, entre outros direitos. O surgimento de grandes empresas fez com que as menores quase desaparecessem. A concorrência já não poderia ser tão livre como outrora, pois o ente estatal começa a regular o âmbito econômico, o que mudaria sensivelmente o mundo jurídico. O direito do trabalho surgiu com normas obrigatórias para garantir o mínimo de condições aos empregados, como limitação da jornada de trabalho e descanso semanal remunerado.⁹⁴

Tendo criado, inclusive por mediações jurídicas decisivas, o próprio *laissez faire*, o conjunto de alterações econômicas e sociais pelas quais passaram a sociabilidade e a interação entre instâncias públicas e privadas fizeram com que o planejamento passasse a integrar a política jurídica e judicial.⁹⁵

Nascia, então, o Estado Social, acompanhado pela difusão das ideias socialistas e, posteriormente, marxistas entre os proletários, que passaram a ser sindicalizados, resultando em eventos como a Comuna de Paris de 1848 e as revoluções russa, chinesa e mexicana.

⁹³ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 8.

⁹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 36-37.

⁹⁵ POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época**. Tradução de Fanny Wrobel. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

Ao modelo amparado no liberalismo também faltava um componente fundamental: a democracia. Conforme ensina Norberto Bobbio, esses institutos foram historicamente contrapostos; princípios liberais de igualdade não se alinhavam com o igualitarismo democrático, que, diferente dos primeiros, perseguia uma equalização no campo econômico. O ideal igualitário precisou se juntar à soberania popular, consistente na atribuição, ao maior número de pessoas, do direito de participar direta e indiretamente nas decisões políticas.⁹⁶

O sufrágio universal, portanto, pretendia solucionar o déficit democrático. Solução que se tornou definitiva, pois embora no início houvesse Estados liberais não democráticos, hoje não se fala mais em liberalismo sem democracia, e mesmo estados democráticos que não sejam liberais: Estados autoritários são simultaneamente antiliberais e antidemocráticos. Por isso, o método democrático é imprescindível para resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos, basilares no Estado Liberal. A possibilidade de os cidadãos defenderem seus direitos caracteriza uma garantia – melhor, não infalível – de proteção contra tendências dos governantes em limitá-los.⁹⁷

A salvaguarda dos direitos fundamentais é chave para o adequado funcionamento do método democrático. O poder de influência no processo político deve se desenvolver de forma livre; quando o indivíduo vai às urnas, para que sua participação seja real, deve expressar suas liberdades de opinião, associação e todas as liberdades essenciais do Estado Liberal.⁹⁸

Esse novo formato de Estado surgiu no Brasil com a Constituição de 1934, seguindo as Cartas Constitucionais do México de 1917 e alemã (1919). Como até hoje outra opção parece impraticável, a Constituição de 1988 manteve o Estado Social.⁹⁹ Segundo Paulo Bonavides, atualmente “governar significa prover de maneira direta ou indireta quase todas as necessidades materiais e culturais, acumuladas por distintos grupos, com distintos interesses, num grau que sem dúvida faria dantes estalar todo o ordenado liberal, caracterizado por ausências e omissões”.¹⁰⁰

Parecia um cenário ideal para formação de um Estado Democrático de Direito. Primeiro, o liberalismo assimilou os ideais da democracia, mormente a participação direta e indireta do cidadão no processo político; depois, viu-se que o Estado deve assegurar as liberdades

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 42.

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 43-44.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 45.

⁹⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 39-40.

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. O poder legislativo no moderno estado social. *In: Reflexões: Política e Direito*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense 1978. p. 374.

individuais, mas, para além disso, promover condições para que as pessoas tenham uma vida digna. Nesse modelo, porém, o Estado adquire a característica de prestacional, e quem cumpre proeminentemente tal papel é o Poder Executivo, que subjugou os demais em vários países.

O Estado Social acabou por se incompatibilizar com o Estado de Direito e seu alicerçador princípio de separação de poderes. Exemplos disso foram nações que adotaram regimes totalitários, como a Alemanha e a Itália nazifascistas, bem como o Brasil durante o Estado Novo, “que outra coisa não foi que a manifestação de uma forma de organização política que se recusava a guardar qualquer tipo de relação com o Estado de Direito ou com os postulados democráticos”.¹⁰¹ Tais países experimentaram, antes da 2ª Guerra Mundial, um modelo que criticava o liberalismo e a representação política, enquanto se almejou um Estado forte, sem interferências do Parlamento.

O regime estabelecido por Getúlio Vargas após o golpe em 1937 não encontrou, inicialmente, grandes resistências, pois se difundiu a necessidade de um Estado sólido que combatesse a “ameaça comunista”. O Presidente governou com o poder Legislativo fechado, legislando até 1945 com a edição de inúmeros Decretos-Leis¹⁰², em oposição ao princípio de separação dos poderes.¹⁰³

Na legislação social, o Estado Novo procurou cumprir sua tarefa com atos legislativos como a Consolidação das Leis do Trabalho e o Decreto-Lei nº 5.697, que instituiu o Conselho Nacional de Serviço Social. Um dos objetivos desse Conselho, nos termos do artigo 2º, era “suprimir a deficiência e o sofrimento causados pela pobreza ou pela miséria, ou oriundos de qualquer outra forma de desajustamento social, e reconduzir tanto o indivíduo como a família a um nível satisfatório de existência no meio em que habitam”.¹⁰⁴

O cenário pós-guerra revelou, no entanto, que as garantias sociais não promoveriam um Estado de Direito desacompanhadas da democracia. Ao ente estatal caberia, mediante disposições constitucionais previamente estabelecidas, assegurar a liberdade dos indivíduos, respeitar direitos fundamentais e, em especial, limitar o próprio poder. Assim se formaram, sob

¹⁰¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 40.

¹⁰² Embora símbolos de um período autoritário, muitos desses Decretos-Leis tiveram longa vigência ou mesmo continuam válidos no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo em matéria penal, como os de números 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); 3.689, de 3 de outubro de 1941 (sequestro de bens de pessoas indiciadas por crimes que resultam prejuízo para a Fazenda Pública); 3.688 (Contravenções Penais) e 3.689, ambas de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

¹⁰³ ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e Accountability**. Versão Kindle. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. p. 90.

¹⁰⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.697, de 22 de julho de 1942**. Dispõe sobre as bases da organização do serviço social em todo o país a que se refere o decreto-lei n. 525, de 1º de julho de 1938. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De15697.htm>. Acesso em: 25 jul. 2021.

diferentes nomes: Estado de Direito Democrático (Portugal), Estado Social e Democrático de Direito (Espanha), Estado de Direito Democrático e Social (Alemanha), ou mesmo Estado Democrático de Direito, como no Brasil.¹⁰⁵

Não se propõe uma perspectiva essencialista ou metafísica da separação de poderes, que a torne absoluta, crente em si mesma e isolada do contexto em que existe. Na verdade, como já dito, Montesquieu parece pensar justamente na conjuntura político-jurídica de seu tempo quando dá consistência à ideia de separação: limitar o poder pelo poder significava criar agentes e mecanismos estatais para reduzir o poder do monarca. Hodiernamente, com a instalação de regimes democráticos na maior parte dos países, os desafios à separação de poderes dependem, em grande parte, das formas de governo. Por exemplo, nos Estados Unidos a separação nítida entre Executivo e Legislativo se dá pela escolha do sistema presidencialista.

O caráter contingente, revisível e não necessário do conceito de separação de poderes, portanto, traz como característica justamente as condições adjacentes de sua revisibilidade e dos experimentos possíveis a que pode dar lugar:

A separação de poderes é, bem entendida, uma combinação de independência entre os poderes – com a definição de âmbitos de competência, órgãos e pessoal funcionalmente especializados, garantias e imunidades próprias – e dependência entre esses poderes, que se amarram por prerrogativas e vetos a constituírem anéis entre os procedimentos judiciais, legislativos, administrativos, participativos. Esse esquema de dependência embutida na independência é mais bem descrito pela ideia de interdependência entre os poderes. Nesse sentido, a tripartição do presidencialismo ou a subordinação mais direta do governo ao legislativo no parlamentarismo são apenas um subconjunto de espectro maior de modelos possíveis de limitar o poder e expandir sua eficácia.¹⁰⁶

Ciente disso, Bruce Ackerman enxerga a necessidade de uma *Nova Separação de Poderes*. Para ele, “[o] primeiro grande tema do constitucionalismo moderno é a democracia; o segundo é sua limitação”.¹⁰⁷

Sua ideia é de um modelo no qual ocorram efetivos controles mútuos no exercício do poder político, o que não o deixa distante do ideal montesquiano, mas, ao contrário, apresenta possibilidades de realizá-lo. Num olhar crítico sobre o presidencialismo dos Estados Unidos (que não poderia ser exportado para outros contextos culturais, junto com seu sistema de separação do poder, sem sofrer profundas deformidades estruturais), Ackerman propõe um

¹⁰⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 41.

¹⁰⁶ AMATO, Lucas Fucci. **Inovações constitucionais: direitos e poderes**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2018. p. 285.

¹⁰⁷ ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*. **Harvard Law Review**. v. 113. January 2000. Number 03. p. 685 (tradução nossa).

parlamentarismo limitado, algo próximo do que ele chama de protoparlamentarismo limitado alemão. Diferentemente do modelo tradicional de Westminster, no Reino Unido, esse sistema de governo tem diversos controles recíprocos a fim de travar maiorias ocasionais.¹⁰⁸

As bases desse sistema seriam quatro, todas conformadas a uma constituição: o parlamento, o referendo, a Corte Constitucional e as Instâncias de Controle.

O parlamentarismo limitado funciona na solução de “uma casa e meia”: a Câmara Federalista, eleita democraticamente, com a responsabilidade de selecionar um governo e aprovar a legislação; a segunda casa, Câmara Consultiva, atua como em funções consultivas pontuais e é composta por alguns membros da própria Câmara Federativa ou por outra forma que não seja mediante eleição direta. Essa solução proporcionaria plena legitimidade ao governo, afastaria os perigos de uma presidência independente e garantiria equilíbrio entre as funções do poder legislativo, enquanto a soberania do parlamento seria restrita pela Constituição e sua Corte.¹⁰⁹

A tarefa dos referendos sequenciais é incentivar a participação popular, dividindo a autoridade legislativa entre parlamento e povo: enquanto o primeiro cuida das decisões rotineiras de gestão governamental, o segundo exprime sua vontade mediante um cuidadoso procedimento¹¹⁰ que visa coibir as vontades autoritárias de uma supermaioria da nação¹¹¹.

A Corte Constitucional deve ser forte e se valer de instrumentos valiosos como o *judicial review*, “[...] para transformar os princípios promulgados pelo povo em realidades operacionais”¹¹². Inspira-se no Tribunal Constitucional Alemão da Corte, cujos membros são eleitos por dois terços dos votos da legislatura, com direito de veto a partidos minoritários, o que dificultaria o desenvolvimento de uma coalizão governamental dentro da própria corte. Também naquele país, o mandato, apesar de longo, limita-se a doze anos, vedada a recondução.¹¹³

¹⁰⁸ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1.476-1.477.

¹⁰⁹ BADAWI, Karina Bonetti. **Separação dos poderes no Brasil e a teoria de Bruce Ackerman**. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014. p. 40-41.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 42.

¹¹¹ “Finalmente, uma república constitucional seria bem aconselhada a expressar seus compromissos federalistas através de uma modificação apropriada de seu sistema de referendo. A distribuição do voto popular entre os estados deveria contar para determinar o resultado dos referendos em série necessários para a emenda constitucional. Não deveria ser possível para uma supermaioridade nacional aprovar uma medida, a menos que ela tenha apoio substancial na maioria dos estados constituintes”. ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*. **Harvard Law Review**. v. 113. *January* 2000. *Number* 03. p. 678, (tradução nossa).

¹¹² *Ibidem*, p. 667.

¹¹³ *Ibidem*, p. 667-668.

Já as instâncias de controle se dividem em: *i*) regulatórias, que, atuando também como legislador, produz regras suplementares e funciona como um tipo de Direito Administrativo originário de um “órgão eminentemente técnico para a execução da lei”;¹¹⁴ *ii*) de integridade, as quais, ao lado do poder judiciário, fiscalizam de forma atenta o governo para evitar corrupção e abusos similares¹¹⁵; e *iii*) democráticas – apelidadas de “cães de guarda constitucionais”¹¹⁶ –, que, fora da base estrutural dos poderes, são dedicadas a organizar e garantir os processos de referendo sequencial, além de analisar a atuação do Governo Central, da Câmara Legislativa e da Câmara Consultiva.¹¹⁷

Por fim, Ackerman conclui:

À primeira vista, isto pode parecer uma estrutura excessivamente complicada. Mas será esta primeira impressão meramente um produto da novidade do esquema? Afinal de contas, o sistema americano contém (pelo menos) cinco ramos: Câmara, Senado, Presidente, Tribunal e agências independentes, como o Conselho da Reserva Federal. A complexidade é agravada pela desconcertante dinâmica institucional do sistema federal americano. A questão crucial não é a complexidade, mas se nós americanos estamos separando o poder pelas razões certas. Na verdade, há um sentido importante no qual a separação ao estilo americano gera um padrão institucional muito mais complexo do que o meu modelo de parlamentarismo restrito. Ao separar o poder entre Presidente, Câmara e Senado, o padrão madisoniano não só gera uma série de patologias legislativas, mas também perturba a coerência da administração pública profissional. Em contraste, o meu modelo colide com uma série de funções especiais do controle parlamentar direto sem gerar as rupturas burocráticas invasivas características do sistema americano. Naturalmente, chegará um ponto em que o número de ramos constrangedores gerará por si só uma dinâmica cada vez mais patológica. No entanto, há alguma boa razão para supor que um governo moderno sensato deva dividir o poder entre apenas três ou quatro ramos?¹¹⁸

Isso dito, e a partir das considerações do próximo item, no que concerne à realidade brasileira, a Constituição de 1988 compreende bem os mecanismos de separação de poderes na

¹¹⁴ BADAWI, Karina Bonetti. **Separação dos poderes no Brasil e a teoria de Bruce Ackerman**. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014. p. 44.

¹¹⁵ ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*. **Harvard Law Review**. v. 113. January 2000. Number 03. p. 723.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 692.

¹¹⁷ BADAWI, Karina Bonetti. **Separação dos poderes no Brasil e a teoria de Bruce Ackerman**. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014. p. 45. Ademais, Bruce Ackerman afirma que “[a] construção credível de um ‘ramo de integridade’ separado deveria ser uma prioridade máxima para os redatores das constituições modernas. O novo ramo deveria estar armado de poderes e incentivos para se engajar em uma supervisão contínua. Aos membros do ramo de integridade devem ser garantidos salários muito altos, protegidos contra a redução legislativa. Devem ser garantidos caminhos de carreira que lhes permitam evitar o serviço posterior sob a alçada de funcionários cuja probidade lhes cabe investigar. A constituição também deve garantir ao setor um orçamento mínimo de x por cento do total do governo, porque os políticos podem responder à ameaça de exposição, reduzindo a agência a um número simbólico de ajuda bem remunerada.” ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*. **Harvard Law Review**. v. 113. January 2000. Number 03. p. 691-692, (tradução nossa).

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 724.

organização político-institucional. Parecem impensáveis formas de separação que não estejam previstas na Lei Maior.

1.2.2 A descentralização da atividade legislativa

Denomina-se descentralização da atividade legislativa “a possibilidade de criação de atos normativos, sob a forma de lei ou não, por outros órgãos que não propriamente o Legislativo”. Pode ser interna (ocorre dentro do próprio parlamento, quando o Plenário transfere tarefas a órgãos como as comissões) ou externa (transferência da atividade normativa, autorizada pelo Constituinte, para órgãos pertencentes a outros poderes ou de forma direta para a sociedade.¹¹⁹ Aqui está um dado fundamental da descentralização: todos os seus limites e possibilidades foram expressamente previstos na Carta Magna de 1988.

O Estado absolutista reformulou a ideia de soberania, que passou a se identificar com a figura do príncipe. O soberano tinha, portanto, o monopólio da produção do direito, embora vinculado aos fundamentos das leis divinas.

Com as revoluções burguesas, o Estado Moderno continuou a monopolizar a produção normativa, mas houve significativas mudanças. Primeiro, em vez do príncipe, a soberania pertencia ao povo. Seu legítimo representante era o Poder Legislativo, a quem exclusivamente cabia expressar, por meio das leis, a “vontade geral” e realizar os direitos naturais (liberdade e propriedade privada). Essa vontade era expressa também na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo artigo 6º prescreve que “a Lei é a expressão da vontade geral” e todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação”.¹²⁰

O Iluminismo, no século XIX, conduziu ao Estado de Legislação. Acreditava-se que a lei deveria regular todas as ações humanas para se criar uma sociedade justa, livre do arbítrio e próxima do bem comum. A vontade geral se transforma em vontade racional.

De todo modo, a vontade manifestada nas leis ainda era a de uma minoria política. Como se adotava o voto censitário, a classe votante, privilegiada economicamente, fazia com que o

¹¹⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 74.

¹²⁰FRANÇA. [Declaração (1789)]. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <<https://www.ufsm.br/pro-reitorias/pre/observatorio-de-direitos-humanos/wp-content/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2021.

parlamento do século XIX fosse composto em grande parte por representantes da burguesia. Não havia, portanto, confronto de ideias, até o advento do sufrágio universal. Quando se estendeu o direito de votar, surgiram variados partidos políticos e embates de ideias entre concepções sobre os papéis do Direito e do Estado. Esse processo agora resultava em leis que expressavam uma “vontade política”. A complexidade dos problemas sociais é crescente e o tempo, cada vez mais rápido. Emerge a sociedade técnica, interessada em soluções científicas que, muitas vezes, têm procedimentos e resultados aparentemente incompatíveis com o processo de tomada de decisão político-jurídica. Contrapõe-se o discurso tecnocrata, auxiliar do governo e composto por especialistas, ao dos mandatários eleitos pelo povo, embora não se possa comparar o tempo de tomada de decisão dos congressistas com o do Executivo.¹²¹

Há inúmeras críticas contra a multiplicação da atividade legislativa estatal, entre elas a juridicização excessiva, diante da interdependência entre direito, economia e sociedade; a banalização do direito; a queda da presunção de que todos conhecem a lei. Nesse último aspecto, argumenta-se que as constantes mudanças do universo jurídico e os inúmeros atos legislativos impedem o conhecimento do direito. Ainda, conforme argumentava Georges Ripert nos anos 1940, a produção tecnocrática das regras indicam que são produzidas por quem não domina seu conteúdo, com sérias consequências: o surgimento de um espírito de desobediência, pois pouco expressa ao senso comum, além de ser por vezes injusta, levando o próprio Estado a descumprir a lei; a descontinuidade do direito, pois as leis novas nem sempre substituem, com vantagem, as antigas; e por fim, a insegurança jurídica, ante a dificuldade de se conhecer qual a lei aplicável em determinado contexto.¹²²

Nesse sentido, cabe observar que a pós-modernidade herdou a lei liberal do Estado de Direito (ou Estado de Legislação) e a lei social, originada do Estado Providência. A derrocada dessas duas formas estatais não significou seu desaparecimento, mas fez emergir um tipo de lei cujos contornos não estão claramente demarcados, com alto grau de complexidade. Grupos, a exemplo de sindicatos, associam-se à responsabilidade das autoridades públicas; o Judiciário empresta seu estilo e seus procedimentos à administração; esta atua no processo de elaboração de regras gerais, enquanto as disposições regulamentares se aproximam da legislação produzida pelo Parlamento; ademais, a função judicial passa a alcançar outros poderes, do setor público e privado, como ocorre nas jurisdições administrativas e comissões parlamentares de inquérito.¹²³

¹²¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 48-49.

¹²² *Ibidem*, p. 52.

¹²³ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. *Revista Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho*, Universidad de Alicante, n. 14, 1993. p. 118.

Pode-se objetar que tal quadro tenha levado ou possa conduzir a uma crise da lei ou mesmo ao fim do direito.¹²⁴ Sabe-se, ao menos, que há um profundo processo de mudança de concepções, sobretudo com a necessidade de o Parlamento compartilhar parte da atividade legislativa com o Executivo, outro poder composto por líderes eleitos democraticamente. A concepção clássica de lei, com os atributos de generalidade, abstração e permanência, ganha novas características no Estado contemporâneo, pois leis são também editadas para atenderem necessidades pontuais, urgentes e até transitórias:

A lei era genérica e permanente. Hoje, o Estado edita atos legislativos nem sempre genéricos e, ademais, consumidos pela característica de transitoriedade. Ora, o conceito de lei como ato dotado dos atributos de generalidade, abstração e permanência decorre de uma determinada concepção de Estado. O ato era genérico porque não tinha em vista um caso particular. Abstrato porque aplicável, nas condições especificadas no texto, a todos os casos ocorrentes no presente ou no futuro. Permanente, porque sua edição não respondia a uma necessidade conjuntural ou transitória, mas a uma exigência de cunho estrutural. Tudo muda com o *Welfare State*. Ao lado daquelas leis que, efetivamente, respondem às características reclamadas pela concepção clássica, outras vezes são editadas para regular situações transitórias, emergentes, conjunturais. [...] A lei, que ostentava a condição de garantia da liberdade (tal como o liberalismo a concebe); que não passava de regra jurídica delimitadora da esfera livre de atividade das pessoas nas suas relações recíprocas, agora assume um caráter nitidamente instrumental ou de meio de intervenção do Estado; enfim, torna-se um instrumento de conformação social. A *lei-garantia* e a *lei-instrumento* passam a conviver.¹²⁵

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, distingue-se a lei em duas espécies. As leis *de* arbitragem são estáveis, a fim de estabelecer uma ordem nas relações sociais, e pretendem equilibrar os diversos interesses. Já as leis de impulso têm mais flexibilidade para responderem

¹²⁴ Castanheira Neves analisa o problema da autonomia do Direito na contemporaneidade sob os aspectos sociológicos, funcionais, crítico-culturais e também axiológicos. No sentido da axiologia, observa que “[...] quando se verifica a transmutação do direito como validade (validade normativamente autônoma e referida a uma axiologia material e especificamente fundamentante) para o direito como simples regulador funcional de uma sociedade individualista e sem valores, só interessada quer politicamente quer estrategicamente em reivindicantes ‘liberdades’, tornadas ‘direitos’ subjetivos sem deveres, e em ‘limites’ garantísticos; mesmo afinal e exclusivamente como instrumento – já simples instrumento ideológico-político para o poder ou para os contrapoderes, não obstante a retórica do Estado-de-Direito, já instrumento normativo-tecnológico de uma intenção tão-só estratégico-socialmente programático-planificadora e regulamentar. Neste último caso, enquanto efeito da sua finalística mobilização pelos compromissos e transações sociais do *Welfare State* e que, traduzindo-se numa contínua juridicização (legislação-regulamentação, burocratização) da vida social – polo oposto, sem deixar de ser simultâneo, ao do aludido fenômeno da desjuridização –, se prolonga nas consequências, seja de uma situação que em termos paradoxais, mas com verdade, se diz ser a de ‘muitas leis e pouco direito’, seja de ‘colonização’ da histórico-existencial *Lebenswelt* por um artificial sistema racional-tecnológico que na sua intenção totalizante só acaba por fragmentar e tornar incomunicante esse mundo”. NEVES, António Castanheira. **O Direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do Direito**. 3. ed. Coimbra: Instituto Piaget, 2012. p. 11-12.

¹²⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 53-54.

adequadamente às rápidas transformações socioeconômicas, servindo como meios de se realizar determinados objetivos.¹²⁶

A lei não possui apenas um sentido. De maneira ampla, expressa um necessário modo de agir. Afora as leis morais, éticas, físicas ou naturais, no sentido jurídico-constitucional, trata-se de um ato normativo produzido pelos competentes órgãos estatais. Sua inobservância é passível de sanção. Ademais, nem todos os atos normativos do Estado são leis.¹²⁷

Um ato que abrange apenas um indivíduo, mas que, de forma indeterminada, é aplicável a outros indivíduos que porventura estejam em mesmas circunstâncias, é uma lei. Não se diga o mesmo sobre um ato dirigido a um conjunto de indivíduos, mas cada um por si: é o exemplo de uma ordem dirigida a pessoas reunidas numa praça, para que se dispersem. Esse comando, por ser específico, concreto e pessoal, não pode ser entendido como lei – abstrata, geral e impessoal.¹²⁸

No Estado de Direito atual, pouco se utiliza de critérios materiais da lei. Se antes a lei era somente produto do Legislativo, há exceções constitucionais para que o Executivo também legisle. Por exemplo, em Portugal, lei é entendida como ato normativo aberto, editável por órgãos como Assembleia da República, Assembleias Regionais e Poder Executivo (Governo).¹²⁹

Conforme a Constituição de 1988 são formalmente leis todas as modalidades descritas no artigo 59, exceto as Emendas Constitucionais, que passam a integrar a Carta Magna. A elaboração de leis complementares, ordinárias, delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções está compreendida como processo legislativo. Apenas as duas primeiras, porém, constituem lei no sentido formal: têm origem no Congresso Nacional, forma e força de lei, são frutos de um procedimento em que manifestam vontade o Executivo e o Legislativo. Embora haja, conforme dito, leis no sentido formal e material, não se admite que quaisquer fórmulas sejam entendidas como leis. Em razão do princípio da tipicidade, somente as espécies enumeradas nos incisos do artigo 59 possuem força de lei, e esse rol pode ser apenas alterado mediante Emenda.

É possível discutir a descentralização em diversas esferas, como no Poder Judiciário, no Executivo ou mesmo na relação entre particulares. No caso do primeiro, Hans Kelsen apontava

¹²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo Legislativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1984. p. 291

¹²⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 57-58.

¹²⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. v. 1, Introdução. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 258.

¹²⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 633.

o controle de constitucionalidade como uma manifestação da atividade legislativa, aproximando o ato de desfazer uma lei com o de elaborá-la – funções legislativas negativa e positiva, respectivamente. No entanto, para se verificar a compatibilidade de um dispositivo legal com a Constituição, cuja guarda, conforme já dito, compete justamente ao Judiciário, este não foge de sua função jurisdicional para uma atividade legiferante.

O mandado de injunção é um ponto de destaque nessa discussão. A Carta Magna estabelece, no artigo 5º, inciso LXXI, que esse remédio será concedido nos casos em que a ausência de “norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Argumenta-se que o órgão competente, Supremo Tribunal Federal, não exerce função normativa propriamente dita quando o concede, mas somente viabiliza ao impetrante o exercício de um direito, dada a ausência de norma que o regulamente.¹³⁰

Quanto à efetividade, tal instrumento já foi equiparado pela Suprema Corte à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, posição criticada, pois se limitava a dar ciência ao órgão público omissor, sem efetivar, de fato, ao interessado o direito pela via judicial.¹³¹ Anos depois, o entendimento foi parcialmente revisto, no julgamento dos mandados de Injunção 670/DF e 708/DF, que tratavam da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. Além de declarar a inconstitucionalidade da desídia do Congresso Nacional em cumprir o disposto no inciso VII do artigo 37 da Carta de 1988 (“o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”), a Corte firmou o entendimento de que devem ser aplicadas analogicamente as Leis números 701/1988 e 7.783/1989, que tratam da greve na iniciativa privada, no que couber e enquanto não fosse editada norma específica.

Houve divergências, mesmo depois de tais julgamentos, quanto à eficácia dos mandados de injunção. Enquanto alguns autores argumentam que a decisão produz efeitos somente entre as partes do processo,¹³² outros sustentam a aplicação de efeitos ínsitos aos processos julgados em controle concentrado de omissões inconstitucionais, de forma a atribuir ao mandado de injunção eficácia *erga omnes* e vinculante.¹³³

¹³⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 81.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto, **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 9. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 269.

¹³² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 83.

¹³³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2018. e-Pub. p. 1.278.

Adiante, no entanto, um novo evento faz tornar a dúvida quanto à descentralização da atividade legislativa em favor do Judiciário. Trata-se do julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e do Mandado de Injunção 4.733, ambos do Distrito Federal. Foi reconhecida mora do Congresso para tornar crime atos atentatórios a direitos fundamentais dos indivíduos da comunidade LGBTI, equiparando-os a condutas reprimidas pela Lei 7.716/2018 (Lei do Racismo). Apesar da nítida necessidade de se criminalizar a discriminação referida, pode-se questionar se determinada conduta poderia ser penalizada por um órgão não integrante do Parlamento, que tem competência privativa para tratar de matéria penal, sujeita a sanção do Presidente da República.¹³⁴ Também, apesar da inércia do Congresso, a decisão gera debates por poder representar um perigoso precedente de estabelecimento de tipos penais por analogia, confrontando o princípio da anterioridade da lei, vez que, segundo os artigos 5º, XXXIX, da Constituição e 1º do Código Penal, inexistem crime sem lei anterior que o defina, tampouco pena sem prévia cominação legal.

Ocorre o fenômeno da descentralização, porém, quando a Constituição atribui aos Tribunais competência para elaborarem seus regimentos internos (artigo 96, inciso I, alínea *a*), que além de organizarem administrativamente tais órgãos, complementam a legislação processual. Também se verifica na Justiça Eleitoral. A Constituição delega, no artigo 121, a lei complementar assuntos como organização e competência de tribunais, juízes e juntas eleitorais.

O Código Eleitoral foi recepcionado pela Carta Magna de 1988, portanto, como lei complementar; estabelece, no artigo 23, inciso VII, competência privativa do Tribunal Superior Eleitoral para “fixar as datas para as eleições de Presidente e Vice-Presidente da República, senadores e deputados federais, quando não o tiverem sido por lei”. Ocorre o mesmo com os Tribunais Regionais Eleitorais, quanto às disputas para Governador, deputados estaduais, prefeitos e vereadores, bem como o estabelecimento de data das eleições, delegada pela Constituição no artigo 30, IV. Assim, além de praticar função jurisdicional ao julgar lides e recursos, a Justiça Eleitoral atua com competência administrativa e normativa, sempre subordinada à Constituição e às leis.¹³⁵

Crucial mudança no cenário de descentralização da atividade legislativa para o Poder Judiciário veio com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004. O dispositivo inseriu na Carta

¹³⁴ Segundo o artigo 22 da Constituição de 1988, compete privativamente à União *legislar*, entre várias outras matérias, sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho (inciso I) e desapropriação (II). A competência legislativa concorrente consta do artigo 24 e seus incisos. Por sua vez, o artigo 48 disciplina as matérias dispostas pelo Congresso e sujeitas a sanção do Presidente da República.

¹³⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 76-77.

Magna o artigo 103-A, cuja redação permite que Supremo Tribunal Federal emita súmula com eficácia vinculante tanto diante os demais órgãos do Poder Judiciário quanto a Administração Pública. Para assegurar sua eficácia vinculativa, a própria emenda previu ao jurisdicionado a possibilidade de ajuizar reclamação diretamente para a Suprema Corte contra atos administrativos ou decisões judiciais que deixarem de observar os enunciados de súmula vinculante. O resultado é a cassação da decisão judicial ou anulação do ato administrativo, determinando-se seja proferida outra.

O constituinte derivado estabeleceu limites a essa atípica atividade pelo Supremo Federal. A primeira delas diz respeito ao quórum para aprovação da súmula, de dois terços dos membros que compõem o Plenário da Corte. A segunda se refere ao seu objeto, vez que o enunciado trata sobre validade, eficácia e interpretação de normas jurídicas que resultem em controvérsias entre órgãos judiciários e a administração pública, a fim de evitar inseguranças jurídicas e significativa multiplicação de processos sobre a matéria (§1º). Por fim, nos termos do §2º, do artigo 103-A e do regulamento dado pela Lei nº 11.417, de 2006, previu-se que os legitimados para proposição de ação direta de inconstitucionalidade podem provocar o Supremo Tribunal para que aprove, revise ou cancele uma súmula vinculante.¹³⁶

Embora a descentralização legislativa ocorra, como se viu, em diversas áreas, não se discute que o maior beneficiário desse processo é o Poder Executivo, que participa ou intervindo em uma das fases da elaboração da lei ou exercendo, ele próprio, a tarefa de criar ato normativo.¹³⁷

Na primeira hipótese, o Presidente da República tem a iniciativa de projetos de lei, poder de sanção ou veto, além de lhe ser atribuída a promulgação ou publicação dos diplomas normativos. O artigo 61, § 1º, prescreve que são de iniciativa privativa do Presidente leis que fixem ou modifiquem efetivos das Forças Armadas (inciso I); além das que disponham a respeito de criação de funções, cargos e empregos públicos na administração direta e autárquica; organização judiciária, administrativa, matéria tributária, serviços públicos e pessoal dos Territórios; servidores públicos da União; criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, entre outras matérias constantes nas alíneas do inciso II.

¹³⁶ No capítulo 3, se fará uma comparação dos provimentos vinculantes brasileiros (dos quais as Súmulas Vinculantes são representantes por excelência) com os “assentos” portugueses. Uma de suas características em comum é que estes institutos também nunca foram alterados ou revistos, apesar da existência de previsão legislativa. NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 197.

¹³⁷ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 87-92.

O mecanismo de freios e contrapesos é bastante evidente nas hipóteses de sanção ou veto de projetos de lei. Estabelece o artigo 66 da Constituição que o Chefe do Executivo pode sancionar o projeto, caso concorde com seus termos ou vetá-lo total ou parcialmente, se o considerar contrário ao interesse público ou entender por sua inconstitucionalidade. Nessa hipótese, o Presidente do Senado Federal deve ser comunicado para que, em sessão conjunta, as Casas Legislativas deliberem sobre o veto, o qual só pode ser rejeitado por maioria absoluta.

Não mantido o veto, encaminha-se o projeto para que o Presidente da República o promulgue, cabendo ao Presidente do Senado tal providência caso o primeiro não o faça e, de forma sucessiva, ao Vice-Presidente do Senado. Vê-se que a promulgação é mais um imperativo constitucional do que propriamente um direito dos agentes políticos envolvidos no processo legislativo, pois a Carta Magna estabelece sucessivas autoridades para praticarem o ato.

O fenômeno da descentralização da atividade legislativa, fruto de uma releitura da separação dos poderes, também permite que o Poder Executivo produza leis. Há delegação com assento constitucional quando a Constituição confere natureza legislativa ao ato. É o caso do artigo 68, segundo o qual o Presidente da República deve solicitar que o Congresso Nacional lhe delegue a edição de leis que não sejam de competência exclusiva do Parlamento ou privativa de alguma das Casas. Também não pode ser delegada legislação sobre matérias reservadas à lei complementar (§ 1º), carreira, garantia e organização do Poder Judiciário e Ministério Público, nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais, tampouco a respeito de planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. O Congresso delega na forma de resolução e pode exigir que o projeto seja submetido a sua apreciação, antes de ser promulgado (§§2º e 3º).¹³⁸

Já em atividade normativa primária decorrente de atribuição Constitucional, o Presidente da República tem inegável poder de editar medidas provisórias, modalidade que teve previsão constitucional apenas na Constituição Cidadã, em seu artigo 62. São provisórias justamente porque, sem manifestação do Congresso Nacional, as diretivas não possuirão validade nem força obrigatória e geral, como as leis.

O equilíbrio entre os poderes estabelecido pelo constituinte se deve, em grande parte, à formatação da Lei Maior com um ideal de governo parlamentarista, abortado apenas nas últimas discussões do texto. Mas foram mantidos mecanismos de controle dos poderes típicos do

¹³⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 115.

parlamentarismo, como a medida provisória, “cujo teor foi, quase por inteiro, cópia da Constituição de um país parlamentarista (a italiana)”.¹³⁹

Pode-se dizer que seus precursores são os decretos-leis previstos na Constituição de 1967, mas há profundas diferenças entre eles, pois a medida provisória: a) pode ser emitida em casos de concomitante relevância e urgência; b) permite o aumento de despesas públicas; c) tem eficácia temporal de sessenta dias, prorrogável por igual período, com prazo suspenso quando for editada durante o recesso do Congresso Nacional; d) encontra na Constituição, de forma expressa, as matérias insuscetíveis de edição; e) perde eficácia desde a data em que foi editada, caso não seja convertida em lei no prazo definido, cabendo ao Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, regular as relações jurídicas decorrentes da não conversão em lei. Por sua vez, o decreto-lei: a) era editável diante de questões de urgência *ou* interesse público; b) não autorizava que o Executivo aumentasse despesas públicas; c) tinham vigência de sessenta dias; d) tratavam apenas de segurança nacional, finanças públicas, bem como criação de cargos públicos e fixação de vencimentos; e) com Emenda Constitucional 22/1.982, passaram a ser tidos como aprovados após o prazo de vigência, quando não houvesse manifestação do Congresso Nacional.¹⁴⁰

Antes mesmo de serem adotados no Regime Militar, os decretos-leis foram marcantes instrumentos normativos do Estado Novo. Tais períodos políticos compartilham a natureza autoritária, mormente com o fechamento do Congresso, o que agigantou os poderes do Executivo. É importante ressaltar que a ideia de lei como fator de geração e de inibição do poder foi desmentida nesses momentos e em tantos outros da história. Alguns, com força suficiente, conquistam o poder e excedem os limites impostos pela lei, visando maior domínio. Como lembra Ives Gandra Martins, assim surgem e reaparecem constantemente as ditaduras: enquanto poderes ilimitados, deterioram o fator inibidor da lei, eliminando os mecanismos assecuratórios previstos nas Constituições; rompem as instituições em favor daqueles que adquirem força, sem margem de contraposição. Os diplomas legais são personalizados para garantia desse controle.¹⁴¹ Impede-se a realização do ideal de separação de poderes e *accountability*.

Como se viu, o princípio de separação dos poderes está longe de ser rígido, mesmo nas proposições de Montesquieu e de outros pensadores clássicos. A concepção não só da lei, mas

¹³⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma breve teoria do poder**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Luís: Resistência Cultural, 2016. p. 277.

¹⁴⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 146-147.

¹⁴¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma breve teoria do poder**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Luís: Resistência Cultural, 2016. p. 43.

também do direito e dos misteres do Estado mudaram, e a descentralização da atividade legislativa é uma evidência disso. Mas, de forma minuciosa, o constituinte de 1988 previu todas as hipóteses em que o Poder Executivo pode, de fato, legislar, justamente por não ser essa a sua função primordial no quadro do Estado Democrático de Direito. Ao produzir atos normativos, o Executivo deve ser controlado pelo Congresso Nacional e, mediante provocação, pelo Judiciário, guardião das liberdades e direitos fundamentais. Assim se pode verificar se a matéria objeto do ato poderia ser criada por aquele poder, ou se ocorreu conforme os trâmites estabelecidos na Constituição.

A Carta Política, conforme se extraiu do pensamento de Karl Loewenstein no item 1.2.1, procurou evitar essencialismos, como, por exemplo, distribuir aos três poderes as chamadas funções “típicas” e “atípicas”. Em vez de elencar uma concepção ideal de separação de poderes, apresenta mecanismos e planos efetivos (freios e contrapesos) e, assim, tenta evitar a formação de uma autocracia.

2. O PAPEL DA JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: INTENÇÃO HISTÓRICO-CONCRETA VERSUS INTENÇÃO GENÉRICO-ABSTRATA

O presente capítulo trata da função jurisdicional, asseguradora dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, bem como guardiã da Carta Magna. A importância deste item para o decorrer do trabalho consistirá, sobretudo, em perquirir se a edição de provimentos vinculantes pelo Poder Judiciário é compatível com a índole do Estado de Direito e as diretrizes estabelecidas na Constituição.

2.1 O JUDICIÁRIO COMO CONTRAPODER NUM ESTADO DE “SEMISSOBERANOS”

O passar dos séculos expõe profundas diferenças nas formas em que a aplicação do direito ao caso concreto é exercida, sobretudo diante dos limites na tarefa interpretativa. E, conforme anota Michael Stolleis, “[...] poucas declarações [são] mais universalmente aceitas do que a famosa glosa de Thomas Hobbes: que ‘todas as leis precisam de interpretação’”.¹⁴² A lei não pode antever situações futuras, possui ambiguidades (como qualquer texto, mandamentos divinos ou normas dos seres humanos); daí porque pode ser interpretada distintamente de acordo com os contextos. Por isso, sempre é necessária uma autoridade que encerre a “batalha da interpretação”.^{143, 144}

Na transição entre a Idade Moderna para a Idade Contemporânea, as críticas ao modelo absolutista aumentavam na mesma proporção tomada pelo jusnaturalismo; de escolhido e nomeado por Deus, o soberano adquiria tal poder legitimado pelo contrato social. Os Estados recebem o estado de natureza para transformá-lo em ordem política, e estava marcada a

¹⁴² STOLLEIS, Michael. Interpretação Judicial na Transição do Antigo Regime ao Constitucionalismo. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 9, n. 2, 2014. p. 01.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ “[...] embora seja seu principal alvo, cumpre registrar que a separação de poderes não vem no sentido de se contrapor ou de relativizar, exclusivamente, o poder do rei, porquanto também voltado para a contenção do parlamento. O entendimento de que a mesma pessoa ou o mesmo ente não deve acumular as atribuições de estabelecer as leis e de aplica-las, pois que ocasião para abusos. Daí a formação de um corpo próprio de julgadores, encarregados, então, de assegurar o acatamento ou a efetividade das leis”. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil [artigo 2º]**. In: GOMES CANOTILHO, J.J.; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). Série IDP. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 146.

transição entre duas concepções bastante divergentes: da necessidade de se concentrar o uso da força nas mãos do soberano com fim de garantir a ordem evitar as guerras, em Hobbes (1588-1679), à garantia da felicidade dos indivíduos, em Rousseau (1712-1778). Para este, não bastava a mera garantia de segurança, pois os cidadãos clamavam por bem-estar, que passava em grande medida pela liberdade: de ir e vir, de comunicação e religiosa. O “bom selvagem” vivia no estado de liberdade natural.¹⁴⁵

Esse contexto resultou, mais tarde, nas ideias iluministas, cujas transformações são citadas por Jorge Miranda:

Em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela colectividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez de súbditos, cidadãos, e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis. E instrumentos técnico-jurídicos principais tomam-se, doravante, a Constituição, o princípio da legalidade, as declarações de direitos, a separação de poderes, a representação política.¹⁴⁶

Como antes da Revolução Francesa havia a proteção de juízes parciais aos aristocratas, era comum que os julgadores não obedecessem a dispositivos legais desfavoráveis ao regime vigente ou lhes atribuíssem sentido diverso. Uma vez retirados os monarcas do poder, era preciso suprimir tais falhas no sistema jurídico, de modo a torná-lo “transparente, claro e completo”, afinal não havia mínima confiança nas práticas dos magistrados. Os ideais revolucionários, portanto, demandavam uma justiça confiável, cujo alcance passou por atribuir força ao parlamento, representante do povo. Entendia-se que, com um sistema complexo de codificações, estaria o juiz impedido de realizar atividades hermenêuticas, cabendo-lhe apenas expressar a vontade do legislador, mediante mera subsunção do texto legal ao caso concreto.¹⁴⁷

A limitação interpretativa dos juízes é fruto, sobretudo, do Código Napoleônico, conhecido como o diploma legal mais importante do século XIX, já no fim da Revolução Francesa. Embora produzido no período em que governava um déspota iluminado, este não é

¹⁴⁵ STOLLEIS, Michael. Interpretação Judicial na Transição do Antigo Regime ao Constitucionalismo. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 9, n. 2, 2014. p. 7.

¹⁴⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I. 6. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 84.

¹⁴⁷ MATIAS, João Nogueira; PAVAN, Luana; PORTO, Italo da Justa. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC: o *common law* no direito processual brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará**, Fortaleza, v. 35, n. 1, jan./jun. 2014. p. 123. Em sentido análogo, Miguel Reale: “A tradição latina ou continental (*Civil Law*) acentuou-se especialmente após a revolução francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*”. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 141.

apontado como grande autor do código, mas sim da burguesia revolucionária, a qual objetivava uma sociedade protegida pelos princípios da igualdade e da liberdade dos cidadãos. Apostava-se, ainda, na crença iluminista e jusnaturalista de que essa nova sociedade mediante a legislação racional.¹⁴⁸

A codificação iniciava a chamada Escola Exegética, que, segundo Norberto Bobbio, utilizava técnica consistente em “[...] assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código”¹⁴⁹, cujas características, representadas pelo artigo 4º, foram acusadas de “[...] fetichismo da lei, [...] como se tivesse sepultado todo o direito precedente e contivesse em si as normas para todos os possíveis casos futuros, e pretendia fundar a resolução de quaisquer questões na intenção do legislador”.¹⁵⁰

François Ost representa o positivismo jurídico clássico na figura do juiz Júpiter. Para ele, desde que uma regra tenha sido criada pela autoridade competente, conforme os procedimentos estabelecidos, estava satisfeita a condição de validade (legalidade). Questões como legitimidade e eficácia subsequente eram irrelevantes, num cenário que pode ser reduzido a um “[...] voo inicial, à ação de um motor principal invisível que põe a máquina em movimento sem qualquer outra preocupação com a sua trajetória posterior”.¹⁵¹

A gradual redução dos poderes do monarca foi marcada pelo aumento da força da lei abstrata.¹⁵² Os Estados Constitucionais surgidos no início do século XIX não aboliram completamente o modelo absolutista, mas tiveram avanços na independência do Poder Judiciário em relação ao rei;¹⁵³ este já não intervinha diretamente no sistema de justiça e as

¹⁴⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. *Code civil* francês: Gênese e difusão de um modelo. **Revista de Informação Legislativa**, ano 50, n. 198, abr./jun. 2013. p. 68.

¹⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 83.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 77.

¹⁵¹ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. **Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Universidad de Alicante, n. 14, 1993. p. 112.

¹⁵² Conforme anota Castanheira Neves, a autonomia do direito se revelou primeiramente em Roma e se expressou por último, de modo explícito, no normativismo moderno-iluminista, sucedido pelo normativismo legalista. Trata-se da “[...] resultante de um conjunto complexo de fatores evolutivamente convergentes, alguns dos quais me limito a aludir: o modo textual da juridicidade medieval e o seu entendimento da *lex*, o jusracionalismo moderno e sua sistematicidade axiomática, o contratualismo jusnaturalista revolucionário com o seu legalismo e a sua codificação, o positivismo já exegético, já dogmático do século XIX com seu sistemático-abstrato conceitualismo, etc. Mas neste momento o que sobretudo o que importa é ter presente que no normativismo o direito é concebido na autonomia objetiva de um *sistema de normas*, subsistente numa *autorracional normatividade*, *abstratamente* determinável e prévia à sua realização concreta”. NEVES, António Castanheira. **O Direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do Direito**. 3. ed. Coimbra: Instituto Piaget, 2012. p. 24.

¹⁵³ “Por exemplo, foi escrito na Constituição da Baviera de 1818 que a jurisdição foi deixada ao rei (“O rei é o chefe do Estado, reunindo em si todos os direitos de autoridade do Estado e exercícios que lhe foram conferidos ao abrigo das disposições constitucionais atuais”). A Constituição de Baden de 1818 também declarou que: “Os tribunais são independentes no âmbito de suas responsabilidades”. Finalmente, a Constituição de Württemberg de 1819 declarou que: “A Jurisdição é em nome do rei, e por ele supervisionada, pelos tribunais educados colegiados,

decisões dos magistrados somente poderiam ser corrigidas nos processos judiciais. Portanto, apesar da justiça ainda ser dependente do soberano, estava vinculada ao Direito, que era interpretado livremente pelos juízes.¹⁵⁴

Antes confundido com a figura do rei, o Estado passou a ser ente abstrato, uma “pessoa jurídica”, que, para Savigny, era “sujeito artificial admitido por meio de uma pura ficção”.¹⁵⁵

Gradualmente, a lei e a atuação dos juízes se tornaram proteção dos indivíduos contra arbitrariedades estatais. Para a garantia das liberdades civis, era necessário que tribunais independentes se organizassem, blindados contra intervenções dos poderes executivo e legislativo, mediante a disposição de juízes “neutros, pessoais e independentes”, obedientes à lei, com a observância da garantia do juízo natural.¹⁵⁶

Sob inúmeros aspectos, o século XIX foi decisivo na questão da liberdade interpretativa dos juízes. Como ainda não havia grande produção legislativa, o juiz utilizava diversas técnicas para tomar uma decisão, como os métodos lógicos, sistemáticos, históricos e gramaticais, e diante da tarefa de interpretar textos, a hermenêutica surgia como uma importante aliada na atividade judicante. Eventos como a descontinuação do argumento jusnaturalista, substituído pelo argumento “filosófico” e a tentativa de construção de conceitos jurídicos coerentes modificaram profundamente o Direito.¹⁵⁷

O Parlamento recebeu a tarefa de criação da atividade legislativa, antes pertencente ao monarca. O legislador tinha grande poder para criar regras, porém surge a preocupação dos limites interpretativos dos juízes a respeito dos textos legais, portanto, apesar da independência prevista nas constituições, magistrados se limitavam a exigências práticas de interpretação. É o caso dos precedentes, cuja inobservância, em meados oitocentistas, poderia influenciar a carreira de um juiz.¹⁵⁸

administrada em instâncias processuais legais. Os tribunais, civis e penais, são independentes dentro dos limites de sua profissão”. STOLLEIS, Michael. Interpretação Judicial na Transição do Antigo Regime ao Constitucionalismo. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 9, n. 2, 2014. p. 10.

¹⁵⁴ STOLLEIS, Michael. Interpretação Judicial na Transição do Antigo Regime ao Constitucionalismo. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 9, n. 2, 2014. p. 10.

¹⁵⁵ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Bd. I. Berlin: Veit, 1840 *apud* STOLLEIS, Michael. Interpretação Judicial na Transição do Antigo Regime ao Constitucionalismo. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 9, n. 2, 2014. p. 11.

¹⁵⁶ SIMON, Dieter. *Die Unabhängigkeit des Richters*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, p. 5 *apud* STOLLEIS, Michael. Interpretação Judicial na Transição do Antigo Regime ao Constitucionalismo. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 9, n. 2, 2014. p. 12.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 13.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 14.

No entanto, o crescimento da interpretação judicial demarcou suas diferenças quanto à função legislativa. Tal mudança de paradigma é assim descrita por Castanheira Neves:

Com efeito, se a função legislativa tinha o sentido que vimos, aquele sentido que correspondia à sua intenção fundamentalmente declaratória (determinativa e integrante) do direito histórico-socialmente pressuposto, não havia razão para excluir, em princípio, das instâncias superiormente chamadas a declarar e a determinar em concreto esse mesmo direito a possibilidade de o determinarem e fixarem também em abstracto: tratar-se-ia apenas de modalidades diferentes da mesma intenção normativo-jurídica, na sua unidade profunda (1248) até porque, como vimos, a própria legislação não excluía a sua integração na *iusdictio*. Quer dizer, não se compreenderá esta simultaneidade ou unidade institucional de funções atribuindo-a apenas à confusão de poderes então existente ou à ausência ainda do princípio constitucional da separação dos poderes (1249) no sistema político que temos presente — e em termos de ver nisto uma imperfeição desse sistema que estaria destinada a ser superada historicamente. Antes corresponde essa unidade à índole essencial do mesmo sistema político — sistema de “constituição social e judiciária”, a implicar um direito histórico-social de explicitação-constituição normativa mediante um desenvolvimento concretamente determinativo e com uma função legislativa complementar — e que, por isso mesmo, só viria, por um lado, a desaparecer com a própria superação do sistema e, por outro lado, só poderá compreender-se ou só tem sentido num sistema dessa mesma índole. Não é a confusão ou indiferenciação constitucional de poderes que explica a unidade institucional entre a função jurisdicional e a função legislativa; é antes a unidade normativamente intencional entre essas duas funções naquele tipo de sistema político-jurídico que, se de todo não impõe, todavia justifica a sua unidade institucional. Pois se aquela indiferenciação não impediu que, com a soberana absolutização e a centralização próprias do sistema político do Estado moderno, se afirmasse, com particular evidência já no séc. XVII, a função legislativa com uma constitutiva autonomia normativa e mesmo com a prevacente expressão do poder político soberano como verdadeiro poder legislativo, portanto —, vemos, por sua vez, a função legislativa do tipo que caracterizámos presente até aos nossos dias num sistema político-jurídico que mantém no essencial a intencionalidade e a estrutura de um sistema político de constituição social e judiciária — como é o sistema anglo-saxónico ou da *common law*.¹⁵⁹

Soma-se um novo componente do Direito que se destacou na segunda metade do século XIX, sobretudo na Alemanha: o controle de constitucionalidade. Estava aberto um “terceiro poder”, dotado de autonomia e independência. Além de aplicar as disposições normativas, os magistrados também receberam a tarefa – para não dizer poder – de declará-las incompatíveis com a constituição. Numa primeira fase, o judiciário procedia a uma análise formal sobre a criação e estrutura da lei; após a Primeira Guerra, passou-se também a praticar uma verificação material. O antigo *référé législatif* agora consistia em uma remessa ao tribunal constitucional federal, que interpreta autenticamente a compatibilidade dos diplomas normativos com a Lei Maior, embora continuasse com o Parlamento a tarefa de produzir e aprovar as leis.¹⁶⁰

¹⁵⁹ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 523-525.

¹⁶⁰ STOLLEIS, Michael. Interpretação Judicial na Transição do Antigo Regime ao Constitucionalismo. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 9, n. 2, 2014. p. 15.

Já nos tempos dos “Federalistas” se estabeleceu que não é suficiente uma lei ser aprovada; ela precisa ser válida, passando pelo crivo dos juízes, chamados de legisladores negativos.¹⁶¹ Kelsen estabeleceu a Constituição como a norma de maior hierarquia, e que, se confrontada por leis outros atos regulamentares da administração, deve ser reafirmada na esfera jurisdicional.¹⁶²

A emergência do Estado de Direito fez com que a tutela das liberdades tenha sua principal fonte não mais na lei, mas agora na Constituição. Ela prescreve uma série de mecanismos destinados ao exercício de controle do poder, que inclui a fiscalização do próprio processo legislativo. Paradoxalmente, o guardião da Carta Magna nas sociedades democráticas passa a ser o Judiciário, não mais um órgão composto por representantes eleitos. Sua legitimidade para deriva da própria Constituição, em vez do sufrágio.¹⁶³

Nesse aspecto, ressalta-se que a esfera legislativa não tem partes, mas consiste num debate entre iguais (mandatários representantes do povo que os elegeram). Os parlamentares promovem uma regulação da realidade social com objetivos programáticos, diferente da jurisdição, que objetiva uma determinação normativa para casos específicos.¹⁶⁴ Já atividade jurisdicional num Estado de Direito, para além da legalidade, converte a axiologia e a intenção de universalidade a fim de realizar o Direito, como limite de poder. Constitui-se num contrapoder que pretende impor valores e princípios de intenção comunitária às interpretações parciais.¹⁶⁵

Chega-se, portanto, ao fim da figura do soberano institucional, como compreendido no sentido da obra de Hobbes, para se criar “semissoberanos”. O juiz singular é um deles, quando decide causas e interpreta o direito e, em caso de dúvidas, remete-as ao Tribunal Federal Constitucional, seguramente outro “semissoberano” que dava a última palavra interpretativa. O

¹⁶¹ ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça**: Estado Democrático de Direito e *Accountability*. Versão *Kindle*. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. p. 80. O entusiasmo federalista, contudo, não foi unânime. Grandes resistências à ampliação do papel dos juízes foram opostas por aqueles que passariam a ser conhecidos como “antifederalistas”, que concebiam essa forma inicial de *judicial review* como ameaças à liberdade de atuação estadual. O próprio Madison, n.º Federalista, reconhece os potenciais deletérios da conformação judicial que pretendiam atribuir na ratificação constitucional que se discutia. Para uma apreciação das críticas registradas ao controle judicial de constitucionalidade, cf.: PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial**: entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 55-111; e WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao “judicial review”. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-157.

¹⁶² ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça**: Estado Democrático de Direito e *Accountability*. Versão *Kindle*. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. p. 70-71.

¹⁶³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 51.

¹⁶⁴ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 440.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 468.

Parlamento, que antes era soberano em sua plenitude, compartilha com os órgãos judiciários essa condição, pois apesar de continuar a produzir as leis se submetia às decisões judiciais. Por isso se pode dizer que há um sistema legal funcionalmente diferenciado e mais apto a resolver os conflitos.¹⁶⁶

2.1.1 Os modelos de juízes e o ativismo judicial

Ao refletir sobre as mudanças interpretativas da jurisdição e sobre o papel dela no Estado, François Ost concebeu três modelos de juízes, denominados Júpiter, Hércules e Hermes.^{167, 168}

O primeiro remete ao positivismo jurídico clássico; sua lei adquire a forma de pirâmide. O ponto mais alto emite a lei sagrada e transcendente, expressas em códigos e constituições modernas, que irradiam toda a justiça.¹⁶⁹ Pode-se dizer, portanto, que Júpiter tem características dedutivas, pois parte da abstração ao fato.

Diferentemente do modelo herculano proposto por Ronald Dworkin, Ost mostra esse juiz como única fonte válida da lei, o que deu origem a diversas correntes do realismo jurídico, em especial o estadunidense.¹⁷⁰ Hércules opera inversamente ao que faz Júpiter, transformando

¹⁶⁶ STOLLEIS, Michael. Interpretação Judicial na Transição do Antigo Regime ao Constitucionalismo. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 9, n. 2, 2014. p. 16.

¹⁶⁷ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. **Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Universidad de Alicante, n. 14, 1993.

¹⁶⁸ Para uma crítica aos modelos apresentados por Ost, cf.: STRECK, Lenio Luiz. O (Pós-) Positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010.

¹⁶⁹ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. **Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Universidad de Alicante, n. 14, 1993. p. 102.

¹⁷⁰ Lenio Streck, em seu **Dicionário de Hermenêutica**, descreve: “[...] o realismo norte-americano exsurge como um Direito dos juízes. O Direito será aquilo que os tribunais decidirem. O Direito é a vida cotidiana. É fato social. Posto por uma autoridade: o juiz. De novo, nitidamente um positivismo fático. Porque para os realistas norte-americanos o Direito não está primeiramente nas normas, mas, sim, na sociedade. Para eles, há uma cisão, um abismo entre o texto e a decisão jurídica. Norma jurídica é vazia. Como no realismo escandinavo, são conceitos sem coisas. Leis são metafísica (no sentido ontoteológico do termo). Não há normas gerais. Uma norma só diz algo pela boa do juiz, que dirá esse sentido a partir da observação empírica. Kelsen também não acreditava que normas gerais pudessem controlar a decisão, mas entendia que a decisão judicial (individual) é Direito porque autorizada por uma norma superior. Os realistas recusam essa hierarquização – que é normativista. Para eles, a decisão judicial cria Direito porque produz resultados sociais eficazes” (verbetes 43, p. 380-381). Em seguida, ao citar a crítica ao totalitarismo fundado em premissas relativistas e chamado por Neil Duxbury de *niilismo jurídico*, conclui: “Se o Direito é fragilizado em nome de uma luta contra injustiças sistêmicas, não há nada a que se possa recorrer quando o sistema prevalece. O Direito, afinal, filtra o poder. Nunca o contrário. Toda teoria que cai no niilismo jurídico cai também no paradoxo de não ter nenhum critério para criticar aquilo que critica”. STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica - 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 384.

a pirâmide em funil. Ele se submete ao exaustivo trabalho de julgar e carregar “o mundo nos seus braços estendidos”. No lugar da lei, sua decisão é que cria autoridade, numa mudança de perspectiva que desce da transcendência dos códigos para os interesses conflituosos imanes. ¹⁷¹

Mais “social”, Hércules é indutivo (do fato abstrai a norma). Isso fica evidente quando Ost repensa o ponto de vista clássico, moralista, cujo dever de obediência é substituído exclusivamente pelas possíveis consequências desagradáveis das ações (*bad man*). Em vez de questionar qual é o dever, a preocupação é com a probabilidade de a justiça sancionar determinado comportamento. Partindo-se da ideia de que a regra é uma forma de justificar a decisão, por não ser imposta *a priori* ao decisor, ela figura apenas como uma prévia do ato decisório. “Não é tanto a decisão que deriva da regra, mas a regra da decisão”. ¹⁷²

Entende-se como obviedade o fato de o modelo jupiteriano significar as demandas do Estado Liberal ou do Estado de Direito do século XIX, enquanto Hércules significa as atividades do Estado Social (de bem-estar) do século posterior. Simples também seria concluir que o Direito de hoje é uma força resultante dos dois modelos: a pirâmide deixou de herança as constituições e códigos; já o funil proporcionou juizes que exercem o monopólio da jurisdição, atuantes desde a justiça constitucional até os “procedimentos de emergência”. Mas a sociedade pós-moderna tornou a questão mais complexa, estando os dois modelos em crise, demandando um novo protótipo, do juiz Hermes. ¹⁷³ Nem a forma piramidal nem a do funil conseguem expressar sua trajetória, que toma o aspecto de uma rede, com pontos inter-relacionados numa quantidade infinita de informações. ^{174, 175}

A chamada “crise da lei” marca a diferença de sentido da legislação nos dias atuais. No modelo moderno-iluminista, tratava-se de preservar normativamente a vontade geral, de

¹⁷¹ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. *Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, n. 14, 1993. p. 102.

¹⁷² *Ibidem*, p. 111.

¹⁷³ A fim de diferenciar as figuras de juizes propostas por Dworkin e Ost, este explica: “Em suma, o juiz Hermes do Dworkin favorece a vontade do legislador, enquanto o nosso jurista Hermes se esforça por integrar, na construção do significado jurídico, as criações normativas emanadas de outras fontes, como jurisprudência, costumes, convenções internacionais, princípios gerais de direito, doutrina etc.” *Ibidem*.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 104.

¹⁷⁵ “Quem pode se surpreender que, nestas condições, a lei seja estável e efêmera ou experimental, *dura e suave*, circunstancial e de princípios (nunca se falou tanto como hoje dos princípios gerais do direito, graças em particular ao trabalho criativo das altas jurisdições nacionais e europeias)? Quem não se dá conta de que a lei vem tanto do centro da própria ordem normativa como da periferia, da desordem (ou ordens diferentes) que ela prevê para fora? Quem não se dá conta de que os limites entre o interior e o exterior se tornaram porosos, mesmo reversíveis, como se a legalidade hoje adoptasse a rota paradoxal da banda de Moebius que a conduz para trás e para a frente, e sem transição, do centro para a periferia e do exterior para o interior? Não basta falar de lei ‘flexível’, como Jean Carbonnier não fazia há muito tempo, ou mesmo de lei ‘suave’, como dizemos hoje. É uma lei ‘líquida’, intersticial e informal com a qual somos agora confrontados”. *Ibidem*, p. 121.

validade racional; sobretudo, a lei se identificava com o direito. Já hoje, legislações são atos prescritivos de particulares forças políticas, interesses de parte da nação que fazem valer a legitimidade do procedimento legislativo.¹⁷⁶

Diante desse imbricado quadro, a fim de evitar o risco de desorientação do observador nos circuitos da rede, Hermes utiliza a lei de circulação do discurso jurídico, no que Ost chama de teoria lúdica do direito.

Efetivo contrapeso na teoria da separação de poderes, a tarefa dos julgadores agora não se resume a reafirmar as palavras da lei, mas também conter o desequilíbrio do poder, efetivar direitos e garantias fundamentais, bem como preservar os ideais democráticos e de eficiência estatal.¹⁷⁷ Sobre esse aspecto, discorrem Lenio Streck e Fábio de Oliveira:

[...] a atividade jurisdicional se despe da mítica de ser mera reprodução, robótica, neutra, fiel, da lei. A jurisdição não é simplesmente declaratória (de algo que já existe pronto, feito), é criativa. A inteligência pressupõe a superação da distinção ou do distanciamento entre sujeito e objeto, o reconhecimento da pré-compreensão, com a diferença, neste passo e no lastro da virada linguística, entre texto e norma. O juiz deixa de ser a boca que pronuncia as palavras da lei para construir o verbo com esteio no texto legal. Sem cair forçosamente no voluntarismo, as palavras da norma não deixam de ser as palavras do juiz, compromissado com o texto normativo, uma parceria, porquanto o texto não permite qualquer voz. Dito de outra forma, exige-se do judiciário, quando dessa sindicância, o respeito à integridade e a coerência, assim como a preservação da autonomia do direito, tão duramente conquistada a partir do segundo pós-guerra. Não se substitui um juízo inadequadamente feito pelos demais poderes, por uma aplicação (judicial) discricionária ou arbitrária da lei que confere ao juiz essa prerrogativa sindicante, sustentáculo da divisão de poderes no Estado Democrático de Direito.¹⁷⁸

A função judicial impõe limite e critérios ao poder. Trata-se de um mister político, embora intencionado ao Direito e não à própria política. Obter respostas “na” jurisdição é diferente de obter resposta “da” jurisdição.¹⁷⁹

Nota-se que com o equilíbrio entre os poderes na democracia brasileira, soa impensável um cidadão ou autoridade não acatar decisão do Poder Judiciário. Um presidente da República não pode mais, simplesmente, descumprir decisões do Supremo Tribunal Federal – prerrogativa

¹⁷⁶ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 584.

¹⁷⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 1.233 KB: e-pub.

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil [artigo 2º]**. In: GOMES CANOTILHO, J.J.; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). Série IDP. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 149.

¹⁷⁹ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 431.

prevista na Constituição de 1937.¹⁸⁰ Somente o Poder Legislativo pode anular decisões daquela Corte, mas desde que haja invasão de sua competência.¹⁸¹

É justificada a necessidade de o Poder Judiciário atuar em questões pontuais, quando os demais poderes se mostram deficientes. Aí atua a judicialização da política, contingencial para asseguuração de direitos. Mas lembra-se que, pela separação dos poderes, um não pode invadir a discricionariedade do outro. Nesse cenário, já se fala em ativismo judicial¹⁸², relacionado à forma com a qual se decide; uma postura do Judiciário que extrapola os limites que lhe foram atribuídos pela Constituição.¹⁸³

A postura ativista, portanto, é representada por François na figura do juiz Hércules:

Nada será perdoado ao “juiz do bem-estar” de hoje. Conciliar as economias familiares em crise; gerir empresas em dificuldade evitando, se possível, a falência; julgar se é do interesse da criança ser reconhecida pelo pai natural, se a mãe se opõe (art. 319.3 do Código Civil belga); para avaliar se a interrupção voluntária da gravidez é justificada pelo “estado de angústia” da mulher grávida (arts. 348 et seq. Código Penal belga); intervir “no calor do momento” em disputas coletivas de trabalho e decidir (num procedimento extremamente urgente à meia-noite de 14 de Agosto) se a greve dos pilotos da companhia aérea nacional, prevista para o dia seguinte às seis horas, é ou não legal; para julgar se um aumento de capital decidido para se opor a uma oferta pública de aquisição de uma *holding*, cuja carteira representa um terço da economia belga, está de acordo com a lei; para impor moratórias aos trabalhadores ou empresas que ameacem o equilíbrio ecológico; para julgar se o uso do véu islâmico é compatível com a disciplina e o espírito da escola, etc. Hércules está presente em todas as frentes,

¹⁸⁰ É de se lembrar que a recente Proposta de Emenda à Constituição nº 33, que chegou a ser aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, reavivava certas características daquela possibilidade de sustar atos normativos do Poder Judiciário, alterando sobremaneira o regime do controle judicial de constitucionalidade e de atribuição de atributos normativos às súmulas vinculantes. Ainda, a Proposta de Emenda à Constituição n. 03 garantia ao Legislativo sustar atos normativos do Poder Judiciário que transcendessem o poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa, ampliando a previsão contida no inciso V do art. 49 da Constituição Federal.

¹⁸¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma breve teoria do poder**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Luís: Resistência Cultural, 2016. p. 282.

¹⁸² Georges Abboud relaciona a expansão do Poder Judiciário no Brasil com a obra *Submissão*, de Michel Houellebecq. A história se ambienta num futuro próximo, em que a ala política *Fraternidade Muçulmana* vence pleito eletivo e passa a governar a França, expondo a população, inicialmente, a um dilema: por um lado, reduziu-se o desemprego, mas com o modelo de Estado teocrático, responsável por afastar as mulheres do mercado de trabalho; as universidades foram alvo de grandes investimentos de setores ligados ao petróleo, o que gerou melhores vencimentos, planos de carreira e aposentadoria para os servidores, enquanto foi diminuída a liberdade de cátedra. As liberdades individuais foram progressivamente restringidas, desde vestimentas, hábitos e entretenimento, “compensadas”, por exemplo, por fatores como a possibilidade de homens se casarem com jovens mulheres. Essas contrariedades acabavam por ser aceitas; afinal, “a angústia é sentida na medida em que a diminuição da liberdade é sempre acompanhada de uma relativa sensação de alívio” (p. 2-3). Em sentido análogo, para fins do presente trabalho, caberia questionar se a observância obrigatória a provimentos judiciais vinculantes previstos no Código de Processo Civil de 2015, amparados pelos ideais de segurança jurídica e isonomia, compensam – como na obra de Houellebecq –, desconsiderar a força normativa da Constituição, que delega ao Poder Legislativo (e, excepcionalmente, ao Executivo) o mister de emitir prescrições que visam solucionar problemas futuras, numa categoria de fonte primária do direito, como as leis. ABBOUD, Georges. *Submissão e juristocracia*. **Revista de Processo**, v. 258/2016, p. 519-527, ago. 2016.

¹⁸³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil [artigo 2º]**. In: GOMES CANOTILHO, J.J.; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). *Série IDP*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 149.

decide e até aplica regras como o seu antecessor, que estava abrigado à sombra do código; mas ele também executa outras tarefas. Em pré-contencioso ele aconselha, orienta e previne; em pós-contencioso ele acompanha a evolução do processo, adapta suas decisões ao grau de circunstâncias e necessidades, e controla a aplicação de penalidades. O juiz de Júpiter era um homem de lei; Hércules tornou-se engenheiro social.¹⁸⁴

Como se viu, a separação de poderes possui definição dinâmica, mas sempre relacionada à contenção de poder.¹⁸⁵ Parece paradoxal que o Judiciário, amparado no seu mister que equilibrar as forças políticas e efetivar direitos, outorgue para si funções das demais esferas do Estado, instituindo um governo juristocrático. Nessa perspectiva, Georges Abboud e Rafael Thomaz de Oliveira elencam algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que representam exorbitância da tarefa de julgar.

A primeira delas foi proferida na Reclamação 4.335, procedente do Acre. A Corte atribuiu eficácia *erga omnes* ao julgado após exercer controle difuso de constitucionalidade, dispensando a remessa ao Senado, prevista no artigo 52, X, da Constituição Federal, sob o argumento de que a publicação em Diário de Justiça supriria essa providência. Olvidou o Supremo, porém, que a remessa é justamente uma forma de fiscalização recíproca entre os poderes, pois a Câmara Alta - que teve sua competência invadida pelo *judicial review* - poderia frear a decisão tomada.¹⁸⁶ Já o segundo ponto diz respeito às Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.999 e 4.086/DF, em que se entendeu constitucional a Resolução 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral, criadora de modalidade de perda de mandato em casos de infidelidade partidária. Como essa reprimenda não está prevista na Lei Maior tampouco em lei ordinária, o ato do Tribunal referendado pela Corte Suprema violou o princípio da reserva legal.¹⁸⁷ Lembra-se que a Constituição de 1988 estabelece competência do Congresso para uma série de matérias, sujeitas a sanção do Presidente da República.¹⁸⁸

No referido julgamento da ADI 3.999, proposta pelo Partido Social Cristão (PSC), a postura excessiva do Supremo Tribunal Federal pode ser divisada, por exemplo, nos votos dos

¹⁸⁴ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. *Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, n. 14, 1993. p. 109-110 (tradução nossa).

¹⁸⁵ “O centro do debate é determinado, então, não pelos aspectos estruturais que caracterizam cada uma das funções do governo, mas sim sobre o que é necessário fazer para concretizar uma fórmula política democrática e o ideal de um governo limitado.” ABBOUD, Georges; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. *Revista de Processo*, v. 233/2014, jul. 2014, p. 30.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 31.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 35-36.

¹⁸⁸ Extraí-se do artigo 22 da CF/1988 que compete privativamente à União *legislar*, entre várias outras matérias, sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho (inciso I) e desapropriação (II). A competência legislativa concorrente consta do artigo 24 e seus incisos. Por sua vez, o artigo 48 disciplina as matérias dispostas pelo Congresso e sujeitas a sanção do Presidente da República.

Ministros Marco Aurélio e Eros Grau, que se manifestaram pela procedência da ação proposta, assentando que quaisquer instrumentos normativos do Tribunal Superior Eleitoral que veiculassem o exercício de suas funções normativas seriam inidôneos para dispor de modo adverso à legalidade. Nesse aspecto, cabe apontar observação de Marcelo Ramos Peregrino Ferreira, de que “a democracia de partidos e o Parlamento tornam-se espectadores da produção normativa anômala criada pelo Poder Judiciário que costura o sistema eleitoral a seu talante e a despeito da soberania popular e do processo legislativo declinado na Constituição de 1988.”¹⁸⁹

2.1.2 O precedente judicial

A função judiciária expressa na decisão¹⁹⁰ a sua atividade primordial de resolver controvérsias atinentes ao direito. E esse ato, se obtiver consistência apta a influenciar casos análogos, lança-se a uma qualidade superior. Segundo Alexandre Câmara, o precedente constitui-se em:

[...] um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado com base na formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior. Dito de outro modo, sempre que um órgão judicial, ao proferir uma decisão, parte de outra decisão, proferida em outro processo, empregando-a como base, a decisão anteriormente prolatada terá sido um precedente.¹⁹¹

¹⁸⁹ FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **Da democracia de partidos à autocracia judicial: o caso brasileiro no divã**. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 200.

¹⁹⁰ Rosemiro Pereira Leal indica que “[a] expressão *decisum*, na acepção atual, ganhou significado genérico de ato de examinar e aplicar o direito, com oblivio de suas raízes históricas do direito romano arcaico formular até o pós-clássico da *cognitio* estritamente pública em que seria possível *judgar* (sentenciar) para, depois, *decidir* (executar). E isso porque a decisão não descidia da *jurisdictio*, que, moldando-se em atos projetados (editalizados e formulados) pelo pretor, desenvolvia-se por um juiz singular e privado (árbitro que realizava o julgamento do conflito-lide). A *jurisdictio* se construía por um *procedimento* cerimonioso que ensejava ao pretor não intervir na vida privada, deixando ao árbitro declarar a existência ou não de direitos pelo *interlegere* de atos ritualísticos (jurisdicionais). O *decisum*, ao contrário, era ato de *imperium* do pretor, que, como delegado do poder de Roma, expedira a ordem pública (executiva inquestionável do *fazer*)” (p. 22). No entanto, a decisão judicial contemporânea “[...] não se define pela *summaria cognitio*, a não ser nas tutelas de urgência (liminares e antecipadas), que, não mais se regendo pela interditalidade, seguem obediência ao devido processo legal, como direito-garantia do Estado Democrático de Direito. O encontro histórico que fundiu a decisão e a deliberação é no direito político uma conquista que hoje é reconstruída e reconscientizada pelo devido processo constitucional, que distingue um ordenamento jurídico de conteúdo democrático de outro de substância cultural tradicionalizada por uma jurisdição redentora”. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 22-23.

¹⁹¹ CÂMARA, Alexandre. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Atlas, 2017. p. 367.

Castanheira Neves, novamente ao tratar da índole de solução de problemáticas da função jurisdicional, diz:

Trata-se, pois, de uma decisão que tem na sua base uma analogia problemática e é fundada em termos também normativamente analógicos. Pelo que o critério da “identidade” aqui em causa — a identidade analógica ou, simplesmente e mais correctamente, a analogia — pode enunciar-se deste modo: 1) levando pressuposto e decidindo um problema jurídico, uma “questão de direito”, de intencionalidade normativa equiparável (nos seus fundamentos e intenção normativa) à daquele que se põe no segundo caso, 2) é susceptível de atender ou permite a ponderação de todo o âmbito e modo concreto de relevância desse segundo caso concreto decidindo — âmbito de relevância que se determina, como vimos, pelo historicamente concreto sentido problemático-jurídico do caso — já directamente, já mediante uma adaptação normativa aos momentos individualizados dessa relevância, os quais justamente se oferecem como uma individualização do mesmo (análogo) tipo de relevância.¹⁹²

O princípio de motivação do ato decisório é sua *ratio decidendi*¹⁹³, composta pelos “fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi”.¹⁹⁴ E para que seja, de fato, apta a influenciar casos seguintes, essa *ratio* não se expressa pela mera citação da jurisprudência,¹⁹⁵

¹⁹² NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 63-64.

¹⁹³ Tomas Bustamante cita a obra de Geoffrey Marshall para dizer que “‘não há uma única forma de dizer o que aconteceu em um caso particular, e descrevê-lo é selecionar as suas notas mais relevantes para o propósito em questão’. Ao se selecionar os fatos materiais fixados pelo juiz ou descrever as regras adotadas em um caso concreto, ‘é necessário definir com certo grau de precisão o que constitui esse elemento (*ratio decidendi*)’.” MARSHALL, Geoffrey apud BUSTAMANTE, Tomas. **Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial: O peso da jurisprudência na argumentação jurídica** – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2007. p. 226-227. Já segundo Rogério Cruz e Tucci, “[o] conceito de *ratio decidendi* (ou também *holding*) na qual se escuda a *doctrine of binding precedent*, mostra que é a tese jurídica suficiente a decidir o caso concreto (*rule of law*), e não a parte dispositiva da decisão, que produz eficácia vinculante e que deve nortear a interpretação judicial em momento posterior.” (TUCCI, Rogério Cruz e. **Processo civil e ideologia**: subsídios teóricos e práticos ao advogado do contencioso. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 183). Esse autor também destaca que a vinculatividade é típica de países de *common law*, em contraponto à eficácia meramente persuasiva da maior parte das tradições de *civil law*. *Ibidem*.

¹⁹⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. v. 2 – Reescrito com base no novo CPC. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 442.

Essa concepção de *ratio decidendi* foi concebida por Eugene Wambaugh em 1894 e constitui, segundo Neil Duxbury, o chamado “teste de Wambaugh.” STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 352. A questão, porém, há muito não é pacífica. Arthur Goodhart propôs, em 1930, que a *ratio* “[...] seja determinada a partir da verificação dos fatos, tratados como fundamentais ou materiais pelo juiz”, proposição a qual, segundo Duxbury, ainda é utilizada por muitos juízes nos Estados Unidos. *Idem*. p. 351.

¹⁹⁵ A fim de diferenciar jurisprudência e precedente, descrevem Dierle Nunes e Aurélio Viana: “Eliminando o equivocado sentido de considerar jurisprudência a ementa disponível em repertórios de sítios eletrônicos vinculados aos diversos órgãos jurisdicionais [...] ou de natureza privada noção vulgar que, lamentavelmente, habita o imaginário dos práticos do direito -, a palavra ‘jurisprudência’ possui, basicamente, três sentidos. Pode ser compreendida como a ciência do direito ou, num segundo sentido, como o conjunto de pareceres oriundos dos juriconsultos; de modo voltado especificamente ao assunto do livro, entretanto, jurisprudência é o conjunto de julgados referentes a determinado tema. Normalmente, são diversas decisões (dezenas ou até centenas), sendo essa uma característica quantitativa de diferenciação com o precedente, tendo em vista que este pode ser extraído de uma só decisão/caso, enquanto a noção de jurisprudência, repita-se, vincula-se à de conjunto.” NUNES, Dierle

hermeneuticamente compreendido, o precedente requer a interpretação do caso anteriormente decidido. Por isso, técnicas como o *distinguish* permitem ao magistrado observar se as situações (do caso decidendo e do paradigma) são similares e, então, aplicar os fundamentos do precedente, em caso positivo.¹⁹⁶ Na hipótese de distinção não se caracteriza a técnica de *overruling* (superação ou abandono do julgado anterior), mas somente sua inaplicação num caso concreto, o que pode se dar mediante a criação de uma exceção à norma obtida na decisão ou mesmo uma interpretação restritiva de tal norma, para afastar sua hipótese de incidência em casos não abarcados por ela. Assim, a validade do precedente como norma universal não é anulada.¹⁹⁷

No antigo direito inglês, lentamente, os costumes evoluíram em direito jurisprudencial, no sentido de que a lei comum era correspondente de uma ordem jurídica transcendente; seus princípios foram conservados e cabia apenas aos juízes (*living oracles of the law*) revelá-los nas suas decisões. Já a tradição europeia continental teve nas codificações uma ruptura com o passado (o método casuístico romanista), pois a lei escrita se sobrepôs às demais formas de manifestação do direito. Em ambos os casos, porém, os órgãos dedicados à atividade jurisdicional passaram sistematicamente a decidir, e pode-se dizer que o núcleo de cada um desses julgados constitui um precedente.¹⁹⁸

Hoje, tais modelos se diferenciam quanto à importância da jurisprudência em alguns aspectos. Nos sistemas de *civil law*, ela encontra limite diretamente na lei, pois ainda prevalece o direito positivado, mormente a partir da maior suscetibilidade de alteração dos julgados, o que não ocorre de forma tão intensa com as leis.¹⁹⁹ O repertório jurisprudencial tem sua importância aferível apenas sob a perspectiva da legalidade, pois “[...] fica sempre dissimulado atrás de uma aparente interpretação da lei”. Não quer isso dizer, de outro lado, que no *common law* juízes podem se recusar ao cumprimento dos comandos legais, mas que atuam de forma

José Coelho; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 412.

¹⁹⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Processo civil e ideologia: subsídios teóricos e práticos ao advogado do contencioso**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 179.

¹⁹⁷ BUSTAMANTE, Tomas da Rosa de. **Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial**: O peso da jurisprudência na argumentação jurídica. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2007. p. 398.

¹⁹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: GZ, 2021. p. 01-02.

¹⁹⁹ RODRÍGUEZ, Javier Solís. *La jurisprudencia em las tradiciones jurídicas*. In: CIENTIFUEGOS SALGADO, David; LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (Orgs.). *Estudios em homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, n. II. p. 236-237 *apud* ABBOUD, Georges; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; CARNIO, Henrique Garbellini. **Introdução ao direito**: teoria, filosofia e sociologia do direito. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 424.

mais irrestrita e não são tidos como a mais relevante forma de manifestação e desenvolvimento do direito.²⁰⁰

Segundo Jhon Merryman, a menor reverência do *common law* diante da lei se deve à doutrina judicial do *stare decisis et quieta son movere*. Nela, o ponto de partida para decidir casos não é somente o texto legal (toda decisão requer a aplicação da lei); busca-se, a partir de uma investigação das decisões proferidas sobre a matéria em análise, identificar as regras jurídicas essenciais para resolver o caso concreto.²⁰¹

O *stare decisis* também pode ser compreendido como o princípio de cunho coercitivo, a significar que a decisão judicial cria direito,²⁰² em duas dimensões:²⁰³ na dimensão horizontal, compele as Cortes Supremas a seguirem os próprios precedentes, a exemplo do que prescreve o artigo 926 do Código de Processo Civil, sob fundamento da segurança jurídica; no aspecto vertical, impõe a todos os juízes e tribunais a observância dos precedentes oriundos das cortes hierarquicamente superiores.²⁰⁴

Edward Domenic Re²⁰⁵ esclarece, porém, que a estabilidade e a coerência jurisprudenciais não indicam que o direito deva permanecer estático: o precedente, como dito, é um ponto de partida para julgar o caso em análise, só aplicável quando o princípio jurídico for compatível a ambos os casos; ademais, juízes apenas “legislam” em casos omissos, diferente do antigo *common law*, quando havia desprezo pela legislação²⁰⁶. E, mais importante, se a lei foi mal interpretada anteriormente, é preciso superar o que foi decidido:

Existe também a possibilidade de demonstrar que o caso anterior foi decidido de forma errônea ou contrária à razão. Desta forma, embora todos os casos anteriores

²⁰⁰ ABOUD, Georges; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; CARNIO, Henrique Garbellini. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 424-425.

²⁰¹ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. p. 97 e 103 *apud* ABOUD, Georges; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; CARNIO, Henrique Garbellini. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 425.

²⁰² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: GZ, 2021. p. 03.

²⁰³ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2009. p. 36-37 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 926 ao 975**. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 52.

²⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 926 ao 975**. Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 53.

²⁰⁵ RE, Edward Domenic. *Stare Decisis*. Ellen Gracie Northfleet (trad.). Brasília: **Revista de informação legislativa**, a. 31, n. 122, p. 281-287, mai./jul. 1994.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 282 e 285.

tenham força de precedentes, seu valor enquanto precedentes pode diferir radicalmente.²⁰⁷

Em sentido análogo, evidentemente que não se pode desconsiderar as técnicas e tampouco a tendência de aproveitamento das decisões dos tribunais superiores. No entanto, não quer isso dizer que o precedente é um ponto final de debate, o que impõe o dever de se enxergar o instituto como capaz de exercer força gravitacional, desatando-se, a partir de Ronald Dworkin, das correntes positivistas e realistas.²⁰⁸

O precedente, portanto, é admitido como orientação, de modo a proporcionar uma série de julgados no mesmo sentido. Assim, é afastada a impressão de que, a cada provimento decisório, não tenha havido histórico de interpretação e aplicação da norma jurídica.²⁰⁹

2.2 A INTENÇÃO GENÉRICO-ABSTRATA DOS “ASSENTOS” E O CONTRIBUTO DE CASTANHEIRA NEVES PARA A CONCRETA REALIZAÇÃO DO DIREITO

²⁰⁷ RE, Edward Domenic. *Stare Decisis*. Ellen Gracie Northfleet (trad.). Brasília: **Revista de informação legislativa**, a. 31, n. 122, p. 281-287, mai./jul. 1994, p. 284. Re chega a tal conclusão a partir de considerações de doutrinadores e magistrados estadunidenses: “Que uma decisão vinculativa surja apenas como resultado do litígio tem conduzido a críticas da doutrina dos precedentes. Allen, em *Law in the Making*, observou: ‘Nem constitui crítica inteiramente injusta afirmar que os precedentes tendem a fazer com que o desenvolvimento do direito dependa de acidentes do processo litigioso. Pontos importantes podem permanecer obscuros. Simplesmente porque ninguém se interessou em questioná-los. Um julgamento errôneo pode permanecer e adquirir autoridade imerecida. simplesmente porque a parte sucumbente deixa de recorrer — geralmente pela boa razão de que não pode mais arcar com os ônus do litígio.’ Uma limitação adicional a respeito da autoridade vinculativa do precedente pode ser notada nesta citação de uma decisão da Corte de Apelação do Estado de Nova Iorque: ‘Mas a doutrina do *stare decisis*, como quase todas as outras regras de direito, comporta exceções. Ela não se aplica a um caso onde possa ser demonstrado que o direito foi mal compreendido ou mal aplicado ou onde a decisão anterior seja evidentemente contrária à razão. São numerosas as manifestações a advogar que, em tais casos, constitui dever dos tribunais reexaminar a questão.’ Também merece referência manifestação semelhante partida do Chanceler Kent: ‘Uma decisão formal a respeito de uma questão de direito suscitada em qualquer processo torna-se paradigma para case semelhante porque constitui-se na maior evidência que podemos ter do direito aplicável à hipótese e os juizes devem acompanhar tal decisão enquanto ela não for superada, a menos que possa ser demonstrado que a lei foi mal compreendida ou mal aplicada naquele caso específico.’ Para o Chanceler Kent apenas uma decisão solene merece valor de precedente, com força vinculativa. A regra de direito deduzida através do caso anterior precisa ter sido necessária para a decisão daquele caso. e somente tem aplicação num case idêntico. Evidentemente, um caso subsequente pode dele se distinguir quanto aos fatos ou à questão de direito suscitada. O Chanceler Kent também discorreu sobre a possibilidade de uma revisão do caso anterior, com base na demonstração de que o direito foi ‘mal compreendido ou mal aplicado naquele caso específico’. Em reflexão sobre a possibilidade de se demonstrar que um caso precedente foi decidido de forma incorreta, o Ministro da Suprema Corte. Field afirmou que ‘é mais importante que o tribunal decida corretamente com base em análise posterior e mais elaborada dos casos do que ele seja consistente com as decisões anteriores’. Essas citações denotam as limitações que cercam a aplicação da doutrina do *stare decisis*.” RE, Edward Domenic. *Stare Decisis*. Ellen Gracie Northfleet (trad.). Brasília: **Revista de informação legislativa**, a. 31, n. 122. p. 284.

²⁰⁸ NUNES, Dierle José Coelho; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 403.

²⁰⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.133.

Para justificar a índole do Poder Judiciário em resolver problemas concretos, é primordial a abordagem do caso dos “assentos” portugueses – que serão, no capítulo seguinte, criticamente comparados com os provimentos vinculantes do Brasil.

Pode-se dizer que o Estado Português se consolidou com os desdobramentos das Guerras de Reconquista, travadas contra árabes que invadiram a Península Ibérica, entre os séculos VIII e XV. Em boa parte desse longo período, a preocupação central do rei eram as batalhas pelos territórios e não a unidade social, tampouco jurídica, do reino.²¹⁰

Como reflexo da descentralização política, prevalecia um direito consuetudinário, no qual as leis tinham bem menos valor normativo do que os costumes, pois estes podiam “andar de boca em boca” para suprir necessidades de pessoas menos favorecidas.²¹¹ A partir de 1248, na medida que os portugueses conseguiam vencer seus inimigos, a produção legislativa passou a ter mais atenção do Estado, mormente no reinado de D. Afonso III (1248-1279).²¹²

O surgimento das *façanhas* inaugurava instituto conhecido como “interpretação autêntica”²¹³ dos monarcas sobre um caso omissis.²¹⁴ A partir de 1392, a Casa de Suplicação – tribunal superior cujas decisões eram reversíveis apenas pelo rei – passou a acompanhar o soberano. As decisões colegiadas possuíam eficácia legislativa e passaram a definir a aplicação

²¹⁰ STRECK, Lenio Luiz; SANTOS, Igor Raatz dos; MORBACH, Gilberto. Da genealogia dos mecanismos vinculantes brasileiros: dos assentos portugueses às “teses” dos Tribunais Superiores. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria/RS, v. 14, n. 1, e37204, jan./abr. 2019. p. 05.

²¹¹ AZEVEDO, Luiz Carlos de. O reinado de D. Manuel e as Ordenações Manuelinas. **Revista da Faculdade de Direito – USP**, v. 95. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2000 *apud* STRECK, Lenio; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da genealogia dos mecanismos vinculantes brasileiros: dos assentos portugueses às “teses” dos Tribunais Superiores. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 1, e37204, jan./abr., 2019. p. 06.

²¹² STRECK, Lenio; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da genealogia dos mecanismos vinculantes brasileiros: dos assentos portugueses às “teses” dos Tribunais Superiores. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria/RS, v. 14, n. 1, e37204, jan./abr., 2019. p. 07.

²¹³ De acordo com Riccardo Guastini, “[c]hama-se ‘de interpretação autêntica’ ou, simplesmente ‘interpretativa’ toda lei ou disposição legislativa cujo conteúdo consista em determinar o significado de uma ou mais disposições legislativas precedentes.” GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. 2. reimp. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 77.

²¹⁴ Lenio Streck, Igor Raatz e Gilberto Morbach salientam que o conceito de *façanhas* é discutível, por vezes entendida como uma decisão judicial, quando notável ou referente a algum caso omissis, passava a ser aplicável a casos semelhantes, com força de lei, ou, “[...] podiam ou não ser sentenças judiciais, como no caso de uma *façanha* gerada a partir de uma solução dada pelo interessado, e não por sentença. Destaca, ainda, que os reis, gradualmente, foram reduzindo a possibilidade de julgar por *façanhas* que não fossem casos julgados, somente consentindo que isso ocorresse quando se tratasse de sentenças dadas pelo rei ou por ele confirmadas. Esse entendimento, é confirmado também por João Mendes de Almeida Júnior, o qual refere que, pouco a pouco, a expressão *façanha* caiu em desuso, sucedendo-lhe as expressões casos julgados e arestos, que eram inicialmente proferidas pelos reis, magistrados ou árbitros. Porém, somente aqueles proferidos pelo monarca é que tinham força de lei”. STRECK, Lenio; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da genealogia dos mecanismos vinculantes brasileiros: dos assentos portugueses às “teses” dos Tribunais Superiores. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria/RS, v. 14, n. 1, e37204, jan./abr., 2019. p. 09.

das leis nas controvérsias, bem como afastar possíveis dúvidas quanto à legislação. Os julgados eram registrados num livro, na forma dos ditos assentos.^{215, 216}

Séculos depois, o Supremo Tribunal de Justiça Português recebeu a tarefa de uniformizar a jurisprudência, mediante a interpretação da lei em casos concretos, sem que lhe competisse, ainda, proferir assentos. Após a entrada em vigor do Decreto nº 12.353, de 22 de Setembro de 1926, passou o Tribunal a julgar, em recurso de uniformização (artigo 66º daquele diploma), causas em que a jurisprudência passou a ser obrigatória em seu âmbito e no das instâncias inferiores, até alteração superveniente em acórdão similar. Embora tal Decreto não tenha atribuído a essas decisões o nome de assentos, o Supremo Tribunal passou, a partir de dezembro de 1927, a assim designá-las.²¹⁷

Sobreveio o Código de Processo Civil de 1939, denominando como *assentos* os acórdãos proferidos pelo pleno daquele tribunal, no mesmo regime do Decreto 12.353. Já o Código de Processo Civil de 1961, no artigo 768, assim dispôs:

No julgamento do recurso intervirão, pelo menos, quatro quintos dos magistrados que compõem as seções do Tribunal. Sendo vários os fundamentos do recurso, o Tribunal conhecerá sempre de todos os pontos em que haja oposição de julgados. O presidente terá voto de desempate. A doutrina assente pelo acórdão que resolver o conflito de jurisprudência será obrigatória para todos os tribunais enquanto não for alterada por outro acórdão proferido nos termos do artigo seguinte.

²¹⁵ SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e. *Esboço de Hum Dicionario Juridico, Theoretico, e Practico, Remissivo às Leis Compiladas, e Extravagantes. Tomo Primeiro: A-E*. Lisboa: Typlographia Rollandiana, 1825, Vocabulo “Assento” *apud* SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro**: colônia e império. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014. p. 76.

²¹⁶ O primeiro deles é de 1603 e foi retirado do Livro dos Assentos da Casa da Suplicação: “*Assento I; Ord. Liv. I, Tit. 5, §9; Os Desembargadores, que se oppoem ao recebimento de Artigos, não votão sobre elles a final. Aos 15 dias do mez de Agosto de 1603, diante do Regedor Fernão Telles de Menezes se pôs em duvida se a Ordenação Lib. I, Tit. 5, §9 devia haver lugar nas interlocutorias, postas pelos Desembargadores do Aggravo, em que huns fossem de parecer, que se devião receber certos artigos, e certos não; e outros, que nenhuma de receber? E se venceo por mais votos, que se puzesse desembargo, que recebão huns, e outros não: e assentou-se por mais votos, que a dita Ordenação se não devia entender nas taes interlocutorias porque no tal caso os Desembargadores, que forão em não receber por Tenções artigo algum, não podem votar em final sobre a materia dos ditos artigos recebidos; e assignarão aqui para assim (...) não vir isto mais em duvida. Lisboa. O Regedor. Fernão de Magalhães. Sousa. Carlos Brandão Pereira. Dom Francisco de Sande. Luiz Pereira. O Doutor Gonçalo Gil Coelho. Simão Monteiro de Leiria. Belchior Pimenta. Jeronymo Cabral.*” RIBEIRO, João Pedro. **Memoria sobre a Autoridade dos Assentos das Relações**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1821. p. 04. Destaca-se que o trecho “*para não vir isto mais em duvida*” demonstra o intuito de criar uma norma de aplicação futura, similar às “teses” e outros provimentos vinculantes no Brasil, como se verá adiante. Apesar de expressar certa confusão terminológica quanto ao termo “precedente” (*vide* item 2.2), Marcus Seixas Souza aponta que também havia os *arestos*, decisões relevantes dos tribunais superiores, publicadas em coletâneas oficiais, e *estilos*, uso decorrente de uma série de precedentes em mesmo sentido, de observância obrigatória. SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro**: colônia e império. Dissertação de Mestrado em Direito do Estado – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2014. p. 85.

²¹⁷ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 810/1993**. Publicação: Diário da República, n. 51/1993, 2. série, de 02 de março de 1994. p. 23. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tc/acordaos/19930810.html>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

§ 1º - Desde que haja conflito de jurisprudência deve o Tribunal resolvê-lo e lavrar assento, ainda que a resolução do conflito não tenha utilidade alguma para o caso concreto em litígio por ter de subsistir a decisão do acórdão recorrido qualquer que seja a doutrina do assento.

§ 2º - O acórdão que resolver o conflito será publicado imediatamente na primeira série do Diário do Governo e na Coleção Oficial. O presidente enviará ao Ministro da Justiça uma cópia desse acórdão, acompanhada da resposta do Ministério Público, dos acórdãos anteriores invocados como fundamento do recurso e de quaisquer considerações que entenda dever fazer.²¹⁸

Cita-se como exemplo desse instituto o que foi extraído do Recurso para o Pleno nº 060578. Na oportunidade, o Supremo decidia sobre o casamento de uma mulher portuguesa com um alemão, na vigência do regime de Concordata. Obtido o divórcio na Alemanha, a cônjuge requereu em Portugal a revisão da sentença, concedida pela Relação de Lisboa. Discordante, o Ministério Público interpôs recurso para o Supremo, que confirmou o acórdão. Ainda inconformado, o *Parquet* recorreu para o Pleno, alegando divergência com outro acórdão dessa Corte, pois enquanto um decidiu que a sentença poderia ser revista e confirmada em Portugal, outro, em caso similar, determinou o inverso. Ao final, foi dado provimento ao recurso, assentando-se que “Não é de conceder a revisão e confirmação de sentença estrangeira que decreta o divórcio, de nacionais ou estrangeiros, casados segundo o regime da Concordata entre Portugal e a Santa Sé”.²¹⁹ Aqui se tem, claramente, um problema advindo de um caso concreto, abstraído em poucas linhas como prescrição genérica para orientar ulteriores julgamentos.

Por sua vez, o artigo 2º do Código Civil de 1967 também instituiu força obrigatória geral aos assentos:

Artigo 2º
(Assentos)

Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral.

A prática seguiu sem grandes questionamentos judiciais ou doutrinários por muito tempo. Pelo contrário, aparentava-se não apenas uma conformação geral a respeito dos assentos, mas confiança de que o instituto promovia a adequada uniformização da jurisprudência, mormente com base nos escritos de José Alberto dos Reis,²²⁰ um de seus grandes defensores. Até que, em 1983, com a publicação de obra de António Castanheira Neves,

²¹⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Os assentos no direito processual civil. *Justicia*. Ano XXXIII, v. 74, São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 1971. p. 120.

²¹⁹ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Acórdão do Processo nº 060578**. 1965.

²²⁰ Em obras como **Comentário ao código de processo civil**. Coimbra: Coimbra, 1960; e **Código de processo civil anotado**, 3. ed., reimpr. Coimbra: Coimbra, 1981.

intitulada “O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais”, resultado de dez anos de publicações na Revista de Legislação e de Jurisprudência, iniciou-se uma mudança de paradigma.

Como reconhecido pelo próprio autor, a proposta (de demonstrar a inconstitucionalidade dos assentos) foi ousada já na dedicatória:

Dedicamos este livro ao Supremo Tribunal de Justiça. Para além da homenagem que assim se ousa, vai nisso a esperança de vermos a autonomia verdadeira do direito — de que tão carecidas estão as sociedades contemporâneas, só viradas para os poderes — a conseguir a sua afirmação incondicional numa jurisdição independente e esclarecida que tenha naquele Tribunal um sábio orientador e o supremo garante. Nem é outra afinal a tese deste estudo, pois, ao reflectir sobre os assentos, foi na função do Supremo Tribunal de Justiça, daquele modo compreendida, que sempre se pensou e nas conclusões a que assim chegámos encontra também o seu conteúdo a proposta de reforma legislativa que acabamos por fazer.

Nela, o catedrático de Coimbra assevera que os assentos geram perplexidade²²¹ por serem prescrições jurídicas obrigatórias, constituídas de normas abstratas e gerais, destinadas a aplicação futura para garantir segurança e igualdade jurídicas; são ainda legalmente vinculantes e reconhecidas como fonte do Direito, tal como disposição de lei.²²² Por isso, eles se diferem de qualquer regime formal e vinculante de jurisprudência estabilizada, por deixarem de oferecer critérios enquanto normas abstraídas e destacadas dos julgados concretos que lhes deram origem, mas, antes, apenas a síntese de fundamentos ou a *ratio decidendi* dessa jurisprudência. Já em regimes como o da “*doctrina legal*” originada do Supremo Tribunal espanhol, torna-se vinculante a orientação jurídica, mediante um certo número de decisões jurisdicionais no mesmo sentido, enquanto nos assentos se trata de impor, numa norma que expressamente se dirige ao futuro,²²³ a partir de um conflito jurisprudencial.²²⁴

Na análise problemática do instituto dos assentos, Castanheira Neves trabalha em três frentes:

1) Com os assentos intenta a nossa lei atingir um certo fim, cumprir um determinado objectivo na ordem das intenções últimas do direito — com a “uniformidade da

²²¹ Essa perplexidade se dá pelos assentos se tratarem de “ordem ou instrução (normativa) de serviço afirmada na ordem jurisdicional; interpretação autêntica a imputar-se a um acto jurisdicional; lei interpretativa como possibilidade reconhecida a um tribunal! Tudo isto autênticas heterodoxias dogmáticas que se têm defendido, não decerto qualquer delas com total ou absoluta ausência de fundamento [...], mas a denunciarem, na verdade, a estrutura paradoxal do nosso instituto”. NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 285.

²²² *Ibidem*, p. 315.

²²³ Esclarece que “o assento é ‘norma’ (constitui-se *ex-novo* visando o futuro) e não ‘jurisprudência’ (consagração de soluções que vêm do passado e persistem).” *Ibidem*, p. 11.

²²⁴ *Ibidem*, p. 10-11.

jurisprudência” visa conseguir uma unitária estabilidade (ou fixidez) do direito, que satisfaça a segurança jurídica e garanta a certeza de uma sua unívoca aplicação. E o problema está em saber se estes valores, tal como eles são entendidos e se pretendem realizar através dos assentos, encontram validade na autêntica axiologia do direito e se respeitam os termos com que esta axiologia os impõe. Pelo fim ou objetivo positivo do instituto, somos assim levados ao problema da sua teleologia jurídica.

2) Com vista a esse objectivo foram os assentos instituídos com um determinado regime jurídico — traçou-se-lhes uma certa estrutura institucional — de que se obtém um particular resultado normativo. E então, perante aquele regime e tendo presente este resultado, põe-se-nos o problema da sua natureza dogmática, do seu valor normativo e da sua validade jurídica no quadro institucional global do nosso sistema de direito: o problema do seu sentido dogmático-jurídico.

3) Este instituto, com aquele valor teleológico e este sentido dogmático, foi inserido, como um dos seus momentos, numa função (ou actividade institucional-normativa) que no triplo aspecto, intencional, metodológico e jurídico tem um sentido e uma natureza bem definidos. A inserção do nosso instituto nessa função, a função judicial, será correcta e, sobretudo, o contributo que do órgão — a quem ele aí foi particularmente cometido — se espera e que na verdade lhe compete para a realização histórica do direito, será desse modo, mediante os assentos com aquele seu sentido jurídico, que validamente no-lo poderá e deverá oferecer? E de novo o problema da adequação institucional e intencionalmente funcional dos assentos, a pôr agora directamente em causa a função jurídica dos nossos Supremos Tribunais.²²⁵

Para o presente capítulo, como já enunciado no título, tem mais relevância a dimensão teleológica dos assentos. O que essencialmente discerne o poder legislativo do judiciário são suas índoles intencionais, marcando a dicotomia entre intenção genérico-abstrata, característica do primeiro, *versus* intenção histórico-concreta,²²⁶ típica do segundo.

Parece claro que com os assentos se optou pela intenção geral-abstrata, pois eles pressupõem um tipo de certeza do direito determinado abstratamente por normas gerais, na medida em que formulam regras prescritivas, destacadas do caso decidendo para o futuro. Essa

²²⁵ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 21-22.

²²⁶ Assim como já vinha insistentemente enunciando desde sua tese de doutorado (que resultou no livro **Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967), anos mais tarde, Castanheira Neves continua a expor que se deve ter em mente a historicidade não apenas da função jurisdicional, mas do próprio Direito. Para ele, a atual problematidade jurídica põe em causa não só seu verdadeiro sentido, mas a possibilidade de seu sentido (NEVES, António Castanheira. **O Direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do Direito**. 3. ed. Coimbra: Instituto Piaget, 2012. p. 09-10). Diz, ademais, que não se trata “[...] tão-só do problemático que a porventura assimetria, a dessincronização, a inadequação sistemática entre o direito e o seu ‘meio’ contextual (a sociedade que o solicita) hoje provoquem, ou sequer da problemática que já filosoficamente sempre se justificaria - o problema ontológico da compreensão do seu ser, o problema axiológico da fundamentação da sua validade. Trata-se, mais profundamente, do problema radical do seu sentido e subsistência para nós nesta nossa situação histórica (histórico-social e histórico-cultural) e em que nós a nós próprios afinal também radicalmente nos interrogamos. Pois logo reconhecemos que esta condição problemática do direito no nosso tempo não exprime senão uma dimensão da nossa própria problemática situação histórico-existencial; situação em que nós mesmos, com todos os sentidos da nossa cultura e herança constituintes, nos pomos em causa até ao limite.” *Idem*. p. 17. Explicar-se-á, por ora, a dimensão histórico-concreta do poder judiciário para, no capítulo 4, somá-la à necessidade de inclusão do indivíduo num processo que se pretenda democrático e questionar se os provimentos vinculantes brasileiros alcançam esse desiderato.

escolha, no entanto, resulta em significativas consequências hermenêuticas.²²⁷ A normatividade jurídica se manifesta de modo geral-abstrato quando seu imediato objeto e seu modo específico são, respectivamente,

[...] entidades lógicas de natureza abstracta e de extensão genérica – entidades construídas lógico-intelectualmente por um qualquer processo de abs negativa (") (seja generalizante, formalizante ou mesmo tipificante) que se nos oferecem como objectos ideais (seja como conceito, seja como *genus* ou *species*, seja como tipo ideal, seja como regra ou norma-proposição) — e um pensamento de índole sistemático-formal e analítico-dedutivo.²²⁸

Por sua vez, a normatividade de índole histórico-concreta possui

[...] uma intenção desta índole se o seu objecto (ou objectivo) imediato forem entidades que ela pressuponha como dadas, na sua individualidade histórica — casos históricos, casos jurídico-concretos — e ajuíze nessa sua mesma individualidade histórica mediante um *modus* problemático-material e sintético-constitutivo.²²⁹

Finalmente, também não se identificam os assentos com o regime de “precedente obrigatório”, típico dos sistemas de *common law*, pois

O “precedente” é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu — trata-se também aqui de uma estrita decisão jurisdicional — que se toma (ou se impõe) como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente analógica. Não se ultrapassa assim o plano do concreto casuístico — de particular a particular, e não do geral (a norma) ao particular (o caso) —, com todas as decisivas consequências, quer na intencionalidade jurídico-normativa quer metodológicas, que esse tipo de fundamentação e decisão implica.²³⁰

A marcante característica histórico-concreta, ainda no modelo do *stare decisis*, pressupõe uma modificação contínua e de inequívoca criação normativa, conforme observado por Paul Vinogradoff, Julius Stone, Martin Kriele e, principalmente, Lord Wright, para quem “o *common law* é um perpétuo processo de mudança”.²³¹ Em sua teoria denominada *Mechanical jurisprudence* (jurisprudência mecânica, uma degenerada transformação da jurisprudência

²²⁷ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 41.

²²⁸ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 42.

²²⁹ *Ibidem*, p. 42-43.

²³⁰ *Ibidem*, p. 12.

²³¹ WRIGHT, Lord. *apud* NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 67, nota de rodapé n. 140.

científica), Roscoe Pound propõe raciocinar o direito como experiência desenvolvida pela razão, para evitar a capacidade de engessamento de assuntos sistematizados.²³²

Quando se fala em “mesma questão fundamental de direito” (artigo 763º do Código de Processo Civil português) nos assentos, comparando-os com um efetivo regime de precedentes, a identidade que se busca são coordenadas problemáticas gerais, uma semelhança de intenção e posição jurídica tomada diante casos histórico-concretos diferentes. E a coordenada mais relevante é a estrutura dos assentos (preceitos abstratos e genéricos), junto ao imediato (fixação de uma solução jurídica mediante um enunciado prescritivo formal). Chega-se à conclusão de que a identidade de questão de direito pressuposta nos assentos é inconciliável com a identidade analógica ou jurídico-material intrínseca a um regime de *common law*.²³³ Isso porque o juiz julga repetidamente casos semelhantes, numa tarefa de “interpretar-se continuamente a si mesmo”; de modo que não faz sentido cogitar uma vontade objetiva da jurisprudência: a adaptação é a concreta realização jurisprudencial.²³⁴

Ademais, quando se está diante de um *dictum*,²³⁵ este deve se relacionar com a fundamentação geral do ato decisório. Tal posição tomará, em regra, diante da *ratio decidendi* do caso, a mesma posição logicada ocupada por um fundamento ou princípio geral frente a uma hipótese particular de aplicação. O fundamento global tem, perante o fundamento específico da questão jurídica concreta (o caso em litígio) uma natureza de fundamento-premissa, enquanto a questão jurídica se mostra geral e abstrata. Assim, confirma-se que a identidade da “questão de direito” relativa aos assentos não é analógico-concreta, típica de sistema de precedentes, sendo, antes disso, uma identidade geral-abstrata. Decisivamente, as estruturas metodológicas e intencionais possuem índole lógico-dedutiva (“*formal reasoning*”), em vez de material-indutiva ou problemática (“*material reasoning*”).²³⁶

A “intenção de acerto e de justiça” requer critérios e fundamentos prévios, mas exige uma contínua distinção normativa material, na medida em que se oferecem, historicamente,

²³² CARNIO, Henrique Garbellini. Precedentes judiciais ou “direito jurisprudencial mecânico”? **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, jan./mar., 2016. p. 84-85.

²³³ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 69-70.

²³⁴ *Ibidem*, p. 473.

²³⁵ Trata-se, segundo Fredie Didier Jr. Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, de “[a]rgumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (‘prescindível para o limite da controvérsia’).” DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. v. 2 – Reescrito com base no novo CPC. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 444.

²³⁶ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 76-77.

conteúdos concretos para a decisão. Quer dizer, portanto, que tal intuito não prescinde – diferentemente da aplicação objetivo-necessária ou dedutiva que os assentos propõem – de realização normativa concreta de índole constitutiva. Pois a intenção de acerto ou justiça requer, ainda, um terceiro componente: o critério prévio não deixa pré-determinada a decisão ou solução concreta, vez que esta caminha ao lado do

[...] contributo do constitutivo do acto (e do agente) da decisão concreta, e terá de admitir toda a variabilidade de concretização material que essa mediação implica. E é isto o que o regime dos assentos pretende justamente eliminar.²³⁷

Nessa luta contra a intenção geral-abstrata na jurisdição, portanto, Castanheira Neves busca evitar que a certeza buscada pelo Direito sacrifique o acerto das decisões concretas; que a igualdade de aplicação formal que obste independência em juízos material-normativamente adequados; e, por fim, que a estabilidade da jurisprudência se confunda como imutabilidade.²³⁸

E desde suas considerações quando buscou superar o afastamento entre “questão de fato” e “questão de direito”, o autor já salientava a historicidade do direito e sua contínua realização:

O direito é teoréticamente irreduzível e o pensamento jurídico não poderá nunca assumi-lo numa perspectiva teórico-*objectiva*, porque é ele por essência uma *intenção normativa* a realizar *históricamente* e em *acto*. O direito é essencialmente *histórico*. E isto porque é ele mesmo historicidade e faz história, não porque seja objecto histórico, uma qualquer entidade *objectiva* ou real que se nos ofereça como “dado” da história, transmitido por um tempo pretérito e perfeito. O direito só é verdadeiramente como tal, ou só o compreendemos como direito (i. é, *juridicamente*) enquanto o compreendemos como “sujeito” de normatividade, como o problema da validade jurídica posto num tempo presente perante uma realidade actual; como uma validade que é problemática no momento em que se solicita e no modo como por ela se pergunta. Não é *factum*, mas *feri*; possibilidade a determinar concretamente, realizando-se. É validade a predicar, problema a resolver; e por isso não realidade *objectiva*, mas *objectivo* para uma realidade. Ele é histórico, não porque o seu tempo é o passado, mas porque o seu tempo é o futuro a precipitar-se e a moldar o presente.²³⁹

A mesma questão continuou a ser abordada quando se refletiu sobre os pressupostos e dimensões do papel do juiz na contemporaneidade:

[...] se nesta dialéctica tem o direito realizando a sua dinâmica de emergência, pela solução dos problemas jurídicos concretos que se vão desse modo suscitando, então

²³⁷ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 40.

²³⁸ *Ibidem*, p. 655.

²³⁹ NEVES, António Castanheira. **Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967. p. 906-907.

o direito nunca será um dado, ou sequer um objecto, e sim verdadeiramente um problema — será ele, como já atrás tínhamos aludido, um contínuo problemáticamente constituindo.²⁴⁰

Já no específico plano da invalidez constitucional dos assentos, salienta-se que a Carta Magna portuguesa foi explícita sobre o mister dos Tribunais, na função jurisdicional e administração da justiça, enquanto órgãos de soberania. Cumpre-lhes zelar pela legalidade, seja ao “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”, seja ao “reprimir a violação da legalidade democrática”. Legalidade essa não apenas pressuposta, porquanto os conflitos a que a jurisdição é chamada a resolver só se dirimem na sua individualidade histórico-socialmente concreta, mediante uma “[...] normatividade jurídica constituinte (jurídico-metodologicamente constituinte) em ‘concretização’ ou mesmo em desenvolvimento translegal”.²⁴¹ A função judicial, portanto, é definida no decidir de litígios, em vez de mera tutela dos textos normativos ou aplicação normal subsuntivo-dedutiva²⁴²; na solução para os casos, não para o futuro²⁴³; na conversão da axiologia e intenção de universalidade para além da legalidade, como limite de poder, num Estado Democrático de Direito – incumbe-lhe impor princípios e valores de intenção comunitária às interpretações partidárias.²⁴⁴ Ademais,

Ao ser chamada a função jurisdicional, através dos assentos, ao exercício da função legislativa, e desse modo aquela função investida num estatuto que está em contradição com o sentido (intencional e funcional) que lhe deverá corresponder no sistema político do Estado-de-Direito social dos nossos dias — o sistema político que a Constituição materialmente pressupõe e assimila, enquanto afirma o nosso Estado coma um “Estado de Direito democrático”, pois este Estado, por aquele sistema, em último termo se determina. E por isso os *assentos* são, nessa mesma medida materialmente inconstitucionais.²⁴⁵

Embora se caracterize como política em sentido amplo, a função judicial tem como característica a imparcialidade, indispensável na ponderação concreta de realização do direito, de modo que o juízo se anula ao identificar-se com a política de oportunidade social e

²⁴⁰ NEVES, António Castanheira. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, n. 74, 1998. p. 38.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 413-414.

²⁴² *Ibidem*, p. 415. Também anota o autor que a jurisdição é incompatível com fixação abstrato-formal do direito, que significaria suspender a solução problemático-concreta deste. *Idem*. p. 472.

²⁴³ *Ibidem*, p. 439.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 468.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 618.

ideológica.²⁴⁶ Uma vez no comando de instrumento ideológico, ela faz desaparecer o Estado de Direito, que inadmitte um “juiz político”.²⁴⁷

Dessa forma, por razões diferentes do período iluminista, deve a função legislativa ser desempenhada pelo poder legislativo, o qual é preparado (tem titularidade e responsabilidade) para desempenhar atos políticos. Sua índole política, porém, tem na função jurisdicional um contrapolo. Se a sociedade plural e complexa como a de hoje pode resultar em “leis parciais”, o judiciário aparece para garantir direitos e garantias fundamentais. Por isso, intencção jurisdicional é autônoma e exclusivamente direcionada ao direito, nas tarefas de verificar a constitucionalidade das leis, acentuar a dimensão política da legislação (realização concreta hermenêutica do direito), bem como impor limites críticos de validade, mediante valores e princípios fundamentais.²⁴⁸ Daí porque Neves sustenta que, ao impor o direito como medida do poder, a função judicial se exclui radicalmente da legislativa.²⁴⁹

Tais lições embasaram questionamento no processo número 474/88, julgado pelo Tribunal Constitucional Português mediante o Acórdão 810 de 1993. O recorrente contestava a constitucionalidade do Assento do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Julho de 1984, que buscava interpretar o artigo 1094º do Código Civil, com base no valor atribuído aos assentos pelo artigo 2º do mesmo diploma. Argumentava-se esse instituto não constituía fonte de direito, a partir do artigo 115, nº 5, da Constituição Portuguesa²⁵⁰, “cuja doutrina representa um corolário do princípio da separação de poderes estabelecido no artigo 114º²⁵¹, e que, obviamente, ‘inibe os tribunais de se imiscuírem no campo do legislativo e vice-versa’”.²⁵²

²⁴⁶ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 425.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 457.

²⁴⁸ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 603.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 606.

²⁵⁰ A redação vigente em 1993 era a seguinte: “Artigo 115º (Actos normativos) 1 - São actos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais. [...] 5 - Nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos.” PORTUGAL. [Constituição (1982)]. **Constituição da República Portuguesa: Lei Constitucional nº 1/82 de 30-09-1982**. 1982. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=8&tabela=leis&ficha=1&pagina=1>. Acesso em: 01 nov. 2021.

²⁵¹ “Artigo 114º (Separação e interdependência) 1. Os órgãos de soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecida na Constituição. 2. Nenhum órgão de soberania, de região autónoma ou de poder local pode delegar os seus poderes noutros órgãos, a não ser nos casos e nos termos expressamente previstos na Constituição e na lei.” PORTUGAL. [Constituição (1982)]. **Constituição da República Portuguesa: Lei Constitucional nº 1/82 de 30-09-1982**. 1982. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=8&tabela=leis&ficha=1&pagina=1>. Acesso em: 01 nov. 2021.

²⁵² PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 810/1993**. Publicação: Diário da República, n. 51/1993, 2. série, de 02 de março de 1994. p. 02. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tc/acordaos/19930810.html>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

Sintetizando o magistério de Castanheira Neves, a Suprema Corte portuguesa explanou que: (a) o órgão que emite assento é órgão investido de função judicial geral, sendo ele de hierarquia sobre diversos outros tribunais; (b) esse órgão aprecia recurso, resolvendo um caso concreto e específico, desempenhando sua atividade jurisdicional; (c) no entanto, acaba por ultrapassar o estrito caráter de tal atividade ao prescrever norma jurídica – assento – destinada não apenas a solucionar aquele caso, mas também a uma aplicação futura e geral. Adiante, fez-se constar no acórdão:

[...] sendo função dos assentos interpretar ou integrar autenticamente as leis, a norma que lhes atribui força obrigatória geral, não pode deixar de incorrer em colisão com o artigo 115.º, n.º 5 da Constituição. E contra esta conclusão não serve invocar o artigo 122.º, n.º 1, alínea g) da Constituição que manda publicar no jornal oficial, para além das decisões do Tribunal Constitucional, as “dos outros tribunais a que a lei confira força obrigatória geral.”²⁵³

Após essas considerações, o Tribunal, embora não tenha dado provimento ao recurso por falta de requisitos de admissibilidade, julgou inconstitucional a norma do artigo 2º do Código Civil na parte em que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 115º, nº 5, da Constituição portuguesa.²⁵⁴ Essa conclusão repetiu-se em nova análise feita três anos depois, no Acórdão 743/1996.^{255 256}

Embora não tenha sido declarada a inconstitucionalidade total do artigo 2º, garantiu-se aos assentos vinculação apenas no âmbito do Supremo Tribunal de Justiça e Cortes inferiores,

²⁵³ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 810/1993**. Publicação: Diário da República, n. 51/1993, 2. série, de 02 de março de 1994. p. 23. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tc/acordaos/19930810.html>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

²⁵⁴ Sobre a decretação de inconstitucionalidade do instituto, Jorge Teixeira Lapa acrescentou: “A figura do assento, tal como se encontra recortada no artigo 2º do C.C., conflitua, em nosso entender, com três normas da Constituição. São elas, *i*) a do artigo 114º, no que se refere ao desrespeito pelo princípio da separação de poderes claramente acolhida pela nossa Constituição (ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES); *ii*) o já referido artigo 115º, nº 5, no que respeita a proibição de actos legislativos atípicos; *iii*) o artigo 206º, no que concerne ao princípio da independência dos juizes.” LAPA, Jorge Teixeira. Anotação: Da inconstitucionalidade do assento. **Polis**: Revista de Estudos Jurídico-Políticos, n. 1, 1994. p. 164.

²⁵⁵ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 743/1996**. Publicação: Diário da República nº 165/1996, Série I-A, de 18 de julho de 1996. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisaavancada//asearch/413777/details/maximized?emissor=Tribunal+Constitucional&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

²⁵⁶ Antes mesmo de o Tribunal Constitucional considerar inconstitucionais os assentos, já havia considerado e confirmado, “[...] em pelo menos cinco acórdãos, que ‘o carácter normativo dos assentos é uma verdade irrecusável’ [Acórdãos nº 40/84, 68/86 e 104/86] e que ‘o assento configura uma norma jurídica com eficácia *erga omnes*, em termos de, quanto a ele, ser possível o accionamento do processo de fiscalização abstracta sucessiva’ [Acórdãos nº 8/87 e 359/91].” LAPA, Jorge Teixeira. Anotação: Da inconstitucionalidade do assento. **Polis**: Revista de Estudos Jurídico-Políticos, n. 1, 1994. p. 161.

sem força de lei. Assim, conforme declaração de voto vencido,²⁵⁷ o Acórdão 810 acabou por esvaziar o instituto.

Finalmente, o dispositivo do Código Civil foi revogado pelo Decreto-Lei nº 329-A/95, que passou a vigorar em setembro de 1996. Consta das razões de veto que “os assentos são caso julgado, no litígio que vieram julgar” e “[...] sua proibição prende-se com o facto de se pretender, de modo objetivo e claro, preservar a reserva legislativa na produção de normas gerais, abstratas e obrigatórias”.²⁵⁸

As cortes lusitanas jamais emitiram assentos a partir de então e, ao que parece, têm lidado com a uniformização da jurisprudência e o ideal de isonomia sem adotar provimentos decisórios formalmente vinculantes.

²⁵⁷ Consignou a Conselheira Maria da Assunção Esteves: “O acórdão reconhece, pois, que os assentos são inconstitucionais se dispuserem de força obrigatória geral. Como não existe outro lugar do sistema jurídico onde se defina a força vinculativa dos assentos, o acórdão, ao conceder neste ponto, teria de conceder na tese da inteira inconstitucionalidade da norma do artigo 2º do Código Civil, que é uma norma lógica e significativamente incindível.” PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 810/1993**. Publicação: Diário da República, n. 51/1993, 2. série, de 02 de março de 1994. p. 52. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tc/acordaos/19930810.html>>. Acesso em: 23 mar. 2021. p. 52. Após, sobre a parcial contradição do voto vencedor: “A tese da limitação ‘temporal’ - a ‘segunda condição de constitucionalidade’ posta pelo acórdão - requereria a criação de um esquema processual próprio que assegurasse a revisibilidade dos assentos. Esse esquema não existe e o Tribunal não se aventurou a descrever-lhe os contornos, os fundamentos, a tramitação. Ainda destruiu por inconstitucional um ‘segmento’ da norma do artigo 2.º do Código Civil, ainda manteve o nome ‘assento’ para designar um instituto ‘visando assegurar a unidade do direito e a segurança da ordem jurídica’, ainda avançou ‘*contra legem*’ algumas das suas características. Mas acabou por confessar a impossibilidade do seu próprio objetivo.” *Idem*. p. 57.

²⁵⁸ PORTUGAL. **Código Civil de 1996**. Atualizado de acordo com: Lei nº 65/2020, de 04/11. 1996. Disponível em: <<https://www.codigocivil.pt/>>. Acesso em: 01 nov. 2021.

3. A ABSTRATIVIZAÇÃO DESENFREADA NO BRASIL: DA HERANÇA COLONIAL À PRÁTICA CONTEMPORÂNEA

O presente capítulo tratará especificamente dos provimentos vinculantes brasileiros (aqueles contidos no artigo 927 do Código de Processo Civil, súmulas vinculantes, orientações jurisprudenciais na Justiça do Trabalho, dentre outros), comparando-os com os assentos portugueses.

Essas digressões serão relevantes para questionar se as razões pelas quais se decretou a inconstitucionalidade dos assentos são compatíveis com o contexto atual, e se alguma mudança na compreensão do princípio da separação dos poderes e das funções legislativa e judiciária poderia justificar que os tribunais emitam enunciados gerais e abstratos, com observância obrigatória.

3.1 O VÍNCULO GENÉTICO DOS PROVIMENTOS VINCULANTES COM OS ASSENTOS E SUA DIFERENCIAÇÃO QUANTO AOS PRECEDENTES

A tradição jurídica brasileira, devido ao processo colonizatório, é fortemente influenciada pela portuguesa,²⁵⁹ inclusive quanto aos “assentos”.

Como a Casa de Suplicação era o Tribunal Superior do Reino português, suas prescrições vigoravam na colônia brasileira. E o vínculo genético dos “assentos” com os hoje chamados provimentos vinculantes se tornou mais evidente com a vinda da família real, tendo a Relação do Rio de Janeiro sido transformada em Casa da Suplicação para o Brasil, mediante o Alvará de 10 de maio de 1808.

Não se podia contar, na época do Império, com uma jurisprudência propriamente nacional.²⁶⁰ Os assentos portugueses foram implantados no Brasil pelo Decreto nº 2.684, de 23

²⁵⁹ “Quando, em 22 de Abril de 1500, a armada portuguesa comandada por Pedro Álvares Cabral chegou à Terra de Vera Cruz, o Direito Português penetrou no Brasil, onde, durante vários séculos, teve vigência e, hoje, conserva uma influência particularmente importante que permite afirmar, sem a mínima ousadia, que partilhamos, Portugueses e Brasileiros, do mesmo direito: o direito luso-brasileiro.” SANTOS JUSTO, António. A influência do direito português na formação do direito brasileiro. **Revista Jurídica da FA7** [Universidade 7 de Setembro], Fortaleza, v. V, n. 1, abr. 2008. p. 197.

²⁶⁰ Havia, segundo o conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira *apud* MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed., v. IV, Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 122-123, um “acervo informe de contradições e incoerências, muitas vezes a negação das doutrinas mais conhecidas, e dos princípios mais certos;

de outubro de 1875, já com força de lei, a fim de alcançar a unificação jurisprudencial e, conseqüentemente, restabelecer a segurança jurídica da sociedade.²⁶¹ No ano seguinte, o Decreto nº 6.142 previu que era indispensável que os julgamentos causadores da divergência já houvessem sido proferidos em processos findos, além de que “[...] a divergência já tivesse por objeto o Direito em tese ou a disposição de lei e não a variedade da aplicação proveniente dos fatos”.²⁶²

Em Portugal, os “assentos” chegaram a ser abolidos e, logo mais, restabelecidos com a reforma processual de 1939; já no Brasil, houve tentativa de reintroduzi-los com o Anteprojeto apresentado por Alfredo Buzaid, que não foi positivado nessa parte, porém substituiu os assentos por “julgados” (ou “prejulgados”) de “jurisprudência dominante”²⁶³ e “súmulas”.²⁶⁴ Nos termos do artigo 861 do Código de Processo Civil de 1939:

Art. 861. A requerimento de qualquer de seus juizes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas.²⁶⁵

Conforme José Frederico Marques, “[o] prejudgado é um incidente de procedimento recursal para que se resolva uma questão prejudicial sobre uniformização de entendimento a

esta coleção de julgados tem todos os defeitos e todas as singularidades das criações, que são antes a obra do instinto cego, à mercê de influências acidentais e passageiras, do que o produto da razão humana iluminada pela ciência e pela discussão”.

²⁶¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Os assentos no direito processual civil. *Justicia*. Ano XXXIII, V. 74, São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 1971. p. 121. Segundo o autor, “[t]al decreto veio como uma medida imediata de saneamento da desordem processual que crescia ao ver de nossa sociedade daquele tempo, tanto que, tendo dado essa competência ao Supremo Tribunal, procurou libertá-lo ao rígido acolhimento dos assentos portugueses, que, por seus ensinamentos, trouxeram subsídios notáveis ao afeiçoamento dos mesmos [sic] ao modo de vida brasileiro.” *Idem*. p. 122.

²⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: Eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 101.

²⁶³ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da genealogia dos mecanismos vinculantes brasileiros: dos assentos portugueses às “teses” dos Tribunais Superiores. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. v. 14, n. 1 / 2019 e37204. p. 03.

²⁶⁴ “É necessário frisar, ainda, que a tradição lusa dos assentos, mantida no Império pelo Decreto Legislativo nº 2684/1885, ressurgiu na República, de forma atenuada, na Justiça do antigo Distrito Federal, através do Decreto nº 16273/23, art. 165, § 2º, através dos prejudgados. Vale registrar, também, que o recurso extraordinário, o de revista, os embargos no Supremo Tribunal Federal da Lei nº 623, de 19.12.49, e os prejudgados, tinham como função uniformizar a jurisprudência. Isto sem falar nas Súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais, criadas em 1964 [...]” STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: Eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 85-86.

²⁶⁵ BRASIL. **Código de Processo Civil de 1939**. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm>. Acesso em: 20 nov. 2021.

respeito de determinada norma jurídica”.²⁶⁶ Tal instituto, embora diverso do que se propôs no Anteprojeto Buzaid, não deixa de ter características de assento.²⁶⁷

No direito português, ausente previsão legal, caberia aos juízes julgar de acordo com costumes, tendo por base as leis imperiais. Em matéria de cunho religioso, a solução era apresentada conforme preceitos do direito canônico. Segundo as Ordenações, o julgamento dos casos omissos deveria se dar de semelhante a semelhante, o que induzia a um estilo, não produzindo autoridade senão sobre o próprio caso. Para adquirir força de lei era necessário o preenchimento de requisitos como repetição e conformidade de atos, além de impossibilidade de se opor às leis do reino.²⁶⁸

A princípio, a jurisprudência no Brasil era vista apenas com autoridade doutrinária, o que de fato estava de acordo com a Constituição do Império, que já trazia as diretrizes do princípio da legalidade, pelo qual ninguém é obrigado a agir ou deixar de agir senão em virtude da lei. A função do Judiciário nunca abrangeu funções legislativas, e durante o regime monárquico, o ordenamento em vigor concedia ao Supremo Tribunal competência para, mediante assentos, esclarecer dúvidas nas execuções de leis de forma a alcançar uniformidade e estabelecer diretrizes aos juízes de primeira instância. Contudo, essa competência desapareceu, ou deveria ter desaparecido, com os assentos.²⁶⁹

Em vez de recursos de revista e prejudgados, o Código de Processo Civil de 1973 instituiu o incidente de uniformização de jurisprudência, seguindo a emenda feita no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal em 28 de agosto de 1963, que instituiu a Súmula de Jurisprudência Predominante.²⁷⁰ O procedimento no diploma processual era assim definido, no Capítulo I do Título IX:

Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Parágrafo único. A parte poderá, ao arazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

²⁶⁶ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. v. V, Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 313.

²⁶⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Os assentos no direito processual civil. *Justicia*. Ano XXXIII, V. 74, São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 1971. p. 123.

²⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: Eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 84.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 85.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 101-102.

Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão.

Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada.

Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal.

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

Ainda assim, os resquícios da tradição portuguesa dos assentos continuaram presentes no ordenamento brasileiro, com exterioridade diferente: vide a instituição dos recursos extraordinário e de revista, além das súmulas, todos com intuito de uniformizar a jurisprudência.²⁷¹

O constituinte de 1988 estabeleceu o Supremo Tribunal Federal como guardião da Carta Magna, mediante o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, acrescentando-lhe a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, inciso I, *a*). À Suprema Corte também compete julgar, em recurso extraordinário, causas de única ou última instância nas hipóteses de contrariedade à Constituição, em como declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, validade de lei ou ato de governo local em face da Lei Maior e validade de lei local contestada em face de lei federal (art. 102, inciso III, incisos *a* ao *d*, este último incluído pela Emenda nº 45, de 2004).

Ao Superior Tribunal de Justiça coube o julgamento de recurso especial de causas decididas por Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais em que houver: contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal; validade de lei ou ato de governo local contestado diante de lei federal; e divergência interpretativa entre o caso julgado e o de outro tribunal (art. 105, inciso III, incisos *a* ao *c*). Portanto, embora a Constituição não tenha expressamente atribuído ao Superior Tribunal de Justiça a defesa da legislação ordinária como atribuiu à Suprema Corte a proteção do texto constitucional, o recurso especial é uma importante ferramenta para esse fim, bem como para a uniformização de jurisprudência.

A Constituição originária, portanto, dispôs apenas sobre julgamento de causas, lides subjetivas (à exceção do controle concentrado de constitucionalidade). Mas, desde então, aliados aos mecanismos já previstos no Código de Processo Civil de 1973, como o incidente de

²⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: Eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 87.

uniformização de jurisprudência e súmulas de “jurisprudência dominante”, a abstrativização das decisões judiciais, mormente pelos ora denominados provimentos vinculantes, aumentou vertiginosamente.

Sobrevieram, após a Constituição vigente, alterações relevantes no sistema processual. A Lei nº 8.038, de 1990, no artigo 38, permitiu ao relator nos Tribunais Superiores decidir monocraticamente, entre outras hipóteses, sobre pedido ou recurso que contrariar súmula do respectivo tribunal nas questões “predominantes de direito”.²⁷² A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, criou o requisito da repercussão geral para o recurso extraordinário (artigo 102, inciso III, § 3º). E, a fim de regulamentar tal instituto, foi promulgada a Lei n.º 11.418, de 2006, que alterou o Código de Processo Civil e demarcou a repercussão geral em casos que versarem sobre “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (art. 534-A, § 1º), bem como instituiu os recursos extraordinários repetitivos representativos, em que se analisam, conjuntamente, a repercussão geral “quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia”.²⁷³

No mesmo caminho, a Lei nº 11.672, de 2008, regulou o artigo 105, inciso III, da Constituição, modificando o diploma processual civil com a criação do julgamento dos recursos especiais repetitivos — aqueles em que houver multiplicidade de feitos “com idêntica questão de direito” (art. 543-C, *caput*). O presidente do Tribunal admite um ou mais recursos representativos e determina o sobrestamento dos demais que tenham mesma discussão no território nacional; após publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os feitos suspensos têm seguimento negado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada ou são novamente julgados pelo tribunal de origem caso o acórdão recorrido divergir do julgamento paradigma (art. 543-C, § 7º, incisos I e II).²⁷⁴ Outros dispositivos trataram de preceitos normativos similares, como o artigo 475, § 3º, que versa sobre a inexigibilidade de reexame necessário, e o artigo 285-A, o qual autoriza o julgamento liminar do mérito da ação em processos supostamente repetitivos.

²⁷² BRASIL. **Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990**. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm>. Acesso em: 25 jul. 2021.

²⁷³ BRASIL. **Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006**. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm>. Acesso em: 25 jul. 2021.

²⁷⁴ BRASIL. **Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008**. Acresce o art. 543-C à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11672.htm>. Acesso em: 25 jul. 2021.

Após anos de tramitação e várias revisões dos projetos de lei, foi finalmente sancionada a Lei 13.105, de 2015, que instituiu o atual Código de Processo Civil – o primeiro da era democrática brasileira. Parece certo que um dos seus pontos mais relevantes e controversos é sobre a uniformização da jurisprudência. Parte da comunidade jurídica recebeu com entusiasmo o suposto “sistema de precedentes”²⁷⁵ inaugurado pelo diploma processual, que assim preceitua:

Art. 926. 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.

Art. 927. 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.

Tem-se dito que o funcionamento desse sistema poderá solucionar as vicissitudes judiciais de falta isonomia e de segurança jurídica, traduzidas na “jurisprudência lotérica”, isto é, quando se dá tratamento assimétrico para causas semelhantes, além de demora na prestação jurisdicional.²⁷⁶ A aposta desse novo paradigma é, em maior parte, no efeito vinculante mencionado nos incisos I a V do artigo 927. A partir de então, grande parte da literatura jurídica passou a tratar, com frequência e ares de sofisticação, termos como efeito vinculante e *stare decisis*, chegando-se a afirmar que o Brasil estaria caminhando “a passos largos para o *common*

²⁷⁵ Essa designação é bastante utilizada – ou praticamente generalizada – na literatura processual civil. Ver, por exemplo: DIDIER JR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (Orgs). **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 89-103. Logo de início, o autor destaca que “um dos pilares do novo Código é a estruturação dogmática de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. Essa transformação do direito brasileiro deve-se muito ao modo pelo qual a jurisdição vem sendo examinada pelos estudiosos do Direito no Brasil.” *Idem*. p. 89.

²⁷⁶ Nesse sentido, elucida Henrique Carnio: “Recentemente, podemos notar uma verdadeira fetichização de parte de nossa doutrina a um direito jurisprudencial, inclusive, sob a afirmação de que a maioria das reformas legislativas ou teorias são, agora, ditas como oriundas do *common law*. Os principais argumentos são de que o *common law* representa a porta de saída para os nossos principais problemas judiciais, como insegurança jurídica, multiplicação de processos, necessidade de uniformização da jurisprudência *etc*”. CARNIO, Henrique. Precedentes judiciais ou “direito jurisprudencial mecânico”? **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, jan./mar. 2016. p. 90.

law”,²⁷⁷ inclusive com várias confusões entre as naturezas dos provimentos vinculantes e dos precedentes anglo-saxões.²⁷⁸

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, ao afirmarem a singularidade da tradição jurídica no Brasil – entre *civil law* e *common law* –, ressaltam o grande número de códigos legislativos, característicos do *civil law*, e dizem que, simultaneamente, instituiu-se “[...] um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc.), de óbvia inspiração no *common law*”.²⁷⁹ Porém, reiterando os ensinamentos de Neves, institutos como súmula vinculante e súmula impeditiva, tais como os assentos, não encontram paralelo no regime de precedentes obrigatórios, pois este não adota soluções-prescrições cujas *rationes decidendi* se desloquem do caso concreto para vincular casos futuros.

Mesmo autores tidos como “precedentalistas”²⁸⁰ procuram esclarecer a questão. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero explicam que as súmulas tiveram significado e importância alterados com o Código de Processo Civil vigente, passando de mera orientação

²⁷⁷ CANÁRIO, Pedro. “Caminhamos a passos largos para o *common law*”, afirma Teori Zavascki. **Revista Consultor Jurídico**. 2015. Postura semelhante é defendida por Hermes Zaneti Júnior e Carlos Frederico Bastos Pereira, para os quais “[...] a consolidação do *Civil Law* está intimamente ligada às consequências surgidas com as bandeiras levantadas pela Revolução Francesa, notadamente com o surgimento da Escola da Exegese e a universalização dos códigos napoleônicos. Contudo, a compreensão do modelo de precedentes adotado pelo CPC/2015 (LGL\2015\1656), exige uma ruptura com as crenças ligadas à nossa tradição.” ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? **Revista de Processo**, v. 257/2016, p. 371-388, jul./2016. p. 03. Em diferente sentido, conquanto José Miguel Garcia Medina diga que o *stare decisis* “[...] traz segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade, desestímulo à litigância excessiva, confiança, igualdade perante a jurisdição, coerência, respeito à hierarquia, imparcialidade, favorecimento de acordos, economia processual (de processos e de despesas) e maior eficiência”, pondera que o respeito aos precedentes não é exclusivo do *common law*, e não teria o Código de Processo Civil vigente o condão de redirecionar o modelo brasileiro. MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.131.

²⁷⁸ Ver, por exemplo: MATIAS, João Nogueira; PAVAN, Luana; PORTO, Italo da Justa. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC: o *common law* no direito processual brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará**, Fortaleza, v. 35, n. 1, p. 121-145, jan./jun. 2014. Denota-se, já no título, que o “IRDR” (aqui tratado como um dos provimentos vinculantes) seria uma forma de manifestação típica do *common law*, ou que se tal instituto se tratasse de um efetivo precedente, típico da doutrina do *stare decisis*.

²⁷⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 58.

²⁸⁰ Lenio Streck lembra que o advento do Código de Processo Civil vigente apontou, para parte da doutrina e, em especial, da jurisprudência, “[...] à noção de que precedentes vinculantes no Brasil, compreendidos como ‘entendimentos que firmam orientações gerais obrigatórias para o futuro.’ (cf. MELLO; BARROSO, 2016). É que se depreende do RE 655.265/DF [...], de relatoria do Min. Luiz Fux, com redação do Min. Edson Fachin, que ‘introduz’ o *stare decisis*. Em referência expressa, direta, a Daniel Mitidiero (2018, p. 95) – que é quem, ao lado de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart, e do próprio Min. Barroso, personifica a doutrina precedentalista no Brasil –, o acórdão dispõe que nosso sistema teria adotado a regra do *stare decisis* que ‘densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação’. Ainda segundo o autor, ‘o papel do precedente é de reduzir o âmbito da equivocidade inerente ao Direito, viabilizando a sua maior cognoscibilidade [...] (MITIDIERO, 2013, p. 28).’ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 350.

para os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal, conforme Emenda Regimental de 1963, a guias para interpretação jurídica como um todo e para a sociedade. No entanto, tais institutos não se confundem com os precedentes:

Escapa ao legislador, porém, que precedentes e súmulas estão em níveis distintos. É um equívoco, portanto, trata-los como se estivessem no mesmo plano, como o faz o art. 927, CPC/2015. Súmulas são enunciados que visam a retratar de modo simples e direto precedentes, [...] alocando-se em um nível linguístico acima do nível do precedente. Por essa razão é que obviamente devem se ater às circunstâncias fático-jurídicas que deram azo à formação dos precedentes subjacentes (art. 926, § 2.º, CPC/2015). Isso quer dizer que o legislador deveria ter dito que os precedentes – enunciados ou não em súmulas, vinculantes ou não – obrigam juízes e tribunais. Rigorosamente não são as súmulas que obrigam, mas os precedentes subjacentes.²⁸¹

Em sentido análogo, Sérgio Arenhart – também filiado às teses “precedentalistas” – e Paula Pessoa Pereira distinguem:

Como facilmente se vê, os instrumentos descritos no CPC não têm nenhuma relação com o sistema de precedentes. Particularmente as figuras descritas no art. 927, do código, estão claramente orientados para outra finalidade. Não objetivam dar unidade ao desenvolvimento judicial do Direito, oferecendo coerência, imparcialidade e igualdade na aplicação das normas jurídicas. Têm, sim, por finalidade, gerir a massa de demandas judiciais, evitando a disparidade de decisões em relação a casos idênticos. As técnicas ali descritas – especialmente as súmulas (vinculantes ou não), as técnicas de solução de casos repetitivos (art. 928) e as decisões proferidas em incidentes de assunção de competência – almejam sobretudo lidar com a litigância de massa, conferindo tratamento uniforme a situações repetitivas. Por outras palavras, pode-se dizer que a intenção desses instrumentos está orientada para dois escopos específicos: a) reduzir a carga exagerada de demandas perante o Poder Judiciário, impondo a solução idêntica de casos repetitivos; e b) oferecer, *com isso*, maior segurança jurídica.²⁸²

Para que fique ainda mais clara essa diferença, Georges Abboud, Rafael Tomaz de Oliveira e Henrique Carnio discorrem que, diferente das súmulas – vinculantes ou não –, os precedentes não têm seu conteúdo expressado num breve texto normativo. A decisão adquire *status* de precedente apenas quando a solução do caso anterior é reiteradamente aplicada no

²⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 926 ao 975**. Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 51-52.

²⁸² ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedentes e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução de litigância de massa? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (Orgs). **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 183-184.

futuro, ao se impor como padrão decisório para casos análogos (Castanheira Neves). Logo, inexistente “[...] um verbete sumular que determina expressamente o que é um precedente”.²⁸³

Feitos esses esclarecimentos e contextualizações, passa-se à explanação e análise crítica dos principais provimentos vinculantes brasileiros, que adquiriram inegável força normativa com o Código de Processo Civil de 2015.

3.1.1 Súmulas e Súmulas Vinculantes

O artigo 102, § 2º, introduzido pela Emenda Constitucional nº 03/93, é fundamental neste histórico de provimentos judiciais obrigatórios no direito brasileiro, pois conferiu efeito vinculante às decisões proferidas pelo Superior Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade.

Já a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, inseriu os enunciados de súmula vinculante, cuja edição é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, bem como a repercussão geral nas demandas submetidas a recurso extraordinário, conforme se observa no artigo 102, §3º, da Carta Política. O artigo 103-A, também concebido por essa Emenda, dispõe acerca da possibilidade de uma súmula possuir eficácia vinculante em decisões futuras. O texto diz que o Supremo poderá emitir diretiva obrigatória em relação aos outros órgãos do Poder Judiciário, bem como à Administração Pública direta ou indireta, além de poder cancelar ou fazer sua revisão, desde que atenda às especificidades contidas em lei.²⁸⁴

O artigo 105, III, da Carta Magna prevê o cabimento de recurso especial contra decisão contrária a lei federal ou quando houver interpretação da lei federal divergente a que lhe haja atribuído outro tribunal. A questão é que a Lei Federal nº 8.038, de 1990, dispõe, em seu artigo 38, sobre a possibilidade de se negar seguimento a recurso quando contrário às súmulas da Suprema Corte. Portanto, se se admite recurso especial apenas com acórdão paradigma em sentido contrário à interpretação de lei dada pelo tribunal, não se pode considerar que o recurso não seja conhecido apenas porque contrário à súmula, pois súmula não é lei. Ainda que o

²⁸³ ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira; CARNIO, Henrique Garbellini **Introdução ao direito**: teoria, filosofia e sociologia do direito. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 429-430.

²⁸⁴ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 25 jul. 2021.

Supremo Tribunal Federal tenha tentado amenizar a situação vinculante das súmulas, tornando possível a interposição de agravo regimental contra decisão do relator que nega seguimento ao recurso, a problemática ainda permanece, vez que se atribuiu à súmula vinculação cujo valor é atributo de lei, incompatível com o sistema jurídico brasileiro.²⁸⁵

Na verdade, percebe-se que a importância atribuída às súmulas vai além da própria lei. Quando se permite que o relator possa negar monocraticamente seguimento a recurso de matéria que se mostrar oposta ao disposto em súmula, fica evidente a autoridade assumida pelos Tribunais Superiores, assim como seu efeito *erga omnes*, que pode barrar a rediscussão da interpretação dada à lei federal ou à Constituição, gerando um sistema fechado. Nesse mecanismo, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal legislam ao editar súmulas, interditando a discussão acerca dos próprios textos criados.²⁸⁶

O § 1º, do artigo 2º da Lei 11.417, de 2006, regulamenta o instituto da súmula vinculante, que deve ter por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas cuja controvérsia comprometa a segurança jurídica entre os órgãos judiciários e a Administração Pública. Por conseguinte, o artigo 3º da mesma lei prevê a participação de *amicus curiae* nos processos de construção, revisão e cancelamento da súmula vinculante, dispondo em seu §2º que, nesses procedimentos deve ser admitido pelo relator a manifestação de terceiros.

Já as regras para edição da súmula “comum” encontram-se previstas no artigo 926 do Código de Processo Civil, que prescreve os limites a serem observados pelo tribunal e a necessidade de debates em reiterados julgamentos sobre questões relevantes,²⁸⁷ de forma que o enunciado possibilite aplicação em casos futuros com hipótese fática similar.²⁸⁸

As súmulas, vinculantes ou não, editadas no enfrentamento de teses divergentes, são produzidas mediante enunciados que, em linhas resumidas, apresentam uma “regra jurídica” retirada de julgamentos. Não baseiam, portanto, no caso concreto ou na analogia, mas sim na repetição de “teses” que levam à construção de uma regra geral com termos abstratos, a ser

²⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: Eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 160.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 162-165.

²⁸⁷ Já no começo do exercício da faculdade de editar súmulas vinculantes, contudo, o STF passou ao largo das próprias condicionantes impostas na Constituição Federal, sobretudo no que concerne à necessidade de reiterados julgamentos sobre a matéria objeto de sumularização e o escopo de atuar sobre dimensões de validade, interpretação e eficácia de normas determinadas, grave insegurança jurídica e multiplicação de processos. É o caso, por exemplo, da Súmula Vinculante n.º 11, que trata do excepcional uso de algemas, pois a decisão de sumular tal matéria decorreu unicamente do julgamento isolado do HC 91.952, em que se debatia questão de nulidade no âmbito do Tribunal do Júri. Controvérsia sobre o uso de algemas na execução de prisões cautelares, por exemplo, sequer é matéria encontrada, mesmo em discussões periféricas, no acervo jurisprudencial do STJ ou do STF.

²⁸⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Processo civil e ideologia: subsídios teóricos e práticos ao advogado do contencioso**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 180.

aplicada em casos futuros. É por essa razão que a súmula não se confunde com o precedente, vez que representa um pronunciamento judicial entre posições interpretativas de cunho geral com o único objetivo de propiciar “segurança e uniformidade de interpretação e aplicação do direito”.²⁸⁹

De fato, ao contrário do sentido criador dos assentos, em alcançar “segurança jurídica” ou “unidade da jurisprudência”, as súmulas no Brasil foram concebidas principalmente com o objetivo de otimizar o trabalho dos tribunais. Isso porque, no seu período de criação, a Suprema Corte vivenciava um acúmulo de processos pendentes de julgamento, apresentando-se tais institutos, implicitamente, como uma solução aplicável contra o abarrotamento de recursos, fato reforçado pela previsão regimental anterior à previsão legal.²⁹⁰ Sua origem não se deu com preocupação de dar coerência ao sistema jurídico, tampouco previsibilidade.²⁹¹ Do mesmo modo, Nelson Nery Jr. explica que o surgimento das súmulas vinculantes e da repercussão geral no direito brasileiro se deu para restringir a interpretação, fruto de uma má recepção da jurisprudência dos valores e do ativismo judicial norte-americano.²⁹² Por isso pode-se dizer que as súmulas, como os assentos portugueses criticados por Castanheira Neves, são geradoras de perplexidade.

Ainda que as súmulas vinculantes não apresentem o caráter imutável dos assentos, o seu efeito expõe força de lei, vinculando até mesmo as ações da Administração Pública direta e indireta. Vai, portanto, além dos precursores portugueses, daí sua forçada comparação com o sistema de *stare decisis* em que há criação de precedentes obrigatórios, típicos do sistema *common law*.²⁹³

Naquele sistema, a válida aplicação do precedente pressupõe uma fundamentação/contextualização, em que a decisão prévia é apresentada com justificativa; não se trata de mecanismo dedutivo em que as normas individuais são transformadas em normas gerais de efeito *erga omnes*, apoiadas apenas pelo efeito vinculante. A ausência de freios e contrapesos coloca a obrigatoriedade de aplicação da súmula em caráter terrificante que afronta o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, pois a imposição das decisões dos tribunais

²⁸⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Processo civil e ideologia: subsídios teóricos e práticos ao advogado do contencioso**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 181-182.

²⁹⁰ MIRANDA DOS SANTOS, Luiz Elias. Súmulas Vinculantes e o instituto dos assentos: seu sentido normativo e o problema da liberdade judicial. REDES: **Revista Eletrônica de Direitos Sociais**, Canoas, v. 2, n. 1, mai. 2014. p. 48.

²⁹¹ MATIAS, João Nogueira; PAVAN, Luana; PORTO, Italo da Justa. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC: o *common law* no direito processual brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará**, Fortaleza, v. 35, n. 1, p. 121-145, jan./jun. 2014. p. 127.

²⁹² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 2.047.

²⁹³ *Ibidem*. p. 49.

superiores coloca os verbetes sumulares em patamar até superior ao das leis, porquanto há presença de súmulas impeditivas de recurso.²⁹⁴

Assim, o efeito vinculante, apesar de buscar a segurança jurídica, tem como base enunciados abstratos e, ainda que facilite o trabalho dos tribunais, limita a atuação do magistrado diante da necessidade de uniformização das decisões. Emergem, então, duas teses de contraposição ao sistema de súmulas vinculantes: a violação da separação de poderes e a necessidade de observância de que o juiz somente pode decidir com base na lei.²⁹⁵

Nos ensinamentos de Castanheira Neves, a vinculação normativo-jurídica, característica própria das normas gerais, tornava os assentos incompatíveis com o princípio da separação dos poderes. A originalidade dos assentos conferia aos tribunais funções legislativas que feriam a Constituição portuguesa, porquanto o Supremo Tribunal de Justiça podia prescrever critérios vinculantes, atingindo não só as cortes inferiores, como também a demais autoridades e comunidade jurídica, de tal modo que a sua não aplicação adquire aspecto de violação à lei.²⁹⁶

O estabelecimento de súmulas em exercício de função preventiva dos Tribunais Superiores expõe a problemática dos antigos pré-julgados brasileiros, ainda que em efeito inverso. Conduz-se aos mesmos resultados dos assentos, uma vez que os institutos portugueses, partindo de decisões concretas, generalizam-nas e as projetam em normas abstratas. As súmulas, no Brasil, são estabelecidas a partir de interpretação normativo-abstrata antes mesmo de conhecer o momento de concretização do caso decidendo, ocasião essencial para a interpretação jurídica. Acrescenta-se o fato de que a fixação da *tese*, antes de considerado o caso concreto, compromete a independência das instâncias inferiores, justificável apenas em sistemas jurídicos cuja vinculação se dá em decorrência de regimes autoritários, típicos das diretivas dos países do leste europeu.²⁹⁷

²⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. As súmulas vinculantes e o controle *panóptico* da justiça brasileira. **ARGUMENTUM** - Revista de Direito, n. 04, 2004. p. 16-17.

²⁹⁵ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 263.

²⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da genealogia dos mecanismos vinculantes brasileiros: dos assentos portugueses às “teses” dos Tribunais Superiores. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. v. 14, n. 1 / 2019 e37204. p. 24.

²⁹⁷ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 661.

3.1.2 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

O diploma processual civil de 2015, seguindo tendências estrangeiras, adotou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) como forma de lidar com a litigiosidade em massa. Na Alemanha, o instituto semelhante é conhecido como *Musterverfahren*; na Inglaterra, chama-se *Group Litigation Litigation Orders*; nos Estados, são as *Class Actions* e, em Portugal, a “Agregação de Causas”.

O mecanismo mais espelhado foi o da Alemanha. Conforme a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015, trata-se de maneira de resolver quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, sem a exigência de que tenham mesmo autor ou réu.²⁹⁸ Dierle Nunes pontua que a lei criadora do procedimento-modelo (*Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz-KapMuG*) foi editada no ano de 2005 e, após, incorporada ao ZPO (*Zivilprozessordnung*, o Código de Processo Civil alemão). Acrescenta que uma técnica semelhante foi ampliada naquele país em 2008, quando surgiram mais de 20 casos idênticos envolvendo a assistência e a previdência social.²⁹⁹

No incidente brasileiro, após transitada em julgado a decisão, aplica-se a “tese jurídica” às demandas futuras e casos ainda não decididos, com “questão de direito” semelhante e sujeitas à jurisdição do tribunal prolator do acórdão.³⁰⁰ Isso ocorre, portanto, de forma análoga aos recursos especiais e extraordinários repetitivos.

Assim como no caso das súmulas, a decisão proferida em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) não se confunde com a fixação de precedente. Enquanto no precedente a vinculatividade está associada à sua substância fundamentadora universalizável — isto é, dentro dele há algo generalizante independentemente dos fatos tratados, a *holding* —, o IRDR representa mais depuração histórico-hermenêutica que uma decisão proferida pela autoridade de um tribunal superior. O que se objetiva é regular uma mesma questão, que

²⁹⁸ BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

²⁹⁹ NUNES, Dierle. O IRDR no Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido. **Justificando**. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>. Acesso em: 26 jul. 2020.

³⁰⁰ “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região”. BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

perpassa casos reiterados, por isso não se apresentam adequadas as técnicas de distinção e superação, apropriadas para o regime dos precedentes.³⁰¹

3.1.3 Súmulas e Orientações Jurisprudenciais na Justiça do Trabalho

A vinculação das súmulas na Justiça do Trabalho é prevista no artigo 896 da Consolidação das Leis Trabalhistas, o qual dispõe expressamente em seu §5º sobre a possibilidade do Tribunal Superior do Trabalho negar seguimento a recurso, inclusive de forma monocrática, quando a decisão recorrida se encontrar em consonância com súmula editada por aquela corte. Novamente, esbarra-se na problemática dada pela vinculação da súmula na Justiça Comum, em que tais provimentos vinculantes se mostram instituto legais incapazes de serem superados, eternização essa que não condiz com a evolução que deve pairar sobre a jurisprudência, junto ao desenvolvimento da sociedade e do direito.³⁰²

Na justiça especializada, ainda mais perturbação há nas chamadas orientações jurisprudenciais,³⁰³ que dividem com as súmulas verdadeiras fontes do direito produzidas judicialmente.

O poder dado ao relator de impedir o seguimento do recurso de forma monocrática descaracteriza a própria natureza dos tribunais — que, em regra deveriam produzir decisões nos órgãos colegiados. E esse caminho assombroso ainda tende a piorar, quando se tem edição de súmulas pelo Tribunal Superior do Trabalho que não coadunam com a lei, contrárias à própria Constituição, assumindo o Tribunal não só apenas a função de legislador, mas também intérprete final de sua própria norma, fundando um verdadeiro sistema fechado que impede a discussão e superação da jurisprudência.³⁰⁴

³⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 34.

³⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: Eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 165-166.

³⁰³ O artigo 894 da Consolidação das Leis do Trabalho prevê: “No Tribunal Superior do Trabalho cabem embargos, no prazo de 8 (oito) dias: [...] II - das decisões das Turmas que divergirem entre si ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, ou contrárias a súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal”.

³⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: Eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 165-166. p. 232-237. O autor se referia ao enunciado sumular nº 310, de 1993, do TST, que consagrava a tese no sentido de que “o artigo 8º., inciso III, da Constituição Federal, não assegura a substituição processual pelo sindicato”. Certamente por sua inconstitucionalidade a súmula foi cancelada pelo Tribunal, num dos parcos exemplos de revisão, ainda que 10 anos depois. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução nº 119, de 25 de setembro de 2003**. Cancela o Enunciado nº 310, aprovado pela Resolução nº 1, de 28 de abril de 1993.

3.2 IDEIAS “PRECEDENTALISTAS”, “CORTES DE VÉRTICE” E TRIBUNAIS QUE JULGAM TESES, NÃO CASOS

O termo “Cortes de Vértice” foi adotado pelo próprio Supremo Tribunal Federal³⁰⁵ para se referir ao papel da Suprema Corte em dar unidade ao direito e estabilidade aos precedentes. A racionalização do sistema judiciário justificaria, assim, o poder das Cortes Superiores para editarem e fixarem *teses* que passariam a servir como precedentes — como se o Direito posto pudesse ser substituído por *teses*. O ponto primordial presente nos pilares desse sistema envolve quem deve decidir e não como se deve decidir; há uma cisão entre interpretação e aplicação em que àquelas Cortes compete interpretar *in abstracto* para futuras aplicações dos juízes inferiores, desconstituídos da função de interpretar.³⁰⁶

O sistema de precedentes pressupõe a existência de uma distinção entre a organização judiciária de cortes voltadas à justiça do caso concreto, que engloba os Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, e as cortes voltadas à unidade do direito (STF e STJ). As Cortes especializadas são designadas às funções de interpretar o direito segundo o caso concreto e proferir a última palavra a respeito de como deve ser entendido; já às instâncias inferiores cabe apenas controlar a interpretação e aplicação do direito. A obrigatoriedade do precedente deriva da sua própria origem, não se equiparando a uma decisão, sendo apenas considerado como precedente quando proveniente das Cortes Supremas, razão pela qual é vinculante.³⁰⁷

³⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 655.265**. Relator: Min. Luiz Fux. Redator para o Acórdão: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 13/04/2016, data de publicação: DJe de 23/05/2016. Para uma crítica à ideia das Cortes de Vértice, cf.: STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: O sentido da vinculação no CPC/2015. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. Discorre o autor: “Minhas críticas continuam com a mesma matriz que sempre lidei: juiz não constrói leis. Não produz Direito. Nem o STF ou o STJ produzem Direito. Mas isso não significa que o juiz ou tribunal não realizem ato de interpretação na aplicação do Direito.

O que fez com que chegássemos a esse patamar de irracionalidade aplicativa foram coisas como: a despreocupação com a decisão jurídica, a aposta no protagonismo judicial, a aposta no ‘decido conforme minha consciência’, a concordância com o ‘livre convencimento’, o incensamento de teses autoritárias como as de que ‘a decisão judicial é um ato de vontade’, o ‘ponderativismo’, o ‘pamprincipiologismo’, etc. Penso que não será, agora, mediante a delegação da adjudicação de sentido para Cortes de Vértice que resolveremos o problema. Interessante é que os mesmos que defendem o *commonismo* são os que sempre apostaram no protagonismo judicial. É o fantasma de Oskar Büllow arrastando suas correntes pelos castelos jurídicos.” *Idem*. p. 18. Aponta, ainda, que “[p]arece haver um problema com a nomenclatura das Cortes de Vértice. Em trigonometria, todo lado do triângulo é vértice. O ponto da base também é vértice e não somente o ‘cume’ ou ‘pico’” (*ibidem*), esclarecendo a necessidade de todos os tribunais, juízes singulares e partes contribuírem de forma concorrente para a interpretação das leis e a unidade do Direito. E conclui pela dificuldade de convencer “[...] os processualistas que defendem essas teses. Eles trabalham com uma perspectiva utilitarista. Não importa se isso gera transferência de poder excessivo as pretendidas Cortes de Vértice [*sic*]. O que importa que ‘funcionará’. Até já se diz que esse ‘sistema’ é tão brilhante que a sua inconstitucionalidade é irrelevante”. (*Ibidem*, p.18-19).

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 26.

³⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 926 ao 975**. Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 550.

3.2.1 O problema da unidade do Direito

Castanheira Neves percebeu nos assentos um instituto perturbadoramente problemático, que ultrapassa os limites técnico-jurídicos. Isso porque nenhum instituto se limita a apenas *ser* sem apresentar seu caráter intrínseco de dever-ser. Sua teleologia não se define simplesmente por seu objetivo expressamente previsto, logo, não se restringe ou se analisa o autêntico sentido dos assentos somente pelo seu explícito objetivo de uniformidade da jurisprudência.³⁰⁸

De fato, a própria gênese dos supremos tribunais como órgãos dotados de poder de cassação já inclui idêntico objetivo de uniformização. Assim, a designação dos assentos como meio de garantia da uniformidade jurisprudencial, para certeza e estabilidade do direito, deixa claro que a seu papel não se finda no seu conceito expresso, vez que cria, em segundo plano, a instituição de determinação do direito que vai além função judicial. A certeza e segurança do direito é restrita ao positivismo legalista, em que há presença de uma pré-determinação, de intenção geral-abstrata, aproximando os assentos às normas jurídicas, atividade típica do Legislativo.³⁰⁹ Parece evidente que com os provimentos vinculantes se tem a mesma finalidade, como já evidenciado pelos próprios autores “precedentalistas” que atribuem aos juízes apenas a tarefa de conformar o entendimento das cortes superiores.

A certeza buscada denota mandamentos de caráter puramente formal, cuja previsibilidade é associada ao legalismo. Assim, os assentos, em nome da igualdade, apresentam prescrições abstrato-formais e fixas, consequência da própria necessidade de aplicação futura das decisões, que de necessitam se apresentar de forma genérica tal como as normas gerais. Ao se ver obrigado a aplicar decisões gerais e abstratas, o juiz passa a ter sua liberdade interpretação/análise do caso concreto comprometida, o que é prejudicial a devida aplicação da lei — tudo isso em nome da uniformidade jurisprudencial. Contudo, a decisão concreta não pode, nem deve, ser vista apenas pela aplicação dedutiva, mas sim em interpretação do próprio caso; o contrário reduz o processo de fundamentação jurídica a um processo de fundamentação simplesmente normativista.³¹⁰

³⁰⁸ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 29.

³⁰⁹ SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. Súmulas Vinculantes e o instituto dos assentos: seu sentido normativo e o problema da liberdade judicial. **REDES: Revista Eletrônica de Direitos Sociais**, Canoas, v. 2, n. 1, mai. 2014. p. 41.

³¹⁰ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 95.

Propõe-se a substituição da mera uniformidade da jurisprudência com unidades normativas *a priori* e pressuposta fundamentação pela unidade do direito cuja normatividade se encontra *a posteriori*. A uniformidade é alcançada mediante o reconhecimento das decisões de perspectiva normativa-intencional: as decisões emanadas dos Tribunais Superiores em correta análise do caso concreto devem reconhecer a intenção específica para alcance da unidade do direito que se dará por meio da aplicação seguindo a gênese e dialética casuístico-jurisprudencial, em contínua reconstrução, sempre aberta à superação do desenvolvimento histórico da problemática, atividade essa que se encontra dentro da própria função jurisdicional.³¹¹ Numa palavra: a unidade do direito e o objetivo da “justa decisão” concreta precisam ser convergentes (mediação constitutiva somada à intenção normativa).³¹²

Portanto, a aplicação de provimentos judiciais vinculantes remonta à já mencionada jurisprudência mecânica, de Roscoe Pound, que esclarece:

Eu me referi à jurisprudência mecânica como científica porque aqueles que a administram acreditam nisso. Mas na verdade não é ciência de modo algum. Nós não mantemos nada mais científico simplesmente porque ela exhibe um rígido esquema de deduções de conceitos *a priori*. [...]. A ideia de ciência como um sistema de deduções se tornou obsoleta e a revolução que tomou lugar em outras ciências a este respeito deve tomar lugar e está tomando lugar na jurisprudência também.³¹³

O Supremo Tribunal, quando realiza a análise apenas de questões de alcance genérico e de pensamento jurídico geral, objetivando somente um efeito multiplicador, deixa de considerar a problemática que circunda o caso concreto e de realizar seu verdadeiro papel controlador/regulador/orientador, de participação qualificada na construção da jurisprudência. Deve-se, portanto, rejeitar todas as vias que conduzem às decisões de cunho autônomo e que se desintegram do *corpus iuris*, com aplicações pré-determinadas que se desligam da gênese casuística, verdadeiro “DNA” do pensamento jurídico. A fixação *a priori* sempre induzirá a uma codificação judicial, em que a lei concorre com a jurisdição, desprezando a problemática do caso concreto, indispensável para alcance da justiça, tão-só para se atingir “fins no futuro, de um reino abstracto, de uma sociedade *abstracta*, de uma humanidade *abstracta*, de um espaço que não encarna”.³¹⁴

³¹¹ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 658.

³¹² *Ibidem*, p. 657.

³¹³ POUND, Roscoe. *Mechanical jurisprudence*. p. 608 *apud* CARNIO, Henrique Garbellini. Precedentes judiciais ou “direito jurisprudencial mecânico”? **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, jan./mar. 2016. p. 87.

³¹⁴ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 661.

Influenciado pela lógica formal, o sistema de conceitos foi idealizado em forma de pirâmide, em que a base apresenta maior abundância de matéria e o vértice representa a extensão de maior perspectiva, capaz de formular conceitos gerais e abstratos. A partir deles, surgem conceitos menos abstratos de alcance do caso concreto, seguindo, assim, um processo de genealogia de conceitos de aplicação formal lógico-dedutiva, em que um conceito supremo (vértice da pirâmide) dá à luz a conceitos inferiores. A ciência do direito é posta como lógica, equivalente à matemática.³¹⁵

Na verdade, como ressalva Roscoe Pound, a jurisprudência mecânica é vista como uma ciência lógica pela doutrina que a defende, contudo, suas características sequer a tornam capaz de ser identificada como ciência. A aplicação dedutiva, que se limita ao uso de conceitos constituídos *a priori*, não apresenta nenhum resquício que possa classificá-la como científica. A utilização de dedução como forma de estabelecimento das concepções teve efeito negativo até mesmo nas ciências da natureza, quando se estabelecia conclusões sobre organismos animais e vegetais, apenas tendo como base suas similaridades e sem verdadeiro estudo sobre o caso.³¹⁶

Depreende-se do “precedentalismo” que as teses valem antes pela sua autoridade do que pelo seu conteúdo, quando, na verdade, a autoridade reside, ou deveria residir, no processo interpretativo da tradição e não por quem interpreta. A atividade do juiz passa a ser reduzida a puro “dedutivismo”, em que se abandona o *status* de boca da lei para assumir o papel de boca-de-precedentes/teses.³¹⁷

Segundo Georges Abboud, a vinculação argumentativa seria aceitável quando prestigiado o diálogo com os julgados antecedentes e com as razões que conduziram a determinada solução, de tal forma que tornaria viável manter o entendimento no caso concreto, vez que se estaria observando a fundamentação dos enunciados estabelecidos democraticamente, e não apenas a vinculação procedimental.³¹⁸

Também parece problemático o próprio termo *tese*, tal como usado no precedentalismo brasileiro. A definição de *tese* firmada por órgão judicial suscita questionamentos, pois tese é

³¹⁵ BRAGA, Rogério Piccino; NEME, Sérgio Aziz Ferrareto. Súmulas vinculantes: um retorno à jurisprudência dos conceitos? *In: Filosofia do direito I* [Recurso eletrônico *on-line*], CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (Org.). Fernando Galindo Ayuda, Leonel Severo Rocha e Renato César Cardoso (Coords.) Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 525.

³¹⁶ CARNIO, Henrique Garbellini. Precedentes judiciais ou “direito jurisprudencial mecânico”? **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 79-94, jan./mar. 2016. p.87.

³¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica: O sentido da vinculação no CPC/2015**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 54.

³¹⁸ ABBOUD, Georges. As técnicas de padronização das decisões judiciais e a vinculação de juízes e tribunais. A (in)constitucionalidade da vinculação prevista no CPC. **Revista de Processo**, v. 314/2021, abr. 2021. p.10.

uma proposição para resolver determinado problema, representado por uma pergunta, a ser respondida no final de um procedimento. No processo judicial, a tese é aceita ou rejeitada pelo órgão julgador competente, que prola uma decisão, resolvendo aquele conflito específico. Portanto, questiona-se: como é possível a existência de uma tese para resolver conflitos ainda inexistentes? Bem por isso Lenio Streck diz que se está diante de uma tentativa de fornecer respostas antes das perguntas.³¹⁹

O modelo de precedentes recia o juiz como boca fria de provimentos vinculantes, como se fosse possível formar uma espécie de supernorma capaz de solucionar diversos casos sem a necessidade de atividade interpretativa. O detrimento da legislação como forma genuína de direito põe em risco a democracia constitucional, quando deveria o Judiciário prestigiar as normas da legislação regulamentar aprovada. O meio cabível para a defesa do direito face à discordância das escolhas normativas do âmbito político se dá por meio de controle de constitucionalidade e pressupõe exaustiva discussão e fundamentação capaz de justificar a não aplicação da lei.³²⁰

A fixação de enunciados vinculantes ultrapassaria a sua própria condição histórica, caracterizando uma pré-possesão ideal da experiência, em que os casos práticos são colocados à deriva. Rejeitados pela realidade que deveria influenciar o processo de enunciação, a universalidade abstrata impede a formação do conhecimento do direito. Como explana Eduardo José Costa, o direito é solucionado partindo-se do Tribunal para o mundo como se fosse a própria representação do direito, quando é no mundo que se tira o sentido e possibilidades de significação.³²¹

Para Thiago Rodovalho, a reforma produzida pela Emenda Constitucional nº 45 trouxe inúmeras melhorias a situação jurídica brasileira, dentre elas a redução da cultura do litígio e a efetivação da racionalização do discurso através da instituição da súmula vinculante, que, para além de prestigiar o Supremo Tribunal ao valorizar a sua atuação de forma apenas extraordinária, concedeu ao direito unificação de matéria e integridade do sistema jurídico. No seu entendimento, a racionalidade e previsibilidade possibilitam o cumprimento da função social do direito ao fornecerem a segurança jurídica que deve pairar sobre a sociedade: o cidadão deve conhecer o direito, sabendo o que pode ou não fazer, representado os precedentes

³¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica: O sentido da vinculação no CPC/2015**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 68.

³²⁰ ABOUD, Georges. As técnicas de padronização das decisões judiciais e a vinculação de juízes e tribunais. A (in)constitucionalidade da vinculação prevista no CPC. **Revista de Processo**, v. 314/2021, abr. 2021. p. 06.

³²¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Os tribunais superiores são órgãos transcendentais? **Revista Consultor Jurídico**, 2016.

uma proteção à sua boa-fé objetiva e à confiança nas decisões emitidas pelos Tribunais Superiores.³²²

Uma vez que a decisão judicial tem como objetivo à correta solução partindo de uma norma preexistente, a sua declaração representa um ato lógico, e, assim, as técnicas preventivas e repressivas se apresentam como meios cabíveis e viabilizadores da uniformização do direito. Portanto, para os defensores do “sistema de precedentes”, diante do indeterminismo da legislação, a vinculatividade jurisprudencial se justifica em defesa da uniformização do direito, que garante a segurança, a liberdade e igualdade.³²³

No entanto, se a obrigatoriedade tem como objetivo fornecer e assegurar a isonomia, a lei também o tem. A democracia constitucional confere equidade de tratamento entre Judiciário e Legislativo na produção do Direito, não concedendo preferências ao Judiciário capazes de ignorar a forma genuína de direito. Ambos devem trabalhar conjuntamente para atingirem a isonomia e segurança jurídica.³²⁴

A aplicação do sistema de precedentes ignora as razões que levaram à extinção dos assentos tanto em Portugal quanto no Brasil. Na extensa fundamentação de Castanheira Neves, é possível encontrar argumentos suficientes para se compreender a criação de uma quimera jurídica: critérios jurídicos universalmente vinculantes, preceitos gerais e abstratos com aplicação futura são características próprias da função legislativa, que transgride a harmonização dos poderes.³²⁵ Contudo, para Tereza Arruda Alvim, a aplicação de súmulas vinculantes não gera desrespeito à separação dos poderes, pois, a seu ver, o princípio não necessita apresentar os mesmos limites de quando criado pelo movimento revolucionário na França. Igualmente, pode coexistir o instituto da súmula com os princípios da isonomia e da legalidade, uma vez que o ordenamento não pode tolerar haver decisões totalmente diferentes para situações fáticas absolutamente idênticas. Acrescenta, ainda, que a obrigatoriedade de

³²² RODOVALHO, Thiago. A função institucional das Cortes Superiores. In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (Orgs). **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 207-214.

³²³ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.78.

³²⁴ ABBOUD, Georges. As técnicas de padronização das decisões judiciais e a vinculação de juízes e tribunais. A (in)constitucionalidade da vinculação prevista no CPC. **Revista de Processo**, v. 314/2021, abr. 2021. p. 06.

³²⁵ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da genealogia dos mecanismos vinculantes brasileiros: dos assentos portugueses às “teses” dos Tribunais Superiores. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. v. 14, n. 1 / 2019 e37204. p. 26.

aplicação da súmula não induz a um engessamento da jurisprudência, pois, se assim o fosse, o direito inglês ainda seria o mesmo do século XIII.³²⁶

Referido entendimento esbarra no fato de que o instituto da súmula não tem paralelo nos países de *common law*. Conforme já explanado, a vinculação dos precedentes não se dá de maneira fixa, retirando a independência judicial, pois mediante o *distinguishing* e o *overruling* é possível manter a harmonia e a continuidade dinâmica do direito. É por essa razão que Neves afirma ser equivocado aceitar que a vinculação obrigatória das decisões dos Tribunais Superiores seja equiparada à força de precedentes, quando seus limites e sentidos são particulares do *common law*.³²⁷

Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Arenhart, ao defenderem a aplicação de “precedentes”, sustentam que a insuficiência de determinismo do texto de lei, capaz de guiar o comportamento humano da interpretação, leva à necessidade de que essa interpretação seja realizada por Cortes especializadas, viabilizando a unicidade de decisões de forma a garantir a liberdade, a igualdade e a segurança. O *stare decisis vertical* representa o Poder Judiciário como possuidor de apenas uma face para o alcance da justiça.³²⁸

Contudo, as proposições do utilitarismo jurídico não possuem garantias que justifiquem que o texto de um precedente produza menos equívocos de interpretação do que o texto de uma lei, ou que as teses formadas não conduzam a erros. A aparente eficiência do sistema de precedentes tornaria a sua inconstitucionalidade – ilegítima produção de direito – irrelevante diante da funcionalidade de um sistema que produz teses abstratas e gerais.³²⁹

Nessa ótica, a função do juiz é decidir e não interpretar a lei. Essa última tarefa estaria, primeiramente e genuinamente, reservada às Cortes Supremas. Para Igor Raatz, a sobreposição da previsibilidade e segurança jurídica em face da interpretação e fundamentação do caso concreto reduz a correta aplicação do Direito ao que as “cortes de precedentes”, dotadas de autoridade, dizem que ele é. Isso implica numa deterioração do que o Direito “deve ser”, segundo as leis e a Constituição.³³⁰

³²⁶ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 263.

³²⁷ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 669.

³²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 926 ao 975**. Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 550.

³²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica: O sentido da vinculação no CPC/2015**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 51.

³³⁰ RAATZ, Igor. Precedentes à brasileira: uma autorização para “errar” por último? **Revista Consultor Jurídico**. 2016.

Lenio Streck levanta alguns questionamentos sobre a tese precedentalista, a qual

[...] sustenta que os precedentes brasileiros são compreendidos como “razões generalizáveis extraídas da justificação das decisões” e que – atenção – “emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios” (MARINONI et. al., 2015, p. 611). Ainda, essa parcela da doutrina entende que os precedentes, uma vez que vinculantes, são entendimentos que firmam orientações gerais obrigatórias para o futuro” (BARROSO, 2015, p. 160-161, p. 235-248). Disso surgem algumas perguntas. Os precedentes, no *common law*, são entendimentos que firmam orientações para o futuro? Podemos dizer tratar de precedentes, instrumentos vinculantes e súmulas, todos esses elementos, como se fossem todos mecanismos voltados para pré-ordenar o direito aplicável em casos futuros?³³¹

As perguntas levantadas pelo autor são, obviamente, retóricas. Os mecanismos a que se atribui força vinculante no diploma processual civil, independente da confusão entre súmulas, julgamentos de demanda em massa e efetivos precedentes, da maneira como compreende a tese precedentalista, se assemelham muito mais ao regime dos assentos portugueses – dos quais, como já visto, são legítimos descendentes – do que ao genuíno sistema de *common law* e sua doutrina de *stare decisis* – que, embora forte, é consciente de que os julgados, mesmo das “cortes supremas” não nascem precedentes, mas tornam-se.³³²

Conforme anota Alan Uzelac,

Algumas cortes supremas na Europa e na Ásia possuem o hábito de emitir instruções práticas, decretos e opiniões que regulamentam certo campo ou interpretam a lei. Tais instruções podem ser expressas de modo mais abstrato e impessoal, fora de qualquer caso concreto pendente, e comumente possuem força obrigatória para todos os juízes. Esses decretos e opiniões são geralmente emitidos pelos quóruns julgadores ou mesmo nas sessões plenárias da corte, e desse modo, em sua forma exterior, assemelham-se ao processo legislativo. Todas essas maneiras estendidas e atípicas pelas quais os magistrados influenciam a lei são legitimadas pelo argumento de que são necessárias ao interesse público da suprema corte, i. e., ao interesse de assegurar a aplicação uniforme da lei. Porém, é questionável se as supremas cortes são institucionalmente capazes de produzir bons e consistentes projetos de leis, bem como se essa intromissão em funções que são normalmente reservadas ao Poder Legislativo é compatível com as normas constitucionais dos Estados que reconhecem a doutrina da separação dos poderes.³³³

³³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 350.

³³² *Ibidem*, p. 353. Nesse raciocínio, Streck complementa: “[...] a identificação da *ratio decidendi* é algo que doutrina do *common law* já debateu muito (e ainda debate). Não por menos, Neil MacCormick (1987, p. 157) reconhece que a identificação da *ratio* configura a maior dificuldade de se obter um entendimento claro acerca da doutrina do precedente; dificuldade que “confunde” os pensadores jurídicos. Não apenas a *ratio* é, por vezes, de difícil separação do que é *dictum*, às vezes sequer é possível localizá-la (DUXBURY, 2008, p. 69 e 71). Diante disso, como se poderia falar em precedentes em um contexto no qual a *ratio* já nasce como tese do Tribunal que ‘lança’ o ‘precedente?’ *Ibidem*, p. 351.

³³³ UZELAC, Alan. Cortes Supremas no século XXI: A organização deve amoldar-se à função? João Antônio Tschá Fachinello, Líbia Losso Andreatini, Máriam Joaquim (trad.). In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (Orgs). **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 225. Conferência proferida no Colóquio “*The functions of the Supreme Court – Issues of process and administration of justice*”, em Varsóvia, entre 11 e 13 de junho de 2014.

Continua o autor ao citar que não é esse o caso em países como a República Popular da China, em que a Suprema Corte admite, claramente e sem reservas, que extrapola os limites jurisdicionais com outros entes do governo.³³⁴ Destaca-se que essas prescrições se aproximam do que Castanheira Neves esclareceu a respeito da originalidade dos assentos. Houve institutos similares em Portugal, como as “façanhas” (do período medieval da reconquista, os quais persistiram até o reinado de Afonso IV, com características predominantes de precedente obrigatório) e os assentos das Relações, além dos assentos da Casa de Suplicação. Em outros países europeus, tiveram paralelo com os *arrêts de reglement* dos antigos parlamentos na França e as “diretivas” ou “princípios diretores” emitidos pelo Supremo Tribunal da União Soviética e pelos Supremos Tribunais das suas Repúblicas (instruções genéricas vinculantes que determinavam o sentido da lei e já determinavam a norma jurídica que seria aplicada em certos casos).³³⁵

Mas todos esses institutos são integrantes de sistemas jurídicos com índole completamente distinta da axiologia e institucionalidade típicas de um Estado Democrático de Direito, possuindo, a serviço desses sistemas, uma justificação e uma função também diferentes dos assentos. Estes institutos históricos são oriundos do Antigo Regime, em que os poderes legislativo e judiciário eram indistintos (um soberano assistido por sua cúria), enquanto o da União Soviética caracterizam-se como “ordem genérica de serviço”, “determinação administrativa” emanada de um controle centralizado. Portanto, embora possam oferecer afinidades, são muito diversos, considerando-se que somente “em referência a universos ou a sistemas jurídicos basicamente da mesma índole do nosso podemos aquilatar da paridade ou da originalidade” dos assentos.³³⁶

Parece inviável uma conclusão distinta quanto aos provimentos vinculantes brasileiros, que, nos termos já esclarecidos, possuem evidente vínculo genético com os assentos. Num Estado Democrático de Direito, cujas funções e poderes estão claramente delineados na Constituição, é de se estranhar que o Poder Judiciário saia de seu mister de resolver problemas concretos para produzir prescrições similares às que são fruto do processo legislativo, que visa estabelecer normas gerais de procedimento e conduta para o futuro.

³³⁴ UZELAC, Alan. Cortes Supremas no século XXI: A organização deve amoldar-se à função? João Antônio Tschá Fachinello, Líbia Losso Andreatini, Máriam Joaquim (trad.). In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (Orgs). **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 225, nota de rodapé n. 15. Conferência proferida no Colóquio “*The functions of the Supreme Court – Issues of process and administration of justice*”, em Varsóvia, entre 11 e 13 de junho de 2014.

³³⁵ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 06-07.

³³⁶ *Ibidem*, p. 07-10.

Por essas razões, é salutar a lição de John Anthony Jolowicz, segundo o qual “desde que as Supremas Cortes são cortes, qualquer contribuição que façam para um propósito público é, e deve continuar a ser, mediante suas decisões em casos nos quais atuam”³³⁷.

3.2.2 Entre engessamento e exercício preventivo da jurisprudência – o Caso “André do Rap”

Em 24 de dezembro de 2019, foi sancionada a Lei n.º 13.964³³⁸, cujo projeto inicialmente teve a alcunha de “Pacote Anticrime”. Dentre diversas alterações na legislação penal e processual penal, o diploma tratou sobre a necessidade periódica de se reavaliar a prisão preventiva, nos termos seguintes:

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

Justificou-se tal alteração para atenuar a ausência de previsão de prazo máximo para esse tipo de medida cautelar. No entanto, mesmo após a entrada em vigor da lei um mês depois, parcela dos magistrados ignorou o dispositivo, excedendo, em muito, o prazo assinalado para reanálise da necessidade da manutenção da prisão, ou mesmo sequer o fazendo. Sucedeu-se uma série de impetrações de *habeas corpus* nos tribunais locais e no Superior Tribunal de Justiça visando a soltura de pacientes segregados cautelarmente, até que um deles, conhecido como “André do Rap”, ingressou na Suprema Corte com pedido liminar. O relator do caso, Ministro Marco Aurélio, proferiu decisão monocrática com o seguinte fundamento:

³³⁷ *The role of the Supreme Court at the national e international level*, 1997. p. 63 *apud* UZELAC, Alan. Cortes Supremas no século XXI: A organização deve amoldar-se à função? João Antônio Tschá Fachinello, Líbia Losso Andreatini, Máriam Joaquim (trad.). In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (Orgs). **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 225. Conferência proferida no Colóquio “*The functions of the Supreme Court – Issues of process and amination of justice*”, em Varsóvia, entre 11 e 13 de junho de 2014.

³³⁸ BRASIL. Lei nº 13.964, de 29 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 25 jul. 2021.

O parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal dispõe sobre a duração, fixando o prazo de 90 dias, com a possibilidade de prorrogação, mediante ato fundamentado. Apresentada motivação suficiente à manutenção, desde que levado em conta o lapso de 90 dias entre os pronunciamentos judiciais, fica afastado constrangimento ilegal. O paciente está preso, sem culpa formada, desde 15 de dezembro de 2019, tendo sido a custódia mantida, em 25 de junho de 2020, no julgamento da apelação. Uma vez não constatado ato posterior sobre a indispensabilidade da medida, formalizado nos últimos 90 dias, tem-se desrespeitada a previsão legal, surgindo o excesso de prazo. 3. Defiro a liminar. Expeçam alvará de soltura a ser cumprido com as cautelas próprias: caso o paciente não esteja custodiado por motivo diverso da prisão preventiva retratada no processo nº 0000373-08.2015.4.03.6104, da Quinta Vara Federal da Subseção Judiciária de Santos/SP. Advirtam-no da necessidade de permanecer com a residência indicada ao Juízo, atendendo aos chamamentos judiciais, de informar possível transferência e de adotar a postura que se aguarda do cidadão integrado à sociedade.³³⁹

Entretanto, ao acolher pedido da Procuradoria-Geral da República, o Ministro Presidente, Luiz Fux, suspendeu a medida também em decisão monocrática, que foi referendada pelo Tribunal Pleno, com a fixação de tese sobre a matéria:

Decisão: O Tribunal, por maioria, referendou a decisão em Suspensão de Liminar, com a consequente confirmação da suspensão da decisão proferida nos autos do HC 191.836 até o julgamento do writ pelo órgão colegiado competente, determinando-se a imediata prisão de A.O.M, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux (Presidente e Relator), vencido o Ministro Marco Aurélio, que inadmitia a possibilidade de Presidente cassar individualmente decisão de um integrante do Tribunal. O Ministro Ricardo Lewandowski, preliminarmente, não conhecia da Suspensão e, vencido, ratificou a liminar. Em seguida, por maioria, foi fixada a seguinte tese de julgamento: “A inobservância do prazo nonagesimal do artigo 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Plenário, 15.10.2020.³⁴⁰

Veja-se que a tese foi fixada apenas nove meses após a entrada em vigor da lei. Não é de se presumir que tenha havido um necessário e intenso debate doutrinário-jurisprudencial sobre uma alteração tão relevante nesse espaço de tempo. No entanto, a Corte Suprema já “sepultou” a questão, entendendo que, embora o texto normativo preveja que a prisão se torna ilegal caso não seja reavaliada em 90 dias, deve ser o juízo competente provocado para decidir sobre a matéria, afastando a soltura do paciente como consequência automática.

Esse episódio demonstra que o risco de engessamento, por meio da jurisprudência vinculante e seus provimentos, é outra idiossincrasia decorrente má compreensão sobre o

³³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática no Habeas Corpus nº 191.836**, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 02/10/2020, Data de Publicação: DJe 07/10/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344621754&ext=.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2021.

³⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão de julgamento na Suspensão de Liminar n.º 1.395-MC-Ref**, Rel. Min. Luiz Fux (Presidente), DJe de 4/2/21. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6025676>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

regime do *stare decisis*. No Brasil, tornou-se possível que um tribunal, mesmo que seja superior, fixe uma orientação jurisprudencial de observância obrigatória a partir de apenas um julgado. Há, portanto, mais uma teratologia: uma “jurisprudência vinculante que nem é jurisprudência”, uma vez ausente a necessária multiplicidade de julgados em mesmo sentido sobre a questão.³⁴¹

A sede pela vinculatividade imediata não passou despercebida pela irônica análise de Barbosa Moreira:

Outro ponto digno de reparo especial é a autorização, que se pretende dar ao juiz, para sentenciar de plano, reproduzindo decisão anterior, quando já houver julgado improcedente o pedido em feito análogo. Ai não é sequer de prestigiar que se trata: pressuposto bastante é a existência de um único precedente, do mesmo juízo. Dificilmente se concebe incentivo maior à preguiça, ou, em termos menos severos, ao comodismo do julgador, que poderá valer-se da franquia para desvencilhar-se rapidamente do estorvo de novo processo, com a pura e simples baixa de um arquivo do computador. Dir-se-á que o texto projetado restringe a possibilidade às hipóteses em que não haja “qualquer singularidade” na causa agora ajuizada: mas à lei do menor esforço quase fatalmente induzirá O juiz menos consciencioso a enxergar identidade onde talvez não exista mais que vaga semelhança. A tentação da facilidade será forte demais, sobretudo quando grande a carga de trabalho que estiver assoberbando o magistrado. Em não poucos casos, ante a primeira impressão do *déjà vu*, a própria leitura da petição inicial corre o perigo de ver-se truncada, ou reduzida a sumária olhadela, desatenta a argumentos porventura novos que o autor suscite. Não se poderá contar muito, por parte do juiz, com o empenho — tão desejável — numa reflexão constantemente renovada sobre as questões de direito que lhe incumbe enfrentar.³⁴²

Noutros termos, uma decisão concreta pode ser adequada para um caso e não para outros de mesma natureza, mas em circunstâncias distintas. É necessário estabelecer uma base adequada para que o caso decidendo seja influenciado pelo antecessor. Ademais, a efetiva contribuição da jurisprudência não vem das decisões isoladas, mas da constante casuística, da experimentação problemática, da incessante revisão dos casos concretos relevantes, com novos pontos de vista, que podem ser afastados ou assimilados, o que é absolutamente impraticável no uso de uma solução genérica e fixa.³⁴³ Nesse ponto, também, as *teses* dos tribunais superiores prestam um desserviço à adequada compreensão do que é, de fato, um precedente.

³⁴¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. rev., atual. Porto Alegre: livraria do advogado, 2015, p. 115.

³⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma escalada e seus riscos. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. 9. Série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 307.

³⁴³ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 631-632.

3.2.3 Um retorno à interpretação (judicial) autêntica?

Conforme já salientado, Riccardo Guastini considera “‘interpretação autêntica’ ou, simplesmente ‘interpretativa’ toda lei ou disposição legislativa cujo conteúdo consista em determinar o significado de uma ou mais disposições legislativas precedentes”³⁴⁴. Ao denominar-se tal tipo de interpretação como disposição legislativa ou lei interpretativa, naturalmente os assentos causam estranheza e, ao que parece, o mesmo serve para os provimentos vinculantes.

Numa perspectiva ontológica, tais provimentos compartilham seu critério de adequação com as razões que justificavam as interpretações autênticas. Considerada a artificialidade do conceito a partir do qual operava a prática de interpretação autêntica – já que a proposta de interpretação poderia vir de agente diverso daquele que deu causa à lei a ser interpretada e até de diferente Parlamento – o mesmo fundamento poderia ser levado em conta no caso dos provimentos vinculantes, que não necessariamente trariam qualquer vínculo subordinativo com o espírito das disposições interpretadas ou a superação de um quadro contraditório de interpretações concorrentes.

Os pressupostos que a interpretação autêntica trazia consigo, todavia, contrastam com as funções aceitas pelo próprio regime de provimentos vinculantes. O caráter mais densamente afirmativo e mais explicitamente portador de autoridade ostentado pela legislação no momento histórico em que se verifica a crítica dos privilégios de classe e a promoção dos atributos de autoridade, generalidade, abstração e legitimidade, pela fonte da qual emanava a lei, contrastam com as justificações de segurança jurídica, coerência interpretativa e coesão do sistema jurídico subjacentes aos provimentos de observância compulsória.

De outro lado, os problemas que as interpretações autênticas traziam para o sistema jurídico podem ser considerados diversos e, de certo modo, antípodas aos problemas verificados no contexto dos provimentos vinculantes. Se é verdade que as consequências da interpretação autêntica se identificavam com a oportunidade ou critério de sua incidência retroativa, ante sua alegada natureza meramente declaratória — pois, de resto, as inovações que porventura se verificassem estariam em consonância com a própria razão de ser das funções legislativas³⁴⁵ —, a atuação dos “precedentes” subverte, quase por completo, os atributos intrínsecos da atuação

³⁴⁴ GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. 2. reimp. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 77

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 80.

judicial: eles repercutem não apenas diretamente sobre a ordem jurídica, mas universalmente, sua atuação viria a configurar propriamente uma lei.³⁴⁶

O perfil eminentemente declaratório das normas de interpretação autêntica, à semelhança dos provimentos cuja vinculativamente é, em termos declarados, voltada a dirimir conflitos interpretativos ou situações que geram insegurança e magnificam a litigiosidade judicial, mais escondem do que aclaram sua natureza político-jurídica, pois, em concreto, consubstanciam rematadas inovações jurídico-normativas e, em relação aos provimentos vinculantes, podem ser explicadas pela operação de um movimento de partida do geral para o particular, ao contrário da índole histórico-institucional da atuação jurisdicional, que tem na apreciação específica das dimensões concretas do fenômeno jurídico sua própria razão de ser.

A conclusão alcançada pela observância do princípio da separação de poderes é, em todo caso, contrária às funções que os provimentos vinculantes concretamente desempenham em comparação com as normas legais pretensamente interpretativas, pois, conforme referido princípio “[...] somente a interpretação em concreto (a solução de específicas controvérsias) deveria ser impedida ao legislador, e – simetricamente – somente a interpretação em abstrato deveria ser negada ao juiz”.³⁴⁷

É inegável que, em relação aos provimentos vinculantes do direito brasileiro contemporâneo, às funções interpretativas se antepõe a própria criação normativa, em especial pela ampla margem de escolhas facultadas às instâncias responsáveis pela edição, distinção, revisão e superação de tais provimentos, que, em tese, estariam limitados apenas às condições procedimentais exigidas para sua edição.³⁴⁸

Seja num caso ou em outro, isto é, diante das pretensas interpretações autênticas veiculadas pela lei ou dos pretensos objetivos de atribuição de segurança, coerência, coesão e igualdade veiculados por meio de provimentos vinculantes, o que se exclui é, paradoxalmente, uma maior ou menor margem de interpretação ou, até mesmo, a própria possibilidade jurisdicional de interpretação. Isso se justifica vez que a intenção concreta, que serve de móvel a qualquer dessas modalidades de inovação normativa, pode ser excedida a tal ponto de tornar legal ou juridicamente vinculante uma dimensão interpretativa que, em termos metodológicos, a lei ou a situação formalmente interpretada jamais comportaria.³⁴⁹

³⁴⁶ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 324.

³⁴⁷ GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 84.

³⁴⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 312.

³⁴⁹ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 332.

Rudolf Von Jhering, em sua obra “Espírito do Direito Romano”, defende a ciência do direito como um sistema orgânico composto por diversos elementos (normas), que, seguindo a lógica da ciência da química, poderiam ser decompostos, analisados, dissolvidos, separados, reagrupados ou reduzidos. Assim como acontece na química, as normas jurídicas seriam os elementos naturais, que, trabalhados segundo metodologia histórico-natural, poderiam inclusive possibilitar a criação de novos elementos implícitos ao sistema jurídico. Para ele, o conceito ético-jurídico superior é substituído pelo caso concreto, a partir do qual se busca reconhecer os elementos simples do direito.³⁵⁰

Por sua vez, Roscoe Pound desenvolveu a ideia da jurisprudência sociológica contra a jurisprudência mecânica. Retomando ao período Romano, lembrou que naquela época a constituição imperial representava a fonte de criação do direito organizada, cujas lacunas eram preenchidas pelo costume. Mediante a “Lei das Citações”³⁵¹ (legítima representante da interpretação autêntica), os juízes praticavam a simples aplicação mecânica de seguir a orientação que melhor conviesse ao caso; a jurisprudência era desenvolvida segundo autoridade, formada e fixa. Caso determinado tema não fosse abordado pela *auctoritas* dos cinco grandes juristas (Papiano, Gaio, Paulo, Ulpiano e Modestino), estaria o juiz aberto a resolver a lide conforme sua própria convicção, podendo ainda utilizar de ensinamentos de outros juristas porventura citados por um dos cinco. O critério utilizado naquela época foi denominado “tribunal dos mortos”, pois os autores que o inspiraram que se haviam vivido séculos antes. Importa destacar que a implantação desse sistema não se deu por conveniência dos legisladores, e sim pela prática já adotada, que, após a edição de lei, deixou de ter apenas eficácia persuasiva para adotar a cunho normativo de obrigatoriedade de aplicação.³⁵²

A jurisprudência sociológica se ocupa em reconhecer a evolução da sociedade e do direito, e o caráter único que apresenta cada caso concreto, rechaçando, assim, o formalismo jurídico, que se ocupa mais em perfilhar a similitudes do caso do que as suas diferenças.³⁵³

³⁵⁰ JHERING, Rudolf Von. **O espírito do direito romano**. Tradução: Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v.3. p. 25, *apud* BRAGA, Rogério Piccino; NEME, Sérgio Aziz Ferrareto. Súmulas vinculantes: um retorno à jurisprudência dos conceitos? *In: Filosofia do direito I* [Recurso eletrônico on-line], organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Fernando Galindo Ayuda, Leonel Severo Rocha e Renato César Cardoso (coords.) Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 527.

³⁵¹ Explica Henrique Carnio que diante da escassez de juristas, a invocação de obras passou a ser usurpada por advogados, que se valendo de citações falsas conduziu a um ambiente de incerteza do direito, obrigando Constantino estabelecer a lei que reconhecia apenas obras dos cinco jurisconsultos, que, quando citados, deveriam ser levados a juízo com o devido original. CARNIO, Henrique. Precedentes judiciais ou “direito jurisprudencial mecânico”? **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, jan./mar. 2016. p. 86.

³⁵² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: GZ, 2021. p. 45-46.

³⁵³ *Ibidem*, p. 82-88

Pode-se dizer, portanto, que a jurisprudência mecânica evidenciada naquela época não se distingue, em sua lógica formal-dedutiva, da tendência precedentalista hodierna, em que os Tribunais Superiores fixam súmulas, enunciados, precedentes, dentre outros, os quais devem ser seguidos e aplicados objetivamente, reduzindo a ciência do direito a um esquema subsuntivo, mecânico, artificial, que se afasta da ciência jurídica sociológica. A doutrina “precedentalista” vê na *common law* exemplo a ser seguido para combater os problemas judiciais, tais como a insegurança jurídica, excesso de processos pendentes de julgamento e lentidão da justiça; contudo, essa mesma doutrina esquece que o próprio sistema *common law* apresenta as mesmas problemáticas³⁵⁴. Ademais, importante salientar o fato de que o “sistema de precedentes” brasileiro foi instituído por lei, enquanto o legítimo *stare decisis* foi formado mediante desenvolvimento histórico cuja origem não é obra legislativa.³⁵⁵

Nesse sentido, explicitam Streck e Abboud:

[...] a existência da jurisprudência lotérica/aleatória não se deve à falta de mecanismos vinculantes justamente porque, em nenhum lugar do mundo, são disponibilizados às Cortes Superiores tantos institutos dotados de efeito vinculante, haja vista que somente no Brasil existe a súmula vinculante e a ação declaratória de constitucionalidade. Na realidade, a falta de segurança jurídica em nossa jurisprudência está relacionada ao descompromisso do nosso Judiciário com a legalidade vigente, uma vez que em seu imaginário a lei estaria à disposição do intérprete que poderia deixar de aplicá-la por razões de conveniência (*sic*).³⁵⁶

³⁵⁴ Há mais de duas décadas, Barbosa Moreira já criticava com precisão o mito da celeridade judicial: “Com justas razões, olhamos para a Itália como quem contempla um dos pontos culminantes da ciência jurídica em geral e da processual em particular. Isso não impede que o processo, lá, seja exasperantemente lento. Na área civil, segundo dados constantes do relatório sobre a administração da justiça em 1998, elaborado pelo Procurador Geral da República junto à Corte de Cassação, girou em torno de quatro anos, entre 1991 e 1997, a duração média dos processos, em primeiro grau de jurisdição, perante os órgãos de competência comum, os *tribunali*. No Japão, informa um dos vice-Presidentes da Associação Internacional de Direito Processual, antes da entrada em vigor do novo código, em 1998, não era raro que um feito civil se arrastasse por alguns anos na primeira instância e levasse mais de um decênio até a eventual decisão da Corte Suprema. Habitamo-nos a enxergar no universo anglo-saxônico padrão insuperável de onímoda eficiência. Todavia, a Inglaterra estava tão descontente com o desempenho de sua Justiça civil e muito especialmente com o ritmo dos pleitos, mencionado em documentos incontáveis como problema capital, que se dispôs a adotar, quebrando multissecular tradição, a partir exatamente de abril do ano passado, um código de processo civil bastante aproximado, em vários traços, do modelo continental europeu. Quanto aos Estados Unidos, para onde costumam voltar-se, com admiração que beira o êxtase, as miradas de tantos, lê-se em obras de autores norte-americanos, logo insuspeitos, que em muitos lugares um feito civil de itinerário completo (isto é, que se estenda até o *trial*) chega a durar em média, na primeira instância, nada menos que três a cinco anos. A lentidão processual explica sem dúvida a preferência de inúmeros litigantes por vias extrajudiciais, e aí está o motivo pelo qual o fenômeno da *Alternative Dispute Resolution* (*ADR*, na sigla usual) encontrou nos Estados Unidos o solo de sua máxima florescência”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 6, jul./ago. 2000. p. 31.

³⁵⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: GZ, 2021. p. 89-91.

³⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev., atual. Porto Alegre: livreria do advogado, 2015. p. 116.

Ao comparar o Direito contemporâneo com um jogo em que cada peça tem um movimento próprio e papéis previamente determinados, François Ost utiliza a língua bourdieuniana para dizer que o jogo da lei é um campo que produz hábitos. Mais do que isso, para fugir do determinismo, discorre que nessa complexa relação se aceita um número indefinido de jogadores, cujas respostas não estão inteiramente programadas. Por exemplo, setores hierárquicos podem entrar em campo, de modo que papéis secundários acabem tomando protagonismo; doutro lado, os participantes da lei são atraídos para outros jogos, como economia, família e política.³⁵⁷

Essas duas características mostram que, caso o jogo esteja aberto a todos, ou pelo menos a uma maioria qualificada, não está reservado a participante algum:

Nenhum jogador, qualquer que seja a sua posição de força e/ou autoridade, pode afirmar dizer a primeira e a última palavra. Sem um mínimo de chance, abertura e incerteza, não há jogo, sem história, sem lei, apenas pura violência ou felicidade eterna. A terceira característica, sem dúvida a mais importante, insiste na natureza mista do jogo, que combina, em proporções variáveis, regra e acaso, convenção e invenção, abertura e encerramento. A língua inglesa expressa bem esta dualidade, na medida em que tem dois termos para “jogo”: *play*, que se refere ao jogo livre e improvisado, e *game*, que se refere ao jogo regulado. Mas se estamos falando da liberdade mais desenfreada - como a inversão carnavalesca das tradições - ou de jogar sujeito às convenções mais estritas - como um jogo de xadrez - todo jogo envolve uma parte de regras e uma parte de improvisação. Assim, a prática do jogo não se reduz ao respeito das regras, nem à indeterminação pura e simples. Para além das regras não existe um vazio, mas sim um “espaço de jogo” que avalia e explora o “sentido do jogo” como uma intuição prática do sentido produzido pelo próprio jogo. O elemento central deste “sentido” ou “espírito do jogo” é sem dúvida a adesão aos “objetivos do jogo” e às suas “apostas” mais fundamentais. Este modelo demonstra grande fé na apresentação das operações de interpretação e validação em que os juristas se envolvem diariamente. Se Júpiter insiste no polo “convenção” e Hércules no polo “invenção”, Hermes, por outro lado, respeita o caráter hermenêutico ou “reflexivo” do julgamento legal que não se reduz à improvisação nem à simples determinação de uma regra superior.³⁵⁸

A predeterminação do sentido dos textos legais, tarefa a que se destinam os provimentos vinculantes, portanto, não parece ser o caminho que respeite a índole histórico-concreta da atividade jurisdicional, sendo uma deformidade de um modo legislativo já problemático: uma interpretação autêntica praticada por órgão judiciário. Não se olvida da autoridade dos tribunais, mormente das cortes superiores, mas lembre-se, com Castanheira Neves, que, a pretexto de dar estabilidade e uniformidade à jurisprudência, jamais se pode deixar de lado o caso concreto,

³⁵⁷ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. *Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, n. 14, 1993. p. 122.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 123.

que demanda uma solução. Nem uma atitude discricionária, tampouco a mera invocação de um enunciado surgido de caso anterior podem resolver problemas *a priori*.

Novamente, os provimentos vinculantes se aproximam dos assentos com intuito de obter o que a norma aplicada não conseguiu *per se*: aplicação unívoca e uniforme. Ambos, portanto, deixam de ser uma interpretação comum, afastável ou que se possa modificar.³⁵⁹

3.3 (AINDA SOBRE) A CISÃO ENTRE “QUESTÃO DE FATO” E “QUESTÃO DE DIREITO”

A ideia de que tribunais superiores julgam teses, lides objetivas, expõe com clareza o que a prática jurisdicional brasileira ainda está presa ao paradigma questão-de-fato – questão-de-direito. As “teses” resolvem as “questões de direito”. Isto é, decidida a causa pelo Supremo Tribunal Federal, está resolvida “parte do direito” referente ao texto da Constituição, tanto que não lhe incumbiria, em tese, revolver fatos e provas para apreciar recursos extraordinários.

Esse é outro problema jurídico já há muito esclarecido por António Castanheira Neves³⁶⁰, e do qual os tribunais brasileiros parecem, ainda, não ter se dado conta. Cabe lembrar que a cisão aparece em diversos textos legais, inclusive recentemente promulgados, como o CPC/2015, além de ser percebida nas chamadas súmulas impeditivas de recurso.

É o caso, por exemplo, dos Enunciados números 07 do Superior Tribunal de Justiça (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”)³⁶¹ e 279 do Supremo Tribunal Federal (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”).³⁶² Embora os textos de ambas vedem apenas o reexame de provas, sua aplicação é muito ampliada por essas cortes, impedindo o conhecimento de grande maioria dos recursos especiais e extraordinários. Veja-se que revolver as provas de determinado processo, para verificar se um fato ocorreu e qual parte tem razão – atividade típica de primeira e segunda instância –, é

³⁵⁹ Cf. NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 338.

³⁶⁰ Cf. NEVES, António Castanheira. **Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967.

³⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Enunciado de Súmula nº 7**. Corte Especial. Data de aprovação: 28/06/1990, data de publicação: Diário de Justiça 03/07/1990. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/getFile?url=/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Sumulas/Sumula_sTJ.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2021.

³⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Enunciado de Súmula nº 279**. Tribunal Pleno. Data de aprovação: 13/12/1963. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula279/false>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

diferente de analisar os acontecimentos, muitos tidos como incontroversos, com vistas à análise de violação de dispositivo legal ou constitucional, tarefas indissociáveis em qualquer grau de recurso. Afinal, quando uma corte se debruça em determinado caso, já na parte de relatório está a analisar fatos. Como ensina Castanheira, o direito é essencialmente histórico, desenvolve-se em ato, numa relação transcendente”³⁶³, pelo que se faz insustentável a distinção entre “fato” e “direito”.

Ainda nesse raciocínio, Cassio Scarpinella Bueno:

O direito precisa ser interpretado para ser aplicado. [...] É como se dissesse, sem muito exagero, que não há, propriamente “direito” sem sua específica aplicação aos casos concretos. Há, no máximo, textos que representam o direito, mas não as normas jurídicas propriamente ditas. Estas precisam, sempre, ser interpretadas e aplicadas para existirem como tais.³⁶⁴

Com clareza, portanto, Castanheira Neves expõe o que seria uma identidade autorizadora da aplicação de precedentes. Apenas quando dois casos tenham uma correlativa intencionalidade jurídica, entendida problemáticamente, pode-se dizer que há uma idêntica (ou similar) questão jurídica, que

[...] encontrará solução, uma vez dada resposta em certo sentido àquela comum intenção problemática, numa mesma tese jurídica, no mesmo fundamento jurídico — tese ou fundamento, que são assim soluções gerais para a questão de direito geral (comum) que põem os dois casos jurídicos. Conclui-se, desta forma, que se exige um processo de *abstracção*, não *directamente* quanto ao critério mas quanto ao objecto, já que apenas em referência a este, consoante ele seja particular ou geral, o critério correlativo assumirá também uma concreta intenção particular ou geral. Pois que qualquer critério ou fundamento, quando visto apenas em si, é geral (ou possivelmente geral), e só adquire um conteúdo ou uma intencionalidade específica enquanto é referido a, e acaba por assimilar na solução concreta, um objeto igualmente específico.³⁶⁵

Lenio Streck e Georges Abboud, por sua vez, retratam o posicionamento de Dworkin para evitar o que chamam de neoabsolutismo hermenêutico, pois, para o autor norte-americano,

[...] a tentativa de se encontrar um posicionamento apriorístico, que nos permita encontrar uma decisão adequada para casos constitucionais, constitui tentativa fadada ao fracasso. Nos exatos termos do jusfilósofo: “não conseguiremos encontrar uma

³⁶³ NEVES, António Castanheira. **Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967. p. 906-907.

³⁶⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 6. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 105.

³⁶⁵ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 79.

fórmula para garantir que todos os juízes cheguem à mesma resposta em processos constitucionais complexos, inéditos ou importantes”³⁶⁶.

Em outros termos, a súmula vinculante não é a norma pronta, acabada e completa apta a solucionar diversos casos por silogismos. Esse entendimento está na contramão do acesso hermenêutico porque impede que a particularidade de cada caso concreto se manifeste.³⁶⁷

Noutro aspecto, pode-se relacionar esse tema ao texto de José Luis Borges, em que concebe a metáfora da Biblioteca Infinita. Nessa história inserida no conto Biblioteca de Babel, o Bibliotecário, um imperfeito homem, descreve, admirado e horrorizado, uma gigantesca biblioteca.

A imensidão oprime o Bibliotecário porque ele não é durável, e a biblioteca, sim; o ciclo se renova, vez que é possível combinar elementos textuais que não se esgotam e sempre renascem. E mesmo que o local abarque tudo, esse tudo é imensurável. Assim ocorre com o direito, que, a exemplo da literatura, “não se encerra em sua própria textitude”.³⁶⁸ Pode-se justificar a infinitude da biblioteca por todos os autores serem um único autor, bem como um livro serem um só, e um livro constituir todos os demais. Os humanos, bibliotecários e imperfeitos como o aflito protagonista, escrevem livros quando não encontram o que procuram, sem se darem conta de que essa atividade também é infinita.³⁶⁹

O “operador do direito”, assim como o Bibliotecário, pode traçar conceitos sobre livros que já foram reescritos e reinterpretados – e essas leituras são tão grandes quanto a biblioteca. Complexo, o direito é imenso e não cabe apenas nas letras que o estruturam, daí a inviabilidade de analisá-lo abstratamente, fora da realidade à sua volta. Por isso, problemas jurídicos não se resolvem apenas com os textos, em prejuízo do caso concreto. Já que o pós-positivismo, há muito, ensinou que norma e texto não se confundem, é impossível mapear todas as hipóteses possíveis de aplicação das prescrições.³⁷⁰

Explanando-se melhor, a reunião dos textos normativos é insuficiente para caracterizar o direito, da mesma forma que a Biblioteca não é a simples reunião de seus livros. Interpretativo e composto por historicidade, o direito é indissociável do fato e infinito, pois se relaciona com os inúmeros casos concretos que despontam. A cada ato jurídico, em sentido amplo, correspondem causas e efeitos infinitos. É por isso que o direito não separa fato e direito; ele,

³⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 132.

³⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev., atual. Porto Alegre: livraria do advogado, 2015. p. 66-67.

³⁶⁸ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 254.

³⁶⁹ *Ibidem*.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 255.

abstratamente compreendido, não se efetiva distante do caso concreto. Cada problema deverá resolver-se de forma peculiar.³⁷¹

Em síntese, retomando-se os ensinamentos de Castanheira Neves, fato não prescinde de direito, nem vice-versa:

Na verdade, se por um lado não há validade que não seja validade de algo, e de algo que relativamente a essa intenção fundamentante se ofereça na contingência da facticidade, também a vaidade jurídica não poderá deixar de ter um contingente e material sujeito-objecto a predicar, e no qual se cumpra – o predicado não prescinde do sujeito e terá nele justamente de se afirmar predicado, uma *quaestio juris* é sempre a *quaestio juris* de uma certa *quaestio facti*. Por outro lado, sendo os factos de um problema concreto de direito o objeto intencional da respectiva questão-de-facto, e por esta determinados, não é menos certo que também eles não têm sentido sem referência à questão-de-direito, pois uma *quaestio facti* é necessariamente a *quaestio facti* de uma certa *quaestio juris*.³⁷²

Diante disso, pergunta-se: como identificar a “idêntica questão de direito” sem analisar os fatos? Se o “fato” está intimamente ligado ao “direito”, como o tribunal superior emite sua tese sem o cotejo fático? Embora pratique essa cisão, o tribunal paradoxalmente tenta alcançar todos os futuros casos semelhantes.

Ora, nenhum caso é cem por cento igual nem cem por cento diferente em relação aos demais. Cada problema jurídico tem particularidades que o distinguem e pontos que os aproximam de outros. E parece inadequado pretender que, com um enunciado geral e abstrato extraído de caso concreto pela Corte Suprema ou outro órgão judicante seja possível solucionar todos os problemas de matérias idênticas/semelhantes, mesmo que esses casos sequer tenham nascido.

Em suma, a sede pela vinculação das decisões tem duas grandes vicissitudes. Além de realizar, implícita ou explicitamente, a cisão entre questão de fato e questão de direito, retorna a uma questão há muito superada no positivismo, que deixou de equiparar lei e direito, texto e norma.³⁷³ Enquanto norma é produto da interpretação dos textos legais, conjugados com os fatos jurídicos, para se resolver um determinado caso, a emissão de prescrições judiciais vinculantes pretende antecipar a junção entre norma e texto (estariam unidos, por exemplo, numa súmula e nas teses do Supremo Tribunal); a tese já teria a solução do problema e dos

³⁷¹ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 256-257.

³⁷² NEVES, António Castanheira. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito. In: NEVES, António Castanheira. **Digesta: escritos acerca do pensamento jurídico da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 511.

³⁷³ *Ibidem*, p. 1.239.

demais problemas, pois um dispositivo constitucional ou legal já foi interpretado pela Corte, bastando às instâncias inferiores aplicar o entendimento adotado. Nesse sentido:

[...] é possível dizer que quem transforma as súmulas vinculantes em um “mal em si” são as suas equivocadas compreensão e aplicação. Pensa-se, cada vez mais, que, com a edição de uma súmula, o enunciado se autonomiza da facticidade que lhe deu origem. É como se, no próprio *common law*, a *ratio decidendi* pudesse ser exclusivamente uma proposição de direito, abstraída da “questão de fato”. Se isso é crível, então realmente a súmula e qualquer enunciado ou verbete (e como gostamos de verbetes, não?) será um problema. E dos grandes. E como respondo a isso? Com uma “exigência hermenêutica” que se traduz da frase de Gadamer: só podemos “compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido.”³⁷⁴

A cisão entre questão de fato e questão de direito tem reflexos irrecusáveis em qualquer ordem jurídica. Buscar-se-á corroborar essa assertiva com um precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos: o Caso Mohamed *vs.* Argentina.³⁷⁵

Carlos Alberto Mohamed se envolveu em acidente de trânsito no dia 16 de março de 1992, em Buenos Aires. Ele conduzia um ônibus, quando atropelou uma senhora, a qual atravessava “o caminho ou a faixa de pedestres no meio da avenida”.³⁷⁶ A vítima faleceu minutos depois.

Foi aberto procedimento criminal e, em agosto de 1994, o Tribunal Correcional Nacional n° 3 absolveu Mohamed da acusação de homicídio culposo (artigo 84 do Código Penal argentino), por ausência de provas. O *Parquet* apresentou apelo, julgado pela Primeira Câmara da Corte Nacional de Recursos em Matéria Penal e Correcional, que reverteu o julgamento e condenou o réu “à pena de três anos de prisão, cuja execução é suspensa, e a oito anos de desqualificação especial para dirigir qualquer tipo de veículo motorizado”.³⁷⁷ Entendeu-se que o acusado foi imprudente no ocorrido.

A defesa interpôs recurso extraordinário – limitado a interpretação de lei federal ou a manifesta arbitrariedade da sentença – para a Corte Suprema de Justiça da Nação, alegando, em suma, que foi aplicado o Decreto n° 692, de 1992, ainda não vigente na época do fato, além de inexistência de provas para condenação. A mesma Câmara julgadora do apelo ministerial rejeitou o recurso, sob o fundamento de que este se referia “a questões de fato, provas e direito

³⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. rev., atual. Porto Alegre: livraria do advogado, 2015. p. 85-86.

³⁷⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Mohamed *Vs.* Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2012. Série C n° 255. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf>. Acesso em: 05 out. 2021.

³⁷⁶ *Ibidem*, § 38.

³⁷⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Mohamed *Vs.* Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2012. Série C n° 255. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf>. Acesso em: 05 out. 2021, § 48.

comum”, debatidas no momento da decisão recorrida, além de ser inviável tornar a corte superior numa terceira instância.³⁷⁸

A defesa, portanto, apresentou reclamação para a própria Corte Suprema (*Queja por Recurso Denegado*), quando se requereu a anulação da sentença e que fosse proferida outra. Os argumentos eram novamente contra a retroatividade do Decreto, além de violação ao artigo 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos. A reclamação foi indeferida, ao argumento de que o recurso extraordinário que lhe deu origem “era inadmissível”, e sobreveio outra negativa, dessa vez quanto a um “Requerimento de Reversão” (*Solicitud de revocatoria*).³⁷⁹

Após o indeferimento do recurso extraordinário, Mohamed foi desqualificado para dirigir e demitido do cargo de motorista de ônibus.

Em março de 1996, a defesa de representou para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, após proferir Relatório de Admissibilidade, submeteu o caso à Corte Interamericana (CIDH), solicitando a condenação do Estado Argentino por violar o princípio da legalidade e da não retroatividade, bem como os direitos de defesa, de recorrer da sentença e à proteção judicial, “consagrados nos artigos 9º, 8º(2)(c), 8º(2)(h), e 25º(1) da Convenção Americana em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1º(1) e 2º do mesmo instrumento”.³⁸⁰ O caso só foi julgado em 23 de novembro de 2012.

O artigo 8, 2, *h*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos preceitua, além da presunção de inocência, que toda pessoa acusada de delito tem o direito de “recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. Rechaçando argumento do Estado Argentino, a Comissão afirmou que essa garantia recursal independe de a decisão ser de primeira ou de segunda instância (caso de Mohamed). Trata-se de prerrogativa mínima do indivíduo sujeito a investigação ou a processo criminal, sendo “[...] contrário à finalidade desse direito específico que ele não seja garantido em relação à pessoa condenada por sentença que reverta uma absolvição”.³⁸¹ Assim, concluiu-se que “o Sr. Mohamed tinha o direito de recorrer da sentença proferida pela Primeira Câmara da Corte Nacional de Recursos”.³⁸²

Quanto ao conteúdo do direito ao recurso, cuida-se de garantia primária do devido processo legal, sobretudo quando se trata de sentença penal adversa, a fim de impedir danos decorrentes de um procedimento defeituoso. A Corte observou que “as formalidades

³⁷⁸ *Ibidem*, § 54.

³⁷⁹ *Ibidem*, §§ 59-60.

³⁸⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Mohamed *Vs.* Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2012. Série C n° 255. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf>. Acesso em: 05 out. 2021. § 3.

³⁸¹ *Ibidem*, § 92.

³⁸² *Ibidem*, § 95.

necessárias para que o recurso seja admitido devem ser mínimas e não devem constituir obstáculo para que o recurso cumpra seu propósito de examinar e resolver as queixas sustentadas pelo recorrente”.³⁸³

Pontua-se que o recurso extraordinário era o único disponível para a defesa de Mohamed, seguido da reclamação contra a decisão que o inadmitiu. Não aceito o recurso, o jurisdicionado não pôde conhecer as razões pelas quais deixou de acessar o Supremo Tribunal.³⁸⁴

A partir da análise do caso, tem-se que diversas vicissitudes do sistema recursal argentino se verificam também na jurisdição brasileira, com destaque para a jurisprudência defensiva, ainda mais grave quando se trata de matéria penal. O CIDH apontou a impropriedade de se separar questões de fato e de direito³⁸⁵ dogma aqui representado pelas Súmulas 07 do STJ e 279, além dos diversos mecanismos vinculantes de solução de litígios repetitivos.

Parece certo, portanto, que o caso do Sr. Mohamed poderia ser de um réu brasileiro.

3.4 PREMISSA PARA A CONSTITUCIONALIDADE DOS PROVIMENTOS VINCULANTES

Dos provimentos descritos no artigo 927 do Código de Processo Civil, apenas as decisões da Corte Suprema em controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes possuem previsão na Carta Magna de 1988. As demais hipóteses normativas de vinculação, portanto, foram inseridas “por conta própria” do novo código. O constituinte de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal o pronunciamento sobre questões versadas no artigo 102, sendo o artigo 105 destinado às atribuições do Superior Tribunal de Justiça. E excetuando-se o

³⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Mohamed *Vs.* Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2012. Série C n° 255. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf>. Acesso em: 05 out. 2021. § 99.

³⁸⁴ *Ibidem*, § 107.

³⁸⁵ O “meio de impugnação de uma condenação, para ser eficaz, deve ser um meio adequado de buscar a correção de uma condenação indevida. Isto exige que se possa analisar as questões factuais, probatórias e jurídicas em que se baseia a sentença impugnada, já que na atividade judicial há uma interdependência entre as determinações factuais e a aplicação da lei, de modo que uma determinação errônea dos fatos implica uma aplicação errônea ou indevida da lei. Consequentemente, os fundamentos em que o recurso se baseia devem permitir uma revisão abrangente dos aspectos contestados da condenação.” CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Mohamed *Vs.* Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2012. Série C n° 255. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf>. Acesso em: 05 out. 2021, § 100.

caso de súmulas vinculantes, não se extrai da Lei Maior qualquer dispositivo autorizador de que os órgãos judiciais emitam essas teses, senão julgar processos, recursos, lides subjetivas.

Portanto, os incisos III e IV do artigo 927, do Código de Processo Civil, segundo o quais os juízes devem observar “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos” e “os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional”, geram intensos debates doutrinários sobre a constitucionalidade desses dispositivos desde a promulgação da lei.

Defensores das teses “precedentalistas”, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart recorrem à doutrina do *stare decisis* para sustentarem que seria desnecessária qualquer previsão normativa, constitucional ou infraconstitucional, para dar validade à construção de um sistema de precedentes:

[...] o *stare decisis* constitui uma expressão que visa a promover um estado de coisas seguro (segurança) – que de seu turno visa a viabilizar a autodeterminação pessoal (liberdade) e o tratamento isonômico (igualdade). Assim, os arts. 926 e 927, CPC/2015, apenas tornam mais visível a adoção da regra do *stare decisis* entre nós: o deslocamento de uma perspectiva cognitivista (do *juge bouche de la loi*) para uma perspectiva adscritivista da interpretação (em que se reconhece que os juízes concorrem para definição do significado do direito e que em certa medida – apenas em certa medida – há *judge-made-law*) exige a alteração do referencial da segurança jurídica: não apenas a estática declaração da lei ou dos precedentes, mas a dinâmica reconstrução da relação entre a lei, a doutrina e os precedentes a partir de parâmetros racionais de justificação.

A conclusão que se pode retirar daí é bastante simples. A vigência de um sistema de precedentes obrigatórios independe de autorização textual da Constituição. Compreendida a interpretação como uma atividade de reconstrução e de outorga de sentido ao material legislativo, a segurança jurídica só pode ser adequadamente densificada, se levar em consideração o significado normativo dos textos fixado pelas Cortes Supremas a partir do julgamento de casos. Em outras palavras, não é necessária emenda constitucional para a adoção de um sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro. Rigorosamente, não seria nem mesmo necessário que o legislador brasileiro tivesse enfrentando o tema nos arts. 926 e 927, CPC/2015, para que tivéssemos precedentes vinculantes em nossa ordem jurídica.³⁸⁶

Deve-se deixar claro, porém, que é inegável a força do direito jurisprudencial e das decisões proferidas pelos tribunais superiores. O precedente é um instituto milenar que tem como propósito conferir unidade, coerência e estabilidade ao direito e, obviamente, não se torna inconstitucional por isso.

³⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 926 ao 975**. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 52-53.

O problema é a desmedida – e desatenta – “importação” de modelos jurídicos, mormente de países de *common law*.

Pode-se arguir que crítica ao “precedentalismo”, feita por autores como Lenio Streck, mira a essência de cada sistema e a forma inadequada de sua internalização no direito brasileiro, num apego demasiado às formas tradicionais. Assim, surgiriam as questões: embora as teorias importadas tenham, originalmente, determinado sentido, não é possível adequá-las a novas realidades? Se há algum problema nisso, os doutrinadores não deveriam trabalhar especificamente na superação dessas distorções causadas pela diferença cultural (que também carrega em si determinada tradição)?

É possível sustentar, ainda, que crítica de Streck é sedutora, mas apontar na hermenêutica uma apreensão excessiva do sentido nos modelos tradicionais. Nessa ótica, levando em consideração, de fato, os sistemas jurídicos (*civil law* e *common law*), não seria totalmente inadequado qualquer tipo de sistemas de precedentes no Brasil, mesmo caso aplicado exatamente como nos países dos quais se originaram.

Eis um ponto crucial para o debate, pois se se critica o modelo nacional por ele não se adequar essencialmente ao modelo importado (essência tradicionalmente constituída), também se deve, por coerência, defender a impossibilidade de se adotar qualquer mecanismo do *common law* no *civil law*.

Porém, no plano efetivo, a tentativa de importação gerou sérias anomalias no direito brasileiro, como as súmulas e *teses*, que, como demonstrado insistentemente, não existem no *common law*. Vê-se nas ideias precedentalistas um ímpeto de importar só a parte boa – o efeito vinculante para estabelecimento da segurança jurídica –, mas também uma ignorância quanto ao elemento imprescindível do regime de *stare decisis*: o caráter histórico-constitutivo, e sempre reinterpretaivo, dos precedentes judiciais, que jamais aceitaria a imposição de preceitos genérico-abstratos extraídos dos casos anteriores para simplesmente vincular litígios futuros.

As consequências não param por aí e são várias, como violação ao contraditório e o afastamento do sujeito no processo de tomada de decisão (vide o capítulo seguinte).

Entender hermeneuticamente o precedente permite que ele possa de fato, contribuir para unidade do direito, isonomia, segurança jurídica *etc.* Até porque esse instituto pode existir de formas diversas nos ordenamentos e ser importante em qualquer tradição, de *common* ou *civil law*, que trabalham com a técnica de precedentes e com a legislação ao mesmo tempo. Ou alguém crê que, nos Estados Unidos, não há inúmeros dispositivos de lei, bem como, na França, não se valoriza os julgados anteriores?

O próprio controle de constitucionalidade, que comumente se destaca a partir de *Marbury v. Madison*, só passou a se desenhar de forma mais estável muitos anos depois desse julgado. E se consagrou primeiro na Alemanha, inequívoco representante da tradição de *civil law*. Aí está a prova de que importações podem ser interessantes, ou de que a ideia de fracasso de “transplantes institucionais” nem sempre é acertada.

Numa palavra, os precedentes são, sim, bem-vindos no Brasil, mas é inapropriada a previsão legislativa para observância de teses.

Justamente pelo fato de que emitir prescrições normativas seria uma atividade excepcional do Poder Judiciário, foram inseridas na Constituição as súmulas vinculantes. Sobre o assunto, comenta Nelson Nery Jr.:

Vinculação a preceitos abstratos, gerais, vale dizer, com característica de *lei*, só mediante autorização da Carta Política, que até agora não existe. STF e STJ, segundo a CF 102 e 105, são tribunais que decidem *casos concretos*, que resolvem lides objetivas (*e.g.* ADIn) e subjetivas (*e.g.* RE, REsp). Não legislam para todos, com elaboração de preceitos abstratos: salvo quanto à súmula vinculante (STF, CF 103-A), não são tribunais de teses. Fazer valer e dar eficácia ao CPC 927 III a V é deixar de observar o *due process of law*, o texto e o espírito da Constituição.³⁸⁷

Também sob o prisma do princípio da legalidade, Lenio Streck e Georges Abboud questionam a validade constitucional dos mecanismos judiciais vinculantes:

[...] a discussão subjacente à obra deve necessariamente ser vislumbrada em fase do que dispõe o princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II, da CF). Isso porque a aplicação do direito seja, com base em súmula vinculante ou precedente judicial, perante o princípio da legalidade deva ser vista com sérias reservas. Mais precisamente, devemos questionar se é legítimo ao Poder Judiciário decidir as questões jurídicas com fundamento em institutos originários exclusivamente do Judiciário (precedente/súmula vinculante). Esse é um ponto crítico que tem sido ignorado por nossa doutrina. Vale dizer em sistema vinculado ao *civil law*, perante o qual existe previsão constitucional expressa do princípio da legalidade seria lícito ao Judiciário solucionar suas questões com base tão somente em seus próprios atos? Em função dos graves defeitos que assolam o Poder Legislativo brasileiro, é legítimo deslocar a solução de questões democráticas/parlamentárias para a esfera de decisão do Judiciário?³⁸⁸

Salienta-se que, quando da decretação de inconstitucionalidade dos assentos portugueses, o Tribunal Constitucional entendeu-os incompatíveis com a Constituição ora

³⁸⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 2052.

³⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. rev., atual. Porto Alegre: livraria do advogado, 2015. p. 67.

vigente, que, no artigo 115º, descrevia os atos normativos.³⁸⁹ Por isso, concordando com a doutrina de Castanheira Neves e o entendimento expressado no acórdão, Jorge Lapa discorreu:

i) A separação dos poderes não respeita já a pureza dos princípios dados ao Mundo pelo Século da Luzes e é sobretudo na função legislativa que o afastamento mais se faz notar, com o órgão executivo por excelência a legislar mais do que o órgão legislativo, um pouco por todo o mundo. Não repugna, assim, do ponto de vista do equilíbrio do sistema político-constitucional português, que o S.T.J. (bem como outros supremos tribunais, a imagem do que já acontece com o Tribunal de Contas) possa emitir normas com força obrigatória geral, materialmente de natureza legislativa. Mas para tanto a Constituição deveria atribuir explicitamente, o S.T.J. da necessária competência constitucional. Por força do n.º 2 do artigo 114º. Assim não ocorrendo, como *efectivamente* não ocorre, a competência atribuída aos tribunais, pela norma do artigo 2.º do C.C., consubstancia-se numa delegação, por via de decreto-lei (que aprovou o C.C.), do poder legislativo do Estado (Assembleia da República - Governo), em matéria interpretativa com força de interpretação autêntica, nos tribunais. E essa delegação, sempre teria de se considerar desautorizada pela Constituição (*ex vi* do mesmo artigo).

ii) Ao atribuir ao assento força idêntica à da lei, o artigo 2.º do C.C. viola a proibição do n.º 5 do artigo 115.º da C.R.P., como muito bem decidiu o Acórdão 810/93, para cuja douta fundamentação se remete”.³⁹⁰

Como dito no capítulo primeiro, a separação de poderes não tem a fixidez de outros tempos, porém ainda se apresenta como sustentáculo de *accountability* num Estado Democrático de Direito, respeitando a força normativa da Constituição. Também se afirmou que a Carta Magna brasileira não adota uma definição essencialista desse princípio, porém apresenta inúmeros mecanismos de freios e contrapesos para evitar a concentração de poder em favor de determinado ente ou órgão estatal. Por isso, descreveu de forma minuciosa as hipóteses e condições nas quais o Poder Executivo pode legislar (descentralização da atividade legislativa), isto é, emitir comandos normativos válidos e coercitivos em toda a ordem jurídica; do mesmo modo, previu as possibilidades em que o Senado Federal pratica atividade “judicante” e as Casas Legislativas promovem investigações. Não há, portanto, mera divisão de tarefas entre “típicas” e “atípicas”. Mas uma coisa é certa: para que a prática de determinado

³⁸⁹ “**Artigo 115.º (Actos normativos)** 1. São actos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais. 2. As leis e os decretos-leis têm igual valor, sem prejuízo do valor reforçado das leis orgânicos e da subordinação às correspondentes leis dos decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa e dos que desenvolvam as bases gerais dos regimes jurídicos. 3. Os decretos legislativos regionais versam sobre matérias de interesse específico para as respectivas regiões e não reservadas à Assembleia da República ou ao Governo, não podendo dispor contra leis gerais da República, sem prejuízo do disposto na alínea b do n.º 1 do Artigo 229º. 4. São leis gerais da República as leis e os decretos-leis cuja razão de ser envolva a sua aplicação sem reservas a todo o território nacional. 5. Nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos”. PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa** - Lei Constitucional nº 1/82 de 30-09-1982. Disponível em: <https://bo.io.gov.mo/bo/i/pt/crp92pt/titulo3_1.htm>. Acesso em: 01 nov. 2021.

³⁹⁰ LAPA, Jorge Teixeira. Anotação: Da inconstitucionalidade do assento. **Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos**, n. 1, 1994. p. 164-165.

órgão ou poder, que cria direitos ou institui obrigações, tenha validade no Estado Democrático de Direito, é necessária expressa autorização da Lei Maior.

Nessa ótica, somente no caso de súmula vinculante pode um órgão jurisdicional praticar função análoga à legislativa (embora esse instituto transgrida a já mencionada índole histórico-concreta da jurisdição). Isso poderia ser evidente, porém se escolheu na lei o “caminho mais fácil, mas inconstitucional”.³⁹¹ Quanto à vinculação do posicionamento de plenário ou órgão especial de tribunal, a inconstitucionalidade é ainda mais latente, porquanto a obrigatoriedade é estendida a “[...] qualquer outra orientação, administrativa ou jurisprudencial, provinda do pleno ou do órgão especial do tribunal, sem expressa e anterior previsão” da Carta Magna.³⁹²

A corrente pela inconstitucionalidade dessa vinculação desmedida já se manifestava antes do Código de Processo Civil atual. Antes mesmo de serem transformados em lei, Barbosa Moreira já criticava os projetos que viriam a instituir os recursos repetitivos:

Ainda outro projeto mira dar ao art. 518 do estatuto processual [CPC/73] um parágrafo a cuja luz “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”. Fica evidente que se deseja antecipar, por via de legislação ordinária, algo (ou muito) de proposta constante do projeto de reforma da Constituição, na parte que pende da reapreciação pela Câmara dos Deputados, a saber: a denominada “súmula impeditiva de recurso. Não deixa isso de ser curioso: ou a inovação prescinde de autorização constitucional, e não se percebe o porquê de sua inserção naquele projeto, ou precisa dela, e simples lei ordinária não pode consagrá-la sem ferir a Carta da República.³⁹³

Em sentido contrário, a corrente “precedentalista” recorre a preceitos típicos do realismo³⁹⁴ norte-americano para justificar a vinculatividade das decisões das Cortes Supremas:

Os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios – isto é, vinculantes. Do contrário, poderiam ser confundidos como simples exemplos. Embora o Código de 2015 tenha introduzido legislativamente o conceito de precedente entre nós, a autoridade do precedente obviamente dele não decorre. Na verdade, a autoridade do precedente decorre do fato desse encarnar o significado que é adscrito ao direito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Vale dizer: a autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta.³⁹⁵

³⁹¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 2.052.

³⁹² *Ibidem*, p. 2.057.

³⁹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma escalada e seus riscos. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. 9. Série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 306.

³⁹⁴ Ver *supra*, nota 171.

³⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 926 ao 975**. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 68-69.

Como se viu, o precedente não nasce precedente, mas se torna, num processo de reiterada experiência diante dos casos decididos. Ainda deve-se lembrar, com Castanheira Neves, que os tribunais superiores são antes marcados pela qualidade das decisões do que pela sua autoridade. São inaceitáveis a cassação e a uniformização jurisprudencial mediante apenas uma fixa interpretação e integração da lei, pois a jurisprudência não se esgota nessas tarefas, que são apenas momento normativo do problema jurídico concreto.³⁹⁶

Pertinente, portanto, transcrever a conclusão da obra do jusfilósofo de Coimbra:

[...] se os supremos tribunais não devem ser concebidos, nem como instância judicial investida de uma competência prescritiva, nem simplesmente como uma terceira instância, também se não justifica uma instituição diferente deles que tivesse o direito enquanto tal por objecto e que, com vista à sua vinculante determinação, se desligasse da decisão dos casos concretos e assim da realização do direito através dessa decisão. Antes hão-de pensar-se os supremos tribunais como instituições que, integradas embora na função judicial em sentido estrito, sejam convocadas, mediante certa função específica mas actuando jurisdicionalmente, a uma intenção normativo-jurídica de relevo transdecisória que concorra para a constituição jurisprudencial da unidade do direito — com o sentido normativo e segundo o regime processual que enunciámos.

Não há, por isso, autorização para que corte alguma deixe de julgar lides para prescrever teses – independente do “vértice” que ocupa no sistema judicial.

3.5 REALMENTE PRECISAMOS DOS PROVIMENTOS VINCULANTES? OS VERDADEIROS PRECEDENTES E O RETORNO AO CASO CONCRETO

Apesar da recorrente ideia de que a “commonlização” do direito brasileiro solucionaria os problemas judiciais (falta de uniformização da jurisprudência, multiplicidade de feitos e insegurança jurídica, entre outros), os países de *common law* também enfrentam as mesmas vicissitudes. A diferença, porém, é que nessa tradição jurídica há uma milenar cultura de respeito aos precedentes sem qualquer vinculação legislativa. Mostra-se pretensiosa a noção de que tais entraves seriam resolvidos no Brasil mediante instrumentos de padrão decisório fixados em lei – que, a exemplo de súmulas e *teses* dos tribunais superiores, sequer existem naqueles

³⁹⁶ NEVES, António Castanheira. **O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra: 1983. p. 649.

lugares.³⁹⁷ De todo modo, o precedente, longe de ser uma “fórmula mágica” para as questões citadas, pode dar sua contribuição nesse processo.

Decidir é um ato complexo. E decidir com base em precedentes, embora enriqueça a atividade judicante, não torna a tarefa simples. Ao menos se realmente forem compreendidas as premissas de um verdadeiro regime de precedentes.

Nos ensinamentos de Michelle Taruffo, para a aplicação racionalizada da decisão é necessário ter em mente a dialética dos procedimentos de *discovery* e *trial*, quanto ao conteúdo fático e a norma a ser aplicada. A *ratio decidendi* não se forma apenas no momento final do processo, mas sim como consequência da estrutura de *discovery*, que conduz o juiz à escolha de determinada decisão. Assim, para o desenvolver seu convencimento, primeiramente deve o magistrado individualizar, provisoriamente, os termos do caso, a partir do qual passará a formular hipóteses de soluções. Essa individualização, aliás, não ocorre a *priori*, mas sim como resultado de uma dialética entre o tema selecionado e o caso concreto.³⁹⁸

Após a individualização, e selecionadas as diversas hipóteses de solução da lide, estas devem ser reduzidas na medida em que os fatos vão sendo revelados, o que gera o raciocínio mais adequado para a questão concreta. A *discovery* é vista como um longo caminho a ser percorrido pelo juiz para formular/reformular/retificar hipóteses de decisão e a fim de torná-las mais claras ante o caso em análise. A construção do modelo de decisão mediante pesquisa é indispensável para garantir uma edificação conceitual, vez que há o desenvolvimento da decisão segundo a descoberta do caso concreto, podendo haver sua mutação e retificação, conforme os fatos são reconhecidos. Já o simples desígnio da hipótese mais adequada não significa sua convalidação, pois tal escolha deve ser realizada a partir da eliminação de hipóteses de decisões que se mostrarem ineficazes ao caso, processo esse denominado de *trial and error*, que levará em conta fatores como o juízo de valor e as consequências da possível decisão.³⁹⁹

Esse procedimento na argumentação com precedentes é similar à procura pelos princípios orientadores do caso antecessor em relação ao caso concreto, tarefa a que se dedicaram diversos autores, conforme descreve Castanheira Neves:

³⁹⁷ CARNIO, Henrique Garbellini. Precedentes judiciais ou “direito jurisprudencial mecânico”? **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, jan./mar. 2016. p. 91. O autor também lembra de Roscoe Pound, que, já no início do século XX, criticava a “jurisprudência mecânica” enquanto mera reprodução, pelos magistrados, das soluções já adotadas, identificando que o ponto mais crítico se deu quando os “[...] conceitos foram usados não como premissas, mas como soluções últimas e definitivas” (p. 90).

³⁹⁸ TARUFFO, Michelle. **A motivação da sentença civil**. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos (trad.). 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. Título original: *La motivazione della sentenza civile*. p. 203-204.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 205-207.

Sobre a importância e a utilização metodológica dos “*principles*” no sistema do *case law*, v. B. CARDOZO, *The nature of judicial Process* (apud COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 2ª ed. págs. 311, 112 e segs) – “*Back of precedents are the basic juridical conceptions which are the postulates of judicial reasoning*” —; ESSER, *Grundsatz und Norm*, págs. 186 e segs. — “Eles [os princípios] decidem se os precedentes em questão são realmente precedentes para o meu caso, enquanto são eles que orientam o processo indutivo da delimitação e comparação dos casos” —; C. A. EMGE, *Philosophie der Rechtswissenschaft*, págs. 312 e segs. dizendo-os “princípios selectivos” de relevância (*Ausleseprinzip*): PH. S. JAMES, *Introduction to English Law*, 5.ª ed, pág. 13; RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts*, 4.ª ed., pág. 35. Mas não deve esquecer-se o sentido que corresponde aos *principles* no *common law*, e que lhes advém de uma sua dupla função (v. ESSER, *ob. cit.*, pág. 185): são, por um lado, invocados como “*starting points*” do *legal reasoning*, isto é, “como *topoi* no sentido da casuística retórica”, e impõem-se, por outro lado, “como concepções de tipo heurístico (não conceitualmente vinculantes) da *ratio iuris* — são, pois, fundamentos normativos para um pensamento “problemático” (neste sentido também COING, *ob. cit.*, pág. 311) e de intenção teleológico-concreta. E daí, como já se acentuou, que o caso decidendo, com o sentido jurídico com que concreta e previamente vai compreendido — e se lhe constitui pela mediação dos princípios, e por complementares considerações de “*public policy*”, “*ethics*”, “*justice*”, etc. — seja o *prius* metodológico na selecção e afirmação dos precedentes.⁴⁰⁰

Infelizmente, a ideia implícita nos provimentos vinculantes, em vez dessa extensa – porém proveitosa – atividade analógica, é de afastar o “inconveniente do caso concreto”, assim como nos assentos, seus descendentes. Em Portugal, esse inconveniente subsistia na preocupação com a justeza dos termos dos assentos e não com o caso decidendo, o que é criticável, ante a possibilidade de a decisão “ser boa para o caso, mas não a melhor interpretação abstrata”. Da mesma forma, argumentou-se que casos particulares podem ser demasiado gerais para o futuro.⁴⁰¹

Castanheira Neves procurou afastar outro atalho simplificador do regime de *stare decisis*, também presente no manejo dos provimentos vinculantes, qual seja, a aplicação lógico-subsumtiva:

Porque os casos jurídicos não perdem a sua diferenciação material e o critério normativo da sua decisão se vincula à específica índole concreta do caso decidido, a utilização desse critério não se confunde com uma aplicação formal de entidades lógicas, e em termos subsuntivos — por ex., de uma norma abstracta —, mas é antes sempre acompanhada de adaptações, desenvolvimentos ou correções exigidos pela sua referência ao caso concreto decidendo, na sua individualizada relevância (trata-se do se pode chamar uma “aplicação aberta”), pelo que se terá de admitir os *distinguos* — susceptíveis inclusivamente. de pôrem em causa a vinculação ou a utilização do precedente — que a alteração ou a diversidade da relevância concreta justifiquem.⁴⁰²

⁴⁰⁰ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 62, nota de rodapé nº 131.

⁴⁰¹ *Ibidem*, 634-635.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 67.

Assim, uma vez mais fica claro que a herança dos assentos no Brasil não se trata de precedentes (decisões concretas, historicamente aplicáveis como padrão em processos análogos). Ao contrário desses institutos, precedentes não transcendem o plano casuístico, pois operam do particular para o particular, não do geral para o particular.

Ao defender a necessidade do *eterno-retorno ao caso concreto*, Georges Abboud explica que

Caso a solução seja criar provimentos vinculantes, no instante em que tudo vincula, se as mazelas não são solucionadas, o paradoxo se forma, porque a pseudossolução está esgotada. Diante do paradoxo, o processo civil/constitucional é obrigado a retornar para o caso concreto e, mais especificamente, para a teoria da decisão judicial, com o intuito de evidenciar que há um verdadeiro déficit qualitativo na fundamentação das decisões judiciais, que não pode ser corrigido pelo simples recrudescimento do efeito vinculante.⁴⁰³

Há uma possível objeção a esse raciocínio. Argumenta-se que, nos dias de hoje, é pacífico que o julgador não apenas declara o conteúdo da norma, mas efetivamente a constrói quando decide determinada controvérsia (diferença entre norma e texto da norma). Sendo assim, toda decisão, para ser racionalmente válida, deve passar pelo teste da universalização, ou seja, deve ser possível aplicação a todos os casos futuros em que haja identidade entre o que se julgou e o que deve ser julgado. Nesse sentido, poder-se-ia afirmar que os provimentos são válidos mecanismos de generalização dos julgados, permitindo a aplicação isonômica a casos semelhantes.

Para responder a esse questionamento, inicialmente se faz outra pergunta: se o dispositivo do ato decisório deve ser lido com sua fundamentação, como *ler* os provimentos vinculantes?

Pois bem. A norma é construída quando se decide um caso concreto. A *tese* e demais provimentos pretendem, portanto, fazer uma síntese de uma norma (ou de normas?) que teria sido abstraída de uma série de casos semelhantes, já julgados.

Mas cada caso tem seu DNA,⁴⁰⁴ seus “fatos” e seu “direito” — inseparáveis, como ensinou Castanheira —, sua identidade, que simplesmente desaparece quando se edita um enunciado abstrato como a *tese*. Decisões devem ser universalizáveis, porém os testes de universalização, no *common law*, são feitos analiticamente, não apenas pela dedução-aplicação

⁴⁰³ ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1.633.

⁴⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica: O sentido da vinculação no CPC/2015**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

do preceito normativo (*ratio decidendi*) de um em julgado diante de outro. Daí a individualidade histórico-concreta.

Quando se vê diante do uso de um precedente, a parte insatisfeita pode realizar o *distinguishing* ou outras técnicas para esclarecer por que o caso decidido não serve de base para o decidendo. Já na hipótese de uma *tese* de tribunal superior, por exemplo, como afastar seus princípios jurídicos, se seu DNA desaparece? Seria necessário analisar cada caso que a originou — tarefa no mínimo árdua, para não dizer impraticável e que, se levada a efeito, certamente resultaria no óbvio: cada caso tem suas particularidades, que podem tornar seus padrões normativos inaplicáveis para outros, ainda que de mesma natureza. Além do mais, haveria grandes chances desse esforço ser solenemente ignorado pelo órgão julgador.

Se as teses fossem para simples fim de pesquisa, apenas um ponto de partida para conhecer a jurisprudência de um tribunal, nada haveria de problema. Mas são usadas para resolver casos concretos futuros (dar respostas antes das perguntas, como diz Streck); são, ademais, invocadas como argumento único e intransponível para julgar os processos e, pior, recebem força vinculante desautorizada pela Constituição.

No sistema inglês de *commom law*, o precedente não é obrigatoriamente vinculante, pois, para sua aplicação, os juízes dotam de inúmeras técnicas de fundamentação, como o *distinguishing e overruling*, que lhes permitem seguir ou não o julgado de acordo com a análise da similaridade do caso concreto. Mesma via segue o sistema americano, em que a força do precedente também é clara, embora em menor medida, pois os juízes também possuem faculdade para deixar de aplicar aplicá-lo com a devida argumentação.⁴⁰⁵

O *overruling* permite ao jurisdicionado apontar eventuais equívocos interpretativos do precedente, enquanto nos provimentos vinculantes a *ratio decidendi* é abstraída sem a indicação minimamente compreensível dos casos que lhes deram origem.

Portanto, os precedentes, hermeneuticamente compreendidos, permitem ao jurisdicionado indicar que seu caso não tem fundamentos semelhantes aos do paradigma, ou que estes são insuficientes para resolução do seu problema, daí a efetiva realização de *distinguishing*. Nesse sentido, quanto aos desafios para adoção de um efetivo sistema dessa índole e conforme o processo jurisdicional democrático, Dierle Nunes, Alexandre Freire, Daniel Godoy e Danilo Carvalho estabelecem seis premissas não-taxativas:

1.º – Esgotamento prévio da temática antes de sua utilização como um padrão decisório (precedente): ao se proceder à análise de aplicação dos precedentes no

⁴⁰⁵ TARUFFO, Michelle. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, v. 199, set./2011. p. 4.

common law se percebe ser muito difícil a formação de um precedente (padrão decisório a ser repetido) a partir de um único julgado, salvo se em sua análise for procedido um esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados. Nestes termos, mostra-se estranha a formação de um “precedente” a partir de um julgamento superficial de um (ou poucos) recursos (especiais e/ou extraordinários) pinçados pelos Tribunais (de Justiça/regionais ou Superiores). Ou seja, precedente (padrão decisório) dificilmente se forma a partir de um único julgado.

2.º – Integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou instituto pelo tribunal: ao formar o precedente o Tribunal Superior deverá levar em consideração todo o histórico de aplicação da tese, sendo inviável que o magistrado decida desconsiderando o passado de decisões acerca da temática. E mesmo que seja uma hipótese de superação do precedente (*overruling*) o magistrado deverá indicar a reconstrução e as razões (fundamentação idônea) para a quebra do posicionamento acerca da temática.

3.º – Estabilidade decisória dentro do Tribunal (*stare decisis* horizontal): o Tribunal é vinculado às suas próprias decisões: como o precedente deve se formar com uma discussão próxima da exaustão, o padrão passa a ser vinculante para os Ministros do Tribunal que o formou. É impensável naquelas tradições que a qualquer momento um ministro tente promover um entendimento particular (subjetivo) acerca de uma temática, salvo quando se tratar de um caso diferente (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*). Mas nestas hipóteses sua fundamentação deve ser idônea ao convencimento da situação de aplicação.

4.º – Aplicação discursiva do padrão (precedente) pelos tribunais inferiores (*stare decisis* vertical): as decisões dos tribunais superiores são consideradas obrigatórias para os tribunais inferiores (“comparação de casos”): o precedente não pode ser aplicado de modo mecânico pelos Tribunais e juízes (como v.g. as súmulas são aplicadas entre nós). Na tradição do *common law*, para suscitar um precedente como fundamento, o juiz deve mostrar que o caso, inclusive, em alguns casos, no plano fático, é idêntico ao precedente do Tribunal Superior, ou seja, não há uma repetição mecânica, mas uma demonstração discursiva da identidade dos casos.

5.º – Estabelecimento de fixação e separação das *ratione decidendi* dos *obiter dicta* da decisão: a *ratio decidendi* (elemento vinculante) justifica e pode servir de padrão para a solução do caso futuro; já o *obiter dictum* constituem-se pelos discursos não autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais “de sorte que apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexó estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão integram a *ratio decidendi*, onde qualquer outro aspecto relevante, qualquer outra observação, qualquer outra advertência que não tem aquela relação de causalidade é *obiter*: um *obiter dictum* ou, nas palavras de Vaughan, um *gratis dictum*.”

6.º – Delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) do padrão decisório: A ideia de se padronizar entendimentos não se presta tão só ao fim de promover um modo eficiente e rápido de julgar casos, para se gerar uma profusão numérica de julgamentos. Nestes termos, a cada precedente formado (padrão decisório) devem ser criados modos idôneos de se demonstrar que o caso em que se aplicaria um precedente é diferente daquele padrão, mesmo que aparentemente seja semelhante, e de proceder à superação de seu conteúdo pela inexorável mudança social – como ordinariamente ocorre em países de *common law*.⁴⁰⁶

Precedentes são uma solução de um problema concreto, enquanto os provimentos são uma tentativa de abstrair o princípio jurídico relevante de uma certa quantidade de casos similares (ou mesmo só de um caso), vinculando os casos futuros. Pode-se dizer, por conseguinte, que se de fato pretende-se inserir os precedentes no ordenamento brasileiro, será

⁴⁰⁶ Precedentes: alguns problemas na adoção do *distinguishing* no Brasil. **Revista Libertas**, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013. p. 03-06.

preciso “importar” também toda a problemática ínsita ao regime do *stare decisis*. E isso passa, necessariamente, pelo abandono do modelo de mecanismos judiciais vinculantes.

3.6 ALGUMAS NOTAS CONCLUSIVAS – PARA UM NECESSÁRIO RADICALISMO

No atual contexto, as cortes decidem cada dia mais segundo seus próprios entendimentos e posições, estendendo/restringindo/criando efeitos da lei mediante teses de caráter abstrato e geral, cuja observância é obrigatória. Assim, perdem valor a lei e a própria Constituição, vez que além de se criar novas normas que se apresentaram superiores até mesmo às leis, extrapolam a função judiciária, usurpando a função legislativa. Não por outra razão, Lenio Streck diz que faria bem um pouco de ortodoxia, pois as deficiências do Legislativo não podem ser suprimidas pelo ativismo judicial; as insuficiências do direito posto não autorizam a que competência para legislar seja retirada daqueles que foram democraticamente escolhidos para tal função.⁴⁰⁷

Essa necessidade de ortodoxia não se sustenta apenas pelos efeitos antidemocráticos do “sistema de precedentes”, mas também, em concreto, pelo próprio Código de Processo Civil, que em momento nenhum acolhe a instituição de um tal sistema. Quando prevê, no artigo 927, que os juízes “observarão”, há gritante diferença com a previsão de “vinculação”. O Código não prevê “precedentes vinculantes”, tampouco “teses vinculantes”. Assim, como podem os precedentes adquirir vinculatividade, se apenas as súmulas são vinculantes e súmula não se confunde com precedente?⁴⁰⁸

De fato, a palavra “observarão” utilizada pelo legislador se relaciona de forma material e hermenêutica com a coerência e integridade prevista tanto no artigo 489 quanto 926 do CPC, com intuito de permitir uma isonomia a partir da observação do DNA do Direito, que dever ser buscado e aplicado de acordo com o caso concreto, e não de forma discricionária e automatizada. Já a expressão “tese” não existe no mundo jurídico sozinha; ela é parte que compõe a súmula, e demais institutos criados com seu objetivo próprio, não apresentando, portanto, autonomia que possa separá-la do caso concreto para que seja aplicada abstratamente. Inclusive, até mesmo as súmulas deveriam ser analisadas e aplicadas segundo seu DNA (tarefa

⁴⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: O sentido da vinculação no CPC/2015. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 80.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 81-82.

praticamente inviável, como dito acima), porque é esse — ou deveria ser esse — o pensamento dialógico do direito jurisprudencial. O sistema de preceitos gerais e obrigatórios contribui para o positivismo jurisprudencialista, que não tem base normativa no ordenamento jurídico brasileiro.⁴⁰⁹

É pertinente questionar se a insegurança jurídica é causada por falta de diplomas normativos. O Brasil possui número elevadíssimo de leis, criadas pelo Parlamento (característica genuína do *civil law*). Como se justifica que o Judiciário recorra a preceitos gerais e abstratos produzidos por ele próprio, a fim de resolver o mesmo problema? Se os provimentos têm as mesmas características da lei (visam solucionar casos futuros), como acreditar que sua produção crescente poderá reduzir o número de decisões conflitantes? E se os provimentos são interpretáveis, não há risco de se produzir o efeito reverso? Vale, novamente, o questionamento de Castanheira Neves, segundo o qual talvez não fosse de todo absurdo admitir que não estaria longe de deparar com assentos de assentos:

E, querendo ser exaustivos, podemos mesmo acrescentar ao número dos *assentos* em sentido estrito os que profere, no domínio embora muito especial da sua jurisdição, o Tribunal de Contas (Decreto-Lei n.º 22 257, de 25 de Fevereiro de 1933, art. 6.º, n.º 9). Pelo que não será à falta de *assentos* que não teremos uma jurisprudência uniforme e estável em todos os campos. Só que perante esta profusão de *assentos* e dadas as inevitáveis interferências, pelo menos indirectas (pense-se nas relações de concorrência, de subsidiariedade, de prejudicialidade, etc.) ou mesmo reflexas, entre estes vários domínios, apesar da sua recíproca especialização, talvez não seja de todo absurdo admitir que não estaremos longe de deparar com assentos de assentos... Depois temos de observar que é fenómeno universal aquele que se pode designar por inflação legislativa, fenómeno que implica não só, em paralelo com toda e qualquer inflação, uma “degradação” do próprio conceito de lei enquanto tende esta a oferecer-se agora apenas como acto político de “efémero oportunismo” (*Zweckmässigkeit*) — EBERHARD SCHMIDT, *Gesetz und Richter, Wert und Unwert des Positivismus*, pág. 10; J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, págs. 298 e segs. —, ou a tomar assim o carácter que também já foi qualificado de “*loi réglementaire*”, o que pode suscitar algum pessimismo mesmo quanto ao direito em si (RIPERT, *Le déclin du droit*, págs. 67 e segs, e *passim*) — não só isso, como implica inclusivamente esse fenómeno graves problemas jurídicos — v, MAYER-MALY, *Rechtkenntnis und Gesetzesflut*. Pelo que entre nós, àquela inflação legislativa, que também sofremos, temos de acrescentar uma outra só nossa, a inflação de assentos.⁴¹⁰

Aqui, já alertava Barbosa Moreira contra os riscos da vinculação excessiva, ao comentar o advento das súmulas vinculantes:

Que pensar dos novos projetos, em tramitação no Congresso Nacional? As referências feitas oportunamente [...] evidenciam que se tenciona ampliar o transbordamento: as

⁴⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: O sentido da vinculação no CPC/2015. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 83-85.

⁴¹⁰ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 23 (nota de rodapé n.º 56).

margens fixadas pela Emenda Constitucional nº 45 afiguram-se estreitas demais aos reformadores. Caricaturando um pouco (mas só um pouco). dia virá em que. a vingarem todas as propostas veiculadas — e outras que decerto estarão por vir, sempre no mesmo rumo —, teremos dificuldade em identificar *algum* caso em que *não* haja vinculação e se conceda a juízes e tribunais, por especial favor, a liberdade de julgar com seu próprio convencimento.⁴¹¹

Conjugando-se o pensamento dos dois autores, talvez não seria estranha a produção de súmulas vinculantes de súmulas vinculantes, teses de repercussão geral de teses de repercussão geral, e daí em diante. Vê-se uma paradoxal tendência de solucionar o problema na equivocidade da lei com enunciados igualmente equívocos.⁴¹² E se a impossibilidade de antever respostas adequadas para todos os problemas já deve ter sido notada pelo legislador, mais ainda deveria valer para a jurisdição, de papel histórico-concreto. Isso motiva a crítica de José Rodrigo Rodriguez, segundo o qual é preciso evitar a ingenuidade de crer no texto como meio de garantir a segurança jurídica:

[...] o legislador deve saber que é muito difícil dar conta da complexidade social com a utilização de textos normativos fechados, como o fenômeno da “gincana das regras” mostra muito bem. Sempre que se cria uma nova norma, é possível ver surgir novas posições no debate jurídico: é impossível saber de antemão. As normas são criadas em um contexto preexistente que pode conferir a elas sentidos variados os quais não se pode controlar com precisão. Finalmente, diante das características do direito brasileiro, o legislador pode saber que o texto normativo não é capaz de determinar completamente a tomada de decisões jurisdicionais. Já vimos que um texto normativo fechado não garante a segurança jurídica como obtenção de respostas únicas: isso também vale para o Brasil. Além disso, a padronização da jurisprudência é feita pelo resultado e não pela fundamentação. Não há no Brasil um sistema de precedentes organizados e, além disso, casos e doutrina são usados para fundamentar *ad hoc* determinadas posições jurídicas.⁴¹³

François Ost já demonstrou que, apesar das diferenças, os protótipos de juízes Júpiter e Hércules podem ser pensados como um espelho: “É, por um lado, a incapacidade dos dois paradigmas de articular, de forma satisfatória, fatos e leis e, por outro, a incapacidade dos dois paradigmas de articular, de forma satisfatória, fatos e leis”.⁴¹⁴

⁴¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma escalada e seus riscos. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. 9. Série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 307.

⁴¹² Precisa, nesse aspecto, a crítica a seguir: “Vale dizer, uma das nossas principais (na realidade a principal) apostas para resolver a questão da insegurança e celeridade foi a atribuição de efeito vinculante, por meio de lei, para diversos provimentos judiciais dos Tribunais Superiores. Após o NCPC, praticamente não resta nada mais a ser tornado vinculante. Eis o paradoxo” (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. rev., atual. Porto Alegre: livraria do advogado, 2015. p. 115).

⁴¹³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 229-230.

⁴¹⁴ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. **Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Universidad de Alicante, n. 14, 1993. p. 112 (tradução nossa).

Os provimentos vinculantes, de forma análoga, traduzem mais confusões entre os dois modelos. De certo ponto, operam em sentido inverso, porém na mesma lógica de Júpiter: em vez da racionalidade dedutiva e linear, que adota soluções particulares deduzidas de normas gerais,⁴¹⁵ os provimentos significam o raciocínio indutivo de Hércules, que parte de problemas concretos para torná-los regras ou soluções gerais.

E há outra convergência ainda mais intrigante, pois, a codificação jupiteriana

[...] pressupõe uma concepção do tempo orientada para um futuro controlado. Ao contrário do tempo de longa duração (uma temporalidade que se orienta principalmente para o passado e caracteriza o direito consuetudinário), a empresa de codificação assenta na crença eminentemente moderna no progresso da história: a ideia de que o direito - ao antecipar uma situação possível e considerada preferível - pode trazer um futuro melhor.⁴¹⁶

Vale, aqui, a mesma crítica feita por Castanheira Neves ao assento, que é “‘norma’ (constitui-se *ex-novo* visando o futuro) e não ‘jurisprudência’ (consagração de soluções que vêm do passado e persistem).⁴¹⁷ O catedrático de Coimbra também lembra da lição de Caetano Gonçalves:⁴¹⁸

[...] a lei é norma do *futuro* e assim destina-se a ser, conjuntamente, um instrumento de previsão e um coeficiente de correcção. A lei é uma norma do futuro e assim destina-se a ser, conjuntamente, um instrumento de previsão e um coeficiente de correcção. Muito outra é a função do juiz que, adstrito a sentenciar ‘por virtude de lei anterior e na forma por ela prescrita’, só pode ocupar-se do *passado*. O juiz resolve casos; o legislador propõe-se, pelo contrário, subordiná-los a condições previamente fixadas”. Daí que se houvessem de considerar “precárias e instáveis as decisões judiciais fora do caso julgado”; a *verdade* do caso julgado não podia deixar de ser “restrita ao objecto da decisão, sem possibilidade de a transformar em lei obrigatória para todos os casos análogos. Esta impossibilidade resulta mesmo da constante e, muitas vezes, recôndita dissemelhança entre esses casos análogos”. E não deixava mesmo de chamar acentuadamente a atenção — e fazia-o já em 1932 — para o facto de a própria lei, dada a rápida mobilidade da vida social e dos seus problemas, tender ela também para uma índole casuística, pelo que nos encontraríamos, quanto aos assentos, “em presença da flagrante contradição histórica que é pretender o legislador outorgar carácter normativo, permanente e fixo, à jurisprudência, enquanto ele mesmo tende a cada vez mais particularizar, fragmentar e pulverizar a lei!⁴¹⁹

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 108.

⁴¹⁶ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. *Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, n. 14, 1993. p. 108.

⁴¹⁷ NEVES, António Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 11.

⁴¹⁸ **Supremo Tribunal de Justiça**: memória histórico-crítica no primeiro centenário da sua fundação (1832-1932). Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.

⁴¹⁹ NEVES, António Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 633.

O raciocínio realizado em Portugal sobre a inconstitucionalidade dos assentos é válido para os provimentos vinculantes brasileiros,⁴²⁰ os quais são gerados por um órgão judicial, que aprecia um recurso (ou uma série de recursos), resolvendo casos específicos, mas que, ao fim, transgride sua atividade jurisdicional, prescrevendo norma jurídica destinada a solucionar não só a questão apreciada, mas que também visa aplicação geral. Ao partirem de decisões concretas, formulam normas para um futuro controlado, produzidas por juízes — que, segundo o raciocínio acima, cuidam do passado — e repetem o mesmo equívoco dos assentos, na tentativa de eliminar (ou, no mínimo, reduzir) a complexidade dos problemas interpretativos das leis. Novamente, na linguagem de Ost, Hércules encontra Júpiter.

Sabe-se que a na racionalidade global pós-moderna, na qual a imagem da *rede* substituiu a pirâmide e o funil, tornou-se impossível monopolizar a interpretação, num risco de se contentar “[...] em registrar uma multiplicidade de minirrationalidades dentro de uma racionalidade global que, doravante, é incontrolável”. O juiz Hermes, porém, compreende que é possível resistir às linhas de força, quando aprende a reparar fluxos de informação, identificar os nós de forma cuidadosa e mostrar como as funções se interagem. Compreende, ainda, que “o significado produzido na rede não inteiramente previsível, pois sempre há textos a serem interpretados”.⁴²¹ E, sobretudo:

Dizer quem tem o quê, quem faz o quê e quem é quem é quem é o papel essencial do Direito. Esta palavra instituinte não está certamente destinada à imobilidade, nem se consagra à repetição pura e simples; como qualquer mensagem de Hermes, ela interpreta os discursos circundantes e se presta à reinterpretação.

[...]

A tarefa de aplicar a lei é, portanto, um trabalho hermenêutico, um trabalho que está sempre sendo reiniciado.⁴²²

Como já havia alertado Castanheira Neves antes mesmo de tratar do problema dos assentos, sobre a propalada cisão entre *questão de fato* e *questão de direito*,

O direito é histórico, porque é essencialmente *em acto*. O direito é o *transcendens* de uma validade. Transcendendo a realidade para perguntar pelo seu fundamento, transcendendo a objectivação para discutir dela o seu sentido, revela-se-nos o direito

⁴²⁰ Segundo Igor Raatz dos Santos, “o denominado ‘sistema de precedentes’ brasileiro busca reviver os assentos portugueses, na medida em que se utiliza do direito como instrumento de centralização do poder, além de ser uma autorização para ‘errar’ por último: é dispensada a qualidade da interpretação, considerando apenas que houve uma escolha soberana para interpretar.” SANTOS, Igor Raatz dos. Precedentes à brasileira: uma autorização para “errar” por último? **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo: 03 out. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-03/igor-raatz-precedentes-autorizacao-errarultimo>>. Acesso em: 26 jul. 2020).

⁴²¹ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. **Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Universidad de Alicante, n. 14, 1993. p. 116.

⁴²² *Ibidem*, p. 130.

na tensão e distanciação de uma validade interrogada e fundamentante que só pode, como tal, assumir-se *em acto*. Só pode assumir-se ao transcender-se algo (o transcender próprio da validade), que é, no entanto e simultaneamente, um transcender *para* esse algo (o transcender para predicar a esse algo a *sua* validade). Tendo em si mesmo a estrutura de um *acto* — transcendendo o objecto é ele quem objectiva, sem ser ele próprio objecto — é decerto susceptível de objectivar-se nas realidades que juridicamente se tenham constituído, mas essa sua objectivação é justamente o resultado do acto em que ele a constituiu. E só assumindo o direito no momento e no acto constitutivo, o pensamento jurídico será verdadeiramente *jurídico*, o pensamento da juridicidade a pensar *juridicamente*; enquanto que referido tão-só à sua objectivação, mais não poderia ser do que um pensamento a pensar lógico-significativamente, histórico-culturalmente, sociologicamente, etc., sobre o direito — não seria o direito o seu conteúdo intencional imanente, mas uma “coisa em si” transcendente que vê consumado todo o seu processo com inteira independência dele. Recusando-se a ser para a intenção normativa apenas “objecto”, por isso mesmo é o direito sempre mais do que dele se logrou — nunca deixa de estar em contínua realização e sempre por realizar. E daí que verdadeiro jurista não seja aquele que “conhece” o direito conseguido, mas aquele que assumindo a intenção de direito colabora no acto seu histórico constituir-se.⁴²³

A herança dos assentos no Brasil não se trata de precedentes (decisões concretas, historicamente aplicáveis como padrão em processos análogos). Ao contrário desses institutos, precedentes não transcendem o plano casuístico, pois operam do particular para o particular, não do geral para o particular.

Não há, portanto, como conformar as impropriedades dos provimentos vinculantes, mormente a usurpação da atividade legislativa pelo Poder Judiciário.

⁴²³ NEVES, António Castanheira. **Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967. p. 907.

4. O OCULTAMENTO DO INDIVÍDUO NA PRÁTICA JURISDICIONAL BRASILEIRA

Após a apresentação das incompatibilidades do modelo de provimentos vinculantes com a Carta Política de 1988, mormente quanto exercício da atividade jurisdicional em detrimento da legislativa, bem como suas semelhanças com os seus predecessores – os assentos –, caberá, agora, apresentar outras dimensões concorrentes: como tais institutos suprimem a participação do indivíduo no processo e no que se baseia a abstrativização desenfreada do Poder Judiciário.

Toda a teoria da separação dos poderes revela fato de que ao Poder Judiciário incumbe aplicar o direito ao caso concreto.⁴²⁴ No entanto, como se discorreu até aqui, há no Brasil uma exponencial tendência de abstração da especificidade dos problemas jurídicos nas práticas judiciais – Castanheira Neves mostrou que a função judiciária tem sua índole voltada ao histórico-concreto, não ao geral-abstrato, como a legislativa. As cortes, em especial o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, cada vez mais se afastam da dimensão particular do fenômeno jurídico, por meio de teorias “precedentalistas” objetificantes.

Os provimentos vinculantes, por exemplo, visam apreender a complexidade do universo empírico em enunciados totalizantes que cabem em qualquer caso supostamente análogo, a partir de uma pretendida síntese da *ratio decidendi* que serve como solução-prescrição para o futuro. Com isso, a regra se torna exceção. No mais das vezes, apenas casos com repercussão social considerável são efetivamente analisados e julgados, deixando para essa sistemática anuladora da vida e do indivíduo no processo a solução das controvérsias tidas como social, econômico ou politicamente desinteressantes. O curioso é que, após julgados esses casos mais significativos, ocorre na prática uma imposição das “teses jurídicas” tanto aos tribunais julgadores quanto para os do “andar de baixo”, num total descompasso com o legítimo regime do *stare decisis*, que é uma atividade sempre reinterpretaiva – do caso decidido em vista do caso decidendo.

Pouquíssimo se fala a respeito da invisibilização do indivíduo no processo. Essa ideia usa a separação dos poderes não para questionar a produção jurisprudencial que solapa a atividade legislativa, em si (outras teorias já abordadas neste trabalho o fazem com grande

⁴²⁴ De acordo com Humberto Theodoro Júnior, a jurisdição se estabelece como “o poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. v. 1. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 42.

clareza e coerência), mas mostra como essa postura, ao se convolar no processo de abstração do concreto e no afastamento do Judiciário na aplicação do direito, utiliza o discurso objetificante e gera um *processo sem sujeito*.⁴²⁵

4.1 PROCESSO PARA QUEM?

O Estado contemporâneo exerce seu poder para a resolução de conflitos interindividuais. Esse poder, hoje, inclui a capacidade de resolver questões entre as pessoas (incluindo o próprio ente estatal), quando a jurisdição decide imperativamente acerca das pretensões apresentadas.⁴²⁶

Ante o princípio da inércia da jurisdição, dá-se causa à imediata formação do processo ao levar ao Poder Judiciário a busca pelo reconhecimento de uma pretensão. Considera-se proposta a ação quando é protocolada a petição inicial pelo autor, surtindo efeitos para o réu quando este recebe citação válida. A demanda tem, assim, como elementos as partes, a causa de pedir e o pedido.⁴²⁷

⁴²⁵ Embora seja homônimo, o termo trata de campos distintos da proposição de Louis Althusser na tese de *processo sem sujeito nem fim(s)*, “[...] cujas circunstâncias dadas, nas quais ‘os homens’ agem como sujeitos sob a determinação de relações sociais são o produto da luta de classes”. *Réponse à John Lewis*. Paris: Maspero, 1973. p. 76, tradução nossa. Nessa concepção, a liberdade e a responsabilidade até podem ser vivenciadas pelos indivíduos, porém como elemento e produto da relação imaginária dos seres humanos com suas reais condições de existência, acessível não pela ideologia, mas por intermédio da ciência ou da teoria. Portanto, quem se imagina livre e responsável por seus atos não vê mais do que uma ilusão: produto ilusório forjado pela *ideologia*, para que o sujeito pense que pode escolher e responder por coisas e ações realizadas em uma relação real de sujeição. Althusser não trata de iniciativas conscientes e tomadas por sujeitos individuais; nesses processos os sujeitos praticam ações empurrados “por trás” pelo motor da luta de classes (GOTO, Roberto. Uma ontologia negativa do indivíduo em Althusser. *Revista Educação e Filosofia*, Uberlândia, v. 31, n. 62, mai./ago. 2017. p. 1083-1084), daí a afirmativa de que a história é um processo sem sujeito. Aqui, o que “empurra” a prática judiciária não tem qualquer relação com luta de classes, e sim com uma justiça tecnicista que procura atingir a “uniformidade da jurisprudência” por meio de enunciados gerais, prontos antes mesmo que seja julgada a causa. Comparando a ideia althusseriana com a visão ora apresentada sobre os proventos vinculantes e o ocultamento do indivíduo, poder-se-ia dizer que, embora as partes figurem no processo, é de certa forma ilusório crer que participam efetivamente da tomada de decisão, pois as soluções-prescrições já vêm prontas (*prêt-à-porter*, conforme insistente crítica de Lenio Streck).

⁴²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 47.

⁴²⁷ Idem. p. 361-362. Segundo os autores, “partes são pessoas que participam do contraditório perante o Estado-Juiz. É aquele que, por si próprio ou através de representante, vem deduzir uma pretensão à tutela jurisdicional, formulando um pedido (autor), bem como aquele que se vê envolvido pelo pedido feito (réu), de maneira que uma situação jurídica será objeto de apreciação judiciária” (p. 362). Já numa perspectiva democrática de parte, esta é entendida como [...] o agente processual do *dever-ser* jurídico e não o ser jurídico que é a *lei* em si mesma. A *lei* é conquista teórica que, uma vez conjecturada processualmente pela humanidade, só é modificável, substituível ou extingüível, nas democracias plenas, pelo *dever-ser* jurídico *in fieri*, porque não seria possível, a não ser *manu militari*, eliminar ou alterar a *existência* jurídica a partir de uma *realidade* popular (político-espacial) não jurídica,

Todos esses três elementos, e, aliás, o próprio processo, só existem em função de indivíduos que requerem alguma tutela ao “Estado-juiz”. Não há conflitos sem pessoas, assim como não há conceitos sem coisas. Rejeitando-se as concepções instrumentalistas, aqui entendidas como incompatíveis com os direitos e garantias estabelecidas pela Carta de 1988, o processo não é mero instrumento para realização de um direito material, mas numa perspectiva individual, a realização do direito de obter a resposta sobre um problema jurídico, mediante observância procedimentos previstos em lei. Em vez de ato maiêutico do juiz, a concretização do direito é ato hermenêutico das partes⁴²⁸

Indo além, pode-se dizer que tal ato é ínsito ao próprio direito e, por excelência, uma alternativa humana:

O direito é em acto, porque é essencialmente axiológico-normativo. O direito é a projecção (o regulativo em acto) de um sentido axiológico no modo convivente da existência humana. Projecto de sentido axiológico que na humana convivência traduz o reconhecimento da dignidade da pessoa e se oferece como a realização da sua liberdade. O direito afirma a pessoa como pessoa, enquanto traduz a conquista, sempre por conquistar, da sua liberdade E se, por um lado, “a liberdade é o caminho do homem no tempo”, se “o homem alcança a liberdade partindo da exigência de liberdade”, estando, portanto, ela sempre “em movimento e em dialéctica”, se assim “a liberdade só irrompe com a transformação do homem”, compreendemos por isso mesmo que o direito é uma sempre inacabada tarefa de realização e transformação do homem através do seu próprio transcender-se. O direito é justamente um dos modos do transcender-se o homem a si próprio: o transcender-se num projecto-de-ser que fundamenta a sua humana co-existência; a tarefa (o projectar e o esforço) da axiológica humanização do homem na sua realidade de convivência histórica. Manifestando o ser deste dever-ser, o direito é, pois, o acto histórico do autónomo dever-ser do homem convivente.⁴²⁹

Já a realização do direito se dá mediante a tarefa interpretativa, que, na pós-modernidade, é concorrente; não há espaço para um intérprete exclusivo (autêntico ou soberano). Nesse sentido, esclarece Rosemiro Pereira Leal:

O pensador do direito não o pensa ou o interpreta para aplicar, mas para ensinar, debater, organizar, esclarecer. Ao intérprete-julgador incumbe o pensar direcionado à aplicação do direito processualmente procedimentalizado, e intérpretes, nas democracias, são todos os que se vinculam aos interpretantes lógico-jurídicos postos pelo devido processo coinstitucional que jurisdicionaliza o proceder para os figurantes do procedimento, concretizando e legitimando-o como estrutura criada pelo *povo* (legitimados ao processo) e que se destina a habilitar processualmente o povo a recriar,

como querem os sociologistas (culturalistas, comunitaristas, empiristas).” LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: Primeiros estudos. 15. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 67.

⁴²⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: Primeiros estudos. 15. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 67.

⁴²⁹ NEVES, António Castanheira. **Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967. p. 908.

afirmar, negar, debater, discutir, transformar, substituir, destruir ou reafirmar o direito, como seu feitor e intérprete originário e intercorrente.⁴³⁰

François Ost também tece considerações sobre a intersubjetividade do direito:

Esta situação combinatória — pode-se dizer, em uma linguagem mais antropológica, “intersubjetiva” — nos leva à ontologia do Direito, ao que Paul Amsselek recentemente chamou de “a peculiaridade ontológica do Direito”. Como um sinal linguístico, o Direito de fato pede para ser interpretado por seus destinatários; como uma manifestação de vontade, o Direito pede para ser interiorizado e aceito. A partir do momento em que os “sujeitos de Direito” — que não são sujeitos *do* Direito, mas sim sujeitos *de* Direito, ou seja, todos ao mesmo tempo, seres suscetíveis de direitos e coautores do Direito — reconstituem mentalmente a mensagem a eles dirigida e mediam sua implementação com uma operação de vontade (que é também uma manifestação de liberdade), o Direito é configurado como algo necessariamente inacabado, sempre em suspense e sempre relançado, indefinidamente retomado na mediação da mudança.⁴³¹

O que se vê nos provimentos vinculantes, enquanto não são concretas decisões judiciais, mas enunciados prescritivos extraídos dos casos concretos para possibilitar a solução de casos futuros, é um reflexo do já enunciado *processo sem sujeito*. O indivíduo acaba ocultado pela abstração⁴³² que distorce a essência do Judiciário, de resolver problemas concretos; afinal, ele

⁴³⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: Primeiros estudos. 15. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 68.

⁴³¹ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. **Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Universidad de Alicante, n. 14, 1993. p. 117 (tradução nossa).

⁴³² “Se à distinção a que atendemos for feita a observação crítica de que o ‘indivíduo’ é a *infima species*, como tal inefável ou transfinito, a exigir sempre por isso mesmo uma determinação e, portanto, uma abstracção (cfr. sobre este ponto, ENGISCH, *ob. cit.*, págs. 194 e segs., 214 e segs., especialmente págs. 220 e seg.; v. no entanto, págs. 21 e seg.), e de que o caso jurídico histórico-concreto só pode oferecer-se para um juízo jurídico depois que, por uma específica ‘construção’, for constituído como possível ‘objecto’ desse juízo (v. J. HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalles*, págs. 51 e segs.), teremos de responder que a individualidade que levamos considerada é uma individualidade de relevância jurídica ou uma relevância jurídica individualizada, o que quer dizer que se manifesta já com a determinação concreta que essa sua relevância jurídica (relevância para o ponto de vista do direito ou para um ponto de vista particular do direito) lhe impõe, mas que nem por isso deixa de ter uma natureza individualizada (histórico-individual) e não abstracta (seja geral-abstracta, seja específica, seja típica). Pois embora se abstraia, na consideração do caso jurídico concreto e histórico, dos seus elementos juridicamente irrelevantes — já o dissemos noutra lugar, *ob. cit.*, pág. 258, em nota — nem por isso deixam os momentos juridicamente relevantes de se oferecer num contexto individualizado, isto é, não deixa de ser a concreta relevância jurídica do caso uma individualidade jurídica, única e irrepitível. A minha individualidade ético-pessoal, por ex., não se converte decerto numa abstracção pelo facto de ser irrelevante para a consideração dela, nesse sentido, a circunstância de eu estar nesse momento sentado. O caso jurídico é individual, não porque dele não se abstraia nada, mas porque ele como caso concreto de juridicidade é individual — porque o seu conteúdo de relevância jurídica e o modo como esse conteúdo se oferece no contexto real do caso não têm de ser, nem são, a mera reprodução exemplar, embora concretizada, de um conteúdo e de uma estrutura gerais ou pensadas conceitualmente em geral. A abstracção do juridicamente irrelevante não transforma o caso concreto numa entidade geral, apenas afirma a sua individualidade jurídica. E quanto à construção da pluralidade desconexa e indiscriminada dos ‘factos’ para os converter num caso jurídico, com o seu unitário sentido jurídico, há que fazer notar que não é isso mais do que a determinação unitariamente objectivante de uma relevância jurídica (v. a nossa *ob. cit.*, págs. 268 e segs.; cfr. ENGISCH, *ob. cit.*, pág. 193), como correlato de uma intenção problemático-jurídica ou do problema jurídico que perante uma situação histórica se põe [...]”. NEVES, António Castanheira. **O instituto**

não participa do procedimento em que foi produzido determinado padrão decisório. Acaba-se formando um conjunto de cortes abstratas, que pensam apenas objetivamente. Ao julgar uma *tese*, tentando suprimir as questões fáticas a ela inerentes, o órgão julgador automaticamente deixa de perguntar pelo problema, como adverte Neves. Todos os indivíduos que têm lides submetidas ao Judiciário possuem problemas específicos, ignorados pela no processo de desconsideração dos “fatos”. Se não é possível cindir fato e direito, se um não existe sem o outro, se o sujeito não pode contar sua parte da história, uma solução abstrata de um órgão judiciário certamente ignora seu problema.

Noutro aspecto, é preciso estabelecer mecanismos de controle dos provimentos vinculantes. O Poder Legislativo “erra” quando produz uma norma inconstitucional, mas para tais situações há um complexo sistema de controle de constitucionalidade. Já ao Poder Judiciário não pode ser dada a faculdade de errar infinitamente em termos interpretativos, em especial quando transforma os casos que lhe são submetidos em enunciados abstratos. A possibilidade de corrigir (ou evitar) equívocos se dá com o efetivo contraditório e acesso à jurisdição, com a participação do indivíduo (que é parte, sem a qual o processo não tem razão de ser) em todos os pontos relativos à causa. Todavia, como o sujeito não pode participar do processo de construção decisória que vai justamente lhe afetar, e essa solução é *a priori*, é impossível corrigir eventuais equívocos.

Ao menos, se as leis podem ser contestadas em controle difuso de constitucionalidade, deve-se admitir que as peçam ao Judiciário que deixe de aplicar um provimento vinculante inconstitucional ou ilegal.⁴³³

4.2 OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPRESENTATIVOS (DO OCULTAMENTO)

Os recursos repetitivos foram, primeiramente, previstos Código de processo Civil de 1973, no artigo 543-B, inserido pela Lei 11.418/2006. A repercussão geral também foi matéria regulamentada visando dar poderes à Suprema Corte para aplicar a decisão aos casos

dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 43-44, nota de rodapé nº 102.

⁴³³ No sentido da possibilidade – e dever – de controle de constitucionalidade dos provimentos vinculantes, ver: STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. rev., atual. Porto Alegre: livraria do advogado, 2015. p. 132-139.

repetitivos. Trata-se, portanto, de institutos positivados, com procedimentos próprios, em que, a partir do julgado de um caso-piloto, haverá produção de efeitos a inúmeros outros casos análogos.

No atual Código, os recursos repetitivos foram regulamentados pelo artigo 1036 e seguintes, destacando-se a possibilidade de suspensão de processos cuja matéria se encontra pendente de julgamento, assim como era encontrava previsto para os recursos extraordinários. Discordando da suspensão do processo, a parte pode requerer o seu prosseguimento demonstrando que as hipóteses da lide são diferentes.⁴³⁴

Identificada a questão a ser julgada, serão suspensos os processos em todo o país que versem sobre a mesma matéria, e remetido para julgamento recurso representativo da mesma problemática. Por conseguinte, a decisão paradigma afetará todos os recursos sobrestados, sendo mantidas as decisões em harmonia com o decidido e revistas as aquelas em sentido contrário. Tal efeito é presente no recurso extraordinário, em que, havendo reforma da decisão recorrida, caberá a retratação e revisão das decisões em desconformidade com a *tese* da Suprema Corte. No caso de julgamento de recurso especial, pelo Superior Tribunal de Justiça, de igual maneira repetem-se os efeitos para as instâncias inferiores.⁴³⁵

Importante distinção entre os referidos institutos e os precedentes da *common law* cinge-se no fato de que, neste, há intensa interpretação e análise do caso, assegurado o contraditório entre as partes. Por sua vez, no caso dos recursos repetitivos, as partes que não tiveram seu caso “selecionado” como “representativo da controvérsia” (a imensa maioria) não possuem a faculdade de participação no julgamento do recurso paradigma. Mais grave, uma vez formado o “padrão decisório”, somente é possível aos sujeitos que ingressarem com novas demandas realizar mecanismos de distinção. O conteúdo da “norma” (já que a tese é resultado de uma interpretação encerrada) não pode mais ser questionado.

Anota-se, ainda, que o efeito dessa decisão vinculante é mais intransigente do que o apresentado pela súmula, vez que os debates e amadurecimento do tema são escassos, partindo-se de um único caso com repercussão imediata aos processos sobrestados.⁴³⁶

Essa estrutura se autorreproduz, enquanto o caso concreto fica cada vez mais esquecido do horizonte jurisdicional.

⁴³⁴ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recursos repetitivos, súmula vinculante e coisa julgada**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018. p. 265-269.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 270-271.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 271-273.

Os mecanismos de *distinguishing* são insatisfatórios, pois quem é diretamente interessado na causa sequer pode ser ouvido. Em contrapartida, entidades classistas participam do procedimento de tomada de decisão, manifestando interesses coletivos⁴³⁷ e, então, ocultam o indivíduo. Mesmo que a rediscussão de decisão seja viável para a estabilidade e autoridade das decisões dos Tribunais Superiores, o impedimento de participação das partes nas resoluções de demandas repetitivas viola os direitos fundamentais processuais.

Essa proibição distancia os mecanismos de qualquer comparação com o modelo estadunidense, que prevê o *non-mutual collateral estoppel*, o qual permite que um terceiro invoque a proibição de matéria já decidida em novo processo, vez que nesse modelo os efeitos não podem ser aplicados a parte que não teve oportunidade de defesa – *full and fair opportunity to be heard* –, sendo ainda cabível a possibilidade de uma das partes requerer o chamamento para participação no processo de quem dele possa demandá-lo.⁴³⁸

O impedimento de participação das partes no processo sobrestado por recurso de demanda repetitiva se esbarra no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, dispõe que a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; assim, a todos é assegurado o direito de buscar a tutela adequada para garantir/prevenir/reparar direito. Destaca-se que o direito de ação não se confunde com direito de petição, vez que esse último se trata de um direito político, impessoal, contra a existência de ilegalidade ou abuso de poder, enquanto o direito de ação é um direito público subjetivo, em regra pessoal, alcançado com o pronunciamento da sentença.⁴³⁹

Tais princípios surgem a partir da contraposição ao processo autoritário, não recepcionado pelas constituições democráticas, como assevera Rosemiro Pereira Leal:

Essa perda semântica do sentido interdito da *decisão* (decisionismo pela autoridade-vontade executiva), cujo resgate ainda foi lamentavelmente tentado por Carl Schmitt, possibilitou o enquadramento teórico da *decisão* no conceito de *provimento* do hodierno direito processual italiano, que, com Fazzalari, significando julgamento vinculado ao espaço técnico-procedimental-discursivo do *processo* cognitivo de direitos, como conclusão co-extensiva da argumentação das partes, adquiriu conotação de ato integrante final da estrutura do procedimento. Com Fazzalari, foi possível um salto epistemológico que retirou a *decisão* da esfera individualista, prescritiva e instrumental, da razão prática do decisor.

⁴³⁷ Para uma minuciosa análise sobre (ausência de) efetivo acesso à jurisdição nos casos repetitivos, ver: ASPERTI, Maria Cecília. **Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos**. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

⁴³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 323-326.

⁴³⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes e com análise sobre a relativização da coisa julgada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 170-176.

Entretanto, o que se colhe infelizmente de autores empenhados na compreensão do direito pela validação normativa em justificativas de tradição e autoridade são invenções engenhosas e metódicas do intérprete como guardião extra-sistêmico do ordenamento jurídico. A *decisão* assim concebida, agarrada às origens às origens da autocracia interdital romana, em que o poder do pretor emergia de sua condição de funcionário de uma sociedade radicada na verdade indiscutível da ancestralidade cultural, ainda hoje permanece armazenada por uma jurisprudência garbosa da realização de uma justiça retórica não testificada pelo *devido processo constitucional*, a pretexto de assegurar uma reflexibilidade de princípios, cuja graduação (proporcionalidade e razoabilidade) é circunscrita ao cérebro do decididor sensitivo e talentoso (o *freirecht* dos Tribunais Constitucionais pelo controle corporativista, introvertista e concentrado de constitucionalidade).⁴⁴⁰

Ainda seguindo o viés de acesso à justiça e impossibilidade de exclusão da parte, o princípio do contraditório e da ampla defesa são expressos no artigo 5º, LV, da Constituição, com alcance tanto na esfera judiciária como administrativa. Constitui dever do juiz assegurar o cumprimento do contraditório, podendo ser a pessoa física ou jurídica, devendo dar conhecimento da existência da ação e proporcionar oportunidade para dela se defender.⁴⁴¹

A propósito, numa perspectiva sociológica do acesso à justiça:

Se o objectivo é favorecer a minoria e dar sistematicamente a palavra à defesa, é correto reconhecer o direito de expressão de todos, incluindo os mais fracos e os mais estranhos. Ao atender à dialética da identidade (“nós”)/exclusão (“eles”), os procedimentos legais têm o efeito de universalizar e assim igualar, pelo menos parcialmente ou potencialmente, o direito de falar.⁴⁴²

Por tudo isso, não se mostra suficiente a tese de Alexandre Freitas Câmara, segundo a qual,

Todos os procedimentos de construção de padrões decisórios vinculantes (processos de controle direito de constitucionalidade, procedimento de edição de enunciados de súmula vinculante, julgamento de recursos repetitivos, incidente de assunção de competência) se caracterizam pela expressa previsão de que neles serão empregados mecanismos de ampliação subjetiva do contraditório (intervenção de *amici curiae* e de interessados na determinação do conteúdo do padrão decisório e realização de audiências públicas), o que assegura a legitimidade democrática resultante do desenvolvimento de procedimentos participativos em que toda a sociedade está autorizada a contribuir para a construção do padrão decisório que, futuramente, virá a produzir eficácia vinculante.⁴⁴³

⁴⁴⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 23-24.

⁴⁴¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 203-208.

⁴⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. **Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Universidad de Alicante, n. 14, 1993. p. 126 (tradução nossa).

⁴⁴³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 354.

Embora o autor reconheça que os padrões decisórios não podem obstaculizar a evolução do direito, propõe mecanismos de superação e revisão nos mesmos moldes em que o provimento inicial foi criado.⁴⁴⁴ Ou seja, novamente se oculta o sujeito no processo decisório, gerando um vicioso ciclo em que se imagina promover a unidade jurisprudencial e a segurança jurídica.

A mesma ideia, portanto, se aplica aos demais provimentos vinculantes, enquanto soluções prontas, das quais o sujeito não participa efetivamente.

Por sua vez, ao salientar que o direito de ação não se resume ao direito de pedir a solução do litígio, Luiz Guilherme Marinoni diz:

O direito de ação não pode ser limitado ao direito de pedir a resolução do mérito. O direito de ação não se exaure com a apresentação da petição inicial e a ação, assim, não é simplesmente proposta, conforme se poderia pensar a partir de uma leitura rápida do art. 312 do CPC/2015. O direito de ação tem diversos corolários, iniciando com o direito de participar adequadamente do processo, mediante apresentação de alegações e de produção de provas em prazo racional, e de influir sobre o convencimento do juiz. Além disso, é inquestionável que o direito de ação depende de procedimento adequado, ou seja, da pré-ordenação de técnicas antecipatória, de sentenças diferenciadas e de meios de execução diversos. Tudo isso é imprescindível para que o autor possa obter a tutela jurisdicional do direito. De modo que a ação não é, indubitavelmente, exercida. A ação é exercida através do procedimento adequado.⁴⁴⁵

Não há como discordar das considerações apresentadas acima. No entanto, é preciso fazer uma leitura sistemática da obra desse autor para apontar certas impropriedades. Marinoni, como, um dos grandes precursores das ideias “precedentalistas”, que consistem na ideia de que as Cortes de Vértice (Corte Suprema, no caso do STF, e Corte Superior, no do STJ) julgam *teses*; elas interpretam os textos legais e constitucionais, antes dotados de vagueza e equívocidade, definindo as questões de direito que se abstraem dos casos decididos para os demais. Caberia, então, às Cortes de Justiça e aos juízes singulares apenas a tarefa de aplicar a tese aos casos concretos iguais ou similares.⁴⁴⁶ Diante desse sistema, portanto, é de se indagar:

⁴⁴⁴ “A superação se dá por força da atuação do próprio tribunal que fixou anteriormente o padrão decisório vinculante, o qual deverá observar um procedimento em que se desenvolverá um contraditório ampliado, com ampla possibilidade de participação de interessados e de *amici curiae* e com a realização de audiências públicas para conferir legitimidade constitucional e democrática ao novo pronunciamento, o qual afastará o caráter vinculativo do anterior”. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 355.

⁴⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil (artigo 5º, XXXV)**. CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). 2. ed. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 389-390.

⁴⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 926 ao 975. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 52-53; 61; 64-65.

Se o sujeito – parte – não participou do processo de tomada de decisão – a decisão que interpretou autenticamente o texto normativo –, e essa solução é pré-pronta para o seu caso, como se pode falar em um direito que vá além do simples protocolo da petição inicial? Isto é, de que vale deduzir em juízo uma pretensão cujo ponto crucial seja, em tese, contrário a uma tese desse tipo? Será efetivo “participar” do processo, mediante produção de provas e alegações, ou mesmo possível influenciar o convencimento do juiz – que já está “convencido” a aplicar a tese? Na mesma lógica, tem pertinência seguir adequadamente os procedimentos previstos em lei quando o resultado vem na forma de solução-prescrição?

As ideias de Marinoni acabam por admitir o contraditório em questões de direito apenas nos tribunais superiores. Na base, continua a viger o velho brocardo da *mihi factum, dabo tibi ius*. Embora, como se disse, seja inadequado cindir questões de fato e de direito, a divisão analítica serve ao menos para mostrar que, na prática, a tese torna impossível o contraditório pleno, pois mantém a irrelevância da opinião das partes sobre o “direito” nas instâncias inferiores.

4.3 A JURISDIÇÃO ORIENTADA POR CRITÉRIOS ECONÔMICOS E EFICIENTISTAS: REAÇÃO DO JUDICIÁRIO À TARDIA “SOCIEDADE DE MASSAS”

Para a elaboração do Código de Processo Civil de 2015, o então presidente do Senado Federal, José Sarney, por meio do ato 379/2009, nomeou uma comissão de juristas presidida pelo ministro do Superior Tribunal Federal (à época no Superior Tribunal de Justiça) Luiz Fux, e composta por diversos doutrinadores do direito processual.

A citada comissão voltou suas atenções, de acordo com o Sarney, a:

[...] atender aos anseios dos cidadãos no sentido de garantir um novo Código de Processo Civil que privilegie a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal.⁴⁴⁷

⁴⁴⁷ BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, instituída pelo Ato nº 379, de 2009, do Presidente do Senado Federal, de 30 de setembro de 2009. Brasília: Senado, 2010. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496296>>. Acesso em: nov. 2021.

Por sua vez, Luiz Fux reforçou a necessidade de uma justiça célere, sem deixar de respeitar as garantias conferidas pela Carta Magna. Nesse sentido, foram desenvolvidos dispositivos legais incentivadores da solução de conflitos como a mediação, a conciliação e arbitragem. Ademais, deu-se importância aos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos, além do instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Segundo o Ministro, a fim de alcançar a redução de demandas em tramitação no Poder Judiciário,

[...] construiu-se a proposta de instituição de um incidente de coletivização dos denominados litígios de massa, o qual evitará a multiplicação das demandas, na medida em que o seu reconhecimento numa causa representativa de milhares de outras idênticas, imporá a suspensão de todas, habilitando o magistrado na ação primeira, dotada de amplíssima defesa, com todos os recursos previstos nas leis processuais, proferir uma decisão com largo espectro, definindo o direito controvertido de tantos quantos se encontram na mesma situação jurídica, trazendo uma solução de mérito consagradora do princípio da isonomia constitucional. [...] Em suma, a Comissão concluiu nas diversas proposições por dotar o processo e, *a fortiori*, o Poder Judiciário, de instrumentos capazes, não de enfrentar centenas de milhares de processos, mas antes, de desestimular a ocorrência desse volume de demandas, com o que, a um só tempo, salvo melhor juízo, sem violação de qualquer comando constitucional, visou tornar efetivamente alcançável a duração razoável dos processos, promessa constitucional e ideário de todas as declarações fundamentais dos direitos do homem, de todas as épocas e continentes, e, ainda, propiciar maior qualificação da resposta judicial, realizando o que Hans Kelsen expressou ser o mais formoso sonho da humanidade; o sonho de justiça.⁴⁴⁸

Fica evidente, assim, que o diploma processual foi criado para atender a critérios econômico-eficientistas (atingir resultados de uma justiça célere e com menos demandas) e, ao mesmo tempo, zelar pelas das garantias previstas na Carta Constitucional. Todavia, há sérias razões para crer que estas últimas foram colocadas em segundo plano.

Recorre-se aos argumentos de Mirjan Damaška para afastar argumentos que prezam pela eficiência quantitativa:

[...] com Damaška devemos perceber que “de fato há uma preocupação onipresente com a maior eficiência. Em meio a essa preocupação, é perceptível a tendência em desenfatar as preocupações processuais sobre a forma – incluindo diferenças residuais entre os regimes *common law* e *o civil law* – e se concentrando em medidas que possam contribuir para o bom funcionamento da justiça civil. Mas consideramos que a eficiência, quando bem entendida, é uma medida da relação entre o resultado, ou objetivo de uma atividade, ao custo de alcançá-lo. A velocidade e custo que um sistema de justiça incorre para a resolução dos casos nos dizem pouco sobre a sua

⁴⁴⁸ BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, instituída pelo Ato nº 379, de 2009, do Presidente do Senado Federal, de 30 de setembro de 2009. Brasília: Senado, 2010. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496296>>. Acesso em: nov. 2021.

eficácia se não formos informados de suas metas: sem referência a elas, a eficiência é um ideal sem conteúdo.⁴⁴⁹

Grande parte da doutrina tem rechaçado a inconstitucionalidade dos provimentos vinculantes com argumentos de que “[...] não há ofensa ao princípio da separação dos poderes, quando o juiz ou tribunal aplicar a norma decorrente da interpretação dos textos legais, esta é sua função”,⁴⁵⁰ ou “[...] a falta de expedientes, no sistema, com objetivo de uniformizar as decisões para casos iguais ou semelhantes é que realmente gera ofensa gritante a um dos princípios mais relevantes do direito contemporâneo, que é o da isonomia”.⁴⁵¹

Entretanto, parece trivial afirmar-se que os jurisdicionados devem receber mesmo tratamento destinado a demandas idênticas.⁴⁵² O problema é justamente como se identifica a similitude dos casos. Tem-se assoberbado a aplicação de precedentes e provimentos vinculantes de forma mecânica, sem a necessária aproximação entre o caso julgado e o paradigma. Essa visão se mostra mais preocupante, pois

A discussão da inconstitucionalidade tem perdido para a celeridade/vinculatividade. O crescimento desmesurado das demandas tem provocado uma espécie de adaptação darwiniana das eventuais inconstitucionalidades [...] os provimentos vinculantes sem respaldo constitucional passaram a ser defendidos a partir de argumentos compensatórios. Ou seja, apesar de inconstitucionais por ausência de previsão na CF, alega-se que tais provimentos devem ser mantidos porque asseguram a igualdade do jurisdicionado. Ou seja, estar-se-ia trocando uma violação da Constituição pela celeridade, uma vez que esta traria mais igualdade, argumento discutível a toda evidência.⁴⁵³

Raciocínio semelhante já havia sido desenvolvido por Barbosa Moreira no ano 2000, quando tratou do futuro da justiça. Como ele próprio adverte, embora o título transpareça, o texto não procura fazer previsões sobre como seria a jurisdição, mas sim desconstituir alguns

⁴⁴⁹ DAMAŠKA, Mirjan. *The Common Law-Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction*. In: CARPI Federico. *The future of categories*. Toronto: International Association of Procedural Law, 2009 *apud* NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre; GODOY, Daniel Polignano; CARVALHO, Danilo Corrêa Lima de. Precedentes: alguns problemas na adoção do *distinguishing* no Brasil. *Revista Libertas*, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013.

⁴⁵⁰ ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. geral) et al. *Coleção Grandes temas do novo CPC – Precedentes*. Cap. 19. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 422.

⁴⁵¹ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 281.

⁴⁵² SCHAUER, Frederick, 1987, p. 596 *apud* STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. *Comentários ao Código de Processo Civil (artigos 926 e 927)*. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha (Orgs.); Alexandre Freire (Coord. exec.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.234.

⁴⁵³ STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. *Comentários ao Código de Processo Civil (artigos 926 e 927)*. STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.); FREIRE, Alexandre (Coord. exec.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.238.

mitos que permeavam o imaginário popular e de parte dos juristas à época.⁴⁵⁴ Todavia, mesmo que não fosse a intenção do autor, a obra serve como prognóstico dos dias de hoje e as crenças anunciadas seguem cada vez mais atuais.

A primeira delas é a sede pela celeridade da justiça, dividida em submitos, de que: a) a longa duração dos processos é um fenômeno exclusivamente brasileiro, o que é contraditado com fatos que comprovam a morosidade judicial em países desenvolvidos como Itália, Japão e Estados Unidos; b) todos os jurisdicionados demandam, em quaisquer circunstâncias, por uma resolução rápida dos processos;⁴⁵⁵ c) a legislação processual é culpada pela excessiva duração das demandas, ideia contraposta com as sucessivas reformas processuais que não resolvem o problema, além de baixo número de juízes e sobrecarga de trabalho para a maioria dos servidores do Judiciário, bem como a predominância da celeridade em detrimento das garantias dos jurisdicionados;⁴⁵⁶ e d) a lentidão do justiça se sobrepõe a todas as suas demais vicissitudes, porém, se um sistema é demasiado lento, não significa necessariamente que outro, muito rápido, seja eficaz, daí a expressiva afirmação: “O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torna-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”.⁴⁵⁷

O segundo mito é constituído pelas obsessões por “fórmulas mágicas”, como reforço pela oralidade do processo, criação de procedimentos especiais que substituam o ordinário ou incentivo aos meios alternativos de solução de litígios. Essas, no entanto, devem ser consideradas “algumas das soluções”, e não “a solução”.⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 6, p. 30-44, jul./ago. 2000.

⁴⁵⁵ “Idéia ingênua: basta alguma experiência da vida forense para mostrar que, na maioria dos casos, o grande desejo de pelo menos um dos litigantes é o de que o feito se prolongue tanto quanto possível. Ajunto que os respectivos advogados nem sempre resistem à tentação de usar todos os meios ao seu alcance, lícitos ou ilícitos que sejam, para procrastinar o desfecho do processo: os autos retirados deixam de voltar a cartório no prazo legal, criam-se incidentes infundados, apresentam-se documentos fora da oportunidade própria, interpõem-se recursos, cabíveis ou incabíveis, contra todas as decisões desfavoráveis, por menos razão que se tenha para impugná-las, e assim por diante [...]. Mais grave ainda se afigura o fenômeno na esfera penal; e, convenhamos, que réu sabedor de sua própria culpa deixará de batalhar como puder para relegar a temida condenação às sobrecarregadíssimas calendas gregas?” MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 6, jul./ago. 2000. p. 38.

⁴⁵⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 6, jul./ago. 2000. p. 39. E prossegue: “Ora, um processo de empenho garantístico é por força um processo menos célere. Dois proveitos não cabem num saco, reza a sabedoria popular. É pretensão desmedida querer desfrutar ao mesmo tempo o melhor de dois mundos. Nada mais sumário e rápido que o linchamento do réu; mas tolerar semelhante prática hoje em dia parece inconcebível, por maior frequência que se observe ainda em tentativas, às vezes bem sucedidas, de empregá-la senão no sentido físico, seguramente no moral para com certos réus que incorrem, por isto ou por aquilo, nas iras especiais da imprensa e de outros meios de comunicação social.” *Ibidem*.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 39.

⁴⁵⁸ “A verdade é que simplesmente não existe fórmula de validade universal para resolver por inteiro a equação. Temos de combinar estratégias e táticas, pondo de lado o receio de parecermos incoerentes se, para enfermidades

Já o terceiro consiste na supervalorização de outros sistemas, num “deslumbramento ingênuo que impele à imitação acrítica de modelos estrangeiros”. Embora o sistema jurídico brasileiro tenha traços característicos de diversas outras jurisdições (processo civil influenciado pelos alemães, portugueses e italianos, por exemplo), deve-se advertir quanto aos riscos do excesso. Nesse aspecto, é importante, antes de tudo, perquirir a fundo como a prática do instituto importado funciona no país de origem, com pesquisa direta nas suas fontes, consulta aos textos originais, à doutrina e à jurisprudência, para evitar equívocos de perspectiva.⁴⁵⁹ Por fim, o quarto mito é a “onipotência da norma”, numa crença de que simples alterações na redação de artigos podem solucionar problemas da vida jurídica.⁴⁶⁰ Segundo Barbosa Moreira, o afã de modificar a lei é inversamente proporcional à “[...] nossa disposição para pesquisar a realidade com critérios técnicos”.⁴⁶¹

Todos os equívocos apontados, em especial os dois últimos, são justamente o que ocorre com a tentativa de “importação” do sistema *common law* para o Brasil. Já se demonstrou, nos capítulos 2 e 3 deste trabalho, as diferenças entre mecanismos de vinculação decisória e o legítimo regime de precedentes. E bastou a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, e pronto: estava inaugurada a doutrina de *stare decisis* na jurisdição nacional, porém repleto de anomalias como as *teses* das Cortes de Vértice e observância obrigatória de meros enunciados judiciais que se deslocam do caso concreto para vincular casos futuros – pouco importando se há autorização da Carta Magna para tanto. Reitera-se, é salutar a valorização os precedentes, que são, sim, importantes institutos para buscar a integridade do direito e coerência da jurisprudência, mas não se pode admitir a criação de institutos que excluem o indivíduo (e diversas garantias processuais constitucionais) da perspectiva decisória de seu próprio problema, a ser resolvido pelo Judiciário.

de diferente diagnóstico, experimentarmos remédios também diferenciados. O simplismo das palavras de ordem, já indesejável na política, revela-se aqui funesto.” *Idem*. p. 40.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 41. O autor recomenda, numa segunda perspectiva, “[...] com veemência, [...] a cautela necessária para não submeter o transplante ao risco manifesto de rejeição”.

⁴⁶⁰ Barbosa Moreira fez crítica semelhante em artigo posterior, ao tratar da Emenda Constitucional n.º 45: “O panorama espelhado nas anotações acima sugere que se tem exagerado em medida considerável o alcance da criação da chamada ‘súmula vinculante’ [...]. Tanto os seus defensores quanto seus detratores dão a impressão de enxergar nela uma carga de novidade bastante para justificar a idéia de autêntico divisor de águas: em matéria de eficácia vinculante, a história do direito brasileiro estará marcada por algo semelhante à decisão de Júlio César de atravessar o Rubicon. Haverá o ‘antes da Emenda’ e o ‘depois da Emenda’: duas eras nitidamente contrapostas.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma escalada e seus riscos. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. 9. Série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 306.

⁴⁶¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 6, jul./ago. 2000. p. 41. Moreira recomenda, numa segunda perspectiva, “[...] com veemência, [...] a cautela necessária para não submeter o transplante ao risco manifesto de rejeição”.

Chama a atenção a justificativa para tentar reintroduzir os “assentos” no direito brasileiro, a partir de uma ótica que, muito antes do Código de 2015, já pretendia marginalizar o sujeito no processo de tomada de decisão:

O acurado senso científico, aliado ao trato jurídico diário, do nosso grande processualista civil, Prof. Alfredo Buzaid, vislumbrou a necessidade de inserir em fosso ordenamento jurídico positivo de processo civil os assentos. Por outro lado, usando de técnica e lógica invejáveis, pôde esse ilustre Professor sentir a desnecessidade da verdadeira inflação de recursos que, hoje, pela legislação vigente, invadem nossos Tribunais, de forma a dar margem a celeumas intermináveis, dificultando o trabalho dos juízes e dos advogados e de quantos tratam com a Justiça. É certo que a inutilidade dessa absurda proliferação de recursos há de sanar-se em tempo breve, para que objetive mais a justiça, que deve livrar-se, sempre e sempre, dos exagerados formalismos do passado. Discussões estereis se fazem em torno do cabimento deste ou daquele recurso, o que ocorre em detrimento do direito das partes, a impedir a livre manifestação do Poder Judiciário, que deve sempre ter em mira o aforismo latino da *mih factum, dabo tibi jus*. Quanto maior a responsabilidade humana no tratamento de um problema, maior deve ser a simplicidade aplicada em sua resolução.⁴⁶²

A acrítica recepção jurídico-dogmática, judicial e política de institutos jurídicos revestidos de atributos vinculantes, de observância e atuação compulsória no ambiente processual, pode igualmente ser concebida como contraparte jurídica de constrangimentos socioeconômicos radicados na conformação da sociabilidade contemporânea como sociedade de massa, isto é, constitui dimensão jurídica dos pressupostos e elementos da razão instrumental que, criticamente, podem servir à análise e explicação de construtos jurídicos contingentes e parcialmente descritos em suas justificações declaradas. Os enunciados compulsórios de provimentos judiciais vinculantes, como aqueles descritos no sistema processual brasileiro bem podem ser tomados como índice de verificação e ajuizamento sobre as respostas de que o sistema judicial tem se valido para se inserir e, ao mesmo tempo, organizar e reproduzir os modelos sociais a partir dos quais opera e fundamenta sua própria razão de ser.

Aqueles “circuitos de derivação” que se formam à margem e em recusa da jurisdição a que se refere Castanheira Neves, oriundos, em larga medida, da contradição consubstanciada na premente interpelação e no alargamento do espectro de atividade judicial e na resposta propriamente dita, ofertada por essa jurisdição ou judicialidade ampliada, também surgem como fenômeno no interior do qual se condensam as razões e o guia de uso de mecanismos judiciais de atuação vinculante, como os provimentos brasileiros identificados nas súmulas, recursos repetitivos orientações jurisprudenciais, decisões proferidas em Incidentes de

⁴⁶² AZEVEDO, Álvaro Villaça. Os assentos no direito processual civil. *Justicia*. Ano XXXIII, V. 74, São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 1971. p. 115-116.

Resolução de Demandadas Repetitivas (IRDR) e em Incidentes de Assunção de Competência (IAC).

Por assim dizer, o contraditório problema da falta de legitimidade democrática, por um lado, e do excesso no exercício das funções de índole histórico-concretas a que se liga a atuação jurisdicional, por outro lado, de que se ressentem os provimentos vinculantes radicalmente criticados – e só por essa razão suscetíveis a apreciações comprometidas com as atribuições que podem legitimamente desempenhar – coexistem com os problemas gerais nos quais se confunde a própria atuação jurisdicional contemporânea. “É como se o próprio apelo e importância atribuídos à jurisdição em geral viessem a revelar já jurisdição existente a falta da jurisdição para que se apela”.⁴⁶³

A crise de que esse fenômeno é expressão, enquanto consumação ou explicitação histórico-cultural de um sistema ou mesmo enquanto perda de sentido das referências que até então serviam para organizar e regular suas interações com os demais sistemas sociais, pode ser considerada nos termos dos registros feitos pela crítica (e, em particular, pela Teoria Crítica) de dimensões parciais da mesma sociedade de massas.

Enxerga-se, no limiar das expressões que o problema dos provimentos vinculantes assume e das mediações a partir das quais se apresenta, o *dirty little secret* denunciado por teorias políticas e jurídicas que se ocupam das formas e limites institucionais das democracias modernas, as quais combinam de forma historicamente eficaz e fetichista princípios de descentralização do poder e de desaceleração da prática política, ao lado da dependência de uma perspectiva hegeliana da história jurídica e social. Em suma: idealização do triunfo histórico e medo da atividade popular.

A desconfiança democrática ou, no mínimo, a naturalização da premissa segundo a qual a mobilização democrática seria refratária à institucionalização política e jurídica, tem no sistema judicial um de seus âmbitos mais privilegiados de afirmação:

O hegelianismo de direita encontra expressão numa prática cotidiana que enfatiza a habilidade da história no desenvolvimento da ordem racional – progressos na eficiência distributiva ou clarificações de responsabilidade institucional ou princípios de dever moral ou político – a partir da substância nada promissora do conflito e compromisso histórico. O desconforto com a democracia se evidencia em todas as áreas da cultura jurídica contemporânea: na identificação incessante de limitações à regra da maioria, em vez de restrições ao poder de minorias dominantes, como a responsabilidade principal de juristas e magistrados; na consequente hipertrofia de práticas e estruturas contrárias à regra da maioria; na oposição a toda reforma institucional, principalmente aquelas concebidas para elevar o nível de engajamento

⁴⁶³ NEVES, António Castanheira. **O Direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do Direito**. 3. ed. Coimbra: Instituto Piaget, 2012. p. 02.

político popular, como ameaças ao sistema de direitos; na identificação de direitos de propriedade com direitos de divergir, no esforço para obter de juízes, sob o pretexto de aperfeiçoar a interpretação, os avanços que a política popular não consegue produzir; no abandono da reconstrução institucional a momentos raros e mágicos de recriação nacional; na atenção concentrada em juízes superiores e no seu processo de seleção como a parte mais importante da política democrática; num ideal de democracia deliberativa que se torna mais aceitável quanto mais próximo fica, em estilo, de uma conversa cortês entre cavalheiros numa sala de visitas do século XVIII; e, às vezes, no tratamento explícito da política partidária como uma fonte subsidiária e derradeira da evolução jurídica, a ser tolerada quando nenhum dos métodos mais sofisticados de resolução jurídica de controvérsias se aplica.⁴⁶⁴

A marginalidade a que a própria atividade legislativa e, inclusive, a hermenêutica jurídica são relegadas pode ser divisada, inclusive, no lugar de centro ocupado pela teoria da decisão judicial, em geral, e pela teoria da jurisdição constitucional, em particular, no ambiente maior da teoria do direito. O cálculo jurídico padronizado, portanto, inclina-se pela exclusão dos fundamentos que transcendem a simples ratificação do ideal de autogoverno e que assimilem, rigorosamente, esse ideal nas suas explicações sobre a natureza do direito, os fundamentos da legitimidade política, as tarefas da interpretação e as respectivas responsabilidades de parlamentos, tribunais e cidadãos. Resulta, daí, uma dificuldade básica para compreender os sentidos e a polifonia das leis e sua integração em esquemas maiores de direitos.⁴⁶⁵

O reforço e a reprodução do discurso segundo o qual seria contingencialmente necessária a tutela de interesses minoritários ou interesses relevantes deduzidos de desacordos sociais que é chamado a dirimir, tornou mais difícil a percepção das soluções judiciais como necessariamente contingentes, isto é, não constitui uma necessidade elementar ou lógica o fato de o controle de constitucionalidade ou a tutela de interesses minoritários, vulneráveis ou públicos serem realizados em termos judiciais.

Mais que uma redução no escopo do processo democrático, a atuação substantiva do Poder Judiciário ou de outros atores sociais sem credenciais democráticas e que, não obstante, concorrem para a construção das conclusões ofertadas por órgãos judiciais, atenua as próprias possibilidades de autogoverno na medida em que, imunizando maiorias consistentes e persistentes no tempo, expõe a tensões e assimétricas condições de disputa as próprias minorias que pretendem preservar. A linguagem jurídica da supremacia da constituição e dos papéis contramajoritários exercidos por agentes e instituições judiciais, como quaisquer outros

⁴⁶⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução: Caio Farah Rodriguez e Márcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 95-96.

⁴⁶⁵ WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. José Luís Martí y Águeda Quiroga (trad. para o Espanhol). Madrid: Marcial Pons, 2005.

conceitos que se assentem em pretensas razões públicas, não são infensos a manejos ideológicos voltados à obtenção de resultados não declarados, como concentração de poder e necessidade de controle dos jurisdicionados, ou mesmo repercussões involuntárias ou irrefletidas dessa atuação.

Exemplo dos manejos ideológicos mencionados é a violência simbólica⁴⁶⁶ que as súmulas promovem e, seguramente, todos os demais provimentos vinculantes:

[...] as Súmulas são típicas manifestações de discursos monológicos, que, enquanto manifestações da dogmática jurídica, visam estabilizar os conflitos que chegam até o Poder Judiciário. A mi(s)tificação do uso das Súmulas [...] resulta na supressão simbólica da autonomia dos sujeitos/atores jurídicos, construindo um imaginário coercitivo, no interior do qual os conflitos sociais são resolvidos através de *prêt-a-porter* significativos.⁴⁶⁷

Tal característica de controlabilidade difusa é enxergada como um “panóptico jurídico”, pois a edição de provimentos forma um arbitrário juridicamente prevalecente. O poder de controle é exercido por meio do discurso e da imposição de apenas uma possibilidade interpretativa: se a lei é uma programação de sentido realizada pelo legislador, a súmula reprograma-a e uniformiza unilateralmente o sentido original, o que descontextualiza e estereotipa o sentido da norma.⁴⁶⁸

A crítica aos fundamentos nos quais estão radicados os pressupostos dos provimentos vinculantes, que constituem parte do problema de fundo nas discussões feitas no âmbito da teoria da constituição e na teoria democrática, todavia, traz consigo os elementos maiores da crítica feita às razões de índole funcional que organizam e presidem as formas de objetificação social, mormente após o advento das potencialidades industriais, das expectativas produtivas e da evolução tecnológica. A subordinação dos meios e dos conteúdos que informam tais meios é, nesse esquema prático e epistêmico, uma variável contínua. O comprometimento de direitos de ampla e densa significação, de previsível e projetado, tornou-se uma dimensão central do problema e das implicações políticas dessas formas instrumentais de uso objetivo da e na sociedade.

⁴⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: Eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 241-268.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 267-268.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 286. Streck arremata com a constatação de que as súmulas se apresentam como “[...] metacondição de programação e reprogramação de sentido do sistema jurídico. Contudo, são, também, condição de fechamento do sistema. Trata-se de um paradoxo, na perspectiva luhmaniana, que é resolvido pela unidade que lhe dá a posição ímpar dos tribunais superiores ao editar Súmulas para poder auto-reproduzir o sistema.” *Ibidem*, p. 293.

Esse marco teórico e as categorias e conceitos por ele mobilizados propiciam – embora, aqui, como conteúdo lateral e informado por pressupostos metodológicos diversos da argumentação e da crítica preponderantemente nucleadas na teoria do direito e na teoria da constituição – reafirmar pontos da teoria crítica e ampliá-los no alcance da atividade jurisdicional, que traz consigo tendências e elementos de atuação instrumental. O comportamento socialmente engajado e cujas finalidades declaradas são aparentemente consentâneas com o bloco de constitucionalidade politicamente convencionado pode, mesmo, desvelar reflexos da racionalidade funcional e de sua recepção por dentro de instituições como a dos provimentos vinculantes.

A distinção das razões feita por Max Horkheimer, estremadas em ordens objetiva e subjetiva, torna possível conceber o sujeito como portador de potencialidades racionais próprias e, ao mesmo tempo, objeto de constrangimentos e limites para a operação de sua racionalidade pelos imperativos externos e alheios às suas condições de formulação e compatibilização da razão aos elementos que circundam o ambiente de construção parcial da racionalidade.⁴⁶⁹ Enquanto a razão objetiva radicaria sua existência de ser nos conceitos, a razão subjetiva teria no indivíduo o centro decisório acerca do conteúdo e definição do que seja efetivamente a razão. Assim,

Por mais ingênua e superficial que possa parecer essa definição de razão, ela é um importante sintoma da profunda mudança de perspectiva que tem ocorrido no pensamento ocidental ao longo dos últimos séculos. Por muito tempo, uma visão diametralmente oposta de razão prevaleceu. Essa visão afirmava a existência da razão como uma força não apenas na mente individual, mas também no mundo objetivo – nas relações entre seres humanos e entre classes sociais, em instituições sociais e na natureza e em suas manifestações. Grandes sistemas filosóficos, como os de Platão e Aristóteles, a escolástica e o idealismo alemão, foram fundados sobre uma teoria objetiva de razão. Visava-se a desenvolver um sistema abrangente, ou uma hierarquia, de todos os seres, incluindo o homem e seus objetivos. O grau de razoabilidade da vida de um homem poderia ser determinado de acordo com sua harmonia em relação a essa totalidade. Sua estrutura objetiva, e não apenas o homem e seus propósitos, era a régua dos pensamentos e ações individuais. Esse conceito de razão jamais excluiu a razão subjetiva, mas a considerava tão somente como uma expressão parcial, limitada, de uma racionalidade universal da qual se derivavam os critérios para todos os seres e coisas. A ênfase estava nos fins, não nos meios.⁴⁷⁰

A razão subjetiva, por sua vez, reduz a razoabilidade de tudo ao sujeito, porquanto a razão é uma faculdade ínsita e exclusiva ao indivíduo. O indivíduo torna-se, por antonomásia,

⁴⁶⁹ HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. São Paulo: Unesp, 2015. p. 14.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 14.

a condição de existência e conhecimento da própria razão e de sua potência de referir-se, sempre e prioritariamente, a um propósito.⁴⁷¹ Por isso, Zippelius esclarece:

Horkheimer esperava que do esclarecimento do homem sobre a sua própria condição de prisioneiro resultasse de novo uma autoconsciencialização da autonomia do homem. Da mesma maneira que outrora a ideia de dignidade humana resultou da experiência do domínio bárbaro, assim também Horkheimer esperava que justamente “o declínio da ideia de indivíduo sob a influência da maquinaria universal da cultura de massas [...] criasse os pressupostos para a emancipação da razão” (p. 166). Bibliografia: M. Horkheimer, *Zur Kritik der instrumentellen Vernunft*, (inglês 1947), alemão 1967.⁴⁷²

A racionalidade formal, portanto, é criada para atender determinado fim, num vazio de conteúdo que transformou homens em máquinas; nesse processo, o indivíduo se adapta à coletividade e vê dissolvida sua individualidade

Aqui, fica mais clara essa dimensão concreta que a instrumentalização da razão na economia da justiça ou dos conteúdos procedimentais que expressam, mais ou menos, os ideais de convívio social assumidos no regime dos provimentos vinculantes. A recepção desse fenômeno no âmbito judicial (e daí surge, talvez, a mais relevante distinção dessas modalidades de expressão jurídica de razão instrumental daquelas outras identificadas com os assentos) conclui, por assim dizer, o que em termos gerais constituiu a completa mobilização da razão pelo processo social.⁴⁷³

Especificados, os provimentos vinculantes servem perfeitamente àquela crítica que, em Horkheimer, é voltada para a explicação dos elementos distintivos dessa forma histórica de razão: o seu valor operacional é o único critério válido para sua criação; os conceitos são reduzidos a sumários das características que várias hipóteses têm em comum; são eliminados os incômodos da enumeração qualitativa; funcionam como abreviação dos itens aos quais se referem; os usos que transcendem a sumarização técnica dos dados factuais são concebidos como resquícios de superstição; os conceitos se tornam dispositivos otimizados, poupadores de trabalho. Enfim, “é como se o próprio pensamento tivesse sido reduzido ao nível dos processos industriais, sujeito a uma programação estrita – em suma, transformado em parte e em parcela da produção”.⁴⁷⁴ Nesse sentido:

⁴⁷¹ HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. São Paulo: Unesp, 2015. p. 14.

⁴⁷² ZIPPELIUS, Reinhold. **Sociologia do direito e do Estado: noções fundamentais**. Tradução: António Franco e António Francisco de Sousa. Série IDP: direito comparado. Versão Kindle. São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*. p. 413-419.

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 29.

⁴⁷⁴ HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. São Paulo: Unesp, 2015. p. 29.

A transformação de toda a esfera do ser “num campo de meios conduz à liquidação do sujeito que deles se há de servir... O homem partilha... o destino do seu mundo restante. Dominar a natureza inclui também dominar o homem” (p. 94). O indivíduo “já não tem espaço para se esquivar do sistema” (p. 96). Inventamos continuamente novos instrumentos para dominar a natureza e nessa mesma medida tornamo-nos prisioneiros da nossa própria cultura industrial e somos obrigados a colocarmo-nos a serviço da técnica por nós criada para podermos sobreviver (p. 97). Todo o meio da cultura de massas serve apenas para “intensificar os constrangimentos sociais que pesam sobre a individualidade, ao mesmo tempo que exclui toda a possibilidade de o indivíduo se manter de algum modo em face da total maquinaria atomizante da sociedade moderna” (p. 149 e s.). Numa palavra, deparamo-nos em todo lugar com um aprisionamento dos pensamentos e das ações do homem, causado pelas formas de um industrialismo altamente desenvolvido (p. 166). Eis, pois, a imagem do homem da era industrial: utente perspicaz e ao mesmo tempo prisioneiro da razão instrumental, um idiota, quando se trata da escolha de metas e fins (p. 97).⁴⁷⁵

A superação do sentido pela função e pelo efeito, seja nas coisas ou nos eventos, faz que com a linguagem se torne, em suma, uma ferramenta e, por isso, seja ocioso percorrer os atos lógicos envolvidos em sua formulação. Opera-se, pois, uma matematização do pensamento, isto é, uma desconsideração, nas operações lógicas, da execução efetiva dos atos intelectuais sobre os quais se baseiam a lógica operacionalizada. A categoria marxiana do fetiche da mercadoria transmuda-se, nos domínios da razão moderna, no fetiche da função e das finalidades práticas.⁴⁷⁶

As razões não declaradas dessa forma de atuação instrumental, se, de um lado, conferiram as condições básicas para a superação social e científica de interdições tradicionais, como o dogmatismo, o fundamentalismo e obscurantismo, de outro lado também tornaram possível uma eficiente forma de apropriação da razão por frações interessadas naquelas mesmas interdições, pois a razão e o estatuto social por ela ocupado tornam-se mais acessíveis e vulneráveis àqueles interesses, em virtude justamente da impotência, neutralidade e senso comum que se apresentam como seus atributos principais. O pêndulo no qual oscilam as formas de exercício desse tipo de razão instrumental podem variar, ora para a direção de exortações contra o sectarismo (como Horkheimer verifica, citando episódios da Convenção Constitucional americana de 1787), ora para a justificação das formas mais desabridas de opressão (como nos episódios que antecederam a abolição da escravatura nos Estados Unidos,

⁴⁷⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. **Sociologia do direito e do Estado**: noções fundamentais. Tradução: António Franco e António Francisco de Sousa. Série IDP: direito comparado. Versão Kindle. São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*. p. 405-413.

⁴⁷⁶ HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. São Paulo: Unesp, 2015. p. 31.

como no caso *Dred Scott v. Sandford*, de 1857⁴⁷⁷, ou, mais recentemente, no caso *Lochner v. New York*, de 1905).⁴⁷⁸

De acordo com a crítica horkheimeriana da razão subjetiva, o pragmatismo e o experimento científico que lhe serve de índice de acerto seriam a contraparte do industrialismo moderno, que concebe a fábrica como protótipo de vida humana, concatenando tudo ao propósito eleito de antemão e do qual os indivíduos estariam alienados, confundindo-se com o maquinário e as utilidades que convergem para o mesmo propósito. Cada pensamento, para ser concebido, passa a depender do alibi de sua conveniência. O pensamento deve ser ratificado por instâncias diversas do pensamento, como o efeito na produção ou impacto na conduta social.

A sociedade de massas não é fenômeno recente. Uma das obras em que é tratada, “O eclipse da razão”, data de 1947, o que poderia confrontar sua contextualização com os provimentos vinculantes, cujo relevo foi dado pelo diploma processual de 2015. Mas essa conjuntura passou a tomar forma somente a partir da Carta Política de 1988, a qual consagrou um vasto rol de direitos e garantias fundamentais e de legitimados para propor ações de controle concentrado de constitucionalidade, bem como a inafastabilidade da jurisdição (direito de ação, *lato sensu*), mencionados no subitem antecedente. As pessoas cada vez mais buscam o Poder Judiciário para a tutela de seus conflitos, e é possível analisar a função jurisdicional sob a ótica do conceito psicanalítico de *imago paterna*, o qual se projeta na ideia de moralidade pública produzida pelas decisões e, para além disso, a interpretação constitucional e a garantia das liberdades a ocultarem uma vontade dominadora que sacrifica a soberania do povo e a autonomia dos indivíduos⁴⁷⁹. Ante o exponencial aumento das demandas postas à sua apreciação, o Judiciário se viu obrigado a dar uma resposta na mesma moeda: mediante decisões massificantes. Por isso, ao menos aplicada ao sistema de justiça brasileiro, a crítica horkheimeriana nunca se fez tão presente como agora.

Daí para o funcionalismo jurídico exposto por Castanheira Neves não vai grande distância. Esse funcionalismo conformaria uma espécie de resposta jurídica às exigências que, de um modo geral, se antepõem ao conhecimento teórico. O direito, então, pagaria seu tributo de praticidade ou instrumentalidade a instâncias que, mais imediatamente, responderiam

⁴⁷⁷ *Dred Scott decision. Law case. Encyclopaedia Britannica.* Disponível em: <<https://www.britannica.com/event/Dred-Scott-decision>>. Acesso em: 05 nov. 2021.

⁴⁷⁸ *Lochner v. New York. Law case. Encyclopaedia Britannica.* Disponível em: <<https://www.britannica.com/event/Lochner-v-New-York>>. Acesso em: 05 nov. 2021.

⁴⁷⁹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Martonio Lima e Paulo Albuquerque (trad). **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, nov. 2000. p. 183-202. Publicado originalmente como *Justiz as gesellschaftliches Über-Ich — Zur Funktion von rechtsprechung in der “vaterlosen Gesellschaft”*. In: FAULSTICH, Werner; GRIMM, Gunter E. (Orgs.). *Stürzt der Götter?* Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1989.

àqueles imperativos de finalidade e utilidade social, como a economia e a política.⁴⁸⁰ E, nesses limites, não apenas forneceria componentes dos objetivos políticos ocasionais ou permanentes, mas constituiria a si mesmo como diretamente orientado para finalidades políticas.⁴⁸¹

A atuação funcionalista, como verificado em Horkheimer, serviria a propósitos políticos afins ou antípodas, a depender da mobilização conceitual feita e do próprio vigor que a oportunidade política possa apresentar, assumindo as expressões que são apontadas por Castanheira Neves:

Mas o decisivo vem de outro lado: de um assumido compromisso ideológico que orienta uma crítica radical à realidade político-social, e ao que se diz a sua cobertura jurídica, numa linha neomarxista com fundamento na utopia, justamente crítico-ideológica, da “emancipação”. É assim na “teoria crítica do direito” ao assimilar ela o projecto filosófico-social da Escola de Frankfurt e a sua prospectiva dialética holística. É assim no *Critical Legal Studies Movement*, aliás particular projecção daquela “teoria crítica”, ao postular-se a *progressive school of legal theory* em que *the law and politics could not be separated*. É assim ainda no “uso alternativo do direito” em que o fundamental das coordenadas anteriores igualmente se convocam, posto que numa directa intenção da realização metodológico-judicial mobilizadora das possibilidades oferecidas nesse sentido pelas indeterminações e aberturas dos sistemas jurídicos vigentes, e em que se haveria de decisoramente “tomar partido”. Numa palavra, em que a atitude redutora implícita em todos estes movimentos claramente se afirma: a prática humano-social, e nela ainda a jurídica, seria exclusivamente prática política.⁴⁸²

Verifica-se, de acordo com o autor, uma troca de sinais entre o funcionalismo jurídico e o funcionalismo social em sua dupla dimensão de funcionalismo tecnológico e funcionalismo econômico. Enquanto no funcionalismo jurídico sobrelevam o compromisso ideológico e o finalismo programático, no funcionalismo social ganham primazia a neutralidade tecnológica e o consequencialismo social. O direito passa a ser perspectivado como *social engineering*, isto é, como essencialmente funcional, teleológico, instrumental, evolutivo e pragmático.⁴⁸³ Conceitos que transcendem a própria lógica jurídica e a intrínseca organização do sistema do

⁴⁸⁰ Esse comprometimento fundamental pode ser visto, por exemplo, no centro da obra teórica de Roberto Mangabeira Unger, um dos principais autores do *Critical Legal Studies Movement*, que leva ao extremo a ideia de “sociedade como artefato” e que a (re)construção institucional da sociedade não deve seguir qualquer roteiro pré-estabelecido e que os resultados de determinada forma social não devem ser concebidos como restrições de ordem econômica, organizacional e psicológica ou de tendências irresistíveis de desenvolvimento. Ver, nesse sentido: UNGER, Roberto Mangabeira. **Política**: os textos centrais, a teoria contra o destino. Tradução: Paulo Sérgio Castanheira. São Paulo: Boitempo; Santa Catarina: Argos, 2001.

⁴⁸¹ NEVES, António Castanheira. **O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 41.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 42-43.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 43.

direito são levados para o proscênio do cálculo jurídico, como escolhas trágicas, segundo melhor, agente-principal, comportamento oportunista, externalidades etc.⁴⁸⁴

No Brasil, o citado panorama demonstra que além de absorver funções alheias a sua índole, historicamente determinada, de aplicar o direito ao caso concreto, uma contaminação do pensamento jurídico pela razão instrumental, mergulhando o direito numa lógica estritamente econômica. Portanto, as mesmas teorias utilizadas na história para criticar a razão instrumental (de Horkheimer) servem para criticar os provimentos vinculantes, pois todos os mecanismos de redução de demandas passam por esse critério elementar.

Essa instrumentalização, essa subordinação funcional e esses constrangimentos epistêmicos e programáticos que arrefecem as valorações jurídicas e o lugar do direito na conformação de suas próprias potencialidades não podem, contudo, passar ao largo da crítica jurídica e, talvez num sentido político e ideológico apropriado a essa retomada de curso, e dos imperativos de ordem prática que, conquanto privilegiados pela perspectiva funcional, acabam relegados a objetivos de segunda ordem. O julgamento ético da ciência e a recomposição dos valores que consubstanciam os termos práticos da vida social, por exemplo, são expressões desse incômodo e dos gestos de irresignação que podem ser ensaiados.

Num segundo momento, como chama a atenção Neves, é preciso conduzir o problema dessa derrocada de sentido e valores do direito ao núcleo das expectativas que podem ser guardadas em relação aos estatutos do direito e da razão contemporâneos:

Há que ser consciente de que no fundo de tudo se impõe uma capital opção antropológico-cultural de que dependerá o sentido do direito e inclusive a sua própria subsistência autenticamente como direito. Com efeito, o homem dos nossos dias terá de perguntar-se que sentido se propõe conferir à sua prática e, através desse sentido, que compreensão assimilará de si próprio na sua existência histórico-comunitária. Uma prática referida a uma validade, seja porventura problemática mas não prescindindo nunca de interrogar por ela, a implicar um fundamento axiologicamente crítico e o homem transcendendo-se assim a um sentido materialmente vinculante em que assuma o projecto responsabilizante da sua própria humanidade; ou uma prática determinada tão-só por juízos de oportunidade, a não exigir mais que programações finalísticas actuadas por esquemas de uma operatória eficiente, e o homem reduzindo-

⁴⁸⁴ “Já no que se refere ao funcionalismo social económico, tal como o vemos a exprimir-se, por exemplo, em *Law and Economics* ou através da ‘análise económica do direito’ – com o seu entendimento da sociedade e de toda a prática social, mesmo política (recorde-se a teoria da *public choice*), segundo a estrutura do mercado, com o seu utilitarismo (ainda que utilitarismo repensado e numa pretensa superação crítica de Bentham), com o seu postulado do ‘homem racional’ (em que a racionalidade é apenas a inteligência dos interesses), com a sua tese behaviorista do comportamento humano-social – o direito, submetido ao princípio da optimização global dos resultados que teria o seu critério na *cost-benefit-analysis* e não em axiológicas valorações da ‘justiça’, só teria sentido na perspectiva da eficiência económica (da ‘maximização da riqueza’, segundo POSNER) e para a realizar, acabando mesmo por reduzir-se a um papel residual na coerência do ‘teorema de COASE’ (competindo-lhe apenas diminuir os ‘custos de transacção’ e garantir as condições para uma resolução convencional do problema das ‘externalidades’) – embora com possíveis e correctivas intenções também distributivas, segundo alguns (pense-se em CALABRESI).” *Ibidem*, p. 44-45.

se à imanente titularidade de estratégias de interesses que lhe permitirão uma existência axiologicamente neutralizante ou uma existência formalmente calculada, e nada mais. O homem, não como sujeito do direito (i.é, sujeito de direitos e por isso também de deveres e responsabilidades), mas como simples objecto de programação ou de benefícios planificáveis. Sabe-se, todavia, que os benefícios que se pretendam obter através de uma técnica social, de repartição ou outra, que abstraia, não fomentem ou mesmo exclua uma autonomia que se responsabiliza, implicam um sistema que, parecendo no imediato a favor, acaba por ser radicalmente contra os homens beneficiados. E justamente porque a indispensável tecnocracia desse sistema, sem “factor humano”, não pode deixar de impor uma técnica “domesticação dos homens” (F. Werner) que os nega como tais e os remete para uma aberta irresponsabilidade, a culminar sempre numa fatal entropia social. Assim como se sabe também – já o sabia claramente Tocqueville – que a igualdade sem o correlativo da liberdade-responsabilidade tem sempre por resultado a entrega abdicante a um poder-providência de que tudo depende e que, portanto, também tudo pode – é a raiz social dos despotismos, mesmo daquele ou sobretudo daquele que ganha corpo nas estruturas normalizadas da sociedade civil. Uma opção, pois, se nos impõe, entre o sentido e a eficácia, entre a validade e a utilidade. E falamos de opção, porque caduca a pretensão das evidências metafísicas de que se alimentara o jusnaturalismo, o homem terá de decidir-se a si próprio. O que não será diferente de dizer que radical no homem é a sua liberdade para se salvar ou para se perder numa responsabilidade de si para consigo. Com o paradoxal de o critério crítico da opção última neste mundo só poder ser o que de humanidade e de inumanidade, de enriquecimento ou empobrecimento do homem daí acabe por resultar – ou seja, ainda que no horizonte da transcendência interrogada, pois unicamente ela pode conferir sentido à própria interrogação última, a liberdade e as suas opções aferem-se pelas suas próprias experiências históricas e acabam por ter, nisso está o paradoxo, o critério também nos resultados históricos.⁴⁸⁵

Alan Ulzec, ao analisar o trabalho das supremas cortes nacionais europeias e estadunidense no terceiro milênio, afirma algumas tendências desses tribunais que podem modificar significativamente sua forma de atuação: aumento da atividade em nível supranacional e internacional, bem como valorização da jurisprudência, em diálogo com tribunais “mais superiores” como Tribunal de Justiça da União Europeia e Tribunal Europeu de Direitos Humanos; revoluções tecnológicas (digital e da informação); independência não apenas decisória, mas organizacional ou corporativa do Judiciário, tanto nos países de *common law* quanto de *civil law*; e aumento da atuação institucional das supremas cortes nas comissões que produzem projetos de diplomas legais ou em outros entes relacionados às reformas legislativas.⁴⁸⁶

Há de ser feita, no entanto, uma importante ressalva:

⁴⁸⁵ NEVES, António Catanheira. **O direito hoje e com que sentido?** O problema atual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 49-52.

⁴⁸⁶ UZELAC, Alan. Cortes Supremas no século XXI: A organização deve amoldar-se à função? Tradução: João António Tschá Fachinello, Líbia Losso Andreatini, Máriam Joaquim. In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (Orgs). **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 219-224. Conferência proferida no Colóquio “*The functions of the Supreme Court – Issues of process and administration of justice*”, em Varsóvia, entre 11 e 13 de junho de 2014.

[...] o núcleo do trabalho desenvolvido pelas cortes supremas é, e continuará sendo, a realização de suas funções primordiais, através do julgamento de litígios individuais. Da análise da principal função desempenhada pelas cortes supremas, a principal questão levantada, por meio de uma análise comparada, foi o equilíbrio entre os dois diferentes tipos de objetivos que as cortes supremas procuram alcançar, definidos através das noções de propósitos “público” e “privado” da atividade jurisdicional. Nesse sentido, é possível afirmar que as cortes supremas devem desempenhar um papel proeminente, se não exclusivo, de esclarecer, unificar e desenvolver as normas jurídicas. Não obstante, sabe-se que diversas cortes supremas, principalmente aquelas inseridas dentro da tradição do *civil law*, ainda dedicam parte considerável de suas atividades aos propósitos particulares, isto é, à resolução de disputas de casos em que o interesse particular das partes – solução de conflitos pela aplicação da lei. Em casos extremos, como ocorre na Itália, tais propósitos privados são alcançados a princípio constitucional, o qual determina que qualquer pessoa tem o direito de ser seu litígio julgado pela Suprema Corte (*Corte di Cassazione*). As pesquisas comparadas sugerem que, ao menos nos países nos quais o número de processos impacta negativamente na capacidade de se analisar questões relevantes de importância geral, mais atenção deve ser dada ao propósito público. Conforme observado por Jolowicz, “é notório que a Suprema Corte não conseguirá desempenhar adequadamente seu propósito público caso seus juízes não possuam tempo hábil para discutir e refletir sobre os casos complexos sob sua análise”. Todavia, existem diferentes meios de lidar com o crescente número de processos resultante do desequilíbrio em favor do propósito privado.⁴⁸⁷

Como já ressaltado, a Suprema Corte brasileira – referência ao Supremo Tribunal Federal, ou, como queiram autores como Mitidiero e Marinoni, as Cortes Supremas, incluindo o Superior Tribunal de Justiça –, assim como o exemplo citado acima, na Itália, também tem o papel de cassação, ao julgar recursos, além de processos originários, conforme previsto pelo constituinte de 1988. Há, sim, diversos interesses “particulares” nas demandas que lhe são submetidas e, embora não haja previsão específica de acesso de qualquer cidadão àquele Tribunal, há princípios positivados como a inafastabilidade da jurisdição, bem como o próprio mister constitucional: se um indivíduo tem um direito constitucional violado ou não reconhecido pelas instâncias ordinárias, o Supremo atuará na salvaguarda da Lei Maior ao restabelecer-lhe tal direito.

A partir do momento em que predominam nas cortes superiores a razão instrumental, os critérios econômicos e meramente eficientistas – encampados pelos provimentos vinculantes –, exclui-se o indivíduo do processo decisório. Vê-se nitidamente que a estrutura organizacional, mormente a quantidade de ministros atuantes no Supremo Tribunal e no Superior Tribunal de Justiça, servem de parâmetro para a qualidade e densidade normativa das decisões judiciais – mesmo estando em xeque, entre outros aspectos, a garantia fundamental de acesso à jurisdição

⁴⁸⁷ UZELAC, Alan. Cortes Supremas no século XXI: A organização deve amoldar-se à função? João Antônio Tschá Fachinello, Líbia Losso Andreatini, Máriam Joaquim (trad.). In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (Orgs). **Precedentes judiciais**: diálogos transnacionais. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 226. Conferência proferida no Colóquio “*The functions of the Supreme Court – Issues of process and administration of justice*”, em Varsóvia, entre 11 e 13 de junho de 2014.

e o princípio do contraditório, ou seja, o direito de o cidadão ter, efetivamente, uma demanda analisada pelo Judiciário. Se, diante de um número exorbitante de processos, os tribunais recorrem a decisões-prescrições, genérico-abstratas, mais intencionadas a resolver problemas do futuro do que os casos decididos, é de se inferir, que, num cenário em que os litígios tenham diminuído, a preocupação com o caso concreto (histórico-concreto) deva aumentar. Significa isso uma lei da oferta e da procura jurídica, uma mercantilização da justiça em que os fins (redução das demandas) sacrificam os meios (solução das demandas).

Lembra-se, novamente, da autonomia do Direito, que não pode sucumbir diante de questões circunstanciais que lhes são alheias, cenário inaceitável num Estado que se pretenda Democrático de Direito. Na dimensão funcional, o jurídico perde sua autonomia

[...] quando no horizonte se anunciam, ou se forjam já, outros reguladores sociais mais eficazes e mais dos nossos dias do que seria o direito: seja a política, com o seu poder, seja a ciência-técnica (a “tecnologia social”) com a sua otimização estratégica, seja a economia (com a libertação do mercado) e a sua motivação racionalizada dos interesses etc.⁴⁸⁸

Por tudo o que se sustentou, caso queira, de fato, dialogar com o indivíduo, poderá o Judiciário aderir “apenas” à hermeneuticamente compreendida ideia de precedentes.

Os provimentos se tornam soluções-prescrições, que não permitem ao indivíduo confrontar as razões pelas quais se chegou a determinado veredicto, num contexto processual externo ao seu caso. Se “lei e decisão judicial não se discute, se cumpre”, ao sujeito só resta se submeter tanto à lei quanto ao comando normativo inserido no provimento vinculante, já que não pode participar do procedimento de tomada de decisão.

Dierle Nunes e Aurélio Viana entendem que a adoção de um efetivo “sistema de precedentes” apenas pode ser compatível com o processo democrático sob a ótica de um modelo processual participativo, a fim de romper com o protagonismo ou centralidade de quaisquer dos sujeitos processuais. Ademais, a queda da responsabilidade do advogado, representante das partes, quanto à inserção de novos processos argumentativos no direito jurisprudencial pode resultar em mera utilização tópica no uso das decisões antecedentes, bem como uma prática de complementação solitária, pelo juiz, dos argumentos que contornam o caso.⁴⁸⁹

Também apontam a necessidade de compreender que, qualquer que seja o tribunal, suas decisões são parte do direito, suscetíveis de objeções as quais devem ser vistas com

⁴⁸⁸ NEVES, António Castanheira. **O Direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do Direito**. 3. ed. Coimbra: Instituto Piaget, 2012. p. 13.

⁴⁸⁹ NUNES, Dierle José Coelho; VIANA, António Aurélio de Souza. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 403.

naturalidade, com a condição de que as partes assumam seu ônus argumentativo. Se houver incompatibilidade entre a tese do autor ou do réu quanto a um padrão decisório – aqui certamente compreendido como precedentes, súmulas, julgamentos repetitivos etc. – importa questioná-lo desde a primeira instância, na petição inicial ou na defesa, pois o adiamento dessa discussão aumenta chances ao uso estratégico de outros padrões decisórios como critério de inadmissibilidade recursal, algo corriqueiro nos tribunais.⁴⁹⁰

Parece adequado o posicionamento desses autores, porém o problema ora denunciado antecede ao ônus argumentativo das partes diante da aplicação de um provimento vinculante, referindo-se ao ocultamento do indivíduo (parte) na formação desse provimento, uma vez que se trata de uma solução pronta, abstraída de um caso concreto e utilizada de forma vinculante nas demandas similares.

Antes, porém, o próprio Dierle Nunes já havia criticado o ímpeto efficientista das reformas processuais:

A conciliação dos caracteres de um processo social e de um processo “privatista” pode proporcionar resultados, social e constitucionalmente, aceitáveis na busca de finalidades constitucionalmente adequadas, que manteriam a participação diretiva do juiz e contributiva das partes – ou seja, a função problematizante do processo jurisdicional. Já se pode perceber que atualmente a credulidade da existência de um *ethos* concreto e universalmente vinculante de uma comunidade mais ou menos homogênea, principalmente num cenário de pluralismo de concepções de mundo, seria uma ilusão da realidade, pois, em nossa sociedade, percebe-se a possibilidade de ocorrência de um dissenso racional acerca dos *standards* de valor fundamentais (HABERMAS, 2002, p. 290; BAUR, 1972, P. 260), impedindo que um sujeito solitário possa encontrar por si mesmo os valores desta comunidade. Nessa perspectiva, torna-se inaceitável o entendimento que trabalha com uma separação de papéis dentro da estrutura processual que, de um lado, possuiria o juiz como terceiro, com acesso privilegiado ao que seria o bem comum e, de outro, com partes que se veriam alijadas do discurso processual, entregando seus interesses jurídicos ao critério de “bem comum” desse órgão judicial (HABERMAS, 2002, p. 295-296).⁴⁹¹

O que se busca, dentro de uma perspectiva do Estado Democrático de Direito, é estruturar um procedimento que atenda, a um só tempo, aos princípios processuais constitucionais, à demanda por efetividade normativa do Judiciário e à geração de resultados úteis. Porém, no plano pragmático, são impróprias as soluções definitivas e miraculosas para o processo jurisdicional mediante tutelas diferenciadas que visam celeridade, pois essa tentativa resulta em duas consequências indesejáveis: tais procedimentos contrariam algum princípio constitucional (a exemplo do contraditório) ou, ainda, sobrecarregam o órgão judiciário

⁴⁹⁰ NUNES, Dierle José Coelho; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 393.

⁴⁹¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: Uma análise crítica das reformas processuais**. 1. ed. (ano 2008), 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 48.

encarregado de sua procedurização com inúmeros feitos que esse procedimento visa justamente eliminar, por ter a mesma ineficácia do rito comum.⁴⁹² Ademais,

[...] nessa perspectiva pragmática, percebe-se que a mera alteração legislativa não possui o condão de resolver os problemas corriqueiramente atribuídos ao sistema processual (demora procedimental, alto custo, formalidade exacerbada, baixa eficiência e arraigamento a práticas processuais ultrapassadas) caso não ocorra a preocupação de se redimensionar a infra-estrutura do Poder Judiciário e a própria mentalidade de todos os técnicos jurídicos, uma vez que não se atacam os grandes problemas causadores da demora processual.⁴⁹³

E, pior:

Chega-se ao extremo de se visualizar o processo como entrave a um sistema jurídico que almeja alta produtividade judicial de decisões dentro do marco de um protagonismo da magistratura, cujo papel na busca de uma suposta eficiência, passa a ser o de se julgar teses e não mais casos.⁴⁹⁴

Assim como Barbosa Moreira, é interessante que Dierle Nunes tenha previsto o que ocorreria com a prática jurisdicional no Brasil. A obra referida foi escrita em 2008 – após as alterações legislativas que estatuíram os recursos especiais repetitivos, as súmulas vinculantes e súmulas de repercussão geral – mas é possível dizer que se chegou ao extremo por ele denunciado com o advento do Código de Processo Civil de 2015, lei que, contraditoriamente, conferiu inédita abstração e vinculação aos provimentos jurisdicionais. Nunca se viu tantas teses julgadas pelos tribunais superiores que, a despeito de almejar segurança jurídica e uniformidade da jurisprudência, caem no mesmo equívoco dos assentos ao reduzirem sobremaneira a responsabilidade do Judiciário de resolver problemas concretos. Além disso, suprimem a atuação efetiva dos sujeitos, sem os quais o processo não tem razão de ser: as partes, que são indivíduos, pessoas.

Fato é que, a partir da Constituição Federal de 1988 e da ampliação do acesso à justiça, ocorreu no Poder Judiciário uma espécie de massificação tardia, assim como se dera, na própria sociedade, após a revolução industrial. Os efeitos do aumento gigantesco das demandas no Brasil fizeram com que os órgãos judiciais reagissem a partir de uma lógica estritamente econômica que, em vez de preservar os direitos, adequando o sistema a esse novo fenômeno, sacrifica-os, em favor da manutenção das estruturas sistêmicas pré-existentes e, portanto,

⁴⁹² NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: Uma análise crítica das reformas processuais. 1. ed. (ano 2008), 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 41-42.

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 42-43.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 43.

incompatíveis com a complexidade emergida desse novo paradigma. Daí que, numa espécie de mercantilização da justiça, o sistema judicial, sufocado com a crescente procura, passa a criar mecanismos que abstratizam o caso concreto, de modo a afastar-se de sua função tradicional. Assim, a prestação jurisdicional possível – oferta – é inflacionada e reduzida a um número limitado de clientes que podem “pagar” o preço, acentuando a desigualdade no plano processual. O resultado é a construção de procedimentos que obstam o exercício de garantias constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa, e nulificam a efetiva participação dos indivíduos. Estes recebem apenas enunciados abstratos massificados, enquanto toca a uma pequena parcela a prestação jurisdicional talhada na Carta Magna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho apresentou uma série de conclusões em seu desenvolvimento, e as mais relevantes seguem enumeradas:

1. A separação de poderes (ou melhor, de funções) continua sendo um dos pilares da teoria político-jurídica e um princípio fundamental para o funcionamento dos Estados Democráticos de Direito, a manutenção da democracia, a organização do Estado e a proteção aos direitos fundamentais. Ciente disso, o Constituinte de 1988 evitou construções essencialistas e previu, detalhadamente, quais os limites e poderes de cada esfera estatal, num efetivo sistema de freios e contrapesos (*accountability*). Com ajustes na engenharia constitucional, estabeleceu-se a possibilidade de o Poder Executivo, em hipóteses específicas, não só participar do processo legiferante, mas também produzir, originariamente, as leis (descentralização da atividade legislativa).

2. A função jurisdicional, com o passar dos séculos, foi de mera “boca que pronuncia as palavras do legislador” a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Assimila, ainda, contenção do desequilíbrio do poder, bem como preserva os ideais democráticos e de eficiência estatal. A emergência do Estado de Direito fez com que a tutela das liberdades tenha sua principal fonte não mais na lei, mas na Constituição, o que marcou o fim da figura do soberano institucional, para se criar “semissoberanos” (legisladores, julgadores e governantes).

2.1 A função judiciária expressa nas decisões concretas a sua atividade primordial de resolver controvérsias atinentes ao direito. E esses atos, se obtiverem consistência apta a influenciar casos análogos, lançam-se a uma qualidade superior, como precedentes judiciais. Embora sejam historicamente ligados à tradição de *common law*, os precedentes se tornaram relevantes também nos países de *civil law*, assim como a legislação tem lugar nos sistemas de precedentes. A estabilidade e a coerência jurisprudenciais do regime de *stare decisis* não indicam que o direito deva permanecer estático: o precedente é um ponto de partida para julgar o caso em análise, só aplicável quando determinado princípio jurídico for compatível a ambos os casos.

2.2 Os “assentos” surgiram em Portugal como interpretação autêntica das leis nas controvérsias, afastando possíveis dúvidas, com eficácia legislativa. Enquanto soluções concretas que se transmutavam em enunciados vinculantes para os casos futuros, foram apontados por Castanheira Neves como inconstitucionais, diante da usurpação da função

legislativa. Ainda, os institutos apresentam contrariedade à índole histórico-concreta da jurisdição (voltada à solução de problemas), por serem prescrições genérico-abstratas. Por isso, diferem-se de qualquer regime de jurisprudência estabilizada e deixam de oferecer critérios enquanto normas abstraídas e destacadas dos julgados concretos que lhes deram origem; são, antes, apenas a síntese de fundamentos ou a *ratio decidendi* dessa jurisprudência. Tais motivos levaram à decretação de inconstitucionalidade do instituto pelo Tribunal Constitucional Português.

3. A tradição jurídica brasileira é fortemente influenciada pela portuguesa, inclusive quanto aos “assentos”, que possuem claro vínculo genético com os mecanismos de padronização decisória – dos “prejulgados” para “súmulas de jurisprudência dominante”, súmulas vinculantes, recursos especial e extraordinário repetitivos, teses de repercussão geral, além de, com o advento do CPC/2015, incidente de assunção de competência e incidente resolução de demandas repetitivas. Todos de observância obrigatória, nos termos do art. 927.

3.1 A mudança legislativa não inaugura um “sistema de precedentes” no Brasil. Ao contrário dos provimentos, os legítimos precedentes não são deslocados do caso concreto e transformados em texto normativo. A decisão adquire *status* de precedente apenas quando a solução do caso anterior é reiteradamente aplicada no futuro, ao se impor como padrão decisório para casos análogos.

3.2 A certeza e a segurança do direito, pretendidas tanto pelos provimentos vinculantes quanto pelos assentos, remetem ao positivismo legalista, de pré-determinação, de intenção geral-abstrata, aproximando-os das normas jurídicas produzidas pelo Legislativo. Os próprios teóricos “precedentalistas” atribuem aos juízes apenas a tarefa de conformar o entendimento das cortes superiores. A fixação *a priori* sempre induzirá a uma codificação judicial, em que a lei concorre com a jurisdição, desprezando a problemática do caso concreto.

3.3 Os mecanismos a que se atribui força vinculante no diploma processual civil, independente da confusão entre súmulas, julgamentos de demandas de massa e efetivos precedentes, da maneira como compreende a tese precedentalista, assemelham-se muito mais ao regime dos assentos portugueses do que ao genuíno sistema de *common law* e sua doutrina de *stare decisis* – que, embora forte, é consciente de que os julgados, mesmo das “cortes supremas”, não *nascem* precedentes, mas *tornam-se*.

3.4 Num Estado Democrático de Direito, cujas funções e poderes estão claramente delineados na Constituição, não se admite que o Poder Judiciário saia de seu mister de resolver problemas concretos para produzir prescrições similares às que são fruto do processo legislativo, o qual visa estabelecer normas gerais de procedimento e conduta para o futuro.

3.5 Fixar *teses* a partir de um único (ou poucos) julgamento(s) representa sério risco de engessamento do sistema judicial, criando-se uma jurisprudência vinculante que nem é jurisprudência, uma vez ausente a necessária multiplicidade de pronunciamentos em mesmo sentido sobre a questão.

3.6 Os provimentos vinculantes repristinam a interpretação autêntica, típica de um soberano institucional que, sozinho, dá, previamente, sentido aos textos legais. Algo também similar à “Lei das Citações”, na Roma Antiga. Assim, mediante enunciados abstratos, caem no paradoxo de serem um produto igual à lei, que jamais terá aplicação unívoca e uniforme.

3.7 A sede pela vinculação das decisões tem duas grandes vicissitudes. Além de realizar, implícita ou explicitamente, a cisão entre questão de fato e questão de direito, retoma um ponto superado pelo pós-positivismo, que deixou de equiparar lei e direito, texto e norma. Enquanto norma é produto da interpretação dos textos legais, conjugados com os fatos jurídicos para se resolver um determinado caso, a emissão de prescrições judiciais vinculantes pretende antecipar a junção entre norma e texto (estariam unidos, por exemplo, numa súmula e nas teses do Supremo Tribunal). A tese já teria a solução do problema a ser julgado e dos demais problemas semelhantes, pois um dispositivo constitucional ou legal já foi objeto de interpretação pela Corte, bastando às instâncias inferiores aplicar o entendimento adotado. Porém, cada problema jurídico tem particularidades que o distinguem e pontos que o aproximam de outros; esses pormenores que se perdem num enunciado geral e abstrato. Ainda assim, procura-se solucionar todos os problemas de matérias idênticas/semelhantes, mesmo que tais casos sequer tenham nascido.

3.8 Dos provimentos descritos no artigo 927 do Código de Processo Civil, apenas as decisões da Corte Suprema em controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes possuem previsão na Carta Magna de 1988. As demais hipóteses normativas de vinculação, portanto, foram inseridas “por conta própria” do código. O constituinte de 1988 atribuiu ao STF o pronunciamento sobre questões relativas ao artigo 102, sendo o artigo 105 destinado às atribuições do STJ. E, excetuando-se as duas hipóteses acima citadas, não se extrai da Lei Maior qualquer dispositivo que autorize aos órgãos judiciais a emissão de *teses*; há, na verdade, dever de julgar processos, recursos, lides subjetivas. Lembra-se que a Constituição descreveu, de forma minuciosa, as hipóteses e condições em que o Poder Executivo pode legislar, isto é, emitir comandos normativos válidos e coercitivos em toda a ordem jurídica; do mesmo modo, demarcou como o Senado Federal pratica atividade “judicante” e as Casas Legislativas promovem investigações. Não há, portanto, mera divisão essencialista de tarefas entre “típicas” e “atípicas”. No entanto, para adquirir validade no Estado Democrático de

Direito, a prática de determinado órgão ou poder, que cria direitos ou institui obrigações, requer expressa autorização da Lei Maior. E esse não é o caso dos provimentos ora questionados.

3.9 A tentativa de “importação” dos precedentes gerou sérias anomalias no direito brasileiro, como as súmulas e teses, que, não existem no *common law*.

3.9.1 Vê-se, nas ideias precedentistas, um ímpeto de importar só a parte boa – o efeito vinculante para estabelecimento da segurança jurídica –, mas também uma ignorância quanto ao elemento imprescindível do regime de *stare decisis*: o caráter histórico-constitutivo, e sempre reinterpretaivo, dos precedentes judiciais, que jamais aceitaria a imposição de preceitos genérico-abstratos extraídos dos casos anteriores para vincular litígios futuros.

3.9.2 Os precedentes, hermeneuticamente compreendidos, permitem ao jurisdicionado indicar que seu caso não tem fundamentos semelhantes aos do paradigma, ou que estes são insuficientes para resolução do seu problema. Se, de fato, pretende-se inserir os precedentes no ordenamento brasileiro, será preciso “importar” também toda a problemática ínsita ao regime do *stare decisis*. O que passa, necessariamente, pelo abandono do modelo de mecanismos judiciais vinculantes.

4. As consequências de um sistema de provimentos vinculantes são várias, citando-se, por exemplo, a violação ao contraditório e o afastamento do indivíduo no procedimento de tomada de decisão – *processo sem sujeito*.

4.1 O indivíduo acaba ocultado pela abstração que distorce a índole do Judiciário, de resolver problemas concretos; afinal, ele não participa do procedimento em que foi produzido determinado padrão decisório. No caso dos recursos repetitivos, isso é ainda mais evidente. Uma vez formada a *tese*, somente são disponibilizados mecanismos de *distinção* aos sujeitos que ingressarem com novas demandas, pois o conteúdo da “norma” (já que a *tese* é resultado de uma interpretação encerrada) não pode mais ser questionado.

4.2 Nas causas repetitivas, mecanismos de *distinguishing* são insatisfatórios, pois quem é diretamente interessado na causa sequer pode ser ouvido. Em contrapartida, entidades classistas participam do procedimento de tomada de decisão, manifestando interesses coletivos.

4.3 As teses que propõem uma participação democrática na formação dos padrões decisórios (intervenção de *amici curiae* e de interessados, ampliação do contraditório, entre outros fatores) também são insuficientes, pois todo o procedimento se dá mediante apenas um julgamento (embora prolongado), na mesma corte, sendo impossível a participação de todos os interessados na tomada de decisão. Já os mecanismos de superação e revisão ocorreriam nos mesmos moldes em que o provimento inicial foi criado, ou seja, novamente se oculta o sujeito

no processo decisório, gerando um vicioso ciclo em que se imagina promover a unidade jurisprudencial e a segurança jurídica.

4.4 As teses precedentistas acabam por admitir o contraditório em “questões de direito” apenas nos tribunais superiores. Na base, continua a vigor o velho brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*. Embora, como se disse, seja inadequado cindir questões de fato e de direito, a divisão analítica serve ao menos para mostrar que, na prática, torna-se impossível o contraditório pleno, pois é mantida a irrelevância da opinião das partes sobre o “direito” nas instâncias inferiores.

4.5 O diploma processual civil de 2015 foi criado para atender a critérios econômico-eficientistas (atingir resultados de uma justiça célere e com menos demandas) e, ao mesmo tempo, zelar pelas das garantias previstas na Carta Constitucional. Todavia, há sérias razões para crer que estas últimas foram colocadas em segundo plano. A ausência de participação do sujeito, mediante soluções-prescrições pré-prontas, já justifica essa afirmativa.

4.6 A acrítica recepção doutrinária, judicial e política de institutos revestidos de atributos vinculantes, de observância e atuação compulsória no ambiente processual, pode igualmente ser concebida como contraparte jurídica de constrangimentos socioeconômicos radicados na conformação da sociabilidade contemporânea como sociedade de massa, isto é, constitui dimensão jurídica dos pressupostos e elementos da razão instrumental que, criticamente, podem servir à análise e explicação de construtos jurídicos contingentes e parcialmente descritos em suas justificações declaradas.

4.7 Raciocínio similar ao da razão instrumental é do funcionalismo jurídico, que conformaria uma espécie de resposta jurídica às exigências que, de um modo geral, se antepõem ao conhecimento teórico. O direito, então, pagaria seu tributo de praticidade ou instrumentalidade a instâncias que, mais imediatamente, responderiam àqueles imperativos de finalidade e utilidade social, como a economia e a política.

4.8 Os provimentos se tornam soluções-prescrições, que não permitem ao indivíduo confrontar os motivos pelas quais se chegou a determinado veredicto, num contexto processual externo ao seu caso. Se “lei e decisão judicial (transitada em julgado) não se discute, se cumpre”, ao sujeito só resta ser submetido tanto à lei quanto ao comando normativo do provimento vinculante, já que não pode participar do procedimento de tomada de decisão.

4.9 Com o advento da Constituição 1988 e a conseqüente ampliação do acesso à justiça, ocorreu no Poder Judiciário uma espécie de massificação tardia, assim como se dera, na própria sociedade, após a revolução industrial. Com o aumento exponencial de demandas, os tribunais reagiram a partir de uma lógica estritamente econômica que, em vez de preservar os direitos,

adequando o sistema a esse novo fenômeno, sacrifica-os, em favor da manutenção das estruturas sistêmicas pré-existentes e, portanto, incompatíveis com a complexidade emergida desse novo paradigma. Ao mercantilizar a justiça, o sistema judiciário passa a criar mecanismos que abstratizam o caso concreto, de modo a afastar-se de sua função institucional. Assim, a prestação jurisdicional possível – oferta – é inflacionada e reduzida a um número limitado de clientes que podem “pagar” o preço, acentuando a desigualdade no plano processual, pois os demais se submetem apenas a enunciados abstratos massificados. Resulta-se na construção sistemática de procedimentos que obstam o exercício de garantias constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa, e nulificam a efetiva participação dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ABBOUD, Georges. As técnicas de padronização das decisões judiciais e a vinculação de juízes e tribunais. A (in)constitucionalidade da vinculação prevista no CPC. **Revista de Processo**, v. 314/2021, abr. 2021.

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ABBOUD, Georges. Submissão e juristocracia. **Revista de Processo**, v. 258/2016, p. 519-527, ago. 2016.

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. **Revista de Processo**, v. 233/2014, p. 13-38, jul. 2014.

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; CARNIO, Henrique Garbellini. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*. **Harvard Law Review**. Volume 113. January 2000. Number 3, p. 633-725.

ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco Correia (Org.). **Os clássicos da política**. v.1: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. 14. ed. São Paulo: Ática, 2011.

ALTHUSSER, Louis. *Réponse à John Lewis*. Paris: Maspero, 1973.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/2016)**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

AMATO, Lucas Fucci. **Inovações constitucionais: direitos e poderes**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedentes e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução de litigância de massa? In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (Orgs). **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 169-203.

ASPERTI, Maria Cecília. **Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos**. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Os assentos no direito processual civil. *Justicia*. Ano XXXIII, V. 74, p. 115-143. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 1971.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. O reinado de D. Manuel e as Ordenações Manuelinas. **Revista da Faculdade de Direito – USP**, v. 95. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2000.

BADAWI, Karina Bonetti. **Separação dos poderes no Brasil e a teoria de Bruce Ackerman**. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. *Revista Publicum*, v. 4, Edição Comemorativa, 2018.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Presidencialismo e Parlamentarismo. *In: Parlamentarismo ou presidencialismo?* BASTOS, Celso Seixas Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.); ANTUNES, Eduardo Muylaert et. al. (Colabs.). Rio de Janeiro: Forense, Academia Internacional de Direito Econômico e Economia, 1987 (Série Realidade Brasileira. v. II).

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. Nello Morra (Comp.); Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. O poder legislativo no moderno estado social. *In: Reflexões: Política e Direito*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BRAGA, Rogério Piccino; NEME, Sérgio Aziz Ferrareto. Súmulas vinculantes: um retorno à jurisprudência dos conceitos? *In: Filosofia do direito I* [Recurso eletrônico on-line], organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Fernando Galindo Ayuda, Leonel Severo Rocha e Renato César Cardoso (Coords.) Florianópolis: CONPEDI, 2015.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 1939**. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm>. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 1973**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869/imprensa.htm>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 mai. 2021.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, 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: 25 jul. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990**. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18038.htm>. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006**. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm>. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008**. Acresce o art. 543-C à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111672.htm>. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 29 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 25 jul. 2021

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto do novo Código de processo civil**. Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, instituída pelo Ato nº 379, de 2009, do Presidente do Senado Federal, de 30 de setembro de 2009. Brasília: Senado, 2010. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496296>>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Enunciado de Súmula nº 7**. Corte Especial. Data de aprovação: 28/06/1990, data de publicação: Diário de Justiça 03/07/1990. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/getFile?url=/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Sumulas/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática no Habeas Corpus nº 191.836**, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 02/10/2020, Data de Publicação: DJe 07/10/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344621754&ext=.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Enunciado de Súmula nº 279**. Tribunal Pleno. Data de aprovação: 13/12/1963. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula279/false>>. Acesso em: 12 jun. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar nº 1.395-MC-Ref**, Relator: Min. Luiz Fux (Presidente). Tribunal Pleno. Data de julgamento: 15/10/2020, data de publicação: DJe de 04/02/21. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6025676>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 655.265**. Relator: Min. Luiz Fux. Redator para o Acórdão: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 13/04/2016, data de publicação: DJe de 23/05/2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4132332>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução nº 119, de 25 de setembro de 2003**. Cancela o Enunciado n. 310, aprovado pela Resolução nº 1, de 28 de abril de 1993. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/4229>>. Acesso em: 11 jul. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial: O peso da jurisprudência na argumentação jurídica.** Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**, v. 786, abr./2001, p. 108-128.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério.** São Paulo: Atlas, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

CANÁRIO, Pedro. “Caminhamos a passos largos para o *common law*”, afirma Teori Zavascki. **Revista Consultor Jurídico**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori-zavascki>>. Acesso em: 03 jul. 2021.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de direito.** 4. ed. Lisboa: Gradiva, 1999.

CARNIO, Henrique Garbellini. Precedentes judiciais ou “direito jurisprudencial mecânico”? **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 79-94, jan./mar. 2016.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria do Estado.** Rio de Janeiro: Borsó, 1958

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Mohamed Vs. Argentina.** Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2012. Série C, nº 255. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf>. Acesso em: 05 out. 2021.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recursos repetitivos, súmula vinculante e coisa julgada.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Os tribunais superiores são órgãos transcendentais? **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-03/eduardo-costa-tribunais-superiores-sao-orgaos-transcendentais>>. Acesso em: 25 out. 2019.

DAMAŠKA, Mirjan. *The Common Law-Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction*. In: CARPI Federico. *The future of categories*. Toronto: *International Association of Procedural Law*, 2009.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade Federal de Santa Maria. Disponível em:

<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.ufsm.br/pro-reitorias/pre/observatorio-de-direitos-humanos/wp-content/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf&ved=2ahUKEwibx6_owt_0AhUwpJUCHa0XC-CsQFnoECDAQAQ&usg=AOvVaw3zEjivuWmD9jzEWP7BxkOD>. Acesso em: 26 de jul. 2021.

DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (Orgs). **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 89-103.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. v. 2 – Reescrito com base no novo CPC. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020.

Dred Scott decision. Law case. **Encyclopaedia Britannica**. Disponível em: <<https://www.britannica.com/event/Dred-Scott-decision>>. Acesso em 05 nov. 2021.

FACCHINI NETO, Eugênio. *Code civil* francês: Gênese e difusão de um modelo. **Revista de Informação Legislativa**, ano 50, n. 198, p. 59-88, abr./jun. 2013.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **Da democracia de partidos à autocracia judicial: o caso brasileiro no divã**. Florianópolis: Habitus, 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo Legislativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1984.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

GONÇALVES, Caetano. **Supremo Tribunal de Justiça: memória histórico-crítica no primeiro centenário da sua fundação (1832-1932)**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.

GOTO, Roberto. Uma ontologia negativa do indivíduo em Althusser. **Revista Educação e Filosofia**, Uberlândia, v. 31, n. 62, p. 1055-1088, mai./ago. 2017.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. 2. reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. São Paulo: Unesp, 2015.

JHERING, Rudolf Von. **O espírito do direito romano**. Tradução: Rafael Benaion. v. 3. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

JOLOWICZ, John Anthony. *The Role of the Supreme Court at the National and International Level, a General Report*. In: Yessiou-Faltsi (ed.). **The Role of the Supreme Courts at the National and International Level**. Athens: Sakkoulas, 1997.

JUSTO, António Santos. A influência do direito português na formação do direito brasileiro, **Revista Jurídica da FA7** [Universidade 7 de Setembro], Fortaleza, v. V, n. 1, p. 197-242, abr. 2008.

LAPA, Jorge Teixeira. Anotação: da inconstitucionalidade do assento. **Polis**: Revista de Estudos Jurídico-Políticos, n. 1, p. 157-169, 1994.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: Primeiros estudos. 15. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

Lochner v. New York. Law case. **Encyclopaedia Britannica**. Disponível em: <<https://www.britannica.com/event/Lochner-v-New-York>>. Acesso em: 05 nov. 2021.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil (artigo 5º, XXXV)**. J. J. Gomes Canotilho, Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes (Orgs.). 2. ed. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 926 ao 975. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed., v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

- MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed., v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A separação de poderes no Brasil**: curso de modelo político brasileiro. v. 4. São Paulo: IASP, 1985.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma breve teoria do poder**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Luís: Resistência Cultural, 2016.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, nº 58, novembro 2000, p. 183-202. Publicado originalmente como *Justiz as gesellschaftliches Über-Ich — Zur Funktion von rechtsprechung in de “vaterlosen Gesellschaft”*. In: FAULSTICH, Werner; GRIMM, Gunter E. (Orgs.). *Stürzt der Götter?* Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1989.
- MATIAS, João Nogueira; PAVAN, Luana; PORTO, Italo da Justa. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC: o *common law* no direito processual brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará**, Fortaleza, v. 35, n. 1, p. 121-145, jan./jun. 2014.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. v. 1, Introdução. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. 2. Ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I. 6. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 1997.
- MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Tradução, introdução e notas: Pedro Vieira Mota. Versão Kindle. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. *E-book*.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Tomo II (E-J). 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005. Maria Stela Gonçalves, Adail U. Sobral, Marcos Bagno, Nicolás Nyimi Campanário (trad.). Marcos Marcionilo (ed.). Título original: *Diccionario de Filosofia, tomo II (E-J). Nueva edición revisada, aumentada y actualizada por el profesor Josep-Maria Terricabras (director de la Cátedra Ferrater Mora de Pensamiento Contemporáneo de la Universitat de Girona). Supervisión de la profesora Priscilla Cohn Ferrater Mora (Penn State University)*. Barcelona: Ariel, 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 6, p. 30-44, jul.-ago./2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma escalada e seus riscos. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. 9. Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORGADO, Cíntia. A nova face da separação de poderes – capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, n. 66, p. 64-93, 2011.

NEVES, António Castanheira. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito. In: NEVES, António Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995.

NEVES, António Castanheira. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (Diálogo com Kelsen). **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, número especial: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, v. II, *Juridica*, p. 73-184. Coimbra, 1979.

NEVES, António Castanheira. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, n. 74, p. 01-44, 1998.

NEVES, António Castanheira. **O Direito hoje e com que sentido?** O problema atual da autonomia do Direito. 3. ed. Coimbra: Instituto Piaget, 2012.

NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983.

NEVES, António Castanheira. **Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 17. e. rev., ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. **O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido**. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: Uma análise crítica das reformas processuais**. 1. ed. (ano 2008), 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre; GODOY, Daniel Polignano; CARVALHO, Danilo Corrêa Lima de. Precedentes: alguns problemas na adoção do *distinguishing* no Brasil. **Revista Libertas**, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013.

OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. **Revista Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho**, Universidad de Alicante, n. 14, 1993.

PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial: entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época**. as origens da nossa época. Tradução: Fanny Wrobel. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

PORTUGAL. **Código Civil de 1996**. Atualizado de acordo com: Lei nº 65/2020, de 04/11. 1996. Disponível em: <<https://www.codigocivil.pt/>>. Acesso em: 01 nov. 2021.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa - Lei Constitucional nº 1/82 de 30-09-1982**. Disponível em: <https://bo.io.gov.mo/bo/i/pt/crp92pt/titulo3_1.htm>. Acesso em: 01 nov. 2021.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Acórdão do Processo nº 060578**. 1965. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2cbbf72790beb4ec802568fc00395a9d?OpenDocument&Highlight=0,060578>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 743/1996**. Publicação: Diário da República nº 165/1996, Série I-A, de 18 de julho de 1996. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisaavancada//asearch/413777/details/maximized?emissor=Tribunal+Constitucional&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 810/1993**. Publicação: Diário da República, n. 51/1993, 2. série, de 02 de março de 1994. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc//tc/acordaos/19930810.html>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

POUND, Roscoe. *Mechanical jurisprudence*. **Columbia Law Review**, v. 8, n. 8, p. 605-623, dez. 1908.

- RAATZ, Igor. Precedentes à brasileira: uma autorização para “errar” por último? **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo: 03 out. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-03/igor-raatz-precedentes-autorizacao-errarultimo>>. Acesso em: 26 jul. 2020.
- RE, Edward Domenic. *Stare Decisis*. Ellen Gracie Northfleet (trad.). Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, a. 31, nº 122, p. 281-287, mai./jul. 1994. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176188>>. Acesso em: 26 jul. 2020.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REIS, José Alberto dos. **Código de processo civil anotado**. 3. ed., reimpr. Coimbra: Coimbra, 1981.
- REIS, José Alberto dos. **Comentário ao código de processo civil**. Coimbra: Coimbra, 1960.
- RIBEIRO, João Pedro. *Memoria sobre a Authoridade dos Assentos das Relações*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1821.
- ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça**: Estado Democrático de Direito e *Accountability*. Versão Kindle. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.
- RODOVALHO, Thiago. A função institucional das Cortes Superiores. In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (orgs). **Precedentes judiciais**: diálogos transnacionais. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 205-2014.
- RODRÍGUEZ, Javier Solís. *La jurisprudência em las tradiciones jurídicas*. In: CIENTIFUEGOS SALGADO, David; LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (orgs.). **Estudios em homenagem a Don Jorge Fernández Ruiz**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, n. II.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- SÁ FILHO, Francisco. **Relações entre os Poderes do Estado**. Rio de Janeiro: Borsóí, 1959.
- SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.
- SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. Súmulas Vinculantes e o instituto dos assentos: seu sentido normativo e o problema da liberdade judicial. **Revista Eletrônica de Direitos Sociais**, Canoas, v. 2, n. 1, p. 37-59, mai. 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Bd. I. Berlin: Veit, 1840.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer*. Cambridge (Mass.): *Harvard University Press*, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SIMON, Dieter. *Die Unabhängigkeit des Richters*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975.

SOARES, Guilherme Augusto De Vargas; DIAS, Dias. Freios, contrapesos e os limites da atividade jurisdicional. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo: 16 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-16/diario-classe-freios-contrapesos-limites-atividade-jurisdicional>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e. *Esboço de Hum Diccionario Juridico, Theoretico, e Practico, Remissivo às Leis Compiladas, e Extravagantes*. Tomo Primeiro: A-E. Lisboa: Typlographia Rollandiana, 1825, Vocábulo “Assento”.

SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro: colônia e império**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 1.233 KB: e-pub.

STOLLEIS, Michael. Interpretação Judicial na Transição do Antigo Regime ao Constitucionalismo. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFGRS**, v. 9, n. 2, 2014. Publicação original: *Judicial Interpretation in Transition from the Ancien Régime to Constitutionalism*. In: MORIGIWA, Yasutomo; STOLLEIS, Michael; HALPÉRIN, Jean-Louis (Eds.). *Interpretation of the Law in the Age of Enlightenment. From the Role of the King to the Rule of Law*. Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer, p. 3-17, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. As súmulas vinculantes e o controle *panóptico* da justiça brasileira. **ARGUMENTUM - Revista de Direito**, n. 4, p. 13-34, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. O (Pós-)Positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica: O sentido da vinculação no CPC/2015**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: Eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **Comentários ao Código de Processo Civil (artigo 927)**. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha (orgs.); Alexandre Freire (coord. exec.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. rev., atual. Porto Alegre: livraria do advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Consultor Jurídico**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil (artigo 2º)**. J. J. Gomes Canotilho, Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes (orgs.). 2. ed. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da genealogia dos mecanismos vinculantes brasileiros: dos assentos portugueses às “teses” dos Tribunais Superiores. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria/RS, v. 14, n. 1, e37204, jan./abr. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARUFFO, Michelle. **A motivação da sentença civil**. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos (trad.). 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. Título original: *La motivazione della sentenza civile*.

TARUFFO, Michelle. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**, v. 199, set./2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. v. 1. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Processo civil e ideologia: subsídios teóricos e práticos ao advogado do contencioso**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Caio Farah Rodriguez e Márcio Soares Grandchamp (trad.). São Paulo: Boitempo, 2004.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Política: os textos centrais, a teoria contra o destino**. Paulo Sérgio Castanheira (trad.). São Paulo: Boitempo; Santa Catarina: Argos, 2001.

UZELAC, Alan. Cortes Supremas no século XXI: A organização deve amoldar-se à função? João Antônio Tschá Fachinello, Líbia Losso Andreatini, Máriam Joaquim (trad.). In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (orgs). **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 217-234. Conferência proferida no Colóquio “*The functions of the Supreme Court – Issues of process and administration of justice*”, em Varsóvia, entre 11 e 13 de junho de 2014.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao “judicial review”. *In*: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-157.

WALDRON, Jeremy. ***Derecho y desacuerdos***. José Luís Martí y Águeda Quiroga (trad. para o Espanhol). Madrid: Marcial Pons, 2005.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? **Revista de Processo**, v. 257/2016, p. 371-388, jul./2016.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Sociologia do direito e do Estado**: noções fundamentais. Tradução: António Franco e António Francisco de Sousa. Série IDP: direito comparado. Versão Kindle. São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*. p. 413-419.