

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ROMULO PONTICELLI GIORGI JÚNIOR

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
SINCRONIA, RACIONALIDADE, INTERPRETAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA**

Porto Alegre

2016

ROMULO PONTICELLI GIORGI JÚNIOR

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
SINCRONIA, RACIONALIDADE, INTERPRETAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA**

Tese apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito para a obtenção do grau de doutor.

Orientador: Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior

Porto Alegre

2016

G498j Giorgi Jr., Romulo Ponticelli, 1968-
Jurisdição Constitucional e Código de Processo Civil:
sincronia, racionalidade, interpretação e segurança jurídica
Romulo Ponticelli Giorgi Jr. -- 2016.
245ff.

Orientador: Cezar Saldanha Souza Jr.

Tese (Doutorado) -- Universidade Federal do Rio
Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-
Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2016.

1. Controle de Constitucionalidade. 2. Segurança
Jurídica. 3. Interpretação Constitucional.
4. Precedentes. 5. CPC, Lei nº 13.105/2015. I. Souza Jr.,
Cezar Saldanha, orient. II. Título

CDD: 341.204

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
SINCRONIA, RACIONALIDADE, INTERPRETAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA**

Tese defendida por Romulo Ponticelli Giorgi Júnior em ____ de ____ de 2016 perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na área de Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica, ênfase Direito Público, como requisito para a obtenção do grau de doutor. Foi submetida à banca examinadora, que lhe atribuiu a nota: ____, considerando, portanto:

() aprovado, com o grau correspondente: _____.

() reprovado, com o grau correspondente: _____.

Observações:

Aprovado em: ____ de ____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior

Examinador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Examinador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero

Examinador: Prof. Dr. Luis Alberto Reichelt

Examinador: Prof. Dr. Marcelo Schenk Duque

Dedico esta tese a Cezar Saldanha Souza Júnior.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Dr. Cezar Saldanha Souza Junior pela inspiração, orientação, ensinamentos e liderança ao longo de toda a minha carreira jurídica. A importância das instituições como meio de formação do homem e do Estado, a necessidade de respeito aos níveis do ordenamento, a adoção apressada de institutos do *common law* pelo Brasil, entre tantos outros ensinamentos do Prof. Cezar, impregnam este trabalho.

Agradeço ao Prof. Dr. Daniel Mitidiero pela arguta análise e orientação sobre o novo CPC, pelo acompanhamento da pesquisa nos últimos dois anos e, principalmente, pelos ensinamentos e indicações na área da interpretação, com a indicação, dentre tantos, das obras de Chiassoni, Guastini, Tarello e Trocker.

Agradeço ao Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel pelas sugestões para a elaboração da presente obra e pela amizade.

Agradeço a minha esposa, Grasiela Thomsen Giorgi, pelo auxílio na pesquisa e nos cuidados com nosso filho nos períodos em que estive envolvido com a elaboração desta obra.

Agradeço a Sofia Helena Giorgi pela revisão do trabalho.

Agradeço a Deus pelas graças da vida e da saúde.

MAURO CAPPELLETTI

Pois bem, a introdução, nos sistemas de *civil law*, do método “americano” de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a constituição, por outros. [...] A consequência, extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado¹.

RICCARDO GUASTINI

Descrever o direito não é interpretar os textos normativos, mas sobretudo reconhecer a interpretação “vigente”².

[...] a identificação do conteúdo de toda norma (mais precisamente, de todo texto normativo) depende da interpretação, que não é uma atividade puramente cognitiva: pressupõe a adesão a uma ou outra doutrina, a escolha de um ou outro método interpretativo, certas ideias de justiça etc.

Consequentemente, a identificação de uma norma como regra ou princípio [...] depende da interpretação e é, portanto, uma questão discricionária, no sentido de que (quase) todo enunciado normativo possa ser considerado como expressão seja de uma regra, seja de um princípio³.

LUIZ GUILHERME MARINONI

Na verdade, ao permitir decisões díspares a casos iguais, o sistema estimula o arbítrio e a parcialidade. Se o juiz pode atribuir significados distintos à mesma norma, o juiz parcial está livre para decidir como lhe convier, bastando justificar suas posições arbitrárias⁴.

O Judiciário tem o dever de prestar, de forma racional e isonômica, solução aos casos concretos. É por isso que se expressa em um sistema, em que os juízes têm competências definidas. [...] Partindo-se da premissa – fundante do Estado de Direito – de que os homens são iguais perante a lei e os tribunais – e, portanto, diante de suas decisões –, torna-se um paradoxo admitir que pessoas iguais, com casos iguais, possam obter decisões diferentes do Judiciário. [...] Deveria ser evidente, mas não é, que o cargo de juiz não existe para que aquele que o ocupa possa proferir “a sua decisão”, mas para que possa colaborar com a prestação jurisdicional – para o que a decisão – em contraste ao precedente, nada representa, constituindo, em verdade, um desserviço⁵.

DANIEL MITIDIERO

A regra do *stare decisis* constitui a *referência* da segurança jurídica em um direito caracterizado pela sua dupla indeterminação⁶.

Os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre *obrigatórios* – isto é, *vinculantes*. Do contrário poderiam ser confundidos com simples exemplos. Isso quer dizer que existe no direito brasileiro um *forte efeito vinculante dos precedentes* (“*strong binding-force*”). [...] Na verdade, a autoridade do precedente decorre do fato desse encarnar o 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 de quem o interpreta*. [...] *o precedente, sendo fruto da reconstrução do sentido da legislação, passa a ser o derradeiro garante da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica no Estado Constitucional*⁷.

¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado** (1970). 2. ed., reimp. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, pp. 76-77.

² GUASTINI, Riccardo. **Nuevos Estudios sobre la Interpretación**. Tradução e apresentação de Diego Moreno Cruz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, e-book, cap. VI, tradução nossa. (Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho nº 55).

³ GUASTINI, 2010, cap. VII, tradução nossa.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. (2010). 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 129.

⁵ MARINONI, 2016, pp. 149-150.

⁶ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 94.

⁷ MITIDIERO, 2016, pp. 97-98.

RESUMO

Este trabalho procura demonstrar a irracionalidade do controle e da interpretação constitucionais sem o *stare decisis* e a viabilidade e a necessidade de correção deste erro com o CPC/15. Analisa-se o anacronismo do CPC/73, completamente inadequado ao Estado Social Contemporâneo. Buzaid baseou-se em teorias vinculadas a uma visão do direito anterior a Kelsen e completamente incapazes de instrumentar políticas públicas e de lidar com um direito no qual as normas-regra convivem com as normas-princípio. Estudam-se as características fundamentais da jurisdição constitucional de molde norte-americano e os problemas gerados pelo transplante institucional inadequado e a consequente violação dos níveis do ordenamento. Demonstra-se a essencialidade do *stare decisis* na jurisdição constitucional e a vinculação do controle e da interpretação constitucionais brasileiras, sob o CPC/73, a uma ultrapassada visão interpretativa das cortes superiores e do pretense caráter declaratório das decisões judiciais. Demonstra-se a adequação do CPC/15 ao Estado Social Contemporâneo e à CRFB/88. Analisa-se a viabilidade e a necessidade de correção institucional no tratamento tanto do recurso extraordinário cível como da interpretação constitucional com o novo CPC. Demonstra-se a evolução interpretativa e processual inerente ao novo Código e o seu vínculo com o modelo de cortes supremas, que separa os níveis do ordenamento, corrigindo ao menos parte do arranjo institucional brasileiro e alterando profundamente a jurisdição constitucional do país.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Segurança Jurídica. Precedentes. CPC/15, Lei nº 13.105/2015. Interpretação Constitucional.

ABSTRACT

This work seeks to demonstrate the irrationality of the Brazilian judicial review and constitutional interpretation without *stare decisis* and the necessity and feasibility of the correction of this mistake with the new Civilian Procedural Code of 2015. It analyzes the anachronism of the Civilian Procedural Code of 1973 (CPC/73), which was completely inadequate to the Welfare State. Buzaid was based in theories linked to conceptions of law previous to Kelsen, that were unable to establish public policies, as well as to deal with a law system where rules coexist with principles. The fundamental characteristics of the American judicial review of legislation and constitutional interpretation are studied, as well as the problems generated by the inadequate institutional transplant, causing the violation of the levels of the law system. This work demonstrates the essentiality of *stare decisis* in the constitutional jurisdiction and the link between the Brazilian judicial review and constitutional interpretation, under the CPC/73, to an outdated interpretative view of the function of the high courts and the pretended declaratory character of the judicial rulings. It proves the inadequacy of the CPC/73 to the Welfare State and to the Brazilian Constitution of 1988 (CRFB/88). It analyzes the feasibility and the necessity of the institutional rectification of both the appeal to the Brazilian Supreme Court and the constitutional interpretation with the new Procedural Code. It demonstrates the interpretative and procedural evolution inherent to new Code and its link with the standard of Supreme Courts, that detach the different levels of the law system, rectifying at least part of the Brazilian institutional arrangement, changing considerably the country's constitutional jurisdiction.

Keywords: Judicial Review. Legal Certainty. Precedents. Brazilian Civil Procedural Code of 2015. Constitutional Interpretation.

Lista de Abreviaturas

ACP – Ação Civil Pública

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADINO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

BVerfG – Bundesverfassungsgericht – Tribunal Constitucional Federal Alemão

BVerfGG – Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Lei Orgânica do BVerfG

CEUA – Constituição dos Estados Unidos da America

Código Buzaid – O antigo CPC antes das reformas de 1994

CPC – O novo Código de Processo Civil

CPC/73 – O antigo CPC, Lei nº 5.869, de 11/01/1973

CPC reformado – O antigo CPC, após as reformas de 1994

ELC – Estado Liberal Clássico

ESC – Estado Social Contemporâneo

GG – *Grundgesetz* – Lei Fundamental Alemã

HC – *Habeas Corpus*

IACO – Incidente de Assunção de Competência

ICOL – Incidente de Coletivização

IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

MS – Mandado de Segurança

MS Col. – Mandado de Segurança Coletivo

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

RE – Recurso Extraordinário

Resp – Recurso Especial

SV – Súmula Vinculante

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
PARTE I - ANACRONISMO E IRRACIONALIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	16
1. CONSTITUIÇÃO E CPC/73: ANACRONISMO IDEOLÓGICO E PARADIGMÁTICO	19
1.1. Anacronismo entre a realidade constitucional, a cultura jurídica e a legislação processual	21
1.1.1 – Paradigma Racionalista, Ideologia e Utopia	22
1.1.2 - Enquadramento liberal do CPC/73	27
1.1.3. Fundamentação e Instrumentalidade.....	30
1.1.4. O Estado Social Contemporâneo e a Alteração dos Princípios da Demanda e Dispositivo	32
1.1.5. Necessidade de adequação do processo civil à realidade contemporânea	33
1.2. Anacronismo ideológico no desenvolvimento do processualismo brasileiro	35
1.2.1. História e desenvolvimento do processualismo	35
1.2.2. Caráter oitocentista do CPC/73.....	39
1.2.3. Inadequação do CPC/73 ao Estado Social Contemporâneo	41
2. IRRACIONALIDADE E VIOLAÇÃO DOS NÍVEIS DO ORDENAMENTO	44
2.1. Finalidade e características da jurisdição constitucional	46
2.1.1. Definição e finalidade da jurisdição constitucional	46
2.1.2. Características do modelo cumulado norte-americano	52
2.2. Finalidade e características da jurisdição ordinária	57
2.2.1. Definição e finalidade da jurisdição ordinária	57
2.2.2. Características do modelo inerente ao Estado Liberal Clássico	59
2.2.3. Características do modelo inerente ao Estado Social Contemporâneo.....	60
2.3. Finalidade e características dos níveis do ordenamento	62
2.3.1. Definição dos níveis do ordenamento	62
2.3.2. Características dos níveis fundamental ou constitucional, legal ou ordinário e infra legal ou judiciário	64
2.3.3. Problemas decorrentes da violação dos níveis do ordenamento.....	67
3. INDISPENSABILIDADE DO STARE DECISIS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	71
3.1. Controle cumulado norte-americano: vinculação aos precedentes desde 1850	72
3.1.1. Existência de precedentes nos EUA desde 1850.....	73
3.1.2. Estado de Direito e vinculação aos precedentes nos EUA.	75
3.1.3. Função dos Precedentes no Direito Constitucional.....	77
3.2. Controle separado alemão: decisão com força de lei	80
3.2.1. Importância e Características da jurisdição constitucional alemã	80
3.2.2. Efeito vinculante das decisões da Corte Constitucional Alemã	83
3.3. Causas do transplante institucional inadequado desde 1890	85
3.3.1. Requisitos mínimos para a eficácia do <i>judicial review</i> enquanto <i>instituição</i> : competitividade política, moderação judicial e maturidade partidária	85
3.3.2. Brasil: ausência de independência judicial em 1890, de competitividade política até 1945 e de maturidade partidária até hoje.	88
3.3.3. Desconhecimento acerca do <i>stare decisis</i>	90
4. MODELO BRASILEIRO DE CORTES SUPERIORES E INSEGURANÇA JURÍDICA	93
4.1. Concepção da jurisprudência como meramente declaratória do direito	94
4.1.1. Características do modelo de Cortes Superiores	94
4.1.2. A pretensa natureza meramente declaratória do ato judicial e sua vinculação ao positivismo jurídico anterior a Kelsen	96
4.1.3. Superação da visão da concepção da segurança jurídica centrada no texto da lei.....	100

4.2. Concepção arcaica de juiz e ineficiência do ordenamento	105
4.2.1. Características do modelo arcaico de jurisdição e de juiz	105
4.2.2. Modelo arcaico de juiz no Código Buzaid	111
4.2.3. Comprovação da ineficiência do ordenamento brasileiro	113
PARTE II – RACIONALIDADE E SINCRONIA DO CPC/15 COM A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	117
1. SINCRONIA DO CPC/15 COM A REALIDADE CONSTITUCIONAL VIGENTE	120
1.1. Sincronia da interpretação contemporânea com o CPC/15	123
1.1.1. O Problema da Verdade nas Ciências Sociais e no Direito Constitucional	125
1.1.2. Precedentes, Súmulas, Jurisprudência Vinculante e Jurisprudência ordinária no CPC/15	127
1.1.3. Inadequação de Dworkin e de seu conceito de integridade ao CPC/15	131
1.2. Da legislação meramente simbólica ao Estado de Direito	133
1.2.1. Abuso dos aspectos simbólicos da legislação desde, pelo menos, o CPC/39	133
1.2.2. O CPC/15 como fator de incremento dos patamares mínimos de eficácia normativa cível: disposições normativas	136
1.2.3. O CPC/15 como fator de incremento dos patamares mínimos de eficácia normativa cível: interpretação	138
1.3. Do CPC/15 à evolução do Estado de Direito brasileiro	142
1.3.1. Um juiz capaz de aplicar o direito aos fatos de forma eficaz: reconhecimento do poder do juiz	142
1.3.2. Um juiz dotado de ampla discricionariedade, inclusive na atribuição do ônus do tempo do processo	146
1.3.3. Um juiz que precisa fundamentar sua decisão, para permitir o seu controle	148
2. RACIONALIDADE DAS INSTITUIÇÕES	152
2.1. Adequação da jurisdição constitucional com o uso de precedentes	154
2.1.1. Filosofia analítica dos precedentes e <i>ratio decidendi</i>	155
2.1.2. Precedentes e controle da arbitrariedade	158
2.2. Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR - e de Assunção de Competência - IACO - em matéria constitucional	162
2.2.1. Origem do IRDR e do IACO	162
2.2.2. Função constitucional do IRDR e do IACO	164
2.2.3. Constitucionalidade do IRDR e do IACO em matéria constitucional	168
2.3. Separação entre a jurisdição ordinária e a constitucional em matéria cível no novo CPC	172
2.3.1. Jurisdição ordinária no novo CPC	173
2.3.2. Jurisdição constitucional no novo CPC	174
3. EVOLUÇÃO INTERPRETATIVA E PROCESSUAL	176
3.1. Evolução processual	177
3.1.1. Vinculação de Chiovenda, de Carnelutti e da primeira fase de Calamandrei ao Estado Liberal Clássico	177
3.1.2. A atualização do processo com a segunda fase de Calamandrei e com Satta, Tarello, Cappelletti e Taruffo.	179
3.2. Evolução da interpretação brasileira	182
3.2.1. Até 1924 - Primeira fase: vínculo à Escola da Exegese	183
3.2.2. De 1924 a 1953 - Segunda fase: vínculo à Jurisprudência dos Conceitos com influência de Jhering e visão pré-kelseniana.	184
3.2.3. De 1953 a 1978 - Terceira fase: Miguel Reale e sua visão tridimensional do Direito	186
3.2.4. De 1978 a 2002 - Quarta fase: Tércio Sampaio Ferraz Jr. e a semiótica	187
3.2.5. Desde 2002 - Quinta fase: Interpretação brasileira contemporânea	188
3.2.6. Mutação constitucional e o CPC/15	191
4. MODELO DE CORTES SUPREMAS E SEGURANÇA JURÍDICA	194
4.1. O Controle de constitucionalidade sem stare decisis como causa do neoconstitucionalismo	195
4.1.1. Irracionalidade institucional e politização do Judiciário	195
4.1.2. Definição e características do neoconstitucionalismo	197
4.1.3. A ausência de <i>stare decisis</i> como <i>conditio sine qua non</i> para o neoconstitucionalismo	203
4.2. Separação entre a Jurisdição Constitucional e Ordinária e Controle da Corrupção	206
4.2.1. <i>Stare Decisis</i> e controle da corrupção	206
4.2.2. Precedente e controle do dolo e da imparcialidade	209

CONCLUSÃO	212
REFERÊNCIAS	217

INTRODUÇÃO

A presente tese tem por objetivo demonstrar a necessidade e a possibilidade da alteração da jurisdição constitucional brasileira em matéria cível, adaptando-a ao novo modelo interpretativo adotado pelo CPC/15.

Seguindo orientação já adotada em trabalho anterior⁸ utilizaremos a nomenclatura de *controle separado e cumulado*.

O controle cumulado ocorre quando há cumulação entre a jurisdição ordinária e a “jurisdição” constitucional, tal como no sistema norte-americano do *judicial review*, enquanto o controle separado pressupõe um órgão distinto – uma Corte Constitucional - responsável pelo exercício da chamada “jurisdição” constitucional, separado da jurisdição ordinária, tal como no sistema europeu-kelseniano⁹.

Victor Ferreres Comella¹⁰, Francisco Fernández Segado¹¹ e Gilmar Ferreira Mendes¹² defendem a superação da distinção clássica e a imprecisão da nomenclatura dominante de sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, pois em vários países vinculados ao modelo separado do controle de constitucionalidade todo e qualquer Juiz pode suscitar um incidente de inconstitucionalidade, enquanto, nos EUA, a Suprema Corte se concentra, paulatinamente, em matérias constitucionais.

Ferreres Comella foi o criador da nomenclatura mais precisa para diferenciar os sistemas, o do dualismo ou separação entre a jurisdição constitucional e a jurisdição comum – sistema europeu-kelseniano – e o da cumulação das jurisdições – sistema americano¹³. Nesse estudo adotou-se a nomenclatura de Ferreres Comella, de sistema separado e cumulado de controle de constitucionalidade.

A tese está dividida em duas partes, cada qual com quatro capítulos.

⁸ GIORGI JR., Romulo Ponticelli. **Controle de constitucionalidade pelo juiz de primeiro grau**. Charleston, SC, USA: Create Space Independent Publishing Platform, 2015a.

⁹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Íbero-América**. Porto Alegre: Brejo Bibliobureau, 2012, pp. 13 e 50.

¹⁰ FERRERES COMELLA, Víctor. Las Consecuencias de Centralizar el Control de Constitucionalidad de la Ley en un Tribunal Especial. Algunas Reflexiones Acerca del Activismo Judicial. **SELA (Seminário em Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers**. [S.l.: s.n.], 2004, *paper* 40, disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/40/>, acesso em 28 jan. 2016, páginas 4, 7 e 26.

¹¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. **La Obsolescencia de la Bipolaridad “Modelo Americano – Modelo Europeo Kelseniano” Como Criterio Analítico del Control de Constitucionalidad y la Búsqueda de una Nueva Tipología Explicativa**. Córdoba, Argentina, 2002, disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060359>>, acesso em 28/12/2015, pp. 23-45 e 53-67.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra; _____ & NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. SP: Saraiva, 2010, pp. 305-378, especialmente, no que pertine à aproximação dos dois sistemas no Brasil, p. 322 e, no que se refere à aproximação dos dois sistemas em geral, pp. 337-338, especialmente a p. 337.

¹³ FERRERES COMELLA, 2004, pp. 1-3.

Na primeira parte comprova-se 1) o anacronismo entre a CRFB/88 e a legislação processual e a interpretação constitucional vigentes até a entrada em vigor no novo CPC e 2) a irracionalidade institucional gerada pelo funcionamento inadequado tanto do controle como da interpretação constitucionais.

O primeiro capítulo analisa o anacronismo ideológico e paradigmático entre a Constituição e o Código Buzaid, demonstrando a vinculação desse à doutrina novecentista. Na sequência, há o estudo das características fundamentais das jurisdições constitucional e ordinária, evidenciando suas diferenças e os problemas decorrentes da violação dos níveis do ordenamento. O capítulo terceiro considera a indispensabilidade do *stare decisis* na jurisdição constitucional, a existência de precedentes vinculantes desde o início do controle separado alemão e desde pelo menos 1850 no controle cumulado norte-americano, assim como as causas da inadequação do transplante institucional desde 1890. O último capítulo dessa parte expõe a vinculação do Código Buzaid e da interpretação atualmente dominante no Brasil ao modelo de cortes superiores, que pressupõe que a jurisprudência meramente *declara* o direito e afasta-se do *stare decisis*, gerando insegurança jurídica e ineficiência do ordenamento como um todo.

Na segunda parte comprova-se a sincronia do CPC/15 com a CRFB/88, viabilizando o correto funcionamento tanto do controle como da interpretação constitucionais em matéria cível, o que permitirá a adequação de nossas instituições.

O primeiro capítulo da segunda parte analisa a adequação do CPC/15 à realidade constitucional vigente, demonstrando sua vinculação à interpretação moderna. O próximo capítulo estuda a forma como a interpretação adequada das disposições processuais pertinentes à jurisdição constitucional permitirá a correção de nossas instituições. O terceiro capítulo considera a evolução interpretativa e processual operada pelo novo Código. No plano processual, comparam-se Chiovenda, Carnelutti e a primeira fase da obra de Calamandrei, presos ao Estado Liberal Clássico, com a moderna visão do processo na segunda fase de Calamandrei e com Satta, Tarello, Cappelletti e Taruffo. No plano da interpretação, estuda-se a evolução da interpretação brasileira e a posição adotada no CPC/15. O último capítulo apresenta o modelo das Cortes Supremas e a segurança jurídica dele decorrente, que permite a correção dos desvios da jurisdição constitucional brasileira em matéria cível, aprimorando nossas instituições.

Como o objetivo desta tese é a análise das transformações a serem operadas em virtude do impacto da interpretação e dos precedentes previstos no CPC/15 no recurso extraordinário, no incidente de inconstitucionalidade e na interpretação constitucional fora da

competência originária do STF, a análise abrangerá apenas a versão brasileira do controle cumulado norte-americano¹⁴. Dessa forma, o controle separado ou europeu-kelseniano está fora do âmbito do presente estudo.

Analisaremos apenas, no início do capítulo terceiro da primeira parte, que demonstra a indispensabilidade do *stare decisis* na jurisdição constitucional, o uso do efeito vinculante neste modelo, que é corrente no Brasil desde 1993¹⁵.

A necessidade do *stare decisis* para o correto funcionamento do controle e da interpretação constitucionais no sistema misto brasileiro, assim como a imprescindibilidade da adequação da interpretação e da legislação processual vigente à CRFB/88 permeiam o presente trabalho. O CPC/15 é a mais profunda alteração legislativa brasileira desde a proclamação da república, voltado à adequação e à correção de nossas instituições.

Depende dos intérpretes, principalmente nos primeiros anos de sua vigência, viabilizar ou obstaculizar a correção de nossa irracionalidade institucional¹⁶. Busca-se demonstrar tanto a viabilidade como a necessidade desta correção, assim como o modo como ela deverá ocorrer.

¹⁴ Victor Ferreres Comella (FERRERES COMELLA, Víctor. Las Consecuencias de Centralizar el Control de Constitucionalidad de la Ley en un Tribunal Especial. Algunas Reflexiones Acerca del Activismo Judicial. **SELA (Seminário en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers**. [S.l.: s.n.], 2004, *paper* 40, disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/40/>, acesso em 03 set. 2011), Francisco Fernández Segado (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. **La Obsolescencia de la Bipolaridad “Modelo Americano – Modelo Europeo Kelseniano” Como Critério Analítico del Control de Constitucionalidad y la Busqueda de una Nueva Tipología Explicativa**. Córdoba, Argentina, 2002, disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060359>>, acesso em 28/08/2012, pp. 23-45 e 53-67.) e Gilmar Ferreira Mendes () salientam a superação da distinção clássica e a imprecisão da nomenclatura dominante de sistemas difuso e concentrado.

FERRERES COMELLA (2004) foi o criador da nomenclatura mais precisa para diferenciar os sistemas, o do dualismo ou separação entre a jurisdição constitucional e a jurisdição comum – sistema europeu-kelseniano, denominado de **controle separado** – e o da cumulação das jurisdições – sistema americano – **controle cumulado**. Na presente tese adotaremos esta nomenclatura.

¹⁵ O controle separado brasileiro utiliza a técnica do efeito vinculante desde 17/03/1993, quando a EC nº 3/1993 incluiu o então § 1º (hoje § 2º) no art. 102 da CRFB, que menciona expressamente o efeito vinculante das decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade. Em 10/11/1999 a Lei nº 9.868, no parágrafo único do art. 28, tornou expressa a abrangência do efeito vinculante à interpretação conforme e à declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto, proferidas em ADIs ou ADCs. Em 03/12/1999 a Lei 9.882/99, no parágrafo único do art. 3º, estendeu o efeito vinculante à ADPF. Posteriormente, a EC nº 45/2004 incluiu o art. 103-A, prevendo a aprovação de *Súmulas Vinculantes* pelo STF, regulamentada pela Lei nº 11.417/2006, que prevê o efeito vinculante no seu art. 2º, *caput*. As SVs não são precedentes, entre vários motivos pela ausência de *ratio decidendi*, sendo incapazes de resolver os problemas gerados pela incorreta implementação do controle cumulado.

¹⁶ Analisando o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, REICHELTL salienta que: “o atendimento aos desejos de segurança jurídica e de isonomia no tratamento dos jurisdicionados, por sua vez, também dependerão da forma como se dará a aplicação da novel legislação”. (REICHELTL, Luis Alberto. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil e a concretização do direito fundamental ao processo justo. In. RUBIN, Fernando & _____ (orgs.). **Grandes temas no novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Do Advogado, 2015a, p. 149-168, especialmente p. 167.)

PARTE I - ANACRONISMO E IRRACIONALIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O Brasil, assim como a maioria dos países da América Latina, adota um sistema misto de controle de constitucionalidade¹⁷, utilizando tanto as técnicas oriundas do sistema europeu-kelseniano como as oriundas do sistema norte-americano. Ocorre, entretanto, que nenhum desses sistemas funciona adequadamente em nosso país.

O sistema europeu-kelseniano pressupõe a completa separação entre a jurisdição ordinária e a jurisdição constitucional, bem como a submissão do Juiz à lei. No Brasil, entretanto, a aplicação concomitante do sistema norte-americano tanto para o controle como para a interpretação constitucional retira do STF o monopólio da jurisdição constitucional.

Ademais, como afirma Marinoni, “*o juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não está submetido à lei*”¹⁸. O Juiz ordinário brasileiro avalia políticas públicas, podendo optar por critérios para a realização do bem comum distintos tanto dos escolhidos pelos representantes eleitos como pela Corte Suprema.

A situação atual gera uma excessiva judicialização da política, politizando o judiciário. A causa disto, na visão de Luiz Roberto Barroso, seria a cumulação dos sistemas europeu e norte-americano de controle de constitucionalidade.

No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana [...] e a matriz europeia¹⁹.

O problema surgiu com o transplante institucional inadequado realizado em 1890, quando os arts. 3º e 9º, parágrafo único, do Decreto nº 848, de 11/10/1890 introduziram no Brasil o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade.

Art. 3º. Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte. [...]

Art. 9º. Compete ao tribunal. [...] Paragrapho único. Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunales e juízes dos Estados: [...] b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado

¹⁷ Os modelos mistos de controle de constitucionalidade predominam na América Latina, sendo adotados por nove países: Peru, México, Venezuela, Colômbia, Nicarágua, República Dominicana, Guatemala, Equador e Brasil. Oito países adotam o controle separado: Bolívia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguai e Uruguai. A Argentina é o único país latino-americano a filiar-se integralmente ao sistema misto. (REVERBEL, 2012, pp. 11-12). REVERBEL defende a existência de modelos mistos (REVERBEL, 2012, p. 71) e a tendência a uma crescente mescla das técnicas dos controles cumulado e separado (REVERBEL, 2012, pp. 241-242).

¹⁸ MARINONI, 2016, pp. 56-57.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 244.

seja posta em questão como contrário à Constituição, aos tratados e às leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto²⁰;

Até 1918 o controle de constitucionalidade era praticamente ignorado tanto pela jurisprudência como pela doutrina pátria. A incompreensão do *judicial review* pelos juristas brasileiros levou à importação de um instituto jurídico – o controle de constitucionalidade – sem o seu pressuposto – a admissão do poder do Juiz e da necessidade do seu controle. O controle norte-americano não funciona adequadamente sem *stare decisis*, como explica Cappelletti.

Pois bem, a introdução, nos sistemas de *civil law* [sistema romano-germânico-canônico], do método “americano” de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a constituição, por outros. [...] A consequência, extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado²¹.

A realidade atual é de uma grande insegurança jurídica, pois ao interpretar valores constitucionais, os julgadores geram uma mutação constitucional, podendo inclusive reduzir garantias objeto de cláusulas pétreas²². Konrad Hesse defende a insuficiência da mera contraposição do texto constitucional para a limitação das mutações²³.

Mesmo leis cuja constitucionalidade não é sequer questionada, após vários anos de aplicação, pelo STF e pelos demais tribunais do país, podem ser afastadas por inconstitucionalidade por magistrados de primeiro grau, principalmente pelos defensores do chamado *neoconstitucionalismo*, como podemos ver no trecho abaixo.

Já no Brasil, em tempos de “neoconstitucionalismo”, quando se afirma “sou contra esta lei porque é inconstitucional”, está-se na verdade dizendo: “Esta lei é inconstitucional porque sou contra ela”! Isto fica mais evidente – e também mais grave – quando esta atitude militante e emocional em relação à guarda da Constituição invade o Poder Judiciário, fazendo com que a opinião do intérprete transforme ou despreze o texto da lei, provocando uma subversão dos níveis de produção jurídica referidos no início deste estudo [Constitucional, ordinário e judiciário]²⁴.

²⁰ BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 2016a. Disponível em <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/129395/decreto-848-90>. Acesso em 23 jan. 2016.

²¹ CAPPELLETTI, 1999, pp. 76-7.

²² HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998 [Título original *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995], pp. 46 e 285.

²³ HESSE, Konrad. Limites da Mutação Constitucional. Tradução Inocêncio Mártires Coelho. In: _____. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 147-171, especialmente p. 169.

²⁴ HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 96, v. 859, p. 81-91, mai. 2007, especialmente p. 90.

Em suma, o controle de constitucionalidade (uma técnica de controle do poder²⁵), ao ser transplantado de forma inadequada, gerou uma série de irracionalidades institucionais. Ao longo dessa tese, especialmente no capítulo quatro da primeira parte, demonstra-se que os problemas derivaram da adoção do modelo interpretativo completamente anacrônico das Cortes Superiores²⁶, preso ao pretense caráter meramente declaratório da jurisprudência, que pressupõe um Juiz destituído de poder, tornando desnecessária a adoção do *stare decisis*.

²⁵ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970. (Título original: Verfassungslehre, Tübingen, J. C. Mohr, 1959, à qual foi juntada a monografia do mesmo autor intitulada Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin, Walter de Gruyter, 1961, tradução de Alfredo Gallego Anibitarte), pp. 67-68 e 308-309.

²⁶ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente (2013). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 41.

1. CONSTITUIÇÃO E CPC/73: ANACRONISMO IDEOLÓGICO E PARADIGMÁTICO

Em 1701, com o Ato do Estabelecimento²⁷, a Inglaterra deu início à tripartição de poderes, viabilizando a instauração de um Estado Liberal Clássico. Esta realidade política serviu de base para a redação da famosa obra *Espírito da Leis* de 1748, na qual Montesquieu propôs um modelo institucional capaz de exportar a técnica da limitação dos poderes para fora do território inglês²⁸.

Enquanto a realidade política era a de Estados que não intervinham ativamente nem na sociedade nem na economia, cujo aparato administrativo era diminuto e as normas eram centradas na igualdade meramente formal, o modelo de Montesquieu funcionou perfeitamente.

Ao prever que os juízes seriam apenas “*as bocas que pronunciam as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a sua força nem o seu rigor*”²⁹, sua pretensa neutralidade axiológica congelou a história e os valores vigentes no Estado Liberal Clássico³⁰, que são completamente dissonantes da realidade e dos valores supremos do ordenamento³¹ no Estado do Bem Estar Social³²:

I) Inexistência do Direito Constitucional, pois juízes que avaliam a constitucionalidade das leis e aplicam princípios para proteger fins caros ao ordenamento (e.g. proteção do meio ambiente, capacidade tributária, dignidade da pessoa humana) evidentemente não estavam limitados na forma prevista por Montesquieu.

²⁷ O Ato do Estabelecimento, de 12 de junho de 1701, concedeu independência e garantias aos membros do judiciário britânico (SHETREET, Shimon & TURENNE, Sophie. **Judges on Trial: the independence and accountability of the English Judiciary**. 2nd ed. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2013, e-book, ponto 1.2 e especialmente o 2.7).

²⁸ SOUZA JR., Cezar Saldanha & REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova visão dos poderes políticos** (2002). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 58-60, 63-64 e 66-68. MONTESQUIEU, 1749, pp. 5 e 153.

²⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **De L’Esprit des Loix**. Ou du rapport que les Loix doivent avoir avec la Constitution de chaque gouvernement, les moeurs, le climat, la religion, le commerce, &c. à quoi l’auteur a ajouté Des recherches nouvelles sur les Loix romaines, touchant les successions, sur les Loix Française, & sur les Loix féodales. 2. ed. Corrigida pelo autor. Geneve: Barrillot & Fils, 1749, p. 160.

³⁰ MITIDIERO, 2010, p. 182.

³¹ SOUZA JR. & REVERBEL, 2016, p. 70 e SOUZA JR., Cezar Saldanha. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. **Cadernos do PPGDIR/UFRGS**, n. III, p. 7-18, mar. 2005.

³² “O Estado de Direito emerge do segundo pós-guerra sobre um quadro mínimo de valores, decorrentes todos da dignidade única e preeminente da natureza humana. Ei-los: a **liberdade** (primeiro deles), que se ajusta à **igualdade** pela **justiça**, perdura no tempo com a **segurança** e implica um equilíbrio entre **ordem e progresso**” (SOUZA JR, 2005, ponto 8).

II) Inexistência de controle de legalidade, pois a incerteza quanto à validade de normas gerais e abstratas (Decretos, Portarias, Instruções Normativas, Pareceres Normativos, Circulares, Resoluções) novamente não se enquadra no judiciário de Montesquieu.

III) Inexistência de incerteza quanto a norma a ser aplicada e ao seu conteúdo, pois o fenômeno conhecido como inflação legislativa era completamente desconhecido antes do advento do Estado Social (1919), assim como não havia preocupação com a orientação do ordenamento por princípios constitucionais³³.

III) Inexistência de controle da administração, pois o Estado Liberal, no século XVIII e na primeira metade do século XIX, não intervinha nem na sociedade nem na economia e

IV) Preocupação centrada na igualdade meramente formal, ignorando completamente quaisquer considerações com o âmbito material da isonomia, de forma que o próprio poder de polícia, e conseqüentemente a atuação do Estado na limitação e compatibilização de direitos, era excepcional³⁴.

Com o surgimento do Direito do Trabalho e das primeiras preocupações com a igualdade material, na segunda metade do século XIX, seguida do nascimento do Direito Previdenciário, o modelo puro de Montesquieu tornou-se inadequado à realidade social³⁵. Em 1919, o advento do Estado do Bem-Estar Social e a proliferação dos Direitos Sociais sepultaram a aplicação literal deste modelo³⁶.

A teoria de Montesquieu prevê que a norma preexista, clara e unívoca, ao ato de interpretação. Isso contradiz, frontalmente, a realidade constitucional em qualquer país democrático moderno.

No Brasil, desde a CF/1946, com o fim do Estado Novo, há uma preocupação tanto com a igualdade material como com um vasto elenco de princípios constitucionais, mas a disciplina processual e a visão dominante da interpretação do direito permanecem ligadas ao final do século XIX, como se o modelo de Montesquieu se aplicasse, sem adaptações, à realidade brasileira atual.

Embora o Código Buzaid (1973) já previsse o incidente de inconstitucionalidade (arts. 480-2) e o ordenamento disponha de algumas ferramentas para a defesa coletiva de direitos, como a Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), a Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) e o

³³ PICARDI, Nicola. Notas sobre o precedente judicial. Tradução de Hermes Zaneti Jr. In: _____. **Jurisdição e Processo**. Organização e revisão técnica da tradução por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 145-155, especialmente pp. 146-147. SOUZA JR. & REVERBEL, 2016, pp. 162-165.

³⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 156-157.

³⁵ SOUZA JR. & REVERBEL, 2016, pp. 72-73.

³⁶ SOUZA JR. & REVERBEL, 2016, pp. 95 e ss.

Mandado de Segurança Coletivo (CRFB/88, art. 5º, LXX e Lei nº 12.016/2009, arts. 21-22) a concepção do CPC/73 permanecia centrada na ilusão e na visão simplista de que o Juiz aplica uma norma clara, unívoca e preexistente à interpretação.

O resultado desse descompasso entre a disciplina processual e a realidade constitucional é a ineficácia não apenas do processo, mas até do ordenamento como um todo, como o demonstra o relatório do Projeto Mundial da Justiça que aponta que, de 99 países, o Brasil ocupava o 71º lugar quanto à segurança física e o 69º na eficiência da persecução criminal. Embora haja um relativo respeito aos Direitos Humanos, se comparado com o resto da América Latina, no sistema processual civil “*embora relativamente acessível, os procedimentos são lentos e execução difícil*”³⁷.

Tanto a ineficiência como a insegurança jurídica resultam diretamente da utilização de concepções interpretativas e de um ordenamento processual anacrônicos, que por sua vez decorrem do uso de ideologias e paradigmas adequados à realidade política anterior ao Estado Social Contemporâneo.

1.1. Anacronismo entre a realidade constitucional, a cultura jurídica e a legislação processual

O Brasil, já em 1934, começou a tentar compatibilizar as dimensões material e formal da igualdade na Constituição, garantindo direitos sociais e elencando princípios constitucionais. Em 1946, com o restabelecimento da democracia, o Brasil ingressa definitivamente na era do Estado Social Contemporâneo, inaugurada em 1919³⁸.

A cultura jurídica brasileira, entretanto, permanece presa à visão liberal clássica, vendo a atividade judicial como mera *aplicação* da lei e a atividade processual como mera técnica. Trata-se do processualismo científico, sistematizado por Wach, que desembarcou no Brasil na primeira metade do século XX, pela Escola Sistemática, capitaneada por Giuseppe Chiovenda, seguido por seu discípulo Enrico Tulio Liebman³⁹.

Em suma, enquanto nosso Direito Constitucional admite, há pelo menos oitenta anos, a necessidade da aplicação de princípios constitucionais e um modelo de Juiz dotado de

³⁷ THE WORLD JUSTICE PROJECT (WJP). **Rule of Law Index 2014**. Washington, 2014. Disponível em http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/wjp_rule_of_law_index_2014_report.pdf. Acesso em 20 dez. 2014, pp. 23, 29 e 47.

³⁸ SOUZA JR. & REVERBEL, 2016, p. 96.

³⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos (2009). 1. ed. em e-book, baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a, parte I, capítulo 1.

poder, a cultura jurídica dominante no Brasil permanece presa à escola da jurisprudência dos conceitos e ao modelo de juiz de Montesquieu.

As teorias jurídicas têm consequências na orientação do direito vigente no país. A ideologia, ao condicionar tanto a gênese como a função das teorias jurídicas e, por meio delas, do direito, tem um peso enorme na evolução do ordenamento.

Le teorie giuridiche, al di là della loro pretesa descrittiva, in realtà hanno una componente prescrittiva e dunque sono modelli ideologici: in tal senso ideologie. [...] il termine ideologia trova un significativo arricchimento semantico, essendo considerato in una duplice accezione, come elemento condizionante le dottrine e dunque come momento antecedente rispetto alle stesse e come funzione e/o obiettivo politico delle dottrine e dunque come dogmatica, ma anche le loro successive armonizzazioni, che tradizionalmente si dicono costruzioni sistematiche, si possono considerare, secondo Tarello, come ideologie sotto due differenti angolazioni: **come ideologie avendo riguardo alla loro genesi oppure avendo riguardo alla loro funzioni**⁴⁰.

1.1.1 – Paradigma Racionalista, Ideologia e Utopia

1.1.1.1 – Noção e importância do paradigma

CAPPELLETTI usa o termo *paradigma* e sua função no pensamento científico sem conceituá-lo, enquanto Ovídio, embora busque tanto fornecer um conceito como expor, sumariamente, o contexto que levou Thomas Kuhn a elaborá-lo em 1962, também não parece conseguir expor, de forma e resumida, o conceito e a função de paradigma.

O conceito de paradigma de OVÍDIO é vinculado à apreensão científica:

A ciência normal consiste na atualização dessa promessa [de sucesso na resolução de alguns problemas], atualização que se obtém ampliando-se o conhecimento daqueles fatos que o paradigma apresenta como particularmente relevantes, aumentando-se a correlação entre esses fatos e as previsões do paradigma e articulando-se ainda mais o próprio paradigma⁴¹.

Susan HAACK parece mais clara e didática quanto à função do paradigma.

O paradigma cria uma visão de mundo, fornecendo as ferramentas a partir das quais interpretamos a própria realidade. Desta forma, **a mudança de paradigma, até mesmo nas ciências exatas, afasta neutralidades e muda a própria forma como o cientista percebe seu mundo.**

Kuhn himself, it soon became apparent, hadn't intended radically to undermine the pretensions of science to be a rational enterprise. [Admitindo, entretanto, a dificuldade de conciliar paradigmas distintos, dizia que:]. There are no neutral standards of evidence, only the incommensurable standards of different paradigms; the success of a scientific revolution, like the success of a political revolution, depends on propaganda and on control of resources; a scientist's shift of allegiance to a new paradigm is less like a rational change than a religious conversion – a

⁴⁰ CASERTA, Marco. **Giovanni Tarello**: teorie, ideologie e metagiurisprudenza. Napoli: Scienteque Italiane, 2001, p. 35, grifamos.

⁴¹ SILVA, O., 2004, p. 32.

conversion after which things look like that we might almost say he lives “in a different world”⁴².

No direito, onde a mudança de paradigma gera consequências políticas diretas, é evidente que a alteração, e a resistência a ela, é ainda mais profunda.

Susan HAACK define paradigma como “*um conglomerado de teorias, experimentos exemplares, instrumentação etc.*”⁴³, explicando que o paradigma se retroalimenta, pois, ao solucionar dificuldades não resolvidas pelo antigo paradigma em crise, os antigos fenômenos são revistos à luz do novo, gerando-se uma nova visão de mundo.

O conceito de paradigma é clareado pelos historiadores da filosofia Giovanni REALE e Dario ANTISERI no trecho abaixo, que é importante por **salientar a importância dos manuais formativos**.

Um cientista trabalha dentro de uma comunidade científica. Na comunidade científica hoje se entra por meio do estudo dos manuais; ontem esta função era preenchida pelos clássicos da ciência: a *Física* de Aristóteles, o *Almagesto*, de Ptolomeu, os *Principia* de Newton; a *Geologia* de Lyell e assim por diante. Tanto os manuais atuais como os clássicos da ciência fornecem aquelas que, na época, são as coordenadas do campo de pesquisa, os princípios de fundo, os experimentos padrões, as aplicações típicas da disciplina, em suma, o *paradigma*⁴⁴.

1.1.1.2 – Paradigma Racionalista

O Processo Civil brasileiro, sob a égide do CPC/73, está comprometido com o paradigma racionalista, e com ele, com um cientificismo mais próprio do século XIX, embora tenha avançado por boa parte do século XX.

Susan HAACK demonstra que os esforços de Karl Popper, em 1934, sobre a Lógica da Pesquisa Científica, ao centrar a análise da indução no estudo de enunciados lógicos, buscando dar uma aparência de segurança às descobertas científicas mesmo fora do contexto em que foram testadas, são pura e simplesmente incoerentes⁴⁵.

A ciência, enquanto empreendimento humano, não se desprende das características humanas, entre elas as crenças e sua dependência dos critérios utilizados pelos cientistas para sua testagem⁴⁶.

Nem mesmo critérios estatísticos servem, pois eles também dependem do método escolhido. A clássica mecânica newtoniana passaria por todo e qualquer teste feito na Terra

⁴² HAACK, Susan. **Defending Science – Within Reason**: Between Scientism and Cynicism. Amherst, New York: Prometheus, 2007, livro eletrônico, p. 20.

⁴³ HAACK, 2007, p. 43.

⁴⁴ REALE, Giovanni & ANTISERI, Dario. **História da Filosofia** (1997). São Paulo: Paulus, 2006, v. 7: de Freud à atualidade. Tradução de Ivo Storniolo, p. 162.

⁴⁵ HAACK, 2007, posições 1592 a 1597.

⁴⁶ HAACK, 2007, posições 1629 a 1635.

com os instrumentos científicos disponíveis até os anos 50, pois não havia, até então, como testar aqui (apenas observar os efeitos na Astronomia) nem velocidades próximas à da luz nem objetos minúsculos o suficiente para tornar perceptíveis efeitos quânticos.

Da mesma forma, a análise do funcionamento do CPC/73 em lides onde o autor e o réu fossem produtores rurais, com patrimônio e endereço conhecido e fixo, jamais permitiram observar sua ineficiência para resolver os problemas de uma sociedade de massa, sua incapacidade diante dos litigantes habituais, que se beneficiam com a duração do processo; sua incapacidade diante de sonegadores que trocam o endereço e a titularidade do patrimônio, sua inadequação às demandas repetitivas.

Em suma, o CPC/73 buscou a perfeição de um modelo teórico – a teoria da ação de Chiovenda, pensada com base na Jurisprudência dos Conceitos e na sociedade e no Estado existentes na Europa no século XIX e no Brasil em 1916 - sem qualquer preocupação com a realidade social vigente no Brasil⁴⁷.

O paradigma organiza a forma com que vemos a realidade, impedindo o reconhecimento até mesmo de erros grosseiros não cobertos pela forma com que ele estrutura a interpretação do mundo. O racionalismo, enquanto paradigma que estrutura o sistema processual⁴⁸, fecha os olhos para a realidade social, a transformação econômica e a inflação legislativa, produzindo interpretações completamente dissonantes da realidade socioeconômica e social vigente.

O paradigma racionalista tende a ver a ciência como desvinculada da história, com pretensões à eternidade. Isto levou o direito a transformar-se em um conjunto sistemático de conceitos. OVÍDIO salienta que, dos ramos do Direito, o Processual foi o mais atingido, por ser o mais próximo do mundo da vida⁴⁹.

A pretensão de que o conteúdo da lei fosse unívoco levou à recusa à vinculação ao Direito⁵⁰.

1.1.1.3 – Pensamento Ideológico

A expressão “*pensamento ideológico*”, utilizada em contraposição ao “*pensamento racional*”, denota a percepção falsa ou distorcida da realidade.

⁴⁷ MITIDIERO, 2010, pp. 172-175, 177-178 e 182.

⁴⁸ SILVA, O., 2004, pp. 32-34.

⁴⁹ SILVA, O., p. 1.

⁵⁰ MITIDIERO, 2016, p. 100 e SILVA, O., p. 2.

Os pensadores liberais pretendiam ter chegado ao “*fim da história*”, pois a visão dominante seria irrefutável e decorrente diretamente da natureza das coisas, enquanto seus opositores estariam presos à preconceitos ideológicos⁵¹.

O paradigma racionalista veria o Estado Moderno como neutro quanto a valores⁵².

O mercado, com sua pressão diária, teria força frequentemente superior à do eleitorado, que se manifesta apenas a cada quatro anos. Os homens modernos seriam educados para a economia, não para a liberdade, além de sujeitos aos condicionamentos impostos pela mídia⁵³.

1.1.1.4 – Conceito de Ideologia e sua Relação com a Democracia

OVÍDIO chama de “*pensamento conservador*” aquele preocupado com a manutenção do *status quo*, *naturalizando* a realidade por ele próprio elaborada.

Leo STRAUSS salienta a função da ideologia enquanto apologética de uma ordem social, emergente ou estabelecida⁵⁴, bem como sua função de justificação da arbitrariedade.

Every ideology is an attempt to justify before one’s self or others such courses of action as are somehow felt to be in need of justification, i.e., as are not obviously right⁵⁵.

A própria aceitação da veracidade de conceitos (GADAMER), bem como da correção de interpretações jurídicas (GUASTINI), depende parcialmente da motivação do intérprete, e portanto de sua visão ideológica. Quando estas intenções não são controladas por meio do uso de um sistema de precedentes vinculantes, libera-se o intérprete para a imposição arbitrária dos seus interesses.

A interpretação envolve a **delimitação política dos textos normativos, entre os vários significados possíveis**. GADAMER admite claramente que todo enunciado tem motivações não constantes no texto e GUASTINI que a orientação e os interesses do intérprete determinam direito vigente, de modo que essa deve ser **atribuída aos intérpretes institucionalmente autorizados pela Constituição**.

Se quisermos apreender um enunciado em sua verdade, não podemos levar em conta apenas o conteúdo que ele representa. Todo enunciado tem uma motivação. Todo

⁵¹ SILVA, O., pp. 6-8.

⁵² SILVA, O., p. 9.

⁵³ SILVA, O., p. 12.

⁵⁴ STRAUSS, Leo. **Natural Right and History**: a cogente examination of the most significant issues in modern political and social philosophy. Chicago: University of Chicago, 1965, p. 92.

⁵⁵ STRAUSS, 1965, pp. 129-130.

enunciado tem pressupostos que ele não enuncia. Somente quem pensa também estes pressupostos pode dimensionar realmente a verdade de um enunciado ⁵⁶.

È importante capire che l'equivocità dei testi normativi dipendi non soltanto – e non tanto – da certi difetti “oggettivi” della loro formulazione (intrinseca oscurità, ambiguità e sintattiche, etc.), ma anche – anzi: soprattutto – da altre cose, quali:

- (a) Interessi confligenti degli interpreti,
- (b) Diversi sentimenti di giustizia degli interpreti,
- (c) Molteplicità di metodi interpretativi,
- (d) Construzione dogmatiche⁵⁷

No Direito Processual esta ideologia teria grande influência, ocultando o fato de que o indeferimento da liminar equivale ao deferimento de uma liminar para o autor⁵⁸.

Desta forma, a redução da eficácia de todo o sistema processual civil serve àqueles que sempre defenderam seus interesses à margem do direito, mantendo as características subdesenvolvidas próprias do terceiro mundo e dificultando o funcionamento do Estado Social Contemporâneo.

O sentido *unívoco* das normas prende-se à mesma ideologia racionalista oitocentista, dificultando a atualização dos institutos jurídicos, vistos como a-históricos⁵⁹.

Entre vários conceitos em disputa, OVÍDIO segue Manheim, entendendo a ideologia como a tentativa de ocultar problemas políticos pela pretensa atuação administrativa no limite de leis previamente formuladas⁶⁰, fixando a interpretação vigente⁶¹.

A ideologia serviria para ocultar a realidade, mantendo ideias arcaicas e inadequadas à realidade vigente. As normas, assim como as teorias jurídicas e as formas anacrônicas de interpretação, degenerariam em ideologias, servindo para ocultar a real intenção da conduta⁶². O resultado é a ocultação – e negação ou oposição – à realidade vigente.

A visão que preside o CPC/73 está presa ao iluminismo do século XVIII⁶³, que limita a igualdade a sua dimensão meramente formal, prévia ao Estado Social Contemporâneo, que busca compatibilizar as dimensões formal e material da igualdade. A própria legalidade é concebida de forma completamente dissonante da visão própria do *Welfare State*.

A igualdade, que não tomava em conta a vida real das pessoas, era vista como simples projeção da garantia da liberdade, isto é, da não discriminação das posições sociais, pouco importando se entre elas existissem gritantes distinções concretas⁶⁴.

⁵⁶ GADAMER, Hans. O que é a verdade? (1957). In: _____. **Verdade e Método II: complementos e índice.** Tradução Ênio Paulo Giachini. Revisão Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002a, p. 57-71, especialmente pp. 66-67.

⁵⁷ GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare.** Milano: Dott. A. Giuffrè, 2011, pp. 46-47.

⁵⁸ SILVA, O., 2004, p. 16.

⁵⁹ SILVA, O., p. 17.

⁶⁰ SILVA, O., p. 20.

⁶¹ “O significado de uma norma é o resultado de sua interpretação, vigendo essa, tão somente, nos moldes que lhe atribui à jurisdição constitucional” (DUQUE, 2014, p. 195).

⁶² SILVA, O., 2004, p. 22.

⁶³ SILVA, O., p. 22.

⁶⁴ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. I: Teoria do Processo Civil, parte I, ponto 1.1.

[...] a ideia de igualdade formal, ao refletir a impossibilidade de tratamento diferenciado às diferentes posições sociais e aos bens, unificou o valor dos direitos, permitindo a sua expressão em dinheiro e, assim, que a jurisdição pudesse conferir a todos eles um significado em pecúnia. Foi quando surgiu a ideia de reparação do dano pelo equivalente, o que obviamente também teve influência sobre a concepção de jurisdição como função dirigida a dar tutela aos direitos privados violados⁶⁵.

A democracia moderna, entretanto, exige a consideração das duas dimensões – material e formal – da igualdade, que é complexa, envolvendo esferas distributivas, cada qual vinculada a uma instituição e com um critério de justiça distinto, pois pessoas iguais em uma esfera são desiguais noutra. A igualdade é proporcional, coexistindo com a paridade absoluta no que pertine à dignidade de cada pessoa⁶⁶.

Enquanto a **ideologia** distorce a realidade, buscando a manutenção do *status quo*, as **utopias**, que igualmente distorcem a realidade, teriam sentido revolucionário. O **pensamento utópico** se fundaria no inconformismo com a ordem social vigente, enquanto o **pensamento ideológico** congelaria a história em um momento passado⁶⁷.

1.1.2 - Enquadramento liberal do CPC/73

Ovídio Baptista da Silva afirma que o processo civil é o setor do Direito mais comprometido com seu sentido interpretativo e que:

*“Os três pontos cruciais que tem de ser atacados, na busca de uma reforma transformadora [...] são] as **demandas plenárias**, fruto dileto do racionalismo, o **custo processual**; e finalmente, o sagrado **sistema dos recursos**”*⁶⁸. Nessa concepção, a atribuição do tempo do processo ao autor foi inevitável.

O CPC/73 permanece preso à visão declaratória do ordenamento. No que pertine à interpretação e à aplicação do Direito, o avanço em relação ao CPC/39 limitou-se o uso de súmulas não vinculantes, que nada mais são do que *“um método de trabalho, um meio para ordenar e facilitar a tarefa judicante de controle da interpretação e aplicação do direito no caso concreto”*⁶⁹, mantendo o foco em técnicas repressivas, e da uniformização da jurisprudência⁷⁰.

⁶⁵ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. I, parte I, ponto 1.3.

⁶⁶ BARZOTTO, Luis Fernando. **A Democracia na Constituição**. São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 33.

⁶⁷ SILVA, O., 2004, p. 23.

⁶⁸ SILVA, O., 2004, XI, grifamos.

⁶⁹ MIIDIERO, 2016, pp. 102-103.

⁷⁰ MITIDIERO, 2016, p. 84. No mesmo sentido DINAMARCO, 2009, pp. 42-43.

Enquanto expressão de uma determinação da forma de concreção de valores constitucionais, a lei, ao ser aprovada pelo parlamento, é dotada de uma dignidade especial⁷¹, que é também especialmente relevante enquanto instrumento de interpretação do texto constitucional, pois a “*interpretação conforme a constituição das leis é, por conseguinte, em sua repercussão sobre a interpretação constitucional, interpretação conforme à lei da Constituição*”⁷². O controle de constitucionalidade e a interpretação constitucional sem a formação de precedentes vinculantes e, portanto, sem *stare decisis*, anula a presunção de constitucionalidade das leis.

O racionalismo buscou conceder ao Direito um caráter lógico, exato e demonstrável. SAVIGNY já criticava os exageros cometidos pelos juristas de que somos herdeiros.

A dogmática exerceu um papel duplo:

- a) Aprisionou o juiz, libertando-o do absolutismo monárquico;
- b) Através da certeza do direito instituído em um Código, impediu, ou ao menos, dificultou as tentativas das classes dominadas de insurgirem-se contra a ordem estabelecida⁷³.

Nosso sistema permanece preso à suposição de que os juízes seriam as meras “*bocas da lei*”, e, portanto, irresponsáveis⁷⁴.

O instrumento da ideologia racionalista no processo civil é o processo de conhecimento, vocacionado para as demandas plenárias⁷⁵, no qual o tempo do processo é atribuído ao réu.

A concepção brasileira da *ampla defesa* está presa ao paradigma racionalista⁷⁶, o mesmo ocorrendo com a atribuição pelo sistema do tempo do processo ao réu, o que se centra na resistência em admitir a discricionariedade do juiz⁷⁷.

⁷¹ FERRERES COMELLA, Víctor. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 36 e 38.

⁷² HESSE, 1998, p. 75.

⁷³ SILVA, O., 2004, p. 25.

⁷⁴ SILVA, O., 2004, p. 27. No mesmo sentido, MARINONI, ARENHADT & MITIDIERO, 2015, v. I, parte I, pontos 2.2 a 2.4 e 6.1.

⁷⁵ SILVA, O., 2004, p. 27.

⁷⁶ SILVA, O., 2004, p. 164. No mesmo sentido, analisando a relação entre a ideologia que reduz o processo à mera técnica e a atribuição do tempo do processo ao autor, MARINONI, ARENHADT & MITIDIERO, 2015b, v. I, parte 2, ponto 2.2.2.

⁷⁷ Até mesmo alguns autores brasileiros modernos resistem em admitir a existência de discricionariedade na prolação de sentença. J. J. Calmon de PASSOS, por exemplo, a nega (PASSOS, 2000, p. 88).

Isso nada mais é do que um reflexo da teoria declaratória da jurisdição. Se o direito preexistisse à interpretação, cabendo ao juiz meramente declará-lo, não haveria discricionariedade nem poder a ser controlado, sendo os precedentes desnecessários, pois a unicidade do texto propiciaria a segurança jurídica. A realidade do dia a dia demonstra o contrário.

A interpretação moderna é unânime quanto à existência de margem de discricionariedade política por parte do intérprete, exigindo o uso de precedentes para o controle do poder (entre vários outros SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge, Massachusetts, USA, 2009, pp. 30 e 129; SCALIA, 2012, posições 331 a 338 e 422; MANNING, John F. Separation of Powers as Ordinary Interpretation. **Harvard Law Review**, Cambridge, Massachusetts, v. 124, p. 1939-

Se o custo processual, representado pelo tempo, fosse distribuído com maior equidade, o Poder Judiciário tornar-se-ia mais ágil e a justiça seria prestada com maior celeridade.

Se isso for impossível, que se transfira, ao menos, ao julgador o poder de dispor, caso a caso, sobre o ônus da sucumbência, como acontece em outros sistemas, especialmente àqueles filiados à *common law*, se o sistema permitir tamanha ousadia, posto que os juízes, segundo um dos alicerces do sistema – hipoteticamente –, não dispõem de *discrecionarietà*⁷⁸.

Sabemos, embora nem todos tenham a disposição de confessá-lo, que o direito é uma ciência da cultura, que labora com verdades contingentes, situando-se muito distante da matemática e muito próximo das ciências históricas; que o Direito, afinal, é uma ciência da *compreensão*, não uma ciência *explicativa*; que o juiz, ao contrário do que desejava Chiovenda, tem, sim, vontade e que o ato jurisdicional é necessariamente *discrecionário*⁷⁹.

A linguagem jurídica, por ser ambígua e vaga, dá ensejo, invariavelmente, a interpretações diferentes. [...] não existe nenhum método interpretativo obrigatório sendo que, em geral, há concorrência de diferentes ideias metodológicas, de modo que a escolha entre elas já exige uma decisão⁸⁰.

Ao recursar-se a admitir a discrecionarietà judicial, o sistema não prevê meios para o controle do arbítrio judicial, que cresce dia a dia com a politização do judiciário, chegando ao ponto do afastamento, por inconstitucionalidade, das normas com as quais o Juiz simplesmente discorda⁸¹.

O reconhecimento do poder do Juiz de gerenciar o tempo do processo é uma exigência da isonomia e uma marca da jurisdição no Estado Social Contemporâneo. O Código Buzaid,

2040, especialmente pp. 1994 e ss., jun. 2011. Disponível em <http://harvardlawreview.org/2011/06/separation-of-powers-as-ordinary-interpretation/>. Acesso em 05 mar. 2016).

KELSEN, ao admitir o caráter constitutivo da jurisdição, é claro e direto ao expor a existência de discrecionarietà na escolha de uma dentre as interpretações possíveis (2003, p. 168).

O texto da Constituição, por exemplo, não contém cláusulas pétreas, apenas indicações gerais quanto ao seu conteúdo. Um exemplo claro disto é o art. 60, IV, da CRFB, que determina que não será objeto de deliberação a Proposta de Emenda Constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais. O direito dos menores a serem punidos com base em legislação especial e serem considerados inimputáveis, para fins penais, é evidentemente uma cláusula pétrea (CRFB, art. 228). O art. 228 determina que os menores de **dezoito** anos são abrangidos por essa garantia. Três interpretações são possíveis:

- I) Menores de dezoito anos são inimputáveis e sujeitos à legislação especial (TELLES, Lúcio Feres da Silva. A intangibilidade da maioridade penal estabelecida na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 92, p. 233-244, jul-set/2015);
- II) Menores são inimputáveis e sujeitos a legislação especial, podendo o limite de idade ser alterado por PEC (CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações acerca da redução da maioridade penal. **Revista dos Tribunais Nordeste**, São Paulo, v. 2, p. 117-134, nov-dez/2013);
- III) Os menores de dezoito anos, na data da PEC, são inimputáveis e sujeitos à legislação especial, podendo o limite de idade ser reduzido por Emenda Constitucional que deverá ter uma *vacatio* igual a, no mínimo, o tempo da redução da menoridade.

É evidente que a opção por uma dentre as três leituras acima dependerá da visão política do intérprete, que tem discrecionarietà para optar. Como não há interpretações neutras, a democracia criou intérpretes institucionais.

⁷⁸ SILVA, O., 2004, p. 213.

⁷⁹ SILVA, O., p. 28.

⁸⁰ DUQUE, 2014, pp. 194-195.

⁸¹ HORBACH, 2007, p. 89.

ao atribuir este ônus invariavelmente ao réu, prolonga ilegalidades e fortalece situações construídas à margem do Estado de Direito.

O sistema processual civil, para atender aos direitos fundamentais de ação e de defesa, dando tratamento igualitário ao autor e ao réu, deve tratar o tempo como um ônus e não como algo indiferente e neutro às posições das partes no processo. Nessa dimensão deve se preocupar com a distribuição racional do ônus do tempo do processo, pois de outra forma será impossível alcançar um processo que espelhe o princípio da isonomia⁸².

1.1.3. Fundamentação e Instrumentalidade

Cappelletti inicia a crítica ao racionalismo judicial salientando que a própria palavra *sentença* deriva de *sentir*, aproximando-se de *sentimento*, aduzindo ser inegável a distinção entre a *fundamentação real*, os motivos reais que levaram o julgador à decisão, e a justificação formalmente colocada no corpo da sentença⁸³.

A motivação da decisão judicial serve como indício das escolhas de valor feitas pelo Juiz e dos seus condicionamentos. A interpretação da motivação como signo próprio, partindo da determinação da sua estrutura lógica com relação a sua função no contexto da sentença⁸⁴, assim como os requisitos legais para a validade da fundamentação (CPC/15, art. 489, §§ 1º e 2º), partem da evidente admissão de que o juiz, ao sentenciar, não se limita à “mera aplicação do direito”, tendo ampla discricionariedade e poder, que precisa, portanto, ser controlado.

TARUFFO distingue duas funções da motivação: a *endoprocessual*, voltada ao contexto recursal e a *extraprocessual*, esta última com claro conteúdo constitucional de controle do poder, como podemos ver no trecho abaixo.

A constitucionalização do dever de motivação é um fenômeno cuja amplitude [...] não pode ser de modo nenhum subvalorizada. [...] Por outro: as fontes normativas. Quase todos os códigos processuais de *civil law*, já à partir do século XIX, continham o dever de motivação da sentença cível no âmbito da disciplina ordinária dos provimentos do juiz. [...] Mais ainda, a conhecida explicação segundo a qual a motivação serviria às partes para valorar acerca da oportunidade de recorrer da sentença e ao juízo recursal para analisar o fundamento da sentença impugnada. Por razões desse gênero formulei uma distinção entre a função *endoprocessual* da motivação, conexa ao problema da impugnação, no sentido acima destacado, e a função *extraprocessual* da motivação, que pode ser compreendida somente no contexto das garantias fundamentais da administração da justiça, típicas do Estado democrático moderno. Esta segunda função é estreitamente conexa ao conceito democrático do exercício de poder, segundo o qual quem exercita um poder deve justificar o modo pelo qual o fez, submetendo-se, portanto, a um *controle externo difuso* das razões pelas quais o exercitou daquele modo⁸⁵.

⁸² MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. I, parte , parte III, ponto 6.4.

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. Ideologie nel diritto processuale. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milão, ano XVI, 1962, p. 193-219, especialmente pp. 193-194.

⁸⁴ TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Cível**. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 78.

⁸⁵ TARUFFO, 2015, introdução à edição brasileira, pp. 20-21.

A **instrumentalidade do processo** coloca o direito processual a serviço do direito material, do qual tenderia a garantir a efetividade, especialmente nos casos em que este não é observado espontaneamente.

A perfeição de um sistema processual deriva de sua capacidade de adaptar-se sem incoerências e discrepâncias quanto a sua natureza a finalidade.

Como as ideologias são o fundamento do direito material, público e privado, bem como dos seus institutos, a principal porta de entrada das ideologias, no processo, seria pela instrumentalidade⁸⁶.

Importante aqui salientar a diferença essencial entre o contexto Europeu e o brasileiro. Enquanto Cappelletti queixa-se do atraso do processo italiano ao seguir a ideologia subjacente ao direito material, no Brasil observamos o fenômeno oposto: nosso direito substantivo é avançado, expressando ideologias adaptadas ao Estado Social Contemporâneo, enquanto o processo permanece preso à realidade de um Estado Liberal do século XVIII e da primeira metade do século XIX.

Cappelletti lembra que os juízes, como homens inseridos no seu tempo, participam da mentalidade dominante⁸⁷.

A livre apreciação da prova pelos juízes seria decorrência direta da mudança do paradigma medieval para o racional, que gerou duas transformações fundamentais:

- I) O método indutivo experimental, inerente ao paradigma racionalista, fez com que as provas passassem a ser avaliadas, e não mais contabilizadas mecanicamente com base em critérios preconcebidos;
- II) A ideologia da igualdade, inerente ao racionalismo, contraposta à visão hierárquica inerente ao sistema dos pesos das provas legais⁸⁸.

A igualdade também ampliou a importância do contato concreto, eficiente, humano, direto e pessoal entre o julgador e as partes, as testemunhas e as provas, constituindo-se no núcleo essencial tanto da livre apreciação da prova como da oralidade processual⁸⁹.

A natureza instrumental do processo é salientada por Cappelletti nos trechos abaixo, onde salienta a influência da disponibilidade do direito material discutido em juízo sobre a relação processual.

Ma le conseguenze della natura strumentale del diritto processuale si rilevano [...] riguardanti il rapporto delle parti e del giudici con il processo, anzi, più esattamente, con *l'oggetto del processo*.

Oggetto del processo è il rapporto giuridico sostanziale o lo *status* sostanziale, ch'è dedotto in giudizio che è "affermato" cioè in giudizio e di cui la parte afferma altresì il "bisogno di tutela giurisdizionale".

⁸⁶ CAPPELLETTI, 1962, pp. 195-196.

⁸⁷ CAPPELLETTI, 1962, p. 197.

⁸⁸ CAPPELLETTI, 1962, pp. 198-199.

⁸⁹ CAPPELLETTI, 1962, p. 199.

[...] la natura del rapporto o dello *status* sostanziale dedotto in giudizio, e in particolare la natura *disponibile* o *indisponibile* di quel rapporto o di quello *status* influisce profondamente sulle regole tecniche processuali⁹⁰.

1.1.4. O Estado Social Contemporâneo e a Alteração dos Princípios da Demanda e Dispositivo

Cappelletti afirma que o problema ideológico fundamental do século XX seria o caráter social ou socioeconômico do direito no Estado atual⁹¹.

O enquadramento de direitos nos campos do direito público ou do direito privado, e consequentemente seu caráter disponível ou indisponível, deriva do modo como eles são concebidos em cada época e local.

A alteração da disponibilidade do direito afeta diretamente aos princípios da demanda e dispositivo, que veda a atuação *ex officio* do juiz, assim como o princípio da correspondência, conexo aos dois primeiros, segundo o qual também as exceções devem ser opostas pelas partes e não de ofício pelo julgador⁹².

Quando a disponibilidade do direito é abolida, como nos Estados comunistas, o Juiz tem ampla margem de atuação de ofício⁹³.

Cappelletti elogia abertamente o Código de Processo Civil austríaco (*Zivilprozessordnung – ZPO*) de 1895, redigido por Franz Klein, que tinha um caráter social e que ampliou consideravelmente os poderes do Juiz dentro do quadro do Estado Social Contemporâneo.

O ZPO austríaco de 1895 atribuía ao Juiz os poderes necessários para avaliar as provas, atribuindo às partes deveres de esclarecimento, completude e veracidade, buscando moralizar e socializar sua conduta no processo, em um modelo de cooperação.

Ainda assim, o ZPO/1895 não liberou o Juiz do princípio da demanda, mas determinou que o Juiz saísse da passividade e do neutralismo com que sua função é concebida nos limites do processo comum dominante no paradigma racionalista.

Klein julgava haver, no que se refere ao Estado e aos seus institutos, três pontos de vista: o individualista, o social e o autoritário, inclinando-se pela visão social⁹⁴.

Identificamos a visão individualista com o paradigma racionalista oitocentista, a autoritária com os totalitarismos comunistas e nazistas. Ambos esmagam o indivíduo. O

⁹⁰ CAPPELLETTI, 1962, p. 200.

⁹¹ CAPPELLETTI, 1962, p. 201.

⁹² CAPPELLETTI, 1962, pp. 202-203.

⁹³ CAPPELLETTI, 1962, pp. 205-206

⁹⁴ CAPPELLETTI, 1962, pp. 207-208.

primeiro centra-se na igualdade meramente formal, negando proteção ao indivíduo e sujeitando os mais fracos à exploração. O segundo centra-se na igualdade material, esquecendo a formal e sujeitando o indivíduo à exploração pelos detentores do poder estatal.

A democracia moderna é inviável sem o equilíbrio entre as duas dimensões da igualdade.

O direito seria a *praxis* que realizaria, em cada caso, os princípios internos (de justiça) de cada esfera distributiva. Esses princípios não são disponíveis para o legislador e o juiz: a inobservância desses princípios é tirania.

[...] No tocante à justicialidade, cabe ao juiz “dizer o justo”. Deve se guiar pelas leis, na medida em que estas declaram (justo natural) ou instituem o justo (justo positivo)⁹⁵.

No mesmo sentido, CAPPELLETTI salienta a necessidade de compensar as diferenças sociais com diferenças jurídicas, salientando que o contato direto do Juiz com as partes não lhe retira a imparcialidade. A atuação do juiz, entretanto, tem sempre caráter meramente auxiliar, nunca substitutivo das partes, permanecendo limitada pela demanda deduzida em juízo, pelos limites objetivos da demanda e pelas exceções materiais opostas⁹⁶.

Quando se faz necessária uma atuação mais efetiva do Estado do que a permitida pela atuação em caráter meramente auxiliar do juiz, Cappelletti recomenda que esta seja procedida por um órgão público bem diferenciado do juiz, como o Ministério Público, sob pena da transformação do processo em um instrumento inquisitorial, como ocorre às vezes no processo penal⁹⁷.

De fato, o CPP brasileiro, no inciso II do art. 156, com a redação determinada pela Lei nº 11.690/2008, que permite que o Juiz determine de ofício, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, a realização das diligências necessárias para dirimir dúvida sobre ponto relevante, suprimindo falhas do órgão acusatório e evitando a absolvição por falta de provas, é visto como flagrantemente inconstitucional por Eugênio Pacelli⁹⁸. O STF, entretanto, até o presente momento, não manifestou sua posição, mantendo a norma sua presunção de constitucionalidade.

Cappelletti, analisando os amplos poderes do Juiz do *common law*, entende que se possa falar em publicização do processo civil anglo-saxão⁹⁹.

1.1.5. Necessidade de adequação do processo civil à realidade contemporânea

⁹⁵ BARZOTTO, 2005, pp. 32-33.

⁹⁶ CAPPELLETTI, 1962, pp. 208-209.

⁹⁷ CAPPELLETTI, 1962, p. 210.

⁹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 289.

⁹⁹ CAPPELLETTI, 1962, p. 212.

As soluções eficazes e racionais se impõem, sendo adaptadas e seguidas pela maioria dos países democráticos. Da mesma forma, o processo, como instrumento, deve adequar-se ao seu objeto, mas todo objeto impõe, por sua técnica operativa, regras que devem ser respeitadas para a consecução dos seus fins. Estas regras, por vezes, assumem uma validade por si próprias, prescindindo do objeto a que servem, possuindo uma racionalidade relativa, sendo este um dos aspectos da autonomia do direito processual¹⁰⁰.

Um dos maiores e mais antigos perigos do direito processual deriva do excessivo distanciamento do homem real. A autonomia do processo civil exige abstração do objeto material do processo, mas não de todos os seus fundamentos extrajurídicos¹⁰¹.

Cappelletti defende a publicação dos votos vencidos, que relaciona com a evolução do direito e com a própria democracia, lembrando a sua função na evolução do *common law*¹⁰².

O formalismo dogmático, que limita o direito a sua estrutura formal, é visto como insuficiente na democracia moderna, embora não tenha perdido sua validade, pois a interpretação tem limites e funções distintas conforme a competência do órgão¹⁰³.

A interpretação e a aplicação das normas pelos juízes exigem a compreensão da história dos valores e das ideias, assim como do momento ideológico em que foram publicadas¹⁰⁴.

A tendência à progressiva harmonização das legislações é comparada por CAPPELLETTI com a expansão e a universalização do direito romano. A propensão internacional à harmonização do direito é visível até mesmo no plano constitucional, onde por exemplo o controle jurisdicional de constitucionalidade chegou à Inglaterra¹⁰⁵ e à França¹⁰⁶, focos internacionais e históricos da teoria da *Soberania Parlamentar*.

Cappelletti afirma que, diante deste movimento unificador do direito, todo nacionalismo é ridiculamente ultrapassado. Este movimento unificador derivaria do triunfo da

¹⁰⁰ CAPPELLETTI, 1962, pp. 213-214.

¹⁰¹ CAPPELLETTI, 1962, p. 214.

¹⁰² CAPPELLETTI, 1962, p. 215.

¹⁰³ CAPPELLETTI, 1962, p. 216.

¹⁰⁴ CAPPELLETTI, 1962, pp. 216-217.

¹⁰⁵ Na Inglaterra o controle de constitucionalidade iniciou com as declarações de incompatibilidade, sob o *Human Rights Act*, de 2000. Em 2005 foi aprovado o *Constitutional Reform Act*, com base no qual foi criada, em 2009, a Suprema Corte. SOUZA JR. & REVERBEL (2016, pp. 143-157) demonstram que o controle de constitucionalidade inglês não é puramente jurisdicional.

¹⁰⁶ A regulamentação do controle de constitucionalidade a posteriori foi introduzida pela Lei Orgânica 2009-1523, de 10/12/2009, na Ordonnance 58-1067, de 1968, especialmente nos novos artigos 23-1 a 23-13. O controle entrou em vigor, conforme o disposto no art. 23-4, em 01/03/2010. O expediente deve ser proposto, em matéria cível, perante a Corte de Cassação e, em matéria administrativa, perante o Conselho de Estado, a última instância para estas matérias. Em matéria penal, pode o juiz de segundo grau propor o incidente (art. 23-1). Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são normalmente *ex nunc*, podendo ser modulados e escolhido um termo posterior para a invalidação da norma (mas nunca *ex tunc*) e a decisão vincula a administração (art. 62 da Constituição).

ideologia dominante nas principais democracias ocidentais e envolveria a aproximação entre o *common law* e o sistema romano-germânico-canônico¹⁰⁷.

A mescla de elementos do *common law* em países vinculados ao sistema romano-germânico-canônico é especialmente sensível na América Latina¹⁰⁸, onde predominam os modelos mistos de controle de constitucionalidade¹⁰⁹.

1.2. Anacronismo ideológico no desenvolvimento do processualismo brasileiro

1.2.1. História e desenvolvimento do processualismo

No início do século XX havia três modelos doutrinários de processo civil na Europa continental, o **processo reformado pelos déspotas iluminados**; o **processo liberal, particularmente o napoleônico e os seus derivados italiano e alemão** e o **processo autoritário**, como explica TARELLO.

All'inizio di questo secolo, i modelli di processo civile che la dottrina – ed in particolare la dottrina italiana – aveva innanzi agli occhi erano essenzialment tre, ed erano i tre modelli di processo che, nell'Europa continentale, si erano svolti nell'epoca moderna in quanto reazione diretta o indiretta al processo di diritto comune. Si trattava dei tre modelli costituiti: **dal processo reformato dei sovrani illuminati (in particolare dal processo giuseppino)**; **dal processo liberale (in particolare dal processo napoleonico)**, e **dai suoi derivati come l'italiano ed il germanico; dal nuovo (allora) processo autoritario** (cioè il processo austriaco dopo la riforma attuata da Klein)¹¹⁰.

O primeiro deles, o processo reformado, especialmente o *Allgemeines gerichtshordnung*, promulgado em 1781 pelo Kaiser do Sacro Império Romano-Germânico, José II da Áustria:

- I) Atribuía ao Juiz uma ampla jurisdição.
- II) Condicionava a demanda judicial à aprovação pelo juiz.
- III) Permitia ao magistrado agir de ofício em uma série de casos ao longo do processo.
- IV) Confiava ao juiz, desde o início, toda a direção do procedimento e
- V) Mantinha um procedimento integralmente escrito¹¹¹.

¹⁰⁷ CAPPELLETTI, 1962, p. 218.

¹⁰⁸ CAPPELLETTI, 1962, p. 218.

¹⁰⁹ REVERBEL, 2012, pp. 11-12, 71, 241-242. O problema é que esta mescla foi efetuada sem qualquer preocupação de ajuste entre as técnicas e as instituições jurídicas vigentes em cada país. O objetivo fundamental da presente tese é o de demonstrar a viabilidade da correção institucional, ao menos na esfera cível brasileira, com o uso da nova legislação processual (o CPC/15) e da moderna visão interpretativa a ela subjacente.

¹¹⁰ TARELLO, Giovanni. **Dottrine del processo civile**: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 10, grifamos.

¹¹¹ TARELLO, 1989, pp. 11-13.

O segundo deles, e o que mais interessa pela influência sobre o Código Buzaid, foi o processo liberal, que abrangeu todas as codificações do processo civil na Europa continental no século XIX, com exceção da austríaca de Klein. Todas as legislações liberais tinham uma série de princípios em comum, originando um modelo processual típico. Essas características comuns eram:

- I) Não continham muitos procedimentos especiais e eram raras as disposições de jurisdição voluntária.
- II) O processo napoleônico não subordinava a admissão da demanda a aprovação pelo magistrado, pois esta era objeto de absoluta disposição pelos particulares.
- III) Este modelo se fundava no princípio da demanda, entendido no sentido mais rigoroso, reduzindo a discricionariedade do juiz. As partes não tinham colaboração alguma do Juiz na dilação probatória.
- IV) Este processo confiava às partes a disposição do processo. São as partes, e não o juiz, que determinam o tempo do processo.
- V) O processo napoleônico-liberal foi considerado, quando comparado ao romano-canônico e ao austríaco de José II, um processo oral público, pois contemplava uma audiência oral e pública da causa. Apesar disto, todo o procedimento, até a audiência, se desenvolvia por escrito. Ademais, a jurisdição cível e penal, no âmbito da função jurisdicional, eram claramente distintas¹¹².

O terceiro modelo processual da Europa do início do século XX era o processo autoritário, impulsionado pelo magistrado e sujeito a sua disposição, sendo representado pela reforma processual austríaca de Franz Klein, que entrou em vigor em 01/01/1898. Sua defesa por Chiovenda e seus discípulos influenciou sobre a elaboração do Código Buzaid. Suas características eram:

- I) O impulso oficial do juiz;
- II) Paralelamente, introduzia a oralidade e a publicidade;
- III) O Juiz austríaco podia, por iniciativa própria, determinar meios de prova não requeridos pelas partes¹¹³.

TARELLO explica a influência da tendência ao direito abstrato de ação, defendido pela Escola da Jurisprudência dos Conceitos no início do século XX, sobre a elaboração da obra de Chiovenda, especialmente do seu conceito de ação, no sentido procedimental de demanda.

¹¹² TARELLO, 1989, pp. 14-16.

¹¹³ TARELLO, 1989, pp. 17-22.

Il coronamento di tale tendenza [ao direito abstrato de ação], **proprio negli anni in cui Chiovenda iniziava sua attività**, era costituito dall'opera di Lodovico Mortara ed in particolare dal suo *Commentario*; in tale opera **l'azione nel senso procedurale di "domanda" era illustrata come la mera affermazione (nelle forme giudiziali) di un diritto (non necessariamente esistente, non necessariamente creduto in buona fede esistente, ma semplicemente affermato) in contrasto con una affermazione di diritto o con una situazione di fatto contraria o incompatibile, volta a ottenere la applicazione di una norma da parte del magistrato** in modo de risolvere autoritativamente il contrasto o il rapporto litigioso¹¹⁴.

No que pertine à teoria geral do processo, Chiovenda subverte a visão então dominante da separação de poderes, atribui um caráter cognoscitivo à atividade jurisdicional em geral e defende a instrumentalidade do processo civil com relação ao direito civil com a conexa passividade do Juiz cível¹¹⁵.

O pensamento jurídico de Chiovenda manteve-se preso à ideologia do início do século XX, insurgindo-se contra os princípios liberais, na defesa da ideologia autoritária, como o demonstra TARELLO.

L'opera di Chiovenda si coloca chiaramente agli albori di una tendenza ideologica e istituzionale, nell'Italia del primo vintennio del secolo, al ribaltamento dei presupposti e di principi organizzativi dello Stato liberale, nella direzione di una organizzazione statale autoritaria. [...] L'opera di Chiovenda, como si è caratterizzata seguendola pedissequamente nel suo svolgimento, esemplifica assai bene, in un settore particolare dell'organizzazione giuspolitica, la continuità – culturale, istituzionale e delle persone – tra il periodo giolittiano e quello fascista; con essa, fanno il loro ingresso in Italia schemi di organizzazione tecnicopolitica che saranno poi recepiti nell'opera di sistematizzazione giuridico-organizzativa del regime fascista [...]¹¹⁶.

Assim como Chiovenda, Carnelutti também colaborou ativamente com o governo fascista¹¹⁷.

Em seu projeto de CPC (1926) Carnelutti considerou que a função do ordenamento processual era a resolução de conflitos de interesses, definindo *lide* como o conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida no art. 87 do seu projeto. Ao contrário da visão Chiovendiana, centrada na ação, para Carnelutti a lide se apresenta como *demanda*, permitindo-se ao autor alterar o pedido, aditar *questões* e alterar a demanda, desde que a lide não se altere.

A jurisdição voluntária foi considerada mera atividade administrativa. Desenvolvendo a tendência do autoritarismo no processo civil, foi limitado o princípio dispositivo, atribuindo-se ao Juiz poderes de direção e controle sobre o desenvolvimento e o tempo do processo. A execução foi considerada uma tarefa executiva dirigida pelo juiz¹¹⁸.

¹¹⁴ TARELLO, 1989, p. 151, grifamos.

¹¹⁵ TARELLO, 1989, pp. 165-166.

¹¹⁶ TARELLO, 1989, pp. 213-214.

¹¹⁷ TARELLO, 1989, p. 215.

¹¹⁸ TARELLO, 1989, pp. 227-237.

Chiovenda foi um expoente da geração neopandectista italiana, instrumentando uma visão política do direito. Para tanto, buscou três fins: 1) a inclusão do conceito da *ação* na ciência do direito processual; 2) a construção teórica do conceito do *direito potestativo* e 3) a sobreposição do conceito alemão do direito abstrato de ação a uma legislação processual elaborada com base no modelo napoleônico-liberal.

Chiovenda entendia que o Estado tinha interesse na aplicação das leis e que os cidadãos seriam mero objeto da aplicação das leis. Sua intenção, especialmente, mas não somente em 1903, foi a de subverter a relação entre o poder do Estado-Juiz e as partes, reformando o processo civil na direção do autoritarismo¹¹⁹.

Os três grandes processualistas italianos da primeira metade do século XX – Chiovenda, Carnelutti e a primeira fase de Calamandrei -, assim como Liebman, elaboraram suas doutrinas sob forte influência da Escola da Jurisprudência dos conceitos, permitindo instrumentar um Estado Liberal Clássico, jamais o Estado Social Contemporâneo.

O Estado Liberal Clássico (ELC), cuja principal função era a de garantir a liberdade dos cidadãos, a ordem e a concórdia internas, mantendo-se o mais ausente possível das atividades econômicas e sociais, não intervindo na vida econômica e social dos cidadãos¹²⁰ foi caracterizado por uma rígida delimitação do poder de intervenção na esfera jurídica privada.

A interpretação do direito que se aproxima da época da Revolução Francesa, da ideia de que o Juiz deve apenas afirmar as palavras da lei, é a formalista ou cognitiva. Nesta escola de interpretação, entende-se que a “norma jurídica”, o sentido da lei, está implícito no texto da norma. O Juiz interpreta para afirmar o que está expresso implicitamente na redação normativa¹²¹.

No ELC a função do Juiz é, portanto, apenas a de declarar, na sentença, a norma previamente contida no texto da lei. Como o direito liberal clássico preocupava-se fundamentalmente com a defesa do cidadão diante do Estado, imaginava-se que seria fundamental manter o Estado longe da esfera dos particulares. Como o Estado liberal não buscava a igualdade material nem promovia políticas públicas, qualquer interferência do Estado junto aos particulares era vista como indevida¹²².

¹¹⁹ TARELLO, 1989, pp. 244-246.

¹²⁰ SOUZA JR., Cezar Saldanha. **Consenso e Tipos de Estado no Ocidente**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002a, pp. 36-37.

¹²¹ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015a, pp. 25-26.

¹²² MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015a, pp. 26-28.

Como o Juiz não podia dar ordens às partes, LIEBMAN afirma que toda obrigação se resolvida em perdas e danos¹²³ e a execução era regida pela tipicidade, pois não se admitia que o Juiz dispusesse de poder. A sentença seria um mero silogismo, residindo o poder no direito positivo, carecendo o Juiz de discricionariedade, assim como do poder de decidir com base em mera verossimilhança, pois a administração do tempo do processo supõe poder. Recusando-se a admitir o poder dos juízes, o Estado Liberal optou pela manutenção do *stato quo*, agarrando-se à ficção da coisa julgada¹²⁴.

1.2.2. Caráter oitocentista do CPC/73

Mitidiero e Dinamarco relatam a história do processualismo brasileiro e demonstram a visão arcaica a que está preso o CPC/73.

O processo civil nasceu, como ramo autônomo, na Alemanha, em 1868, com a publicação da clássica obra de Oskar Bülow sobre as exceções e os pressupostos processuais. A este junta-se Adolf Wach, que desenvolve o direito processual civil a partir da relação jurídica processual no seu manual, publicado em 1885 e no seu estudo sobre a ação declaratória negativa, de 1888¹²⁵.

Chiovenda liga a cultura processual alemã à italiana. Influenciado por Wach, segue o método histórico dogmático, praticado no séc. XIX. Supera Wach ao conceber as funções processuais de conhecimento, execução e cautelar, embora não tenha conferido maior atenção às duas últimas, apenas mencionadas no primeiro volume de suas *Istituzioni di diritto processuale civile*, publicada em 1934. Estas receberiam maior atenção por Calamandrei, em 1936, e por Liebman em 1931 e em 1946.

Os três – Chiovenda, Calamandrei e Liebman – buscam uma pureza conceitual, nos moldes da jurisprudência dos conceitos alemã do século XIX, separando o processo do direito material para analisa-lo com conceitos simplesmente processuais: conhecimento, execução e cautela¹²⁶.

A chegada de Liebman ao Brasil desenvolve o método da Escola Histórico-Sistemática. Em São Paulo, Liebman ministrou cursos de extensão universitária na USP, desde 1941, reunindo-se aos sábados com um pequeno grupo – Luís Eulálio de Bueno

¹²³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução** (1946). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 232-234.

¹²⁴ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015a, pp. 28-31.

¹²⁵ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**, São Paulo, ano. 35, n. 183, p. 165-194, especialmente pp. 167 e 170, 2010.

¹²⁶ MITIDIERO, 2010, pp. 170-172.

Vidigal, Benvido Aires, Bruno Affonso de André, José Frederico Marques e Alfredo Buzaid - para discussão de temas selecionados. Em 1964 Alfredo Buzaid entrega o Anteprojeto que deu origem ao CPC/73¹²⁷.

No anteprojeto é visível a influência da processualística alemã do final do séc. XIX e italiana da primeira metade do séc. XX. O anteprojeto era estruturado em **processo de conhecimento, de execução e cautelar**. Sua obra centrava-se em **processos que podiam ser tratados de forma abstrata, alheios ao direito material**¹²⁸.

A execução é vista como uma atividade necessariamente posterior à cognição. O Juiz não podia dar ordens às partes, limitando-se às medidas sub-rogatórias. A execução não conteria cognição, pois as partes não estariam no mesmo nível, tendo sido desniveladas pelo título executivo que já indicaria que uma das partes tem razão¹²⁹.

O processo cautelar seria dependente e acessório do processo de conhecimento ou de execução, sem função satisfativa¹³⁰.

A ideologia subjacente ao Código Buzaid é a realidade social da Europa do final do século XIX e as relações sociais do Brasil no CC/16¹³¹.

O CPC/73 foi, portanto, pensado para uma sociedade rural, anterior às relações de massa e, fundamentalmente, alheia às demandas diante de grandes litigantes habituais, como as do Estado Social Contemporâneo. Via as partes como produtores rurais, para os quais o tempo do processo não geraria um ônus excessivo. Neste sentido leciona MITIDIERO.

É fundamental perceber que o Processualismo impôs à ciência processual uma atitude neutra em relação à cultura. Ao fazê-lo, acabou perenizando determinado contexto cultural. **Ao isolar o direito da realidade social, congelou a história no momento da realização de seu intento. O direito processual civil, ao seguir o programa da pandectística, encampado logo pelo método italiano, veio a reproduzir ao longo de boa parte do século XX a realidade social do século XIX.**

O Código Buzaid teve por base a cultura dos oitocentos, seja porque alimentado pelo Processualismo europeu que a pressupunha, seja porque teve por referencial de situações substanciais o Código Civil de 1916, igualmente embevecido em enorme parte pelas ideias do *Code Civil* (1804) e, indiretamente, pelas lições de Savigny, dada a influência do Esboço, de Teixeira de Freitas, na sua redação¹³².

Relembrando a classificação de Franz Klein, no que se refere às instituições estatais, estudada por CAPPELLETTI¹³³, em individualista, social e autoritária, o CPC/73 enquadra-

¹²⁷ MITIDIERO, 2010, pp. 175-176.

¹²⁸ MITIDIERO, 2010, pp. 176-178.

¹²⁹ MITIDIERO, 2010, pp. 179-180.

¹³⁰ MITIDIERO, 2010, pp. 180-181.

¹³¹ MITIDIERO, 2010, p. 182.

¹³² MITIDIERO, 2010, pp. 182-183, grifamos.

¹³³ CAPPELLETTI, 1962, p. 208.

se, claramente, como um código individualista, sem qualquer compromisso com questões sociais e metaindividuais¹³⁴, **adotando uma visão anterior ao surgimento do direito do trabalho e principalmente, do Estado assistencialista.**

Outro traço característico do Código Buzaid é o patrimonialismo, visível na relevância concedida à propriedade imobiliária e na mercantilização dos direitos, com a sacralização da autonomia individual e da incoercibilidade, limitando a execução ao patrimônio e a tipicidade da execução, vedando técnicas não expressamente regulamentadas no Código. A segurança jurídica é ligada à manutenção do *status quo* e a tutela jurisdicional apenas repressiva¹³⁵.

1.2.3. Inadequação do CPC/73 ao Estado Social Contemporâneo

Dinamarco salienta a relação necessária do processo, enquanto instrumento para a tutela dos direitos constitucionalmente garantidos, e da Constituição.

Fala-se na *jurisdição constitucional*, pensando-se agora diretamente na instrumentalidade do sistema processual à ordem social, econômica e política representada pela Constituição e leis ordinárias [...] ¹³⁶.

É natural que, como instrumento, o sistema processual guarde *perene* correspondência com a ordem constitucional a que serve [...] Em princípio, o processo acompanha as opções políticas do constituinte, as grandes linhas ideológicas sob o pátio constitucional. [...]

Compreende-se, pois, que o processo do Estado liberal não possa sobreviver nos regimes socialistas, nem esteja mais presente no Estado ocidental contemporâneo, de cunho social. O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultivar¹³⁷.

A ordem processual mostra-se ordinariamente mais lenta que a Constituição, na sua evolução gradual segundo a interpretação dinâmica (sociológica) dos textos. A causa mais aguda desse retardamento é o preconceito consistente e considerar o processo como *mero instrumento técnico* e o direito processual como *ciência neutra* [...] ¹³⁸.

A inadequação do processo civil brasileiro à ordem constitucional vigente é denunciada pela prevalência de níveis intoleráveis do princípio dispositivo, em um Estado intervencionista¹³⁹.

O CPC/73 é herdeiro do de 39, trazendo as mesmas características do código processual implementado pelo autoritário Estado Novo. A evolução, de 39 até hoje, decorre mais da doutrina e da jurisprudência do que do texto do Código Buzaid¹⁴⁰.

¹³⁴ MITIDIERO, 2010, p. 185.

¹³⁵ MITIDIERO, 2010, pp. 186-189.

¹³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo** (1987). 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 29.

¹³⁷ DINAMARCO, 2009, p. 33.

¹³⁸ DINAMARCO, 2009, p. 39, grifamos.

¹³⁹ DINAMARCO, 2009, p. 40.

¹⁴⁰ DINAMARCO, 2009, pp. 42-43.

O CPC/73 é completamente inadequado ao Estado Social contemporâneo, surgido em 1919! A atribuição do tempo do processo ao réu e a limitação dos poderes do Juiz o tornam incapaz de atuar como instrumento eficaz para o moderno Estado Brasileiro.

O descompasso entre o direito material brasileiro e o processo é um dos principais responsáveis pela ineficácia relativa de grande parte do ordenamento, como o CDC, a legislação previdenciária, o controle da corrupção, o sistema tributário.

Ademais, o juiz, no CPC/73, ao ser visto como irresponsável e destituído de margem discricionária, não é sujeito à mecanismos de controle.

A modernização do processo exige **duas mudanças fundamentais no papel do juiz: a concessão de poderes que lhe permitam equilibrar relações processuais e a consequente admissão de que o Juiz tem amplo poder discricionário, sujeitando-o, especialmente na jurisdição ordinária (1º e 2º graus), aos precedentes.**

O CPC/15, enquanto Código elaborado por uma coletividade, tem orientação ideológica distinta em suas várias partes. O processo de execução, por exemplo, permanece preso, em muitas de suas disposições, ao antigo paradigma do Juiz inerte e destituído de poder.

Entretanto, o CPC/15 vincula-se, na maior parte de suas disposições, a uma visão adequada ao Estado Social Contemporâneo, devendo ser integrado e interpretado neste sentido.

Abaixo relacionamos algumas disposições demonstrativas da nova visão encampada pelo CPC/15 e pela postura interpretativa a ele subjacente:

- I) **Admissão do precedente como fonte de direito**, com a consequência de que as **mudanças deste devam**, assim como as novas normas, **ter efeitos prospectivos** (CPC, arts. 535, § 6º e 927, § 3).
- II) Como a norma frequentemente comporta múltiplas interpretações, a vigência – e vitória na causa – dependerá mais da interpretação que do texto, como sintetiza Riccardo Guastini: “*descrever o direito não é interpretar os textos normativos, mas sobretudo reconhecer a interpretação vigente*”¹⁴¹.
- III) **Compreensão de que não basta à segurança jurídica a mera enunciação de normas, sendo necessário aplicá-las, o que exige simultaneamente celeridade e segurança na interpretação**, incrementando o uso de **precedentes** no Brasil.

¹⁴¹ GUASTINI, 2010, cap. VI, tradução nossa. Marcelo DUQUE (2014, p. 195) aplica a mesma visão ao direito constitucional e à função interpretativa das cortes constitucionais.

- IV) **A segurança na interpretação exige a ampliação do uso de precedentes vinculantes**, que até a vigência do novo CPC está limitada a poucas hipóteses (controle concentrado: ADI, ADC - Lei 9.868, art. 28, parágrafo único e ADPF - Lei 9.882, art. 10, art. § 3º e as Súmulas Vinculantes Lei 11.417, art. 2º, *caput* e § 3º; pairando alguma discussão acerca do caráter vinculante ou persuasivo das normas do § 7, I do art. 543-C, do art. 741, parágrafo único e do § 1º do art. 475-L, todos do CPC/73).
- V) **Introdução do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas para a solução das questões comuns de direito**, permitindo aos juízes e as partes, enfim, conhecerem o direito a ser aplicado, ao invés de reinventá-lo a cada nova aplicação, de modo diferente não somente para cada comarca, mas para cada assessor, ou, por vezes, para cada estagiário.
- VI) A ideia da Comissão presidida por Luiz Fux, que redigiu o anteprojeto, é evidente. Uma vez estabelecido o precedente a respeito de determinado tema, não havendo distinção entre o caso *sub judice* e o *leading case* que deu origem ao precedente, o direito é certo e o tempo do processo deve ser atribuído ao autor. Enquanto o Juiz do CPC/73 tem poder muito limitado, no CPC/15 o Juiz pode receber a inicial diretamente com a fixação de *astreintes* (CPC/15, art. 139, IV).
- VII) Outro ponto em que o novo Código marca a sua confiança no Juiz é na distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, §§ 1º e 2º), permitindo ao Juiz gerenciar o processo.

2. IRRACIONALIDADE E VIOLAÇÃO DOS NÍVEIS DO ORDENAMENTO

A jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária têm funções e características completamente distintas. Enquanto a primeira busca controlar o poder e determinar a interpretação vigente, publicando precedentes que tornem o direito conhecido, estável e seguro; a segunda busca aplicar o direito aos fatos *sub judice*.

A jurisdição constitucional pertine ao nível fundamental ou constitucional do ordenamento. A jurisdição ordinária pertine ao nível judiciário ou infra legal, organizando-se em juízes ordinários e em cortes de justiça, cuja função é a de resolver controvérsias e enriquecer o direito, firmando precedentes e, nesta medida, estabelecendo políticas, dentro dos limites estabelecidos pela lei e pelas Cortes de Vértice¹⁴².

Como todo poder, a jurisdição ordinária deve sujeitar-se a controles democráticos¹⁴³, seguindo a interpretação constitucional vigente no país, tal como estabelecida pela Corte Constitucional. O âmbito do controle a ser exercido sobre as cortes de justiça é jurídico.

As Cortes Supremas, entretanto, não são sujeitas a controle jurídico, pois são o ápice do ordenamento. O limite ao seu poder, assim como controle exercido pelo Senado (CRFB, art. 52, II e III, *a*) é político.

A jurisdição ordinária tem como características fundamentais o ser uma forma de regulação social, que confere às partes afetadas o direito de participarem do processo de elaboração da decisão, apresentando provas e argumentos perante um Juiz imparcial, institucionalizando uma forma de influência dos argumentos racionais nos assuntos humanos¹⁴⁴.

O uso de modelos processuais anacrônicos gera uma série de problemas, dentre os quais salientamos¹⁴⁵:

- I) Criação de regras *ex post facto*.
- II) Criação de regras desiguais.
- III) Avaliações ideológicas da constitucionalidade.
- IV) Uso indevido dos princípios constitucionais.

¹⁴² MITIDIERO, 2014, pp. 32-33.

¹⁴³ EASTERBROOK, Frank H. Preface. In. SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan A. **Reading Law: the interpretation of legal texts**. St. Paul, MN, USA: Thomson West, 2012, livro eletrônico, posição 258.

¹⁴⁴ FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, vol. 92, n. 2, Dec. 1978, pp. 353-409, especialmente pp. 357 e 364-366. Disponível em <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1340368?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21101310094827>>, acesso em 20/11/2011.

¹⁴⁵ Sobre o tema, ver GIORGI JR., Romulo Ponticelli. **Controle de constitucionalidade pelo juiz de primeiro grau**. Charleston, SC, USA: Create Space Independent Publishing Platform, 2015a, pp. 146-164.

V) Intromissões indevidas no mérito administrativo e

VI) Mutações constitucionais desprovidas de limites claros.

Estes problemas vêm se agravando desde o transplante institucional realizado em 1890, com a introdução do controle cumulado norte-americano, bem como os posteriores, com as tentativas de implementação progressiva do modelo separado alemão. Nenhum destes modelos foi adotado na íntegra, nem compatibilizado com o nosso ordenamento, gerando incoerência e ineficácia.

A inefetividade de institutos jurídicos transplantados é uma queixa comum em países em desenvolvimento. A segurança jurídica depende da efetividade do ordenamento, que deriva do controle do processo de produção jurídica e do desenvolvimento do direito pelo processo de tentativa e erro¹⁴⁶.

No final do século XIX e no início do século XX, por exemplo, a magistratura resistiu à implementação do controle de constitucionalidade¹⁴⁷. Na realidade, o Brasil da República Velha não era um Estado de Direito. O Estado não estava impedido de criar novas despesas claramente ilegais¹⁴⁸, os fiscais viviam na penúria, o que incentivava a corrupção¹⁴⁹ e as garantias constitucionais não abrangiam nem a magistratura estadual nem a militar¹⁵⁰.

Foi o esforço interpretativo e a obra de Carlos Maximiliano que alteraram o quadro. Em 1926, oito anos após a publicação dos seus comentários à CF/1891 (1918), a doutrina já entendia que a inamovibilidade estava implícita nas demais garantias concedidas à magistratura federal e que estas garantias abrangiam os juízes estaduais¹⁵¹, na esteira do que defendeu Carlos Maximiliano nos seus comentários¹⁵².

Do mesmo modo, a eliminação da sobreposição das jurisdições ordinária e constitucional, embora exigida desde a introdução do controle de constitucionalidade no Brasil pelos arts. 3º e 9º, parágrafo único, do Decreto nº 848, de 11/10/1890¹⁵³; especialmente

¹⁴⁶ BERKOWITZ, Daniel; PISTOR, Katharina & RICHARD, Jean-François. The Transplant Effect. **The American Journal of Comparative Law**, Ann Arbor, MI, USA, v. 51, n. 1, p. 163-203, especialmente pp. 164-165 e 189, winter 2003. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/3649143>. Acesso em 20 jan 2016.

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme & Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 742.

¹⁴⁸ CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **Tratados dos Impostos**. Estudo Theorico e Prático. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910, pp. 5, 65 e 66.

¹⁴⁹ SILVA, J. Resende. **A Repressão do Contrabando**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1923, pp. 113-114.

¹⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Apelação Cível nº 373. Decisão proferida em 09/11/1898.

¹⁵¹ DORIA, A. de Sampaio. **Princípios Constitucionais**. São Paulo, 1926, p. 76.

¹⁵² MAXIMILIANO, Carlos. **Commentários à Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918, pp. 565-583.

¹⁵³ BRASIL, 2016a.

após a constitucionalização dos direitos sociais na CF/1934¹⁵⁴, poderá ser atingida por meio da correta interpretação e aplicação do ordenamento.

Passemos, portanto, ao estudo da finalidade e das características da jurisdição constitucional.

2.1. Finalidade e características da jurisdição constitucional

2.1.1. Definição e finalidade da jurisdição constitucional

A expressão “*jurisdição constitucional*” deriva da visão de Kelsen do legislador negativo. Quando criou o modelo separado ou europeu-kelseniano de controle de constitucionalidade, o jurista austríaco buscou enfatizar a diferença entre o membro da Corte Constitucional e o legislador. Entendia que a atividade da jurisdição constitucional seria principalmente de aplicação e apenas em pequena medida de criação do direito.

Esta visão nunca correspondeu à realidade. Até mesmo o Juiz ordinário, ao prolatar uma sentença, possui significativa margem discricionária¹⁵⁵. Logo após a Revolução Francesa o Estado Liberal tentou proibir a interpretação, negando qualquer função nomofilática à jurisprudência, conferindo ao legislador o pretense monopólio da interpretação – dita *autêntica* – da Lei. A consulta ao legislador foi um instituto típico do iluminismo, sendo considerado a maior expressão do mito da aplicação silogística de uma única lei. Os vários inconvenientes práticos gerados levaram a sua revogação, na França, em 1837¹⁵⁶.

Embora a consulta ao legislador seja típica da cultura iluminista, tanto as tentativas de vedar a interpretação do ordenamento como o próprio *référé législatif* têm uma longa tradição¹⁵⁷. O art. 7º, título I, da *Ordonnance Civile* de 1667 já tinha estabelecido o dever do

¹⁵⁴ BRASIL. Constituição (1934). **Portal da Legislação**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 2016c. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 21 jan. 2016. Ver art. 113, 17, primeira parte; art. 115; art. 121; art. 138, *a, c, d, e e f*, art. 141, art. 149.

¹⁵⁵ SILVA, O., 2004, p. 28.

¹⁵⁶ FRATE, Paolo Alvazzi dal. **Giurisprudenza e Référé Législatif in Francia nel Periodo Rivoluzionario e Napoleonico**. Torino;. G. Giappichelli, 2005, pp. V e 1-3.

¹⁵⁷ A tentativa de vedar a interpretação remonta ao direito romano pós-clássico, que concebia a interpretação como um privilégio do imperador.

GIORDANI, Mário Curtis. **Iniciação ao Direito Romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, pp. 114, 117 e 138.

A interpretação *autêntica* no Direito Romano predomina no período pós-clássico quando o imperador se torna o único legislador e intérprete.

Constantino declara a supremacia imperial em matéria de interpretação (C. 1.14.1: *interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere*).

Juiz consultar o legislador – que na época era o rei – quando houvesse qualquer dificuldade na interpretação da norma. Na doutrina do *Ancien Régime* a interpretação era geralmente entendida no sentido abstrato e geral, com eficácia normativa *erga omnes*¹⁵⁸, com função análoga a dos precedentes.

A tentativa de negar ao Judiciário a interpretação deriva da ciência da inter-relação entre a interpretação e a legislação. Buscava-se simultaneamente garantir a independência da magistratura e evitar sua interferência nas funções políticas. Os juízes deveriam ater-se à letra da lei¹⁵⁹.

Ao caráter equívoco e vago de todo e qualquer texto normativo soma-se, nas normas constitucionais, uma amplitude semântica intencional, que reflete a ausência da solução de conflitos entre facções políticas distintas, remetendo a decisão à época posterior à promulgação da Constituição¹⁶⁰.

É enganosa e demasiado simplista a limitação da interpretação ao texto e às teorias linguísticas¹⁶¹. A **tensão entre a ductilidade e a vinculação ao texto** – e a cada texto normativo específico – **é foco de grande disputa doutrinária, assim como ao uso das regras semânticas** – que determinam **o modo de interpretar termos** –, **gramaticais** - que especificam o **modo de compreensão de esquemas sintáticos** – e **metodológicos** – que **estabelecem os usos interpretativos aceitos**¹⁶².

Dessa forma, quando parte da doutrina alemã afirma que “*onde não existem dúvidas, não se interpreta*”¹⁶³, esta afirmação, longe de vedar a interpretação, significa apenas que textos cujo sentido já foi fixado e esclarecido previamente são objeto mais de conhecimento que de escolha por parte do Juiz ordinário¹⁶⁴. A orientação majoritária é clara nesse sentido,

Justiniano (C. 1.14.12) declara peremptoriamente que se compete só ao imperador o poder de fazer leis (*si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est*), a ele também deve competir interpretá-las (*et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet*). Na Constituição Tanta (De Confirmatione Digestorum) Justiniano adverte (§ 21) que se houver algum ponto duvidoso (*ambiguum fuerit visum*) os juízes devem submeter o caso ao imperador (*hoc ad imperiale culmen per iudices referatur*), o único a quem é permitido fazer as leis e interpretá-las (*cui soli concessum est leges et condere et interpretari*). Na novela 143 Justiniano proclama que ninguém duvida (*nemini venit in dubium*) competir a interpretação da lei somente ao imperador (*legis interpretationem culmini tantum principali competere*). (GIORDANI, 1996, p. 138).

¹⁵⁸ FRATE, 2005, pp. 4-7.

¹⁵⁹ FRATE, 2005, pp. 15 e 22.

¹⁶⁰ FERRERES COMELLA, 1997, p. 34.

¹⁶¹ CHIASSONI, Pierluigi. La Interpretación de la Ley: Teorías Lingüísticas, Juegos Interpretativos, Máximas Griceanas. In. _____. **Desencantos para abogados realistas**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2012a, posições 182 e 281, livro eletrônico.

¹⁶² CHIASSONI, 2012a, posições 311 a 342.

¹⁶³ DUQUE, 2014, p. 194.

¹⁶⁴ GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 132-135.

admitindo inclusive o uso de técnicas *ad hoc* para a atribuição de sentido ao texto, diante de conflito entre os demais métodos, pois toda interpretação constitucional inicia pelos quatro métodos tradicionais – gramatical, sistemático, histórico e teleológico -, derivados da Escola dos Pandectas, mas não há hierarquia fixa entre eles¹⁶⁵.

A insistência em negar-se a assumir a autoria da clareza de uma determinada norma constitucional deriva da resistência de alguns estudiosos em admitir o caráter criativo da interpretação constitucional¹⁶⁶.

Cada um destes métodos envolve ambiguidade¹⁶⁷. A interpretação gramatical pode ser estrita ou ampla. A sistemática envolve não apenas a inter-relação entre as demais normas constitucionais, como o sistema de valores defendido pela ordem constitucional, ambos, especialmente o último, sujeitos a opções. A interpretação teleológica envolve a disputa entre as chamadas *vontade objetiva da lei* e a *vontade do legislador*, cuja relevância é maior no Direito Constitucional que no direito ordinário. A interpretação teleológica é uma porta aberta para a interpretação política do texto constitucional. Por fim, a interpretação histórica visa esclarecer o sentido dos termos constitucionais, mas envolve seleção e ordenação dos materiais históricos.

A ausência de limites claros à atividade interpretativa nos métodos gramatical, sistemático, histórico e teleológico também é reconhecida na doutrina norte-americana¹⁶⁸.

SCALIA explica o engano da ideia de que um texto claro seria apenas aplicado e não interpretado, pois não há como afirmar isto sem interpretação prévia. Ainda que o texto normativo fosse claro e completamente livre de ambiguidades, acreditar que sua aplicação seria imediata seria fechar os olhos à realidade do foro, pois advogados discutem textos evidentes todo o tempo. A tarefa dos advogados é exatamente esta: colocar ao menos em

¹⁶⁵ KOMMERS & MILLER, 2012, tópico *Interpretative Modes and Techniques*, no capítulo 2, *The Basic Law and Its Interpretation*, livro eletrônico.

¹⁶⁶ KOMMERS & MILLER, 2012, tópico *Interpretative Modes and Techniques*, no capítulo 2, *The Basic Law and Its Interpretation*, livro eletrônico.

¹⁶⁷ KOMMERS & MILLER, 2012, tópico *Interpretative Modes and Techniques*, no capítulo 2, *The Basic Law and Its Interpretation*, livro eletrônico.

¹⁶⁸ Words don't have intrinsic meanings; the significance of an expression depends on how the interpretative community alive at the time of the text's adoption understood those words. [...] When it becomes hard to understand how the original interpretative community heard a text, a court must choose from among three options: (1) it can give that text a new meaning; (2) it can attempt a historical reconstruction; or (3) it can declare that meaning has been lost, so that the living political community must choose. (EASTERBROOK, 2012, posição 296, livro eletrônico).

A interpretação teleológica é imprevisível (“*The unpredictability of purposivism is inevitable [...]*”) (SCALIA, 2012, tópico *Textualism and its Challengers* na introdução, livro eletrônico).

dúvida a posição contrária à do seu cliente. Ademais, a linguagem é quase sempre ambígua e complexa¹⁶⁹.

A doutrina constitucional norte-americana salienta a relação intrínseca entre a própria natureza da interpretação constitucional e a possibilidade de discordâncias interpretativas. Os juízes, ao contrário dos árbitros esportivos, podem invalidar regras, escolhendo o direito a ser aplicado e ensinando a população quais são os valores constitucionais vigentes. Ademais, a discordância acerca da constitucionalidade das normas pode derivar da visão política do juiz, pois a neutralidade é frequentemente impossível em direito constitucional, cabendo à instituição da Corte Constitucional a criação e a especificação dos parâmetros fundamentais do direito para a solução das disputas. Neste sentido lecionam TRIBE e MATZ.

Further, Judges – unlike umpires – regularly disagree over what the rule for a particular case should be and what principles should determine those rules. **That is the very nature of constitutional interpretation.** These disputes are important because **judges wield a tool denied to umpires: invalidation.** If **judges deem a law unconstitutional, perhaps because it is “unreasonable” or “shocks the conscience”, the law fails.** [...]

This is increasingly true of the Court’s role in interpreting some of our most important commercial and anti-discrimination statutes. These laws often leave lots of room for judicial interpretation. In theory, if the courts get it wrong, Congress may pass a new law to correct their error. And in rare cases, this actually happens. [...] Congress, however, rarely manages such course correction these days. [...]¹⁷⁰

The lessons the judges offer affect how Americans give life to constitutional values¹⁷¹.

In many cases that the Court agrees to review, the simple truth is that totally “neutral” positions do not exist. [...] **The Court is an institution of government, charged with creating law** that matches the evolving experiences of a diverse nation with shared, timeless principles¹⁷².

A jurisdição constitucional, ao delimitar os direitos fundamentais, por exemplo, precisará tomar posição em assuntos onde paira ampla discórdia entre os cidadãos, não havendo critérios determinantes unívocos¹⁷³. O mesmo ocorre na distinção entre normas-regra e normas-princípio¹⁷⁴, entre normas gerais e específicas, fundamentais ou secundárias¹⁷⁵.

A jurisdição constitucional, ao estabelecer os grandes parâmetros do direito vigente, pertence ao nível fundamental ou constitucional do ordenamento. O controle de

¹⁶⁹ SCALIA & GARNER, 2012, início do capítulo 1: *Interpretation Principle: Every application of a text to particular circumstances entails interpretation.*

¹⁷⁰ TRIBE & MATZ, 2014, posições 5734 a 5743, livro eletrônico, grifou-se.

¹⁷¹ TRIBE & MATZ, 2014, posição 5761, livro eletrônico.

¹⁷² TRIBE & MATZ, 2014, posição 5770, livro eletrônico, grifou-se.

¹⁷³ WALDRON, Jeremy. Freeman’s defence of Judicial Review. **Law and Philosophy**, Dordrecht, Holanda, v. 13, n. 1, p-27–41, especialmente p. 35. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/3504975>. Acesso em 25 out. 2014.

¹⁷⁴ GUASTINI, 2010, cap. VII, livro eletrônico.

¹⁷⁵ GUASTINI, 2011, p. 180.

constitucionalidade, assim como a aplicação de princípios constitucionais com função normativa, visa ao controle do poder¹⁷⁶ e ao estabelecimento de políticas públicas.

A jurisdição constitucional necessita de uma Corte Suprema, que pressupõe

a dissociação entre *texto* e *norma jurídica*, o reconhecimento da *normatividade dos princípios* ao lado das *regras*, bem como a existência de postulados normativos para adequada aplicação das normas, a adoção da teoria *lógico-argumentativa* da interpretação jurídica e a compreensão da jurisdição como atividade de *reconstrução* da ordem jurídica, mediante a outorga de sentido a textos e a elementos não textuais do sistema jurídico. [...] e é competente para *orientar a aplicação do Direito* mediante *precedentes* [...] ¹⁷⁷.

A função nomofilática¹⁷⁸ exercida pelas Cortes Superiores ao estabelecer normas gerais por meio de precedentes¹⁷⁹ visa à harmonização do direito¹⁸⁰. Até mesmo antes do surgimento do modelo das Cortes Supremas a cassação, com sua função nomofilática, já era vista como mais próxima da atividade legislativa do que da judicial¹⁸¹.

No Brasil atual, entretanto, com a fusão da jurisdição ordinária com a constitucional, decorrente da ausência de limites à interpretação e ao controle pelos membros do judiciário comum, as demandas políticas do Legislativo e do Executivo são transferidas para o Judiciário, transformando juízes em políticos. O resultado é politização do judiciário e o declínio da fé nas instituições democráticas¹⁸².

A violação da fronteira entre a jurisdição ordinária e a constitucional permite aos juízes o esvaziamento da competência do Legislativo e o estabelecimento de políticas públicas, pois cada vez que um tribunal constitucionaliza um novo aspecto do direito, descobrindo, por exemplo, um novo direito fundamental, esta área fica excluída, para sempre, da competência do Legislativo e do Executivo. Ademais, a improvisação em matéria constitucional enfraquece a democracia¹⁸³.

¹⁷⁶ LOEWENSTEIN, 1970, p. 67-68 e 308-309.

¹⁷⁷ MITIDIERO, 2014, p. 55.

¹⁷⁸ Um tribunal exerce função nomofilática quando designa a interpretação exata, ou vigente. KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 3 (nota 7) e 90-91.

¹⁷⁹ Kelsen admite, na Teoria Pura do Direito, que a jurisprudência dos tribunais supremos, especialmente na elaboração dos precedentes, tem o papel da lei, podendo alterar o direito. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** (1ª ed. alemã 1934. 2ª ed. alemã 1960). 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a, p. 277-278. (Boa parte desta obra foi publicada anteriormente na Tese de Livre Docência de Kelsen, *Hauptprobleme des Staatslehre, entwilcklung aus des Lehre vom Rechtssätze* – Problemas fundamentais da Teoria do Estado, desenvolvimento da Teoria das Proposições Jurídicas -, 1ª ed. alemã 1911. 2. ed. alemã 1923).

¹⁸⁰ CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945, Tomo I: História y Legislaciones, v. 2, p. 56.

¹⁸¹ FRANÇA. Assembleia Constituinte de 1790. Ata da sessão de 26 de maio de 1790, da Assembléia Constituinte francesa, p. 597, *apud* CALAMANDREI, 1945, t. I, v. 2, p. 54.

¹⁸² SCALIA & GARNER, 2012, posições 331 a 338, livro eletrônico. No mesmo sentido, LOEWENSTEIN, 1970, p. 322.

¹⁸³ SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan A. **Reading Law: the interpretation of legal texts**. St. Paul, MN, USA: Thomson West, 2012, livro eletrônico, posições 414 e 422.

A extensão da jurisdição, sem critérios prudentes, aos fundamentos éticos do direito agrava o problema da dificuldade da distinção do campo próprio da política, “*e, se o judiciário se politizar, quem, então, exercerá a função imparcial de dizer o direito?*”¹⁸⁴

O intérprete judicial utiliza com frequência sua visão discricionária sobre a política correta, o que acaba transferindo indevidamente a autoridade para os juízes ordinários. Quando a margem discricionária é ampla demais, o juiz, e não o órgão político, é o autor da política pública¹⁸⁵. É evidente a superação do entendimento liberal-clássico que defendia a viabilidade e a necessidade de que os Códigos não fossem interpretados, mas sim executados¹⁸⁶.

Uma das causas da fusão dos níveis do ordenamento – e consequentemente das jurisdições ordinária e constitucional – é a adoção do arcaico modelo kelseniano da democracia procedimental, com sua concepção de uma igualdade meramente formal e sem qualquer preocupação com o conteúdo do direito. Este modelo vê a participação popular no governo, por meio das eleições, como a característica essencial da democracia, que teria nascido com as revoluções francesa e americana nos séculos XVIII e XIX¹⁸⁷.

Outra visão superada é a identificação da segurança jurídica com a competência, novamente oriunda de Kelsen: “*dado o caráter dinâmico do direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por outra norma*”¹⁸⁸.

O modelo Kelseniano representa a perfeição do Estado Liberal, sendo incompatível com a eficácia dos princípios constitucionais, que constitui o dia-a-dia do intérprete contemporâneo¹⁸⁹.

¹⁸⁴ SOUZA JR. Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e Seus Modelos Básicos**. Porto Alegre, do autor, 2002b, pp. 39 e 40.

¹⁸⁵ EASTERBROOK, 2012, livro eletrônico, posição 251.

¹⁸⁶ FRATE, 2005, p. 17.

¹⁸⁷ KELSEN, Hans. **A Democracia** (1ª ed. alemã 1920. 2ª ed. alemã 1929). Tradução Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 27, 139 e 142.

¹⁸⁸ KELSEN, 1998a, p. 246.

¹⁸⁹ Os princípios e os valores voltados à promoção do bem comum são vistos por Kelsen como carentes de significado e normatividade, não vinculando nem o juiz nem o administrador público: “[...] quando, como às vezes acontece, a própria Constituição se refere a esses princípios invocando os ideais de equidade, justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc., sem esclarecer nem um pouco o que se deve entender por isso. Se essas fórmulas não encerram mais do que a ideologia política corrente, com que toda ordem jurídica se esforça por paramentar, a delegação da equidade, da liberdade, da igualdade, da justiça, da moralidade, etc., significa unicamente na falta de uma precisão destes valores, que tanto o legislador como os órgãos de precisão da lei são autorizados a preencher de forma discricionária o domínio que lhes é confiado pela Constituição e pela lei. Porque as concepções de justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc., diferem tanto, conforme o ponto de vista dos interessados, que, se o direito positivo não consagra uma dentre elas, qualquer regra de direito pode ser justificada por uma dessas

A doutrina é pacífica quanto à possibilidade e aos riscos da adoção de interpretações contraditórias em matéria constitucional¹⁹⁰, o que demonstra o anacronismo da adoção de modelos interpretativos que neguem a possibilidade da aplicação e da delimitação dos princípios constitucionais. Ademais, como a Corte Constitucional interpreta um direito axiológico e político, seus membros devem ter não apenas conhecimentos jurídicos, mas também uma especial sensibilidade política normalmente não encontrada nos magistrados¹⁹¹.

A utilização de modelos processuais arcaicos, que ignoram a própria existência da jurisdição constitucional, tratando a interpretação e a aplicação da Constituição do mesmo modo que a mera aplicação de uma regra a um conjunto de fatos, é incompatível com o Estado Social Contemporâneo.

Não apenas o controle de constitucionalidade, mas também a interpretação constitucional envolve o estabelecimento de normas jurídicas gerais e abstratas. A adaptação de normas e de precedentes constitucionais a situações novas não é unívoca¹⁹², envolvendo discricionariedade, considerações de equidade e um amplo espectro de considerações políticas¹⁹³.

2.1.2. Características do modelo cumulado norte-americano

2.1.2.1. Origem e Características

concepções possíveis” KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional** (1929). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 168.

¹⁹⁰ MITIDIERO, 2014, p. 55: Como é da natureza do Direito, em uma perspectiva lógico-argumentativa, a admissão de uma pluralidade de significados oriundos de sua interpretação, é imprescindível que exista um meio institucional encarregado de *concentrar o significado final* em que deva ser tomado determinado contexto e de velar pela sua unidade. E é precisamente esta a *função* que a Corte Suprema deve desempenhar: *dar unidade ao direito mediante sua adequada interpretação* [...].

¹⁹¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La Jurisdicción Constitucional en España. In: GARCIA BELAUNDE, Domingo & _____ (coords.). **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**. Madrid: Dyckinson; Jurídicas Lima: Lima; Jurídica E. Esteva: Montevideu; Jurídica Venezolana: Caracas, 1997, pp. 625-709, especialmente p. 644.

¹⁹² GRAU afirma claramente o erro da visão da unidade interpretativa do ordenamento, assim como da neutralidade do intérprete.

"Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico" (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação / Aplicação do Direito** (2002). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 40).

"[...] ainda que os princípios o vinculem, a neutralidade política do intérprete só existe nos livros" (GRAU, 2006, p. 55).

¹⁹³ HAACK, Susan. **Evidence Matters: Science, Proof and Truth in the Law**. New York, NY, USA: Cambridge University Press, 2014, livro eletrônico, posição 10140.

O *judicial review* norte-americano derivou da tradição de controle do poder com base nos princípios do *common law*. Muito antes de *Marbury v. Madison* (1803) juízes estaduais norte-americanos anularam leis locais com base em princípios do *common law*¹⁹⁴.

A evolução deste controle com base nos princípios do *common law*, o *common law review*, assim como o reconhecimento do Judiciário como um Poder em patamar de igualdade com o Legislativo, rejeitando a doutrina inglesa da soberania parlamentar absoluta, estão na origem do *judicial review*¹⁹⁵.

O *judicial review* abrange tanto atos normativos federais como estaduais. A cláusula da Supremacia do art. 6º da Constituição dos EUA (CEUA) confere aos juízes estaduais o poder de controlar a constitucionalidade até mesmo da legislação federal¹⁹⁶.

O fundamento constitucional para o controle está no art. 3º da CEUA, não podendo ser limitado pela legislação infraconstitucional, exceto no que pertine à prescrição¹⁹⁷.

A Suprema Corte dos EUA, desde 1925, é o único tribunal norte-americano que tem controle discricionário, por meio do *certiorary*, sobre a sua pauta (*docket*) de julgamentos¹⁹⁸. Quando as cortes inferiores analisam a constitucionalidade de normas recentes ou quando proferem decisões adotando direções possivelmente contrárias à da Suprema Corte, o recurso é conhecido e julgado¹⁹⁹.

O *judicial review* é sujeito a uma série de limitações constitucionais, abaixo elencadas.

O confronto da norma infraconstitucional deve ser feito com o próprio texto da CEUA.

A 11ª Emenda à CEUA, de 1798, veda o trâmite de processos contra estados-membros, perante a justiça federal, sem o seu consentimento. Isto não impede, entretanto, o controle da constitucionalidade da legislação estadual, mas veda a expedição de ordens a funcionários públicos estaduais.

A 14ª Emenda à CEUA, de 1868, que estendeu o *due process of law* aos estados membros, serve de limite para os casos em que estados resistam às ordens da Suprema Corte.

O controle somente pode ser exercido no curso de uma lide, pelo requisito do *case or controversy*, que deve ser atual e concreta²⁰⁰.

¹⁹⁴ EDLIN, Douglas. “Judicial Review” sem uma constituição escrita. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**. Porto Alegre, v. 10, n. 1, p. 3-33, especialmente pp. 10 e ss, 2015. Tradução de Romulo Ponticelli Giorgi Júnior. Disponível em <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/54636>. Acesso em 28 jan. 2016.

¹⁹⁵ EDLIN, 2015, p. 17 e ss.

¹⁹⁶ BARRON, Jerome A. & DIENES, C. Thomas. **Constitutional Law** (1986). 7th ed. St. Paul, MN, USA, 2009, tópico I.A, livro eletrônico.

¹⁹⁷ BARRON & DIENES, 2009, tópico I.B, livro eletrônico.

¹⁹⁸ CARP, STIDHAM, MANNING. 2014, cap. 2, tópico *The Review Function of the Courts of Appeals*

¹⁹⁹ BARRON & DIENES, 2009, tópico I.B, livro eletrônico.

²⁰⁰ BARRON & DIENES, 2009, tópico I.C.1, livro eletrônico.

A Suprema Corte não se manifesta em questões políticas, tendo desenvolvido um critério para a distinção entre direito e política.

A Suprema Corte dos EUA elenca seis critérios²⁰¹, ordenados em ordem decrescente de importância e de certeza quanto ao caráter político de uma questão, cada um deles individualmente suficiente para caracterizar uma questão como política e, portanto, não apreciável pelo Poder Judiciário²⁰². Estes seis critérios são²⁰³:

- I) Uma vinculação da questão a um determinado departamento político com base no texto constitucional;
- II) Uma ausência de padrões judiciais cognoscíveis e gerenciáveis para a solução da lide;
- III) A inviabilidade de decidir sem uma determinação política inicial de uma espécie claramente inadequada à discricção judicial;
- IV) A impossibilidade do julgador adotar uma solução independente sem demonstrar desrespeito diante de determinados órgãos governamentais;
- V) Uma necessidade incomum à adesão inquestionada a uma decisão política já tomada e
- VI) O potencial de embaraço de múltiplos pronunciamentos por vários departamentos em uma questão²⁰⁴.

Pela doutrina do *self restraint* a Suprema Corte evita pronunciar-se sobre questões constitucionais enquanto isto não for absolutamente necessário. Ademais, as normas gozam de presunção de constitucionalidade²⁰⁵, cabendo à parte provar sua invalidade²⁰⁶.

O instituto do *standing*²⁰⁷ delimita a titularidade das ações, em um complexa trama de precedentes que interpretam o art. 3º da CEUA²⁰⁸. O autor necessita, ademais, comprovar que

²⁰¹ HARVARD LAW REVIEW. Developments in Law: Access to Courts. **Harvard Law Review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 122, pp. 1150-1216, 2009a. Disponível em <http://harvardlawreview.org/2009/05/developments-in-the-law-ae-access-to-courts/>. Acesso em 28 jan. 2016, p. 1195.

²⁰² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. Vieth et al. v. Jubelirer, PRESIDENT OF THE PENNSYLVANIA SENATE, et. al. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 541, p. 278, 2004. Disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=541&page=278#278>. Acesso em 27 jan 2016.

²⁰³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. Baker v. Carr. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 369, p. 186, 1962. Disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=369&page=186>. Acesso em 27 jan. 2016.

²⁰⁴ GIORGI JR, 2015a, p. 137.

²⁰⁵ FERRERES COMELLA, Víctor. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 213. Livro escrito com base em tese de doutorado defendida pelo autor em Yale.

²⁰⁶ BARRON & DIENES, 2009, tópico I.C.2, livro eletrônico.

²⁰⁷ O instituto do *standing* abrange o direito de ação, o requisito mínimo de dano ajuizável e os limites jurisprudenciais à possibilidade do Congresso converter interesses coletivos em direitos subjetivos (SCALIA, 2014, p. 2).

o dano por ele sofrido deriva do ato governamental impugnado, bem como a adequação do procedimento ao pedido, demonstrando seu interesse jurídico²⁰⁹.

Tal como no Brasil²¹⁰, o contribuinte norte-americano não tem direito a recusar-se a pagar tributos com base em argumentos vinculados ao direito financeiro, discutindo o orçamento e os gastos públicos²¹¹.

O cidadão que não tenha sofrido um dano pessoal não terá direito a insurgir-se contra uma norma ou ato do poder público, exceto se este direito for conferido por uma norma infraconstitucional. A substituição processual, entretanto, é quase integralmente regulada por precedentes²¹².

Embora o judiciário norte-americano não possa, pela doutrina do *mootness*, apreciar o mérito de causas que tenham perdido o objeto, alguns dos mais famosos julgamentos da história dos EUA e do mundo, como *Roe v. Wade*²¹³, foram proferidos muito após a perda do objeto da lide para as partes diretamente envolvidas, pois se trata de demandas repetitivas que reiteradamente escapavam ao controle pela Suprema Corte²¹⁴.

Pela doutrina do *ripeness* a causa deve estar madura para julgamento exigindo-se lesão ou ameaça atual²¹⁵

2.1.2.2. Apreciação crítica do modelo cumulado

BICKEL escreveu *the least dangerous branch*, obra em que traça uma apreciação crítica do controle de constitucionalidade nos EUA em 1962, na época da corte Warren, em que eram especialmente fortes as críticas ao suposto ativismo judicial da Suprema Corte por

²⁰⁸ BARRON & DIENES, 2009, tópico I.D.1.a, livro eletrônico e SCALIA, 2014, passim.

²⁰⁹ BARRON & DIENES, 2009, tópicos I.D.1.a.2 e I.D.1.a.3, livro eletrônico.

²¹⁰ BRASIL. REGIÃO SUDESTE. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Agravo de Instrumento nº 0005010-78.2015.4.03.0000. Relator Des. Fed. Hélio Nogueira. São Paulo. E-DJF3 07/07/2015. Item 10 da Ementa. A obrigação tributária, sua base de cálculo, alíquotas e demais aspectos da hipótese de incidência dizem respeito à relação jurídica de natureza tributária que se estabelece unicamente entre a União Federal e o contribuinte. A destinação do produto da arrecadação, por sua vez, materializa relação de direito financeiro. São, portanto, duas relações jurídicas distintas: uma de natureza tributária, entre ente arrecadador e contribuinte e outra, de direito financeiro, estabelecida entre o ente arrecadador e as entidades beneficiárias do produto da arrecadação.

²¹¹ BARRON & DIENES, 2009, tópico I.D.1.b, livro eletrônico.

²¹² BARRON & DIENES, 2009, tópicos I.D.1.c e I.D.1.d, livro eletrônico.

²¹³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. *Roe v. Wade*. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 410, p. 113 e ss., 1973. Disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>. Acesso em 29 jan. 2016.

²¹⁴ BARRON & DIENES, 2009, tópicos I.D.2.a, livro eletrônico. No mesmo sentido CARP, SITDHAM & MANNING, 2014, tópico *A Definite Controversy must Exist*, no capítulo 4, *Jurisdiction and Policymaking Boundaries*.

²¹⁵ BARRON & DIENES, 2009, tópicos I.D.2.b, livro eletrônico.

suas várias decisões controversas, especialmente no que diz respeito ao direito dos réus no processo penal²¹⁶. Nesta obra, BICKEL defende a Corte Warren, atribuindo-lhe o papel principal na luta contra a segregação racial, demonstrando o caráter democrático da atuação de juízes não eleitos no controle de constitucionalidade²¹⁷.

A principal contribuição de BICKEL à tradição constitucional norte-americana foi a transformação da presunção de constitucionalidade, que passou da forte presunção de constitucionalidade, aliada à deferência diante da atuação dos representantes eleitos, para o uso de técnicas processuais para evitar o julgamento de decisões políticas até o momento em que o princípio constitucional em questão ficasse claro o suficiente. Desta forma, BICKEL alterou a concepção do minimalismo judicial inerente ao *self restraint*²¹⁸.

A participação da Suprema Corte dos EUA na determinação de políticas públicas tem sido cada vez mais aceita, tanto pela população como pelo Congresso norte-americano. Reflexo disto é o forte declínio na superação de precedentes da Suprema Corte por atos legislativos. Entre 1975 e 1990 a média era de 12 por legislatura bienal, caindo para 5,8 no período 1991-2000, atingindo meros 2,8 no período 2001-2012²¹⁹.

Como salientam Laurence Tribe e Joshua Matz, a jurisprudência atual da Suprema Corte, marcada pela revisão de algumas de suas posições antigas, é natural, pois a Suprema Corte dos EUA, sendo parte do mundo que ela ajuda a criar, é obrigada a reanalisar causas que continuem a produzir efeitos complexos. Nenhuma grande causa está real e definitivamente concluída, pois sempre haverá novos desdobramentos envolvendo questões

²¹⁶ CROSS, Frank B. & LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. **Minnesota Law Review**. v. 91, jun/2007, p. 1752-1784, especialmente p. 1752. As críticas às amplas interpretações da Corte Warren quanto aos direitos dos réus, suas consequências quanto ao possível aumento da criminalidade até 1984, quando foi promulgada a lei do criminoso armado de carreira (*Armed Career Criminal – ACC*) e as interpretações dela decorrentes deram início à chamada ‘tolerância zero’ e à queda da criminalidade são analisadas com detalhes nas obras a seguir.

As consequências indesejadas da política criminal da Corte Warren, expressas em sua interpretação dos direitos fundamentais dos réus, são analisadas em STUNTZ, William J. **The Collapse of American Criminal Justice**. Cambridge, MA, USA: Harvard University Press, livro eletrônico, 2011, cap. 8 (Earl Warren’s Errors), pp. 216-243, e a reação a partir da década de 90 nas páginas 1 e ss e e 244 e ss.

O impacto da ACCA nos direitos dos réus, na criminalidade e na população carcerária são analisados em KLEIMAN, Mark A. R. **When Brute Force Fails: How to have less crime and less punishment**. Princeton, NJ, USA: Princeton University Press, 2009, capítulo 9, livro eletrônico.

A leitura jurisprudencial atual da ACC é analisada em ISRAEL, Jerold H. & LA FAVE, Wayne R. **Criminal Procedure: Constitutional Limitations** (1971). 8th ed. St. Paul, MN, USA, 2014, pp. 3, 7 e 9 e ss.

²¹⁷ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics** (1962). 2nd. ed. New Haven, CT, USA: Yale University Press, 1986, pp. 244-272.

²¹⁸ PETERS, Christopher J. & DEVINS, Neal. Alexander Bickel and the New Judicial Minimalism. In. WARD, Kenneth & CASTILLO, Cecilia R. (eds.). **The Judiciary and American Democracy: Alexander Bickell, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory**. Albany, NY, USA: State of New York University Press, 2005, livro eletrônico, capítulo 3.

²¹⁹ HASEN, Richard L. End of the Dialogue? Political Polarization, The Supreme Court, and Congress. **Southern California Law Review**. Los Angeles, CA, USA, v. 86, p. 205-262, especialmente p. 209, 2012-2013.

de segurança nacional, política criminal recente, limites entre a liberdade individual e a segurança pública, regulamentação da atuação do Estado na área da saúde e uma série de problemas públicos correlatos²²⁰.

A Suprema Corte dos Estados Unidos apresenta hoje um alinhamento perfeito entre a indicação partidária e o posicionamento (conservador ou liberal) do juiz. Hoje há cinco juízes conservadores, que são todos republicanos, e quatro liberais que são todos democratas. Este alinhamento começou em 2011, com a aposentadoria do liberal moderado John Paul Stevens, nomeado pelos Republicanos, que foi substituído pela liberal Elena Kagan, nomeada pelos Democratas.

Nas decisões mais disputadas (5 a 4), entretanto, o voto frequentemente não é alinhado nem com os partidos, nem com a clivagem conservador/liberal, como ocorreu quando o *Chief Justice* Roberts acompanhou os democratas na aprovação do chamado *Obama Care*²²¹.

Algumas nomeações também têm sido demonstrativas da superação de preconceitos. Atualmente, por exemplo, em forte contraste com a história, nenhum dos membros da Suprema Corte é protestante. São todos católicos ou judeus²²².

Quanto ao volume de julgamentos, em um ano a Suprema Corte dos EUA analisa e profere votos identificados em 70 a 90 casos, enquanto milhares de outros são recusados sem análise profunda. A Suprema Corte tem um importante papel no estabelecimento de políticas públicas ao interpretar o direito²²³. Embora estes casos sejam marcados por grande controvérsia jurisprudencial, a maior parte deles é decidida por unanimidade ou por ampla maioria, demonstrando a evolução do direito constitucional norte-americano. O percentual de casos decididos por pequena margem não aumentou nos últimos setenta anos²²⁴.

2.2. Finalidade e características da jurisdição ordinária

2.2.1. Definição e finalidade da jurisdição ordinária

Ao definir a jurisdição, DIDIER JR. coloca a imparcialidade do decisor em primeiro lugar, como podemos ver abaixo:

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c),

²²⁰ TRIBE, Laurence & MATZ, Joshua. **Uncertain Justice**: The Roberts Court and the Constitution. New York, NY, USA: Henry Holt and Co., 2014, epílogo, livro eletrônico.

²²¹ HASEN, 2012-2013, p. 207.

²²² CARP, STIDHAM & MANNING, 2014, tópico *Supreme Court Justices*, no cap. 6, *Federal Judges*.

²²³ CARP, STIDHAM & MANNING, 2014, tópico *The Supreme Court as Policy Maker*, no capítulo 2, livro eletrônico.

²²⁴ EASTERBROOK, 2012, posições 265 a 273, livro eletrônico.

reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g)²²⁵.

A jurisdição se diferencia da legislação pela colaboração com a criação do direito mediante a justificação da opção interpretativa tomada pelo órgão decisor, visando o controle de sua imparcialidade. Tanto a racionalidade como a limitação e o controle do poder exigem duas dimensões da fundamentação: a interna e a externa. A fundamentação interna pertine à correção lógica e à completude da motivação. A justificação externa pertine à adequação das premissas escolhidas. O resultado interpretativo somente será racional se for coerente e generalizável²²⁶.

Enquanto a justificação interna visa o controle recursal da decisão, a externa pertine à dimensão do controle do exercício democrático do poder²²⁷. Esta moderna visão da jurisdição centrada na interpretação imparcial, fundamentada e dotada de autoridade resolve as antigas disputas doutrinárias, que retiravam da jurisdição voluntária o seu caráter jurisdicional em face de sua pretensa inaptidão à produção da coisa julgada material²²⁸.

De fato, a jurisdição voluntária, no passado, era separada da contenciosa devido ao entendimento então dominante de que, não havendo uma *lide* atual, ela seria uma mera atividade administrativa confiada à jurisdição. Entre 1973 e 2015, a doutrina mudou consideravelmente. Hoje, a doutrina moderna reconhece que tanto na jurisdição contenciosa como na voluntária há interpretação e aplicação do direito, assim com a prolação de decisões revestidas de autoridade institucional e revestidas de definitividade e irrevisibilidade²²⁹.

O moderno conceito de jurisdição centra-se nas características centrais da decisão, que é comum às jurisdições contenciosa e voluntária. DIDIER JR. explica esta evolução em seu comentário à última característica do seu conceito de jurisdição:

²²⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015a, p. 153.

²²⁶ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. I, pp. 116-120.

²²⁷ Neste sentido TARUFFO, 2015, introdução à edição brasileira, pp. 20-21.

²²⁸ Fredie DIDIER JR. salienta, entretanto, que ainda “*prevalece na doutrina brasileira a concepção de que a jurisdição voluntária não é jurisdição, mas administração pública de interesses privados feita pelo Poder Judiciário*” (DIDIER JR., 2015a, p. 190).

DIDIER JR. elenca os erros desta visão, pois na jurisdição voluntária:

- (1) Pode haver *lide*, como fica evidente nos casos da interdição e da retificação de registro;
- (2) Há decisão judicial de última instância, não sujeita a controle por outra função estatal, além de ser inevitável;
- (3) Utiliza o processo judicial e não o administrativo, legislativo ou negocial;
- (4) O juiz é terceiro imparcial e desinteressado;
- (5) Havendo processo e jurisdição, há ação;
- (6) Há partes, ao menos no sentido processual e, por fim,
- (7) Pode haver coisa julgada, como fica evidente no caso da decisão que homologa divórcio consensual (DIDIER JR., 2015a, pp. 191-193).

²²⁹ MARINONI, 2015b, v. I, pp. 155-156.

(g) A coisa julgada é situação jurídica que diz respeito exclusivamente às decisões jurisdicionais. Somente uma decisão judicial pode tornar-se indiscutível e imutável pela coisa julgada.

Isso não quer dizer que só haverá jurisdição se houver coisa julgada. A existência de coisa julgada é uma opção política do Estado; nada impede que o legislador, em certas hipóteses, retire de algumas decisões a aptidão de ficar submetida à coisa julgada; ao fazer isso, não lhes retira a “jurisdicionalidade”. A coisa julgada é situação posterior à decisão, não podendo dela ser sua característica ou elemento de existência²³⁰.

2.2.2. Características do modelo inerente ao Estado Liberal Clássico

A jurisdição ordinária apresentou significativa evolução desde as revoluções liberais. No Estado Liberal, o poder e a função jurisdicional eram colocados pela doutrina em um plano secundário, abaixo dos poderes e das atividades executiva e legislativa. A sentença deveria conter a mera declaração de uma norma previamente contida na Lei, pois, como disse Montesquieu:

Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é de qualquer modo nulo. Restam apenas dois²³¹.

Poderia acontecer que a Lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em alguns casos muito rigorosa. Os juízes da nação, entretanto, são apenas, como dissemos, a boca que pronuncia as palavras da Lei. Seres inanimados que não podem moderar nem sua a força nem o seu rigor. É da parte do Poder Legislativo que nós justamente dissemos em outra ocasião ser um Tribunal necessário, e ainda o é nestes casos; sujeita-se a sua autoridade suprema a moderação da Lei em favor dela mesma, declarando-a menos rigorosa que o seu texto [parecia indicar]²³².

O juiz, no Estado Liberal Clássico era visto como desprovido de poder. Embora isto fosse, em grande parte, uma ilusão, a doutrina então dominante centrava a igualdade na lei, imaginando-se que a prisão do julgador à lei seria sinônimo de segurança jurídica. Tentava-se negar ao Juiz a interpretação da lei²³³. Que isto nunca passou de uma quimera é atestado por Carlos MAXIMILIANO que salientava, já em 1924, que a ambiguidade dos termos legislativos e a necessidade da sua adaptação ao tempo e às circunstâncias da sentença exigiam a interpretação das normas na decisão²³⁴.

Tal como Montesquieu, Carnelutti defende valores e visões próprios do Estado Liberal, afirmando que a diferença entre a jurisdição voluntária e a contenciosa estaria no

²³⁰ DIDIER JR., 2015a, pp. 163-164.

²³¹ MONTESQUIEU, 1749, p. 157, tradução nossa.

²³² MONTESQUIEU, 1749, p. 160, tradução nossa: Il pourroit arriver que la Loi, que est en même temps clairvoyante & aveugle, serait en de certains cas trop rigoureuse. Mais le Juges de la Nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche que prononce les paroles de la Loi, des Etres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. C'est donc la partie du Corps législatif qui nous venons de dire être dans une autre occasion un Tribunal nécessaire, qui l'est encore dans celle-ci ; c'est à son autorité suprême à modérer la Loi en faveur de la Loi même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle.

²³³ MARINONI, 2015b, v. I, pp. 144-145.

²³⁴ MAXIMILIANO, 2001, pp. 28-32.

conflito atual ou potencial de interesses²³⁵, sendo a jurisdição voluntária um processo impróprio²³⁶. A jurisdição seria “*a declaração imperativa das relações jurídicas*”²³⁷. No processo voluntário, entretanto, para Carnelutti não haveria jurisdição, mas administração judicial de negócios²³⁸.

2.2.3. Características do modelo inerente ao Estado Social Contemporâneo

A passagem do Estado Liberal Clássico (ELC) para o Estado Social Contemporâneo (ESC) foi acompanhada por uma mudança no conceito de jurisdição. No primeiro, a jurisdição era vista como uma perspectiva meramente cognitivista da interpretação. No segundo se reconhece a inevitável subjetividade da interpretação judicial, que é chamada a reconhecer possíveis significados, valorá-los e decidir-se por uma dentre as várias interpretações possíveis.

O mito da univocidade da interpretação está preso à visão oitocentista. Hoje se reconhece a necessidade da justificação racional, pois, não havendo como negar a margem de subjetividade do juiz, é necessário controlá-la. A justificação visa à garantia da imparcialidade, elemento indispensável à atividade jurisdicional²³⁹.

A jurisdição visa tutelar as necessidades do direito material, vistas à luz da Constituição²⁴⁰. Torna-se, portanto, indispensável fornecer meios processuais para a efetiva garantia dos direitos. Assim, a garantia ao direito abstrato (e incondicionado) de ação é um dos problemas fundamentais no direito constitucional moderno, tanto nos países vinculados ao sistema do *common law* como ao romano-germânico-canônico²⁴¹.

As espécies de tutela e as medidas coercitivas, inevitáveis no processo de execução, sofreram profunda transformação. Enquanto na época do Estado Liberal Clássico vigia a

²³⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil* (1941). Tradução da 5ª edição italiana por Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, v. I, § 3, p. 75.

²³⁶ CARNELUTTI, 1999, v. I, § 17, p. 93.

²³⁷ CARNELUTTI, 1999, v. I, § 30, p. 113. Carnelutti salienta, entretanto, que sua definição o teria levado, em edições anteriores (1941), a negar o caráter jurisdicional do processo de execução, passando a conceituar jurisdição como o modo de produção da decisão através da colaboração das partes com um terceiro imparcial, o juiz (CARNELUTTI, 1999, v. I, p. 113). Este último conceito de Carnelutti (1950) ultrapassa o Estado Liberal e seria compatível com o Estado Social Contemporâneo se Carnelutti tivesse admitido o caráter discricionário da sentença e abandonado o mito do caráter declaratório do ato jurisdicional.

²³⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil* (1941). Tradução da 5ª edição italiana por Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, v. III, § 907, p. 281-283.

²³⁹ MARINONI, 2015b, v. I, pp. 137-138.

²⁴⁰ MARINONI, 2015b, v. I, p. 125.

²⁴¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *La Garantia Costituzionale dell’Azione ed il Processo Civile*. Padova: CEDAM, 1970, p. 116.

tipicidade das formas executivas e se limitava a tutela à espécie ressarcitória, no Estado Social Contemporâneo se reconhece que o Juiz deve ter o poder necessário para tutelar o direito deduzido em juízo. Por esta razão, fala-se em várias espécies de tutela, como a inibitória, a ressarcitória e a do adimplemento específico. O reconhecimento do aumento (e até da existência) do poder do Juiz exige o seu controle por meio da justificativa²⁴².

Outra faceta da jurisdição que acompanha o Estado Social Contemporâneo é a utilização de princípios. Desde a publicação da obra *Princípio e Norma na Elaboração Jurisprudencial do Direito Privado*, por Josef Esser, em 1956, e principalmente desde o final dos anos 60, com a crítica de Dworkin à insuficiência do positivismo jurídico centrado em normas-regra, os princípios ocupam o centro do panorama interpretativo.

Kelsen, mesmo em suas últimas obras, nunca aceitou a tese da validade jurídica dos princípios, acusando Esser de cripto-jusnaturalismo. Até o final de sua vida, Kelsen manteve sua posição acerca da análise do direito com base em critérios puramente formais, centrados na competência²⁴³.

Kelsen representa o ápice da interpretação vinculada ao Estado Liberal Clássico, mas continua preso às concepções prévias ao surgimento do Estado Social Contemporâneo (1919), pois nega qualquer eficácia aos princípios constitucionais.

Para Kelsen, tanto a ciência do direito como a principal função da interpretação e da aplicação do direito seriam descritivas, cabendo ao direito, portanto, mormente **conhecer** o direito. O sistema de proposições jurídicas deveria buscar a **unidade** e a **coerência** do ordenamento²⁴⁴.

Nas concepções kelsenianas sobre o conhecimento jurídico se percebe a influência do método doutrinário tradicional, herdeiro da era liberal. Dos dois objetivos tradicionais deste modelo: a **construção conceitual** e a **sistematização**, apenas a **primeira sofre alteração** radical, pois os conceitos kelsenianos são *puros* sob o perfil duplo da pertinência ao direito enquanto normas (“normativismo”) e quanto ao seu caráter valorativo.

A sistematização do direito conforme a visão de Kelsen mantém a ideia de que a ciência jurídica não apenas possa como deva apresentar o ordenamento jurídico como um sistema caracterizado pela unidade, completude, coerência e sentido lógico. O interprete atuaria com foco cognoscitivo, pois a norma seria preexistente à interpretação²⁴⁵.

²⁴² MARINONI, 2015b, v. I, pp. 132-135.

²⁴³ CHIASSONI, Pierluigi. *L’Indirizzo Analitico nella Filosofia del Diritto: Da Bentham a Kelsen*. Torino: G. Giappichelli, 2009, pp. 363-365.

²⁴⁴ CHIASSONI, 2009, pp. 322-325.

²⁴⁵ CHIASSONI, 2009, p. 326.

Nada mais natural, portanto, que Kelsen se recusasse a admitir o caráter normativo dos princípios constitucionais e da promoção do bem comum, que exigiriam a admissão do caráter aberto do ordenamento, levando à ruína a sua construção teórica acerca da *pureza* da ciência do direito e do caráter preponderantemente *cognoscitivo* da interpretação.

Ao invés de admitir que as normas-princípio supõem a delimitação de um quadro interpretativo maior que o existente para as normas-regra, mas ainda assim dotado de efetividade, viabilizando o Estado Social Contemporâneo, afirma que os princípios seriam vazios, admitindo, qualquer conteúdo²⁴⁶

Ao negar eficácia às normas-princípio, Kelsen inviabiliza a realização de políticas públicas, mantendo o Estado preso às características do Estado Liberal Clássico que “*cingia-se à manutenção da ordem e, quando muito, a um poder de polícia prevalentemente repressivo, destinado a coordenar no exercício simultâneo, na sociedade, das liberdades*”²⁴⁷.

O próprio conceito de democracia, para Kelsen, limita-se às meras garantias procedimentais, novamente demonstrando sua vinculação à concepção clássica do liberalismo. Ao considerar o procedimento não apenas como um requisito necessário, mas como a essência e, portanto, um requisito suficiente para a democracia, atribui caráter democrático à concepção liberal clássica de Estado.

Na ideia de democracia [...] encontram-se dois postulados da nossa razão prática, exigem satisfação dois instintos primordiais do ser social. Em primeiro lugar a reação contra a coerção resultante do estado de sociedade, o protesto diante da vontade alheia diante da qual é preciso inclinar-se, o protesto contra o tormento da heteronomia. [...] Assim, a ideia absolutamente negativa e com raízes profundamente anti-heroicas de igualdade trabalha em favor de uma exigência igualmente negativa de liberdade. Da ideia de que somos – idealmente – iguais, pode-se deduzir que ninguém deve mandar em ninguém. Mas a experiência ensina que, se quisermos ser realmente todos iguais, devemos deixar-nos comandar. Por isso, a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade. A síntese desses dois princípios é justamente a característica da democracia [...]²⁴⁸.

A participação no governo, ou seja, na criação e aplicação de normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade, deve ser vista como a característica essencial da democracia²⁴⁹.

A ideia política do século XIX, nascida das revoluções americana e francesa do século XVIII, foi a democracia²⁵⁰.

2.3. Finalidade e características dos níveis do ordenamento

2.3.1. Definição dos níveis do ordenamento

²⁴⁶ KELSEN, 2003, p. 168.

²⁴⁷ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha & REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como Poder**: uma nova visão dos poderes políticos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 72.

²⁴⁸ KELSEN, Hans. **A Democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 27.

²⁴⁹ KELSEN, 2000, p. 142.

²⁵⁰ KELSEN, 2000, p. 139.

O estudo dos níveis do ordenamento derivou da compreensão dos fins e das funções estatais, exposta com clareza pela primeira vez por Georg Jellinek, que analisou os fins do Estado²⁵¹, distinguindo os fins particulares, os fins intermediários e os universais ou supremos²⁵². Os fins supremos teriam a função de controle sobre os fins inferiores.

La mayor parte de las acciones humanas, por confusa que pueda ser la diversidad de fines que inmediatamente se trate de alcanzar; están subordinadas a los fines superiores de conservación de la existencia individual y de felicidad de los mismos individuos. Los medios para conseguir estos fines superiores son varios, del propio modo que los fines intermedios [...] ²⁵³.

Karl Loewenstein desenvolveu a teoria dos fins e das funções estatais de Jellinek, compreendeu que Locke e Montesquieu tinham ignorado a relação governo e poder, que a tarefa de governar não é limitada, que a democracia depende da limitação racional das ações dos detentores do poder e que todas as funções estatais nada mais são do que instrumentos para o exercício (e o controle) da liderança política²⁵⁴.

Loewenstein propôs uma nova divisão tripartite, diretamente relacionada com os níveis do ordenamento, o controle político (*policy control*), a decisão política fundamental (*policy determination*) e a execução desta decisão (*policy execution*)²⁵⁵.

No nível infralegal ou da execução, conforme Loewenstein, estariam tanto a administração²⁵⁶ como a jurisdição ordinária²⁵⁷.

A jurisdição constitucional, para Loewenstein, teria uma natureza completamente distinta da jurisdição ordinária, configurando-se como controle do poder²⁵⁸.

Montesquieu, ao definir suas famosas três funções estatais, também analisou a necessidade da hierarquia entre os níveis do ordenamento²⁵⁹, especialmente no livro I – Das

²⁵¹ GIORGI JR, 2015a, pp. 91-94.

²⁵² JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado** (1ª ed. alemã 1911, 3ª ed. alemã 1914). México: FCE, 2000. (Título original: Allgemeine Staatslehre, tradução e prólogo de Fernando de los Ríos), pp. 234-263 (capítulo VIII, relativo aos fins do Estado) e pp. 528-551 (funções estatais).

²⁵³ JELLINEK, 2000, p. 238.

²⁵⁴ LOEWENSTEIN, 1970, p. 61.

²⁵⁵ Ibidem, p. 62. Adotamos, para as três expressões em inglês, a mesma tradução utilizada na versão espanhola da obra de Loewenstein.

²⁵⁶ La administración es el aspecto de la ejecución de decisiones políticas que surgen con más frecuencia en la vida diaria, y este aspecto corresponde a lo que tradicionalmente se ha llamado “ejecutivo”. Bajo esta categoría se debe entender la aplicación, tanto de las decisiones políticas como de aquellas disposiciones de carácter técnico-utilitario a las necesidades de la comunidad (LOEWENSTEIN, 1970, p. 66).

²⁵⁷ La función judicial, el tercero de los poderes equiparado a los otros dos en la división tripartita clásica, debe sufrir también bajo la nueva división una significativa *capitis deminutio*. [...] Dado, pues, que el juez ejecuta la ley en una forma parecida, aunque con diferentes técnicas, a como lo hace la administración, no realiza una función independiente en el proceso del poder. La función judicial es fundamentalmente ejecución de la decisión política fundamental tomada anteriormente y que se presente en forma legal (LOEWENSTEIN, 1970, p. 67).

²⁵⁸ LOEWENSTEIN, 1970, pp. 67-68 e 308-309.

Leis em Geral, cap. III – Das Leis Positivas e no Livro XI – Das Leis que Formam a Liberdade Política e de sua Relação com a Constituição, capítulo VI – Da Constituição da Inglaterra, ao buscar meios para que o poder freie o poder²⁶⁰. Karl Lowenstein atualizou a teoria de Montesquieu, deixando clara a hierarquização entre os níveis do ordenamento²⁶¹.

A separação dos níveis do ordenamento deriva da dinâmica jurídica, tal como exposto por KELSEN.

A análise do Direito, que revela o caráter dinâmico desse sistema normativo e a função da norma fundamental, também expõe uma peculiaridade adicional do Direito: o Direito regula a sua própria criação [...]²⁶².

2.3.2. Características dos níveis fundamental ou constitucional, legal ou ordinário e infra legal ou judiciário

O nível superior é o **fundamental** ou **constitucional**. Envolve as **decisões políticas fundamentais**, sendo instrumentado por **normas constitucionais e pela sua interpretação**. Neste nível são elencados os fins últimos do Estado e os valores supremos do ordenamento. Sua função é, principalmente, negativa ou de controle, visando impedir a produção de normas e de atos – estatais ou não – contrários aos valores fundamentais.

É neste nível que atua a jurisdição constitucional, definindo a ideia de direito – e de democracia – vigentes. Como as palavras não tem sentido intrínseco, o significado das expressões contidas na Constituição depende do sentido a elas atribuído pela comunidade na época de sua promulgação. Em várias situações, quando fica difícil entender como a comunidade original interpretaria a Constituição no caso *sub judice*, os julgadores têm três opções: atribuir ao texto um novo sentido; tentar uma reconstrução histórica ou declarar que o sentido original se perdeu, cabendo a escolha à comunidade política atual²⁶³.

Os participantes do debate jurídico acerca do significado de uma disposição constitucional devem reconhecer o desafio, pois critérios interpretativos distintos levarão a

²⁵⁹ REVERBEL, 2012, p. 23: “A leitura comum que se faz tanto de LOEWENSTEIN, quanto de MONTESQUIEU, é horizontal. Nossa tese verticaliza os fins e as funções pensadas por LOEWENSTEIN, na seguinte fórmula: (1) *policy control* (função última do Estado); (2) *policy determination* (função intermediária do Estado); e (3) *policy execution* (função próxima do Estado).”; No mesmo sentido, GIORGI JR, 2015a, pp. 87-91.

²⁶⁰ AMARAL JR., José Levi Mello do. Sobre a Organização de Poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 868, Fev. 2008, pp. 53-65.

²⁶¹ Esta hierarquização dos níveis do ordenamento já está implícita em Montesquieu, que, no capítulo III do Livro I do Espírito das Leis define e diferencia o Direito das Gentes, o Direito Político e o Direito Civil (MONTESQUIEU, 1749, p. 5).

²⁶² KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado** (1ª ed., Berlin, 1925. 2ª ed., Harvard, 1945). São Paulo: Martins Fontes, 1998b, p. 181.

²⁶³ EASTERBROOK, 2012, posição 296, livro eletrônico.

conclusões distintas. A hierarquia entre critérios interpretativos não soluciona a questão, pois a escolha do material pelo intérprete pode condicionar o resultado. A solução adequada é o julgamento caso a caso²⁶⁴. Não há, pois, aplicação neutra de regras interpretativas em direito constitucional.

O nível intermediário é o **legal** ou **ordinário**. É o campo dos fins intermediários do Estado, da **determinação política** da forma de realizar o bem comum, da **prioridade** no recebimento de verbas públicas e na **escolha de políticas públicas**. É o campo da luta política por excelência.

É neste nível que são aprovadas, pelo legislador ordinário, as normas gerais, assim como escolhidas as políticas públicas pelo legislador ordinário. Os precedentes relativos à interpretação da lei, que determinam a interpretação vigente, estão neste nível. Se o precedente, entretanto, for relativo à jurisdição constitucional, determinará a interpretação vigente da própria constituição e, portanto, pertencerá ao nível constitucional²⁶⁵.

O nível **infra legal** ou **judiciário** é o da aplicação do direito aos fatos, seja pelo julgador ordinário, seja administrador público. Neste nível exige-se imparcialidade (do Judiciário), impessoalidade (da Administração), competência e a observância do direito vigente²⁶⁶.

Este nível exige a correta aplicação do direito ao caso concreto, por meio da equidade²⁶⁷, que é inerente à atividade jurisdicional²⁶⁸.

Uma das principais funções da separação entre os níveis do ordenamento é a limitação do poder através do chamado “véu da ignorância”.

Aquele que fixa as linhas mestras do direito (o legislador constituinte), não sabe, com certeza, a forma com que o direito será delimitado pela lei. Quem estabelece as normas gerais (o legislador ordinário e as cortes supremas, ao estabelecerem os seus precedentes), não tem conhecimento do caso concreto em que a norma será aplicada. Quem aplica a norma (o Juiz

²⁶⁴ FALLON JR., Richard H. The Meaning of Legal “Meaning” and Its Implications for Theories of Legal Interpretation. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 82, n. 3, p. 1235-1308, especialmente pp. 1307-1308, summer 2015.

²⁶⁵ A necessidade de constante atualização e interpretação do texto constitucional pela Corte Constitucional é salientada por TRIBE & MATZ, 2014, epílogo, livro eletrônico. Ver, acima, tópico 2.1.2.2 desta primeira parte.

²⁶⁶ SOUZA JR., 2002b, p. 56.

²⁶⁷ Há vários sentidos para o termo *equidade*. Nesta tese, adota-se a interpretação aristotélica, relativa ao uso da razão prática, que é inerente ao agir humano e tem grande importância sempre que se adequam previsões abstratas aos fatos concretos, como em todo ato de julgar.

²⁶⁸ TASSARA, Andrés Ollero. **¿Tiene Razón el Derecho?** Entre método científico y voluntad política. Madrid: Congreso de los Diputados, 1996, p. 483: en realidad, la equidad – como tensión concretizadora presente en todo ajustamiento de pretensiones – es un factor, tan ineliminable como radicalmente “jurídico”, de esa búsqueda de justicia que preside todo el proceso interpretativo que la positivación del derecho encierra.

ordinário), embora tenha conhecimento do caso, não escreve as normas gerais a serem aplicadas.

Como a determinação do direito – a escolha política da forma de realizar o bem comum, votando leis ou aprovando precedentes – envolve opção e afasta a imparcialidade, ela não pode ser feita pelo julgador ordinário. A violação deste “véu da ignorância” geraria a vinculação das partes a uma norma escolhida após os fatos aos quais ela será aplicada, incidindo retroativamente. Isto confere um poder excessivo ao julgador ordinário e gera uma grave violação à separação de poderes²⁶⁹ e ao Estado de Direito²⁷⁰.

Kelsen centra sua análise nas disposições acerca da produção normativa, pois toda sua teoria se foca na competência, embora admita algum limite de condicionamento material da legislação infraconstitucional pelo texto da Constituição.

A estrutura hierárquica da ordem jurídica de um Estado é, *grosso modo*, a seguinte: pressupondo-se a norma fundamental, a constituição é o nível mais alto dentro do Direito nacional. A constituição é aqui compreendida não num sentido formal, mas material. A constituição no sentido formal é um documento solene, um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com a observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação destas normas. A constituição no sentido material consiste nas regras que regulam a criação das normas jurídicas gerais, em particular a criação de estatutos [leis]. A constituição, o documento solene chamado “constituição”, geralmente contém também outras normas, normas que não são parte da constituição material. [...] A constituição material determina não apenas os órgãos e o processo da legislação, mas também, em certo grau, o conteúdo das leis futuras²⁷¹.

Kelsen define o nível legal, deixando implícita a sua função da determinação política do bem comum e explícita sua distinção com o nível constitucional, focando-se novamente na competência, no trecho abaixo.

As normas gerais estabelecidas pela via da legislação ou pela via do costume formam um nível que vem a seguir ao da constituição na hierarquia do Direito. Essas normas gerais devem ser aplicadas pelos órgãos competentes, em especial pelos tribunais, mas também pelas autoridades administrativas²⁷².

Ambas as funções – a aplicação judicial ou administrativa das normas gerais, e a criação estatutária [legal] ou consuetudinária das normas gerais – são determinadas por normas de nível superior, formal e materialmente, no tocante ao processo e ao conteúdo da função. Porém, a proporção em que se encontram a determinação formal e a material de ambas as funções é diferente. A constituição material determina sobretudo por meio de quais órgãos e através de quais processos as normas gerais devem ser criadas. Em geral, ela deixa indeterminado o conteúdo dessas normas ou, quando muito, determina o seu conteúdo de modo negativo²⁷³.

²⁶⁹ VERMEULE, Adrian. Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law. **Yale Law Journal**. New Haven: Yale Law Journal, v. 111, pp. 399-433, especialmente pp. 400-404 e 409-411, 414, 424, 426-427, 429 e 431, oct. 2001. Disponível em <http://www.yalelawjournal.org/essay/veil-of-ignorance-rules-in-constitutional-law>. Acesso em 30 jan. 2016

²⁷⁰ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: UNISINOS, 2007, p. 264: “Um sistema jurídico exemplifica o Estado de Direito na medida (é uma questão de grau para cada item da lista) em que (i) suas regras são prospectivas, não retroativas [...]”.

²⁷¹ KELSEN, 1998b, pp. 182-183.

²⁷² KELSEN, 1998b, p. 187.

²⁷³ KELSEN, 1998b, p. 189.

Embora seu texto fique um pouco confuso ao procurar uma definição geral o suficiente para abranger todos os ordenamentos do mundo, Kelsen delimita com clareza o nível infra legal no trecho abaixo.

Às vezes, a criação de normas gerais é dividida em dois ou mais estágios. Algumas constituições dão a certas autoridades administrativas – o chefe de Estado ou os ministros de gabinete, por exemplo – o poder de decretar normas gerais por meio das quais são elaboradas as cláusulas de um estatuto [lei]. **Tais normas gerais, que não são emitidas pelo chamado órgão legislativo, mas por outro órgão com base nas normas gerais emitidas pelo legislador, são designadas como regulamentos**²⁷⁴.

2.3.3. Problemas decorrentes da violação dos níveis do ordenamento

A cumulação da jurisdição ordinária com a constitucional, sem a utilização do *stare decisis*, leva à violação dos níveis do ordenamento, pois o julgador ordinário acaba gerando irracionalidade institucional.

Ao permitir-se a aplicação de critérios distintos para casos análogos – e extremamente assemelhados, pois geralmente se trata de hipóteses em que não se discutem fatos, mas apenas critérios normativos – abre-se uma margem discricionária excessiva e irracional, afastando completamente a igualdade e facilitando sobremaneira a conduta de administradores e juízes que seguem padrões impessoais de conduta²⁷⁵. A discricionariedade excessiva facilita a concreção de práticas corruptas, que normalmente exigirá o desvio da finalidade da norma²⁷⁶.

O Estado Social Contemporâneo exige intervencionismo estatal e poder para que os juízes interpretem princípios e reconheçam os valores mínimos do ordenamento²⁷⁷, rompendo com o modelo de juiz de Montesquieu. O reconhecimento do poder exige sua delimitação²⁷⁸. No Brasil, entretanto, assim como em boa parte da América Latina, o *Welfare State* nunca se consolidou, limitando-se a um simulacro²⁷⁹.

O afastamento, por inconstitucionalidade, de norma geral por Juiz ordinário, adotando posição diametralmente oposta à do STF, configura inicialmente uma decisão com ausência completa de jurisdição, por violação à competência funcional.

²⁷⁴ KELSEN, 1998b, p. 190.

²⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**: Justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 94.

²⁷⁶ BUTELER, Alfonso. Sobre las causas e los efectos de la corrupción: el papel del Derecho. In. DELPIAZZO, Carlos E. & LEAL, Rogerio Gesta (coords.). **Ética Pública y Patologías Corruptivas**. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2014, p. 203-218, especialmente p. 215.

²⁷⁷ SOUZA JR, 2002a, pp. 74 e 83.

²⁷⁸ MARINONI, 2016, pp. 12, 65-67 e ss.

²⁷⁹ STRECK, Lênio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2014, cap. 5, livro eletrônico.

Esta decisão pode gerar seis graves problemas²⁸⁰:

- D) A criação de uma regra *ex post facto*;
- II) A criação de uma regra casuísta e desigual;
- III) A avaliação ideológica da constitucionalidade;
- IV) O uso indevido da função normativa dos princípios constitucionais;
- V) A indevida intromissão no mérito administrativo e
- VI) Uma Mutação Constitucional sem limites claros.

Ao declarar, sem a utilização de critérios apropriados de distinção, a inconstitucionalidade de uma lei declarada constitucional pelo STF, o julgador brasileiro produz uma norma *ex post facto*, pois há a pretensão de interpretação, que tem efeitos *extunc*²⁸¹. Produz-se uma “*inconstitucionalidade retroactiva, das mais graves consequências para o funcionamento das instituições e para a segurança jurídica em geral*”²⁸².

A previsibilidade e a racionalidade são substituídas pela constante alteração das regras do jogo. Ademais, as consequências socioeconômicas do julgamento são conhecidas, incentivando a participação dos grupos de pressão e das ideologias²⁸³.

Ao elaborar a regra que fundamentar  o julgamento sem congruência com um regramento geral a todos imposto pelo Legislativo ou pela Corte Suprema, o Juiz afasta uma das principais garantias da sua imparcialidade, pois   “*através da congruência [que] garante-se certa imparcialidade na consecução do direito*”²⁸⁴

Ora, como leciona Lon Fuller:

Certamente não pode haver motivo racional para afirmar que um homem tenha uma obrigação moral de obedecer a uma norma jurídica que não exista, que seja mantida em segredo diante dele; que tenha sido criado apenas após a sua ação; que seja ininteligível; que esteja em contradição com outra regra do mesmo sistema; que exija o impossível ou que mude a cada minuto²⁸⁵.

²⁸⁰ GIORGI JR., 2015a, pp. 146-164.

²⁸¹ FUX, Luiz et al. Exposição de Motivos do Anteprojeto. In: MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 205-225, especialmente p. 212.

²⁸² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra, 1991, tomo II: Constituição e Inconstitucionalidade, p. 291.

²⁸³ LEVINSON, Daryl J. Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment. **Harvard Law Review**. Cambridge, Massachusetts, USA, v. 124, p. 657-746, especialmente pp. 673 e 694, jan. 2011. Disponível em <<http://harvardlawreview.org/2011/01/parchment-and-politics-the-positive-puzzle-of-constitutional-commitment/>>. Acesso em 30 jan 2016.

²⁸⁴ MARTINS, Ângela Vidal da Silva. **A Moralidade do Direito como Condição de Liberdade em Lon Fuller**. 2012, p. 65. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

²⁸⁵ FULLER, Lon. **Morality of Law**. 2. ed. New Haven e London: 1969, p. 39, tradução nossa: Certainly there can be no rational ground for asserting that a man can have a moral obligation to obey a legal rule that does not exist, or is kept secret from him, or that came into existence only after he has acted, or was unintelligible, or was contradicted by another rule of the same system, or commanded de impossible, or changed every minute.

Ao declarar, sem a utilização de critérios apropriados de distinção, a inconstitucionalidade de uma lei declarada constitucional pelo STF, o Juiz brasileiro produz uma norma *ad hoc*, sem fundamento em uma norma geral – emanada pelo Legislativo ou pela Corte Suprema - que possa servir como premissa maior na elaboração da norma de decisão, sua decisão contraria o Estado de Direito²⁸⁶.

O texto constitucional é rico em conceitos controversos, viabilizando diferentes pontos de vista. A abrangência de todos os pontos de vista válidos é essencial para a utilidade e aplicabilidade da disposição constitucional²⁸⁷.

A norma *ad hoc* gera um regramento violador da isonomia, desafiando a própria essência do direito.

O direito contém em si uma medida, o que quer dizer que a coisa constituída como direito não é uma coisa desmedida, desmesurada ou desproporcional: o direito é essencialmente harmonia, uma coisa harmônica²⁸⁸.

Ao declarar, sem a utilização de critérios apropriados de distinção, a inconstitucionalidade de uma lei declarada constitucional pelo STF, o Juiz brasileiro afasta uma norma votada pelo parlamento, substituindo a determinação legal pela sua visão politicamente orientada.

Ao afastar, sem a utilização de critérios apropriados de distinção, a interpretação vigente dos princípios constitucionais, determinada pelo STF, utilizando o princípio em sua função normativa, o Juiz brasileiro afasta uma norma-regra aprovada pelo Parlamento, substituindo-a por outra retirada diretamente do texto constitucional.

A gravidade deste procedimento será inversamente proporcional à densidade normativa do princípio. Se esta for baixa, a discricionariedade será ampla e praticamente irrestrita, violando, diretamente, tanto a separação de poderes, como o próprio Estado de Direito²⁸⁹.

Ao afastar, sem a utilização de critérios apropriados de distinção, a prioridade na realização de verbas públicas determinada pelo governo eleito e aprovada pelo STF, o Juiz brasileiro substitui a decisão política adotada pelo administrador, simplesmente substituindo

²⁸⁶ FINNIS, 2007, p. 264: “*Um sistema jurídico exemplifica o Estado de Direito na medida (é uma questão de grau para cada item da lista) em que (vii) a feita de decretos e mandados judiciais aplicáveis a situações relativamente limitadas é guiada por regras que foram promulgadas, são claras, estáveis e relativamente gerais [...].*”

²⁸⁷ COMMELLA, 1997, pp.24-26.

²⁸⁸ HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 144.

²⁸⁹ FINNIS, 2007, p. 264: “*Um sistema jurídico exemplifica o Estado de Direito na medida (é uma questão de grau para cada item da lista) em que [...] (iii) suas regras foram promulgadas, (iv) são claras [...] (vi) suas regras são estáveis o bastante para permitir que as pessoas possam se guiar pelo conhecimento que tem do conteúdo delas [...].*”

um critério político (o do administrador) por outro (o seu), violando tanto a separação de poderes como o Estado de Direito²⁹⁰.

O juiz, ao interpretar uma determinada norma constitucional livremente, isto é, sem obedecer à interpretação daquela norma fixada pelo STF, produz uma mutação inconstitucional, que pode romper com a Constituição, violando a separação de poderes, ao invadir o campo da política e possibilitar o ataque ao próprio núcleo da ideia de direito prevista na Constituição.

[O] Direito Constitucional cria regras de atuação e decisão política; ele dá à política pontos de referência dirigentes, mas ele não pode substituí-los [...] Se ela não regula numerosas questões da vida estatal, ou somente em traços, então nisto está não somente uma renúncia à normatização [...], mas, muitas vezes, também uma garantia com força constitucional de discussão livre e decisão livre dessas questões²⁹¹.

Ao ela formular o conteúdo da Constituição em um texto, que deve ser interpretado com os meios de interpretação de texto, limita a Constituição escrita as possibilidades de compreensão diferente [...] No texto escrito da Constituição nascem, com isso, fixações que aumentam essencialmente o efeito estabilizador, racionalizador e assegurador da liberdade da Constituição. Esse sentido perde-se quando a Constituição escrita não mais é considerada como taxativamente vinculativa. [...] Simultaneamente, todavia, está liberado o caminho no qual a Constituição pode ser ludibriada pelo recurso a qualquer interesse discricional [...]²⁹²

²⁹⁰ FINNIS, 2007, p. 264: “*Um sistema jurídico exemplifica o Estado de Direito na medida (é uma questão de grau para cada item da lista) em que [...] (viii) aquelas pessoas que tem autoridade de fazer, administrar e aplicar as regras em caráter oficial (a) são passíveis de serem responsabilizadas pelo cumprimento de regras aplicáveis ao seu desempenho e (b) realmente administram a lei com consistência e de acordo com o seu teor*”.

²⁹¹ HESSE, 1998, p. 42.

²⁹² HESSE, 1998, pp. 43-44.

3. INDISPENSABILIDADE DO *STARE DECISIS* NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional, ao estabelecer a interpretação vigente da Constituição, delimita o próprio núcleo do Estado de Direito; fixa a concepção de democracia; define, enumera e fixa o contorno legal dos direitos fundamentais; impõe limites à atuação política dos representantes da maioria e atualiza a interpretação de normas infraconstitucionais conforme à Constituição.

Todas as atividades acima envolvem, necessariamente, o estabelecimento de regras gerais e abstratas, que devem condicionar a população e as autoridades de todos os poderes, devendo ser aplicadas para as situações futuras assemelhadas às do precedente, conforme a *ratio decidendi*.

A solução adotada pelas cortes de vértice será necessariamente uma dentre várias possíveis e poderá estar errada. A justiça ou correção da decisão, entretanto, não compete àqueles que, desprovidos da jurisdição do STF, simplesmente discordam por seguirem outra orientação política. Precisamos retomar um grau mínimo de previsibilidade, há décadas perdido no direito brasileiro²⁹³.

É evidente que o controle de constitucionalidade, assim como a interpretação constitucional, pode gerar respostas – normas – distintas conforme o critério utilizado. O mesmo critério, utilizado por juízes distintos, pode envolver tanto a escolha de materiais diferentes como a atribuição de pesos, e conclusões, diferentes para estas fontes. Apesar das boas intenções, os estudiosos normalmente não utilizam os mesmos critérios para a interpretação constitucional²⁹⁴.

Uma das principais causas do *judicial review* é exatamente a eliminação da disparidade entre as várias interpretações da Constituição, pois essa não pode ter um significado distinto em cada estado-membro²⁹⁵.

A jurisdição constitucional, tanto em sua função de controle como em sua função interpretação e delimitação dos princípios constitucionais, é inseparável da vinculação, seja na forma tradicional do *stare decisis*, seja na forma da decisão *com força de lei*²⁹⁶.

²⁹³ MELLO, Rafael Corte. Cortes de Vértice: o sentido unívoco e a (ins)estabilidade. In. MACEDO, Elaine Harzheim & HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (orgs.). **Jurisdição, Direito Material e Processo: Os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do Direito**. Porto Alegre: Do Advogado, 2015a, p. 213-227, especialmente pp. 213 e 226.

²⁹⁴ VERMEULE, Adrian. System Effects and the Constitution. In. The Supreme Court: 2008 Term. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, USA, v. 123, pp. 4-72, especialmente p. 72, nov. 2009. Disponível em <http://www.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vermeule09.pdf>. Acesso em 31 jan 2016.

²⁹⁵ BARRON & DIENES, 2009, cap. I, ponto I.A.2, livro eletrônico.

A necessidade da vinculação dos juízes à interpretação constitucional da Suprema Corte foi grandemente responsável pela antecipação do *stare decisis* norte-americano em relação ao inglês. Enquanto na Inglaterra as regras da vinculação aos precedentes só se sedimentaram nas últimas décadas do século XIX²⁹⁷, nos EUA a exigência da jurisdição constitucional acelerou consideravelmente o processo, que já era perceptível em 1819 e, em 1850, o *stare decisis* já estava consolidado²⁹⁸.

O sistema descentralizado de controle de constitucionalidade de molde norte-americano, se desvinculado do *stare decisis*, é visto como simplesmente inviável na Alemanha²⁹⁹. Dessa forma, embora o Brasil permaneça clara e firmemente ancorado na tradição do direito romano-germânico³⁰⁰, a admissão tanto do controle da constitucionalidade como da adoção de valores pelo intérprete torna inevitável o uso de precedentes.

3.1. Controle cumulado norte-americano: vinculação aos precedentes desde 1850

²⁹⁶ Os n.ºs 1 e 2 do inciso II do §31 da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã dispõem que as decisões nos processos de controle normativo – tanto no controle abstrato como no controle concreto – bem como nos casos de declaração de inconstitucionalidade em sede de reclamação constitucional têm força de lei. (MARTINS, Leonardo. Excertos da GrundGesetz (GG) e da Lei Orgânica do TCF (BVerfGG). In: _____ (org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Konrad Adenauer, 2005b, pp. 952-976, especialmente p. 972, organizador da coletânea original Jürgen Schwabe, tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2241/42.pdf>. Acesso em 31 jan. 2016.)

²⁹⁷ DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2008, p. 18.

²⁹⁸ KEMPIN JR, Frederick G. Precedent and Stare Decisis: The Critical Years, 1800 to 1850. **The American Journal of Legal History**, Philadelphia, PA, USA, v. 3, n. 1, p. 28-54, especialmente p. 50, jan. 1959. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/844141>. Acesso em 7 set. 2015. Este autor fixa com exatidão a data em que o *stare decisis* passou a vigor com estabilidade na Inglaterra: 1876 (KEMPIN JR., 1959, p. 32). Em 1876 foi publicado o *Appellate Jurisdiction Act*, que tornou clara a competência e o nível hierárquico dos tribunais ingleses.

²⁹⁹ KOMMERS, Donald P. & MILLER, Russell A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**: with a new foreword by Justice Ruth Bader Ginsburg (1989). Tradição da parte doutrinária do texto da terceira edição alemã, publicada no mesmo ano da edição inglesa – 2012 -, assim como da maior parte dos acórdãos referidos, pelos próprios autores. Alguns acórdãos foram traduzidos por Mark Hepner, Peggy Fiebig, Matthias Schmidt, Catriona Thomas, Albert Wimmer e Hedwig Weiland, este último chefe do Departamento de tradução para o inglês do BVerfG. 3rd. ed. London: Duke University Press, 2012, introdução do cap. 1, livro eletrônico.

Todas as decisões do BVerfG, inclusive aquelas que declaram a constitucionalidade das normas, tem força de lei e vinculam todos os órgãos públicos de todos os poderes, impedindo até o Legislativo de aprovar norma assemelhada a uma lei anteriormente afastada por inconstitucionalidade. (KOMMERS & MILLER, 2012, tópico *Judicial Review in Operation* do capítulo 1, livro eletrônico.

³⁰⁰ Em sentido contrário, entendendo que houve, no Brasil, uma fusão entre a concepção romano-germânica de Estado de Direito e o *Rule of Law*, próprio do *common law*: ZANETTI JR., Hermes. **A Constitucionalização do Processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 16 e ss. e 244 e ss.

A posição de ZANETTI JR., *data maxima vênia*, parece incorreta, pois enquanto no *common law* vige a máxima *remedies precede rights* e os textos normativos se caracterizam pelo regramento minucioso e pela grande extensão, nosso ordenamento se caracteriza por leis curtas, extremamente lacunosas e ambíguas, além de haver uma série de normas aprovadas sem qualquer preocupação com sua viabilidade.

3.1.1. Existência de precedentes nos EUA desde 1850.

Os precedentes já eram reconhecidos pelos Celtas antes da invasão anglo-saxã, sendo frequentemente referidos por Bracton, por volta de 1250, mas os juízes não se consideravam obrigados a segui-los. Nos EUA, logo após a independência, tentou-se proibir a referência às decisões inglesas, mas as fortes raízes do *common law* inviabilizaram essa vedação³⁰¹.

Parte essencial do precedente, a *ratio decidendi* não é, necessariamente, parte do voto vencedor, pois até mesmo nos EUA frequentemente há mais de um voto, cada qual aportando razões distintas e frequentemente conflitantes, enquanto somente a decisão objeto do acórdão se torna um precedente³⁰².

A visão antiga da natureza declaratória dos precedentes foi afirmada desde o século XIV. De acordo com esta visão, muito próxima da de Montesquieu, uma decisão reformada nunca teria existido, pois o direito estaria limitado à lei, sendo criado somente pelo Rei e pelo Parlamento.

A alteração desta concepção tornou-se necessária já no século XIX, pois a aceitação do precedente como fonte (criativa) do direito é imprescindível para a compreensão do *common law* e do *stare decisis*. Em 1863 a Suprema Corte dos EUA, em *Gelpcke v. Dubuque* (68 US 175, 1863³⁰³) admitiu a validade de títulos emitidos com base em precedente revogado, pois estabelecia o direito vigente na época da sua emissão, traçando um paralelo direito com atos praticados sob a vigência de uma lei (*statute*) revogada³⁰⁴.

A doutrina moderna do *stare decisis* é aplicada nos EUA como uma política geral, que exige que todos os juízes e tribunais sigam as decisões anteriores dos tribunais superiores em uma determinada jurisdição, desde que a *ratio decidendi* tenha aplicação razoável ao caso *sub judice* e que o precedente tenha sido apresentado ao órgão decisor. O apogeu desta doutrina é atingido quando o precedente é considerado como dotado de uma autoridade vinculante³⁰⁵.

Até o século XIX o *stare decisis* não tinha o formato atual. A prática anterior, que tinha a concordância geral das autoridades e permaneceu até o início do século XIX, era a de

³⁰¹ LOIBINGER, C. Sumner. Precedent in Past and Present Legal Systems. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, MI, USA, v. 44, n. 6, p. 955-996, especialmente pp. 960 e 962, jun. 1946. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1283471>. Acesso em 7 set. 2015.

³⁰² LOIBINGER, 1946, pp. 965-966.

³⁰³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. *Gelpcke v. Dubuque*. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 68, p. 175, 1863. Disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/68/175.html>. Acesso em 31 jan. 2016.

³⁰⁴ LOIBINGER, 1946, pp. 967-970.

³⁰⁵ KEMPIN JR., 1959, pp. 28-29.

citar precedentes em massa para ilustrar a natureza do direito envolvido³⁰⁶, de forma assemelhada à vigente no Brasil atual, denotando uma visão da decisão judicial como dotada de um caráter meramente declaratório, adequada à época da escola da exegese, mas completamente fora da realidade do Estado Constitucional do século XXI.

O direito **inglês** operou classicamente (até 1876) com quatro pressupostos³⁰⁷:

- 1) que **as decisões judiciais não criavam direito, mas apenas o evidenciavam, tendo caráter declaratório.**
- 2) que até meados do século XIX, **os repertórios de jurisprudência eram inexatos e**, em alguns casos, ininteligíveis.
- 3) que **o sistema de tribunais inglês, em meados do século XIX, permitia a convivência de decisões contrastantes e**
- 4) que **o direito era visto como baseado em princípios gerais, não em precedentes**, decorrência lógica da atribuição de caráter meramente declaratório às decisões judiciais e próprio da época da escola da exegese.

A sobreposição de competências e a falta de clareza do nível hierárquico das cortes inglesas inviabilizava a completa obediência ao *stare decisis* até o *Judicature Act* de 1873 e o *Appellate Jurisdiction Act* de 1876³⁰⁸.

Nos EUA, assim como na Inglaterra, as decisões judiciais eram vistas, inicialmente, como possuindo mero caráter declaratório, e não constitutivo, do direito positivo, aplicando-se, portanto, a primeira e a quarta das causas, acima referidas, para o enfraquecimento do *stare decisis*. As duas outras causas, entretanto, não se aplicavam aos EUA, pelo menos não até 1876:

- 1) Os repertórios de jurisprudência norte-americanos, até o século XIX, eram ainda menos confiáveis que os ingleses. Desde 1819, entretanto, e principalmente entre 1840 e 1850, vários estados norte-americanos criaram repositórios jurisprudenciais oficiais e confiáveis e
- 2) A hierarquia dos tribunais era muito mais clara nos EUA do que na Inglaterra³⁰⁹.

Pode-se considerar que, nos EUA, a doutrina do *stare decisis* foi adotada com firmeza no final da primeira metade do século XIX, época em que também começou a ser seriamente criticada a visão da natureza meramente declaratória das decisões judiciais³¹⁰.

³⁰⁶ KEMPIR JR, 1959, p. 30.

³⁰⁷ KEMPIN JR, 1959, p. 31.

³⁰⁸ KEMPIN JR, 1959, p. 32.

³⁰⁹ KEMPIN JR, 1959, pp. 33-36.

³¹⁰ KEMPIN JR., 1959, p. 36.

Enquanto em 1821 em *Hammond v. Ridgely's Lessee* o Juiz Chase, da Suprema Corte dos EUA, afirmou que as decisões da Suprema Corte deveriam ser seguidas pelos estados, desde que os fundamentos do voto vencedor ainda fossem válidos, afirmando a validade dos princípios acima das decisões. Como os princípios são interpretados pelos tribunais estaduais, esta visão nega o *stare decisis*.

Trinta anos depois, entretanto, em 1851, o Tribunal de Justiça de Maryland viu-se forçado a aceitar uma decisão prévia, contrária ao seu entendimento, pois a autoridade de uma decisão de 1814 concluía a questão em *Milburn v. State of Maryland*, de 1851³¹¹. A mesma evolução pode ser percebida em Pennsylvania, entre 1821 e 1853; em Geórgia, entre 1808 e 1858; em Nova Iorque, entre 1799 e 1820; em Kentucky entre 1807 e 1828; em Massachusetts, entre 1804 e meados do século XIX; em Alabama, em 1851 e em Illinois, em 1839.

A própria Suprema Corte dos EUA assumiu o papel vinculante de suas decisões prévias em 1851³¹², em *The Genesee Chief, etc., v. Fitzhugh et al*³¹³.

No oeste dos EUA a visão dos precedentes como meramente persuasivos, entretanto, perdurou mais algum tempo, pois ainda em 1856 a Suprema Corte de Ohio, em *Leavitt and Lee, Executors v. Morrow*, recusa o estabelecimento de princípios jurídicos em decisões judiciais³¹⁴.

Alguns dos estados mais antigos dos EUA aderiram ao *stare decisis* já em 1825, mas **somente em 1850 a doutrina estava consolidada**. Os estados mais novos tardaram a aceitar a força vinculante dos precedentes. Em Wisconsin, por exemplo, somente adotou uma posição assemelhada a dos estados do Leste em 1862³¹⁵.

3.1.2. Estado de Direito e vinculação aos precedentes nos EUA.

Ainda hoje há diferenças entre o uso do *stare decisis* nos EUA e na Inglaterra. Enquanto os britânicos utilizam a distinção com mais frequência, os norte-americanos parecem mais inclinados ao *overruling*³¹⁶.

³¹¹ KEMPIN JR., 1959, p. 39.

³¹² KEMPIN JR., 1959, pp. 41-48.

³¹³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. *The Propeller Genesee Chief v. Fitzhugh*. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 53, p. 443, 1851. Disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/53/443.html>. Acesso em 31 jan. 2016.

³¹⁴ KEMPIN JR., 1959, pp. 49-50.

³¹⁵ KEMPIN JR., 1959, p. 50.

³¹⁶ KEMPIN JR., 1959, p. 51.

O *stare decisis* é incompatível com a visão meramente declaratória (“*evidence of the law*”) do precedente. Tanto o *overruling* como a técnica das distinções seriam desnecessários se os precedentes não tivessem natureza criadora do direito, permitindo tanto que os tribunais criem ao direito como o alterem de tempo em tempo³¹⁷.

É a doutrina do *stare decisis* que permite à Suprema Corte determinar a validade de normas e atos legais. Os fundamentos dos precedentes são vários, salientando-se a promoção da estabilidade, os limites aos abusos dos juízes e a redução dos custos envolvendo questões constitucionais. A força do precedente constitucional é tão forte que pode afastar leituras aparentemente óbvias do texto³¹⁸.

Analisando a vinculação aos precedentes nos EUA de hoje, James WILSON elenca as seguintes características dos precedentes e sua relação com a sua força vinculante³¹⁹:

- I) Longevidade. Decisões que se mantêm por vários anos tendem a fazer parte da cultura jurídica do país, tornando-se confiáveis. Decisões recentes podem ser contestadas – assim como ser objeto de distinção – com maior facilidade.
- II) Decisões por maioria apertada, grande maioria ou unanimidade. Decisões tomadas por cinco a quatro ou mesmo seis a três são mais facilmente alteráveis que decisões tomadas por ampla maioria ou por unanimidade.
- III) Decisões com votos múltiplos, decididas pela posição média, precisam ser lapidadas para a elaboração da *ratio decidendi* o que enfraquece a força do precedente, ao menos a curto prazo.

A análise dos litígios posteriores é um forte indicativo da força vinculante do precedente. Esta análise envolve quatro fatores: o número de casos regulados, a aplicação efetiva da *ratio decidendi* aos casos novos, se a Suprema Corte está discutindo os termos do precedente e, por fim, se os limites da decisão estão estáveis ou se a Suprema Corte os está alterando (ampliando ou reduzindo). Em qualquer caso, é a Suprema Corte que dá a última palavra sobre suas decisões³²⁰.

³¹⁷ KEMPIN JR., 1959, pp. 51-52.

³¹⁸ MITCHELL, Jonathan F. *Stare Decisis and Constitutional Text*. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, MI, USA, v. 110, n. 1, p. 1-68, especialmente p. 2, out. 2011. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/23054207>. Acesso em 7 set. 2015.

³¹⁹ WILSON, James G. *Taking Stare Decisis Seriously*. **The Journal Jurisprudence**, Melbourne, Victoria, Australia, v. 10, p. 327-382, especialmente pp. 329 a 335, 2011. Disponível em http://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1249&context=fac_articles. Acesso e 31 jan. 2016.

³²⁰ WILSON, 2011, p. 344.

O *stare decisis* é visto como um elemento fundamental no Estado de Direito (*rule of law*)³²¹.

Analisando a observância, pelos tribunais norte-americanos, das decisões da Suprema Corte nos últimos dez anos, Elise BOROCHOFF³²² concluiu que, na grande maioria dos casos em que as decisões de juízes e tribunais eram distintas do Tribunal Supremo, essas passaram a observar a posição adotada logo após a sua prolação.

Em alguns casos, entretanto, diferentes variáveis, incluindo a ideologia dos juízes, fez com que os tribunais tardassem a observar os novos precedentes, exigindo, em alguns casos, uma nova manifestação da Suprema Corte para os casos anteriores.

As decisões posteriores à prolação do precedente pela Suprema Corte, entretanto, são alinhadas com sua *ratio decidendi*, mesmo nos casos em que os juízes e tribunais resistem à imposição do precedente sobre as causas que estavam pendentes na data de sua publicação³²³.

3.1.3. Função dos Precedentes no Direito Constitucional

Os precedentes constituem a essência do Direito como um todo, aparecendo com clareza no direito constitucional norte-americano, onde são definidos como “*qualquer voto, decisão ou evento que a Suprema Corte ou alguma autoridade não judicial investiu com autoridade normativa*”³²⁴.

Os precedentes constitucionais são dotados de grande estabilidade. A permissão do aborto, em *Roe v. Wade*³²⁵, por exemplo, decidido em 1973, foi mantida, apesar de oito dos onze últimos juízes da Suprema Corte indicados por Presidentes Republicanos terem sido indicados com o propósito específico de derrubar esta decisão³²⁶.

³²¹ WILSON, 2011, pp. 348-349.

³²² BOROCHOFF, Elise. Lower Court Compliance with Supreme Court Remands. **Touro Law Review**, Central Islip, NY, USA, v. 24, n. 4, p. 849-906, jun. 2013. Disponível em <http://digitalcommons.tourolaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1261&context=lawreview>. Acesso em 31 jan. 2016.

³²³ BOROCHOFF, 2013, pp. 849-850. Nos casos julgados após a publicação do precedente pela Suprema Corte, os tribunais inferiores alteram a sua posição na imensa maioria dos casos, de forma que os limites ao poder do Tribunal Supremo dos EUA não podem ser exagerados, pois ele tem demonstrado com clareza a sua capacidade de alterar o comportamento decisório dos juízes, mesmo daqueles que expressaram previamente posicionamento diametralmente opostos (BOROCHOFF, 2013, 904).

³²⁴ GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. New York, NY, USA, 2008, posição 71, livro eletrônico.

³²⁵ ESTRADOS UNIDOS. SUPREMA CORTE, 1973.

³²⁶ GERHARDT, 2008, posição 79, livro eletrônico.

Uma das principais causas da força dos precedentes constitucionais é a chamada *regra dourada* de que os juízes da Suprema Corte tendem a reconhecer aos precedentes preferidos pelos outros o mesmo valor e utilidade que querem para os seus precedentes prediletos³²⁷.

São múltiplas as funções desempenhadas pelos precedentes no direito constitucional: delimitação do poder, fornecimento de autoridade persuasiva, estabelecimento dos modos aceitos na argumentação constitucional, fornecimento de meios para a compreensão da Suprema Corte e da sua forma de atuação, validação de argumentos constitucionais, indicação do posicionamento e das prioridades políticas (*political agenda*), implementação de valores constitucionais, decisão de disputas entre interpretações conflitantes da Constituição, esclarecimento de pontos obscuros em direito constitucional, esclarecimento e configuração da história constitucional, estruturação e identificação nacionais³²⁸.

Até mesmo aspectos não sujeitos ao controle de constitucionalidade são conformados pela visão constitucional estabelecida pelos precedentes. Embora não haja controle judicial sobre as nomeações para a Suprema Corte, os inúmeros precedentes contrários à vinculação religiosa de cargos públicos foram uma das principais causas da não aceitação de Harriet Miers, indicada pelo presidente George W. Bush em outubro de 2005 por motivos fundamentalmente relacionados às suas crenças religiosas³²⁹.

O núcleo da visão constitucional e da estruturação das instituições norte-americanas são, em parte, estabelecidas no que se costuma chamar de “*super precedentes*”, que assumem o papel de cláusulas pétreas no direito constitucional norte-americano. Os super precedentes são “*as decisões tão profundamente entronizadas no direito e na cultura que se tornam praticamente imunes à reforma*”³³⁰.

Há muito tempo os tribunais reconhecem que alguns precedentes estão estabelecidos há tanto tempo, sendo aceitos sem críticas pelos intérpretes, que se tornaram imutáveis. Trata-se de “*decisões constitucionais nas quais as instituições públicas investiram pesadamente, confiaram repetitivamente e aprovaram por longos períodos*”³³¹.

Estes precedentes estão profundamente imbuídos na cultura e consciência nacionais que parece antiamericano ataca-los. Há **três espécies de super precedentes**³³²:

- I) Os **fundamentos institucionais para as práticas judiciais**, como o amplo reconhecimento, tanto pelos demais juízes como pela sociedade em geral, do

³²⁷ GERHARDT, 2008, posição 107, livro eletrônico.

³²⁸ GERHARDT, 2008, posições 122 e 3050 a 3661.

³²⁹ GERHARDT, 2008, posições 3646 a 3661.

³³⁰ GERHARDT, 2008, posição 3668.

³³¹ GERHARDT, 2008, posições 3675 a 3691.

³³² GERHARDT, 2008, posições 3699 a 3777.

precedente como uma técnica argumentativa indispensável no direito constitucional. Outro exemplo é a própria existência do controle de constitucionalidade.

II) As **doutrinas fundamentais** que delimitam e distinguem as categorias, as áreas do direito, as espécies de disputas constitucionais e o próprio texto da Constituição vigente. Um dos principais exemplos desta espécie de super precedente é a leitura feita pela Suprema Corte da 14ª Emenda à CEUA, impondo aos estados-membros o efetivo respeito aos Direitos Fundamentais.

III) As **decisões constitucionais fundamentais** que são a espécie mais controversa de super precedentes. Trata-se de decisões da Suprema Corte que 1) perduram por longo tempo; 2) são repetidamente referidas pelas autoridades; 3) configuram o desenvolvimento de uma ou mais áreas do direito constitucional; 4) gozam de consenso público e 5) são amplamente reconhecidas pelo Judiciário como firmemente estabelecidas, não dependendo sua implementação de controle pelos escassos recursos dos tribunais de apelação. Os super precedentes desta terceira categoria devem preencher todos estes cinco requisitos.

Essa aceitação dos precedentes como uma técnica fundamental e um requisito indispensável para a racionalidade da argumentação constitucional, inerente ao pensamento jurídico norte-americano³³³, será um problema no Brasil.

A nascente democracia brasileira ainda resiste à implementação de critérios racionais de julgamento, pois estes pressupõem a aceitação da igualdade e o abandono à ainda dominante concepção patrimonialista do Estado. O patrimonialismo necessita de uma Administração descentralizada, bem como a não observação da fronteira entre o público e o privado³³⁴.

Outra característica brasileira que dificulta a implementação de precedentes é a fragilidade das instituições. Os precedentes são, entretanto, uma das principais vias de fortalecimento institucional, e sua adoção paulatina poderá alterar este quadro³³⁵.

FERRERES COMELLA salienta a necessidade de reformas institucionais e de transformações culturais para o pleno desenvolvimento do efeito vinculante dos precedentes³³⁶.

³³³ GERHARDT, 2008, posições 3699 a 3705.

³³⁴ MARINONI, 2014, pp. 77 a 80.

³³⁵ MARINONI, 2014, pp. 87-89 e 107-108.

³³⁶ FERRERES COMELLA, 2009, p. 43.

A certeza de critérios propiciada pelo uso de precedentes será um forte fator impulsionador da sua aceitação. LAPORTA salienta que os precedentes garantem a igualdade e limitam a arbitrariedade, permitindo a racionalidade do direito, o que facilita a aceitação da implementação de um sistema de precedentes³³⁷.

Ademais, a contribuição da racionalidade para o crescimento econômico pode ser um fator suficiente *per si* para a aceitação dos precedentes no Brasil³³⁸, mormente em decorrência da recente degradação da avaliação do Brasil pelas agências de apreciação de risco econômico, que levam em conta a segurança jurídica e a eficiência do ordenamento.

3.2. Controle separado alemão: decisão com força de lei

3.2.1. Importância e Características da jurisdição constitucional alemã

A importância do modelo alemão de jurisdição constitucional é reconhecida até pelos juízes da Suprema Corte dos EUA. A juíza Ruth Bader Ginsburg, nomeada em 1993 pelo Presidente Clinton, foi a advogada no caso *Reed v. Reed*³³⁹, julgado em 1971, o primeiro caso na história dos Estados Unidos em que uma lei foi declarada inconstitucional pela discriminação contra as mulheres. Suas razões de apelação utilizaram, como um dos principais argumentos, duas decisões da Corte Constitucional alemã, proferidas em 1959 e em 1963, que invalidaram normas por distinções de gênero assemelhadas. Na época, a então advogada Ruth Ginsburg escreveu, em suas razões recursais, que

não esperava que a Suprema Corte dos EUA mencionasse decisões alemãs, mas que achava que elas deviam ter um efeito psicológico positivo. Informados pelo pensamento da Corte Constitucional alemã, os juízes da Suprema Corte dos EUA devem considerar ‘o quão atrasados nós podemos ficar’?³⁴⁰.

Uma das principais funções da Corte Constitucional alemã é evitar a subversão e a ofensa à Constituição. Como a GG contém valores, direitos e deveres, a tarefa interpretativa do BVerfG é ampla.

³³⁷ LAPORTA, Francisco J. La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia y la Lógica del Precedente. In. COMELLA, Víctor Ferreres & Xiol, Juan Antonio. **El Carácter Vinculante da la Jurisprudencia**. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 11-42, especialmente p. 24.

³³⁸ MARINONI, 2014, p. 110-113.

³³⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. *Reed v. Reed*. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 404, p. 71, 1971. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/71/case.html>. Acesso em 31 jan. 2016.

³⁴⁰ GINSBURG, Ruth Bader. Foreword to the third edition. In. KOMMERS, Donald P. & MILLER, Russell A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany** (1989). Tradição da parte doutrinária do texto da terceira edição alemã, publicada no mesmo ano da edição inglesa – 2012 -, assim como da maior parte dos acórdãos referidos, pelos próprios autores. Alguns acórdãos foram traduzidos por Mark Hepner, Peggy Fiebig, Matthias Schmidt, Catriona Thomas, Albert Wimmer e Hedwig Weiland, este último chefe do Departamento de tradução para o inglês do BVerfG. 3rd. ed. London: Duke University Press, 2012, livro eletrônico.

Como se rejeita, na Alemanha, a visão de uma Constituição completamente neutra, positivando uma ordem objetiva de valores, compete ao BVerfG delinearlos.

A Constituição é vista como composta por três documentos: a parte da GG protegida pelas cláusulas pétreas do art. 79 (3), a parte emendável da GG e os princípios implícitos não escritos e supra positivos tais como a justiça, a dignidade e os princípios morais do direito.

A interpretação do BVerfG é importante em todas estas três partes, mas é nos princípios implícitos que a atuação da Corte Constitucional Alemã se faz mais presente, pois eles foram delineados pelo Tribunal Constitucional Federal, que também dispôs estes valores em uma ordem hierárquica inferida do texto da Constituição³⁴¹.

A proteção aos valores constitucionais distingue-se sensivelmente do papel tradicional atribuído ao judiciário alemão. O controle de constitucionalidade alemão difere também do norte-americano. Enquanto o *judicial review* norte-americano evoluiu historicamente a partir da interação entre o texto constitucional e a prática política, o constitucionalismo alemão enfatiza a capacidade do texto constitucional influenciar a política.

O controle abstrato é uma destas características, ao buscar a unidade do texto constitucional, levando a uma concepção do constitucionalismo que evolui a partir da tradição do *Rechtsstaat*.

Enquanto a Suprema Corte dos EUA pode evitar manifestar-se sobre questões constitucionais, concedendo amplo espaço à determinação política de valores ambíguos, a jurisprudência constitucional alemã busca não apenas a governabilidade como também a promoção de uma concepção escolhida de modo de vida³⁴².

O caso do *line item veto* demonstra com clareza a distinção entre o controle alemão e o norte-americano. Em 01/01/1997, a Administração Clinton conseguiu aprovar um *statute* alterando a configuração tradicional do veto nos EUA, permitindo o que se chamou de *line item veto*. Com base nesta norma, o presidente, ao invés de ter de sancionar ou vetar a norma na íntegra, como sempre ocorreu na tradição constitucional norte-americana, poderia alterar a norma aprovada pelo Legislativo, vetando itens individuais em normas relativas ao direito financeiro ou tributário.

Caso essa norma fosse integrada ao direito constitucional norte-americano, o veto nos EUA ficaria parecido com o brasileiro, perdendo a natureza de controle e conferindo ao Executivo federal estadunidense a mesma preponderância sobre os demais poderes existente nas frágeis democracias latino-americanas.

³⁴¹ KOMMERS & MILLER, 2012, cap. 2, livro eletrônico.

³⁴² KOMMERS & MILLER, 2012, cap. 2, livro eletrônico.

A doutrina constitucional norte-americana era esmagadoramente dominante acerca da inconstitucionalidade do *statute* do *line item veto*, em face de sua evidente violação à separação de poderes. Em 10/04/1997 a norma foi julgada inconstitucional por um Juiz federal ordinário norte-americano. Quando a questão chegou à Suprema Corte, essa, por expressiva maioria (sete a dois), reformou a decisão inferior, recusando-se a entrar no mérito da constitucionalidade da norma, pois, como até aquele momento a Administração Clinton ainda não tinha utilizado a norma, não estava cumprido o requisito do direito de ação (*standing*) pela ausência de dano direto produzido pela norma³⁴³.

Alguns meses depois, a Administração Clinton começou a utilizar o *line item veto*, alterando profundamente normas tributárias e financeiras aprovadas pelo Legislativo. A Suprema Corte então, por seis votos a três, anulou o *line item veto statute*, por violar a cláusula 2, da seção 7 do art. 1º da CEUA³⁴⁴.

O procedimento adotado na Jurisdição Constitucional Alemã é distinto. Na Alemanha, o caso das privatizações é paradigmático³⁴⁵, pois não havia dano direto decorrente da lei que viabilizasse, se aplicado o requisito norte-americano do *standing*, o direito de ação.

Neste processo os autores buscavam uma melhor posição no contexto da privatização. Antes da análise deste ponto o BVerfG discutiu a constitucionalidade da privatização em si. Nenhum princípio constitucional veda a alienação de empresas estatais com finalidade econômica. Desta forma, decidiu-se que o judiciário não tem competência para apreciar a privatização da Volkswagen.

A constitucionalidade da privatização não isenta o governo, entretanto, do dever de buscar um preço adequado para a alienação de bens públicos. Prioridades políticas podem ser respeitadas, mas apenas dentro de certos limites. Assim, o BVerfG admitiu o estabelecimento judicial de patamares de preço para a venda da Volkswagen.

Embora os peritos tenham avaliado a Volkswagen em valor superior ao estabelecido pelo governo na licitação, a diferença não foi significativa, validando o procedimento

³⁴³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. *Raines v. Bird*. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 521, p. 811, 1997. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/811/>. Acesso em 31 jan. 2016.

³⁴⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. *Clinton v. City of New York*. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 524, p. 417, 1998. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/524/417/>. Acesso em 31 jan. 2016.

³⁴⁵ ALEMANHA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Volkswagenprivatisierung*. **RECHTSPRECHUNG (JULGADOS DA CORTE CONSTITUCIONAL)**, Bonn, v. 12, p. 354, 17 mai 1961. Disponível em <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=BVerfGE%2012,%20354>. Acesso em 31 jan. 2016.

Comentários do caso em KOMMERS & MILLER, 2012, caso IV: A Permissible Public Sale, no tópico Nature of Economic System, no cap. 9.

governamental. No curso do processo, o valor de venda das ações das Volkswagen mais que dobrou, de modo que o preço atingido acabou superando até a avaliação dos peritos.

O que se verifica neste caso é a avaliação de vários aspectos abstratos, muitos dos quais provavelmente não seriam aceitos perante a justiça norte-americana.

A Corte Constitucional também fiscaliza os limites à interpretação pelos juízes ordinários, exigindo o respeito às decisões políticas do legislador³⁴⁶, vedando ao judiciário a produção de normas completamente distintas da lei sob o pretexto da interpretação.

Os limites constitucionais respectivos ao direito judicial são difíceis de determinar com precisão³⁴⁷.

Por outro lado, o juiz não pode interpretar a lei de forma tão ampla, que o resultado seja *novo, não mais coberto pelo suporte fático da lei*. Se o juiz faz isto, despreza, simultaneamente, os direitos fundamentais e princípio do Estado de Direito, pois os tribunais: “estão constitucionalmente impedidos de minar, por meio da interpretação, a decisão legislativa e o direito fundamental do legislador de restringir o campo de incidência de uma norma”. (BVerfGE 63, 266 (289) – admissão à advocacia; ver também BVerfGE 34, 269 – Soraya, 49, 304 – responsabilidade do especialista)³⁴⁸

3.2.2. Efeito vinculante das decisões da Corte Constitucional Alemã

A Corte Constitucional alemã (BVerfG) é diretamente responsável pela obrigatoriedade dos valores constitucionais, das liberdades democráticas, dos Direitos Fundamentais, das regras do jogo político na democracia representativa, pela responsabilidade e competitividade políticas, pela separação de poderes, pela força normativa da constituição, assim como pela observância, pelos cidadãos, de certos princípios nos quais os deveres políticos tenham um papel central.

É função do BVerfG a definição, a delimitação, a proteção e a conciliação de valores constitucionais, o que confere à Corte Constitucional um papel fundamental no jogo político. Os constituintes abandonaram a velha visão positivista da separação entre o direito e a moral, conferindo à moralidade constitucional caráter tanto político como jurídico³⁴⁹.

³⁴⁶ DUQUE, 2014, p. 205.

³⁴⁷ SCHLAICH, Klaus. **Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen**. Ein Studienbuch. München: Beck, 2001, p. 200, § 293, tradução nossa: “Die jeweiligen verfassungsrechtlichen Grenzen des Richterrechts sind allerdings Kaum exakt zu bestimmen”.

³⁴⁸ SCHLAICH, 2001, p. 200, § 294, grifos constantes do original, tradução nossa: „Andererseits darf der Richter das Gesetz nicht so weit auslegen, dass im Ergebnis *ein neuer, vom Gesetz nicht mehr gedeckter Eingriffstatbestand* geschaffen wird; tut er es doch, liegt ein Grundrechtverstoß iVm dem Rechtsstaatsprinzip vor Denn den Gerichten “ist es von Verfassungs wegen verwehrt, die gesetzgeberische Entscheidung im Wege der Auslegung zu unterlaufen und das Grundrecht über das vom Gesetzgeber vorgesehene Ausmass hinaus Einzuschränken” (BVerfGE 63, 266 (289) – Zulassung zur Rechtsanwaltschaft; vgl. Auch BVerfGE 34, 269 – Soraya; 49, 304 – Sachverständigenhaftung)“

³⁴⁹ KOMMERS & MILLER, 2012, introdução da parte I: German Constitutionalism, livro eletrônico.

Para viabilizar o cumprimento destas competências, as decisões do BVerfG são vinculantes, sendo dotadas de força de lei, que abrange tanto o *decisum* quanto a *ratio decidendi* das questões constitucionais. A vinculação abrange todas as autoridades estatais, impedindo até mesmo o Legislativo de aprovar norma assemelhada à anteriormente declarada inconstitucional³⁵⁰.

O Executivo e a jurisdição ordinária estão vinculados à lei e ao direito (GG, art. 20 (3)), e como as decisões do BVerfG têm força de lei (BVerfGG, § 31, n. 2), elas os vinculam, como se pode ver nas disposições constitucionais e legais a respeito do BVerfG e da jurisdição ordinária, abaixo transcritas³⁵¹.

Lei Fundamental Alemã (*Grundgesetz – GG*)

Art. 20 (Princípios do Estado).

(3) O Legislativo é vinculado à ordem constitucional; o Executivo e o Judiciário são vinculados à lei e ao direito.

Art. 93. [Da] Competência do Tribunal Constitucional Federal

(I) O Tribunal Constitucional Federal decide sobre

1. a interpretação desta *Grundgesetz* [...]

2. No caso de divergências de opinião ou dúvidas acerca da compatibilidade formal e material do direito federal ou estadual com esta *Grundgesetz* [Constituição], ou da compatibilidade do direito estadual com o restante do direito federal a partir de requerimento do Governo Federal, do governo de um Estado-membro ou de um terço dos membros da Câmara Federal.

2-A. No caso de divergências de opinião acerca da conformidade de uma lei com as condições do art. 72, II a partir de requerimento do Conselho Federal, do governo de um Estado-membro ou da representação do povo de um Estado-membro.

[...]

Art. 100. [Do] Controle de Constitucionalidade de Normas

(I) 1. Quando um tribunal considerar inconstitucional uma lei de cuja validade dependa a decisão, deverá suspender o processo e requerer a decisão do tribunal de um Estado-membro, se se tratar da violação da constituição de um Estado-membro, ou do Tribunal Constitucional Federal, se se tratar da violação desta *Grundgesetz*. 2. Isso vale também se se tratar da violação desta *Grundgesetz* pelo direito estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal³⁵².

Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG)

§ 13. O Tribunal Constitucional Federal julga sobre os casos determinados pela *Grundgesetz* [Constituição], a saber:

[...] [Do Controle Abstrato, n°s 6 e 6-A]

6. Em caso de divergências de opinião ou dúvidas quanto à compatibilidade formal ou material do direito federal ou direito estadual com a *Grundgesetz*, ou a compatibilidade do direito estadual com o direito federal a requerimento do Governo Federal, de um Governo Estadual ou de um terço dos membros da Câmara Federal (Art. 93, I, 2, GG);

6-A. Em caso de divergências de opinião sobre se uma lei preenche os requisitos do Art. 72 II GG, a requerimento do Conselho Federal, de um Governo Estadual ou da representação popular de um Estado (Art. 93, I, 2-A, GG);

[...] [Do Controle Concreto, n° 11]

11. Sobre a compatibilidade de uma lei federal ou de uma lei estadual com a *Grundgesetz*, ou sobre a compatibilidade de uma lei estadual ou do direito federal com uma lei federal, a requerimento de um Tribunal (Art. 100, I, GG)

³⁵⁰ KOMMERS & MILLER, 2012, tópico *Judicial Review in Operation* no capítulo 1, livro eletrônico.

³⁵¹ MARTINS, L., 2005b, pp. 960-961, 964-965.

³⁵² MARTINS, L., 2005b, pp. 961, 964-965.

[...]

§ 31

1. As decisões do Tribunal Constitucional Federal vinculam os órgãos constitucionais da União e dos Estados-membros, assim como todos os órgãos administrativos.

2. Nos casos previstos no § 13, nº 6, 11, 12 e 14, a decisão do Tribunal Constitucional Federal tem força de lei. Isso vale também nos casos do § 13, nº 8-A, quando o Tribunal Constitucional Federal declara uma lei compatível ou incompatível com a *Grundgesetz* ou nula. [...]³⁵³

3.3. Causas do transplante institucional inadequado desde 1890

3.3.1. Requisitos mínimos para a eficácia do *judicial review* enquanto *instituição*: competitividade política, moderação judicial e maturidade partidária

O *judicial review* é mais do que uma técnica jurídica, é uma instituição. Como toda instituição, seu correto funcionamento depende do cumprimento de alguns pré-requisitos de existência e de eficácia.

A **existência do *judicial review*** depende de um certo grau de **autonomia do direito em relação à política, assim como da possibilidade de controle do exercício do poder**, pois essa é principal função do *judicial review*³⁵⁴, em outras palavras, o controle de constitucionalidade é **inviável sem um regime democrático**³⁵⁵.

A **eficácia do *judicial review*** depende de um certo grau de **competitividade política; de um judiciário independente e moderado e de um certo grau de maturidade partidária**³⁵⁶.

Como bem sumariza STEPHENSON, a competição política, uma perspectiva partidária de longo prazo, assim como a viabilidade do estabelecimento de compromissos políticos são essenciais para o *judicial review*. Ademais, a natureza das disputas políticas e o modo de agir dos protagonistas é uma condição determinante para a viabilidade da independência do Judiciário³⁵⁷.

Sem um mínimo de segurança jurídica a competição política não será pautada por critérios racionais, levando as preocupações para o curtíssimo prazo (sobrevivência) e tornando os compromissos políticos extremamente difíceis. Nesse panorama, qualquer discussão acerca da independência judicial será utópica.

³⁵³ MARTINS, L., 2005b, pp. 961, 969-972.

³⁵⁴ LOEWENSTEIN, 1970, pp. 67-68 e 308-309.

³⁵⁵ STEPHENSON, Matthew C. "When the Devil Turns...": The Political Foundations of Independent Judicial Review. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 32, n. 1, p. 59-89, especialmente p. 85, jan. 2003.

³⁵⁶ STEPHENSON, 2003, pp. 59-61 e 83-86.

³⁵⁷ STEPHENSON, 2003, p. 85.

Essa é a razão da insistência de Marcello CAETANO na **segurança jurídica**, que não apenas seria **um dos fins primordiais do Estado**, como **possuiria prioridade instrumental sobre os demais**, pois seria uma condição para a sua consecução³⁵⁸.

A **competição política** é indispensável, pois sem ela todos os juízes da Corte Constitucional serão indicados pelo mesmo partido, fazendo o *judicial review* praticamente inútil, além de perigoso para a democracia. Se os políticos conseguem pressionar os juízes a adular o direito para seu próprio benefício, haverá uma violação fundamental na separação de poderes. A disputa política na eleição dos órgãos responsáveis pela indicação e aprovação dos membros da Suprema Corte é evidentemente necessária, sob pena de conferir-se autoridade legislativa irrestrita a uma determinada agremiação política³⁵⁹.

A **independência do judiciário** é condição para a utilidade do *judicial review* enquanto **a moderação dos juízes** é condição para o seu uso seguro em uma democracia. A independência do judiciário é muito difícil quando o sistema político não é competitivo. Mesmo quando há competição política, a independência dos juízes é delimitada pela natureza do jogo político.

A **maturidade partidária** é essencial para a utilidade do *judicial review*, que depende da limitação mútua dos principais competidores políticos e da inviabilidade da fiscalização e da garantia dessa limitação pelos recursos do próprio partido. Um certo grau de estabilidade política, que permita o planejamento a longo prazo, é necessário para o controle de constitucionalidade.

Os atores políticos tendem a defender um judiciário autônomo quando este não é nem alheio às questões políticas nem submisso a um determinado partido.

Partidos políticos fracos ou fortes demais e com excessiva influência sobre o Judiciário tendem a defender concepções do controle de constitucionalidade alheias às questões políticas.

Quando o alinhamento político entre o Judiciário e o partido dominante é excessivo, o Judiciário tem de alterar e moderar o seu posicionamento, sob pena de gerar obstáculo intransponível para o funcionamento do controle de constitucionalidade³⁶⁰.

Caso sejam cumpridas as condições mínimas para a existência do *judicial review* - um certo grau de autonomia do direito em relação à política, assim como a possibilidade de

³⁵⁸ CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional** (1955). 6. ed., revista e ampliada por Miguel Galvão Teles, Coimbra: Almedina, 2010, t. I, pp. 143-145 e 147.

³⁵⁹ ACKERMANN, Bruce. The New Separation of Powers. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, USA, v. 113, n. 3, p. 633-729, especialmente pp. 687, 690 e 722-729, jan. 2000. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1342285>. Acesso em 10 jan. 2016.

³⁶⁰ STEPHENSON, 2003, pp. 84-85.

controle do exercício do poder – **mesmo que não cumpridos os requisitos para a sua eficácia** - um certo grau de competitividade política; de um judiciário independente e moderado e de um certo grau de maturidade partidária – **seu aspecto institucional levará ao progressivo aperfeiçoamento das demais instituições políticas e socioeconômicas** fazendo com que, com o tempo, haja eficácia no controle de constitucionalidade. Esse parece ter sido o caminho brasileiro.

Como leciona SOUZA JR., as boas instituições propiciam uma *causação circular cumulativa do sistema sócio-cultural-político global*, influenciando a forma como é formada a população, aprimorando os valores éticos na sociedade, criando condições de efetiva competição e colaborando na melhoria da segurança jurídica, criando condições para o crescimento econômico e o desenvolvimento do Estado de Direito. Ademais, como as instituições são ponto de entrada para as mudanças, são a forma mais adequada para o progresso, tanto jurídico, como econômico e social³⁶¹.

Uma instituição é um modo de pensar e de agir, dotado de certa estabilidade e regulamentado em um corpo de regras. O pensamento institucional forma e condiciona os hábitos de ação, por seus vínculos tanto cognitivos como emocionais.

Pensar institucionalmente não é um exercício puramente intelectual. É um misto de vínculos cognitivos e emocionais, gerando hábitos de ação. Também é um tema que nos convida a julgar as outras pessoas e, não menos, a nós mesmos. Para parafrasear Aristóteles: Quem é o seu herói e merecedor de sua honra – a pessoa que simplesmente obtém a aprovação dos demais devidos aos seus feitos relevantes, ou a pessoa que exercita virtudes que o tornam excelente em alguma prática social?³⁶² Uma instituição é um corpo de normas que estabelece o conjunto de direitos e de obrigações em vigor; é um modo de pensar e de agir de certa prevalência e permanência [...]; é um modo equilibrado de fazer as coisas³⁶³.

É claro o caráter institucional do *judicial review*, pois esse é um modo de pensar e de agir sobre o ordenamento e os atos estatais, é dotado de grande estabilidade e é regulado por um corpo de regras. A avaliação acerca da constitucionalidade condiciona hábitos de ação racional, pautados pela vigência dos valores garantidos na Constituição.

Os vínculos destes hábitos podem ter uma base técnica e cognitiva, mas penetram a estrutura emocional e várias dimensões do ser humano, pois como “ninguém ignora que o

³⁶¹ Aula ministrada pelo Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Júnior em 08 nov. 2014 na UFRGS, na disciplina DIRP158, Seminários de Direito do Estado: “Porque as Nações Fracassam?”.

³⁶² HECLLO, Hugh. **On Thinking Institutionally**. Boulder; London: Paradigm, 2008, pp. 4-5, tradução nossa: Thinking institutionally is not a purely intellectual exercise. It is a mixture of cognition and emotional attachment yielding habits of action. It is also a subject that invites us to render judgments about other people and, not least, about ourselves. To paraphrase Aristotle, Who is your hero and deserver of your honor – the person who simply obtains the approval of others because of significant achievements, or the person who exercises virtues that sustain excellence in some social practice?

³⁶³ HECLLO, 2008, pp. 48-49, tradução nossa: An institution is the body of laws that establish the set of rights and obligations in force; a way of thought or action of some prevalence and permanence [...]; an equilibrium way of doing things.

constitucionalismo moderno se caracteriza, dentre outros aspectos, pelo esforço desenvolvido no sentido de positivar o direito natural”³⁶⁴. Assim, é evidente a relação intrínseca entre o *judicial review* e o controle e a limitação do poder.

Desta forma, o *judicial review*, enquanto instituição, é uma importante ferramenta para o desenvolvimento da democracia e o fortalecimento do Estado de Direito. Ocorre, entretanto, que as instituições políticas e econômicas inclusivas não são espontâneas, mas fruto de considerável conflito contra os beneficiários do regime extrativista anterior. O resultado – o futuro – nunca é certo. O círculo virtuoso funciona por vários mecanismos³⁶⁵:

- I) A lógica das instituições pluralistas dificulta a usurpação do poder;
- II) O pluralismo sacramenta o Estado de Direito;
- III) O Estado de Direito incrementa a participação política;
- IV) Tudo isto conduz à progressiva igualdade perante o direito;
- V) Instituições políticas inclusivas apoiam e são apoiadas por instituições econômicas inclusivas e
- VI) Instituições políticas inclusivas possibilitam a liberdade de imprensa, que viabiliza a defesa da população.

3.3.2. Brasil: ausência de independência judicial em 1890, de competitividade política até 1945 e de maturidade partidária até hoje.

A existência do *judicial review* depende de um certo grau de autonomia do direito em relação à política, assim como **da possibilidade de controle do exercício do poder**. No início da República Velha, em 1890, apesar das inúmeras crises, o direito era dotado de um certo grau de autonomia, pois os tribunais, ainda que de forma precária, continuaram a funcionar.

A possibilidade do controle do poder no Brasil de 1890, entretanto, é uma grande incógnita. McILWAIN salienta que a ausência de soluções jurídicas à opressão é uma das grandes causas das revoluções. A população dos EUA sentia-se politicamente justificada a

³⁶⁴ MENDES, 2010, v. I, p. 355.

³⁶⁵ ACEMOGLU, Daron & ROBINSON, James A. The Virtuous Circle: how institutions that encourage prosperity create positive feedbacks loops that prevent the efforts by elites to undermine them. In. _____. **Why Nations Fail: the origins of power, prosperity and poverty**. New York: Crown, 2012, cap. 11, livro eletrônico.

defender seus direitos diante da coroa britânica, mas a ausência de ferramentas jurídicas viáveis exigiu a adoção de medidas militares revolucionárias³⁶⁶.

REVERBEL defende que a Revolução Federalista de 1893 buscou a defesa do ideário parlamentar, como meios para a defesa tanto da unidade nacional como da liberdade. A ausência de meios legalmente admitidos teria levado os revolucionários gaúchos de 1893 à via militar³⁶⁷.

O panorama mudou muito com o decurso do tempo, pois a partir de 1918, com a publicação dos Comentários de Carlos Maximiliano à CF/1891, passa-se a discutir na doutrina tanto o controle de constitucionalidade como as garantias da magistratura e os limites do poder. Em 1926 essas posições já eram dominantes³⁶⁸, na esteira do que defendeu Carlos Maximiliano nos seus comentários³⁶⁹.

Ciente de que a Constituição podia ser alterada por uma interpretação democraticamente orientada³⁷⁰, Carlos Maximiliano redige os trechos abaixo, que demonstram claramente sua vontade de alterar a realidade da época, de caminhar para a construção de um estado de direito e sua aversão à corrente ditatorial positivista.

A Constituição deve condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem [...]

Recorda Story várias interpretações e plausíveis conjecturas triunfantes nos primeiros anos de prática constitucional e totalmente abandonadas depois. Observou-se no Brasil o mesmo facto. Por quantos estádios passou, entre nós, até a vitória da doutrina sã e definitiva, a hermenêutica do dispositivo que assegura as imunidades parlamentares. [...]

São intérpretes da Constituição os três poderes em que se divide o Governo Federal. Presume-se que ‘todos elles a obsevem com respeito e carinho’; por isso os actos emanados de cada um auxiliam a exegese. [...]

Intérprete da Constituição, e mais autorizado que os outros, é o Poder Judiciário [...]

Para atingir o ideal de um governo de leis em vez de um governo de homens, foi dada ao judiciário a última palavra sobre a constitucionalidade dos actos do Congresso ou Executivo [...]

Se os tribunaes declaram achar-se o acto em desacordo com o estatuto supremo, cumpre ao parlamento obedecer [...]

Não são democratas os discípulos de Augusto Comte; preferem a sociocracia, isto é, o governo de um presidente, guiado pelos sacerdotes e pela opinião pública, enfeixando nas mãos o poder executivo e o legislativo e tendo a faculdade de indicar o sucessor³⁷¹

³⁶⁶ MCILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: Ancient and Modern**. Indianapolis: Liberty Fund, 2007, pp. 9-13. (texto da 2ª edição, revisada, de 1947. A primeira edição é de 1940. O livro recolhe seis palestras ministradas pelo autor no ano letivo 1938-39)

³⁶⁷ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **A Revolução Federalista e o Ideário Parlamentarista**. 2014. 217f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, pontos 3 e 4, pp. 20 a 23.

³⁶⁸ DORIA, 1926, p. 76.

³⁶⁹ MAXIMILIANO, 1918, pp. 565-583.

³⁷⁰ Ibidem, pp. 99, 101, 115- 117, 119 e 125.

³⁷¹ MAXIMILIANO, 1918, pp. 99, 101, 115- 117, 119 e 125.

Do acima exposto parece que pelo menos **desde 1918 estariam presentes os requisitos para a existência do *judicial review***. A sua eficácia, entretanto, depende de um certo grau de competitividade política; um judiciário independente e moderado e maturidade partidária. A exposição abaixo demonstrará que **nenhum dos requisitos para a eficácia do *judicial review* estava presente na realidade brasileira de 1890**.

O Judiciário brasileiro não era efetivamente independente em 1890. Na realidade, o Juiz que se atrevesse a controlar o poder corria riscos. Como caso paradigmático NEQUETE cita o Juiz gaúcho Alcides de Mendonça Lima, de Rio Grande, em 28/03/1896, que recusou a aplicação da Lei estadual nº 10, de 1895, na parte em que esta determinava, no Tribunal do Juri, o voto a descoberto e as recusas de jurados, por entendê-la inconstitucional. O Juiz foi suspenso do cargo e penalmente responsabilizado em 18/08/1896. O STF, ao prover *habeas corpus* interposto por Rui Barbosa, esquivou-se da apreciação da inconstitucionalidade das normas gaúchas³⁷².

No império, as eleições eram de cima para baixo, sendo determinadas pelo primeiro ministro³⁷³. A Primeira República (1891-1930) foi marcada pelo coronelismo e pelo voto de cabresto, além da limitação dos partidos ao âmbito estadual³⁷⁴. De 1930 a 1945 houve uma sucessão de golpes.

Na Terceira República (1945-1964) a UDN foi a segunda maior agremiação partidária e o único dos três maiores partidos brasileiros do período que não tinha vínculos com as estruturas remanescentes do Estado Novo³⁷⁵. Com o fim da Era Vargas, em 1945, começa a competição política. **A vitória de Jânio Quadros, em 1960, o demonstra**, pois pela primeira vez, em eleições gerais e livres, o candidato vencedor não pertencia ao maior partido.

A maturidade partidária envolve partidos ideológicos, que tem plataforma política clara, defendem um conjunto de ideias e princípios constitutivos e assumem compromisso com os seus eleitores³⁷⁶. **As frequentes mudanças de partidos dos nossos representantes políticos, assim como a não vinculação dos eleitos às promessas de campanha, demonstra claramente a ausência de maturidade partidária até hoje.**

3.3.3. Desconhecimento acerca do *stare decisis*

³⁷² NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário do Brasil a Partir da Independência**. Porto Alegre: Sulina; AJURIS, 1973, v. II: República, p. 20-22.

³⁷³ REVERBEL, 2014, p. 37.

³⁷⁴ SCHMITT, Rogério. **Partidos Políticos no Brasil (1945-2000)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2000, posição 11 e STRECK & MORAIS, 2014, livro eletrônico, posição 4387.

³⁷⁵ SCHMITT, 2000, posições 93 a 100.

³⁷⁶ STRECK & MORAIS, 2014, livro eletrônico, posição 4360.

Os redatores da Constituição de 1891 desconheciam o *stare decisis*. A elite do Brasil-Império era um grupo coeso ideologicamente, com pouca senão nenhuma mobilidade social, formada, em sua maioria, em Portugal. A estrutura burocrática e a formação em Coimbra viabilizou o gerenciamento e o controle de país, evitando que essa elite se tornasse o mero porta-voz de interesses de elite rural³⁷⁷.

A República Velha trouxe ao poder elites rurais com menor preocupação intelectual que elite imperial. O Estado foi colocado a serviço de interesses privados, em uma concepção claramente patrimonialista³⁷⁸.

O patrimonialismo gerou uma corrupção generalizada. Fiscais viviam na penúria. Seu salário era insuficiente até para a própria alimentação, mas ainda eram obrigados a custear a alimentação e o tratamento dos cavalos do Estado a eles destinados, incentivando a aceitação de subornos³⁷⁹.

Some-se a esse panorama de insegurança institucional as profundas mudanças por que tinha passado o Estado brasileiro na passagem do império para a República: na forma de Estado (de unitário amplamente descentralizado, com proximidade ao modelo federal alemão, para uma federação de molde norte-americano), na forma de governo (de monarquia para república), no sistema de governo (de parlamentar para presidencial) e no regime de governo (de semidemocrático para ditatorial, pelo menos até 1918) e se percebe as dificuldades no controle do poder.

Toda a formação dos juristas brasileiros era orientada pela visão de Coimbra, embora fosse marcante a influência francesa, inclusive sobre a Constituição do Império³⁸⁰.

É natural, portanto, que quando começaram a importar institutos oriundos do *common law*, como o *judicial review*, confundissem o funcionamento desse sistema nos EUA e no Reino Unido. No Reino Unido, entretanto, o controle de constitucionalidade iniciou, na forma de controle de convencionalidade, em 1998, evoluindo para o controle de constitucionalidade peculiar britânico somente em 2005, com características que o distinguem do controle jurisdicional puro de constitucionalidade³⁸¹.

³⁷⁷ AGUIRRE, Marcos Roberto de Lima. **A Proposta do Federalismo no Brasil: o debate entre a centralização e a descentralização no século XIX**. 2012. 100f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012, pp. 12-13.

³⁷⁸ STRECK & MORAIS, 2014, livro eletrônico, posição 1386.

³⁷⁹ SILVA, J. Resende. **A Repressão do Contrabando**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1923, p. 114.

³⁸⁰ FELONIUK, Wagner Silveira. **A Constituição de Cádiz e sua Influência no Brasil**. Porto Alegre: DM, 2015, p. 259.

³⁸¹ SOUZA JR. & REVERBEL, 2016, pp.

Na Inglaterra, a ausência de controle de constitucionalidade no século XIX não exigiu, como nos EUA, o desenvolvimento precoce do *stare decisis*, que somente se consolidou em 1876, com o *Appellate Jurisdiction Act*³⁸². Com a demora na publicação e tradução de obras no final do século XIX, é normal que os brasileiros não tivessem conhecimento, em 1890, de alterações recentes no sistema judicial britânico.

³⁸² KEMPIN JR., 1959, pp. 31-32.

4. MODELO BRASILEIRO DE CORTES SUPERIORES E INSEGURANÇA JURÍDICA

O Estado Liberal Clássico caracterizou-se pela adoção do paradigma racionalista, que tanto no direito constitucional como na filosofia do direito foi marcado pelo mito da lei, vista como a própria expressão da razão. Daí decorrem o dogma da soberania parlamentar e a pretensão de negar poder aos juízes, ou pelo menos recusar-se a admiti-lo, buscando vedar a interpretação e considerando a norma contida – e limitada – na lei³⁸³.

No Estado Liberal do sistema romano-germânico-canônico, a segurança jurídica é muito importante, sendo identificada com o império da Lei, vista no seu aspecto negativo, de limite ao poder, inclusive estatal. Todo o pensamento jurídico se adapta à nova visão de mundo, centrando-se na Lei³⁸⁴. O positivismo se torna o método dominante de interpretação jurídica.

A consequência natural foi a adoção da Teoria Declaratória da jurisdição, que via o direito como certo, unívoco e determinado previamente a sua interpretação e aplicação, cabendo aos juízes meramente declará-lo por meio da sentença³⁸⁵.

Se o direito preexiste à interpretação, é unívoco e determinado, eventual interpretação diferente da única correta é um erro, a ser corrigido pelas Cortes Superiores. Disto decorrem vários problemas:

- I) Ao recusar-se a reconhecer o poder discricionário do juiz, vendo-o como a mera boca da lei, como dizia Montesquieu³⁸⁶, o Estado Liberal não cria meios para controlar o seu poder.
- II) Sem meios de controle, a atuação judicial é reduzida ao mínimo indispensável, concedendo às partes amplo controle e disposição sobre o processo, o que reduz a eficiência do ordenamento³⁸⁷.
- III) Ao mudar a interpretação do texto normativo, como a Corte Superior se recusa a admitir o precedente como fonte de direito, a nova norma será aplicada retroativamente, cuja exigência, evidentemente imprevisível, não tem caráter democrático³⁸⁸.

³⁸³ MARINONI, 2016, pp. 23,

³⁸⁴ BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart (1998). 2. ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2007, p. 15.

³⁸⁵ MARINONI, 2016, p. 24-25 e 42-45.

³⁸⁶ MONTESQUIEU, 1749, p. 160.

³⁸⁷ TARELLO, 1989, pp. 11-13.

³⁸⁸ MARINONI, 2016, p. 27.

IV) No Estado Social Contemporâneo, marcado por litígios de massa, onde se discutem milhares de vezes as mesmas questões de direito (demandas repetitivas inevitáveis), a questão será reapreciada em cada processo, gerando não apenas lentidão e ineficiência como desigualdade e insegurança jurídica³⁸⁹.

V) Nos países latino-americanos onde impera o sistema misto de controle de constitucionalidade³⁹⁰ impera o neoconstitucionalismo, caracterizado pela apreciação política da constitucionalidade, possibilitada pelo sistema de controle de constitucionalidade que combina técnicas americanas e europeias em uma Constituição abrangente e analítica³⁹¹ (demandas repetitivas evitáveis).

O controle cumulado de constitucionalidade é incompatível com a ausência de *stare decisis*³⁹², permitindo o afastamento de normas por alegada inconstitucionalidade decorrente apenas da discordância do julgador com a orientação política consagrada na interpretação dominante do texto da norma³⁹³.

Esse modelo de Cortes Superiores, com sua visão declaratória da jurisprudência e seu apego ao arcaico modelo liberal-clássico de juiz, é completamente inadequado ao Estado Social Contemporâneo. Sua utilização é a principal responsável pela atual ineficiência do ordenamento brasileiro, que gera uma tributação regressiva e faz com que muitas Leis brasileiras sejam pouco mais do que símbolos, acompanhados de uma eficácia muito reduzida.

4.1. Concepção da jurisprudência como meramente declaratória do direito

4.1.1. Características do modelo de Cortes Superiores

O modelo de cortes superiores caracteriza-se por³⁹⁴:

- I) Identificar texto e norma jurídica.
- II) Admitir as normas-regra como única espécie normativa.
- III) Adotar a teoria cognitivista da interpretação.
- IV) Adotar a teoria declaratória da jurisprudência.
- V) Assumir, como função das cortes de vértice, a reação caso a caso.

³⁸⁹ MARINONI, 2016, pp. 284-286.

³⁹⁰ Brasil, Peru, México, Venezuela, Colômbia, Nicarágua, República Dominicana, Guatemala e Equador (REVERBEL, 2012, pp. 11-12).

³⁹¹ BARROSO, 2013, p. 244.

³⁹² CAPPELLETTI, 1999, pp. 76-77.

³⁹³ HORBACH, 2007, p. 90.

³⁹⁴ MITIDIERO, 2014, p. 35.

VI) Determinar a pretensamente única interpretação correta que a norma sempre deveria ter tido, com eficácia *ex tunc*.

A identificação entre texto e norma deriva da tradição interpretativa da Escola da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos³⁹⁵, ocultando o fato da escolha da norma³⁹⁶, a partir do texto, evoluir com o tempo e depender das intenções do intérprete³⁹⁷.

A redução do ordenamento às normas-regra, negando eficácia aos princípios constitucionais, retira qualquer eficácia dos valores mínimos do ordenamento³⁹⁸, impedindo a faceta social e interventiva do Estado, fazendo-o retornar ao modelo liberal clássico. A exigência, própria desse modelo, que toda norma tenha um significado intrínseco, determinado objetivamente³⁹⁹ em uma escrita no passado, identifica todo o ordenamento com as normas-regra, que são:

Normas imediatamente **descritivas**, primariamente **retrospectivas** e **com pretensão de decidibilidade e abrangência**, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos⁴⁰⁰.

Em um ordenamento onde existam apenas normas-regra, a finalidade seria estática. O patriarca da Escola Histórica, Gustav Ritter von Hugo, em 1798, chegou a negar aos vivos qualquer direito de revolta, levando a completa estagnação social⁴⁰¹. A interpretação seria limitada aos quatro métodos de Savigny: gramatical, lógico, histórico e sistemático.

O uso da teoria cognitivista da interpretação, supondo que o jurista meramente lê o direito preexistente no texto da norma⁴⁰² é o principal legado da Jurisprudência dos Conceitos e de Adolf Wach à escola processual italiana, especialmente sobre Chiovenda, Calamandrei e Liebman e, através deste último, sobre a Escola processualista brasileira⁴⁰³.

Este modelo, preso à visão do século XVIII, entende que a interpretação é a expressão normativa, enunciada por um tribunal, aplicando a Lei a um caso específico. A interpretação é vista como um material jurídico secundário, que não deveria ser utilizado para os casos decididos pela lei, pois o princípio "*in claris no fit interpretatio*". Na prática, os tribunais,

³⁹⁵ MITIDIERO, 2014, pp. 36-37; MARINONI, 2016, pp. 114-115;

³⁹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 34-35.

³⁹⁷ GUASTINI, 2011, pp. 8-9.

³⁹⁸ KELSEN, 2003, p. 168.

³⁹⁹ MITIDIERO, 2014, p. 38.

⁴⁰⁰ ÁVILA, 2015, p. 102, grifou-se.

⁴⁰¹ KLENNER, Hermann. Savigny's research program of the historical school of law and its intellectual impact in 19th century Berlin. **The American Journal of Comparative Law**, v. 37, p. 67-80, especialmente pp. 70-71, 1989.

⁴⁰² MITIDIERO, 2014, pp. 37-40.

⁴⁰³ MITIDIERO, 2014, p. 39. MITIDIERO, 2010, p. 173-176.

quando queriam opor-se à visão política do legislador, simplesmente atribuíam sua intenção política ao texto da norma⁴⁰⁴, pois este modelo não prevê controle da interpretação.

A jurisprudência é vista como a mera declaração de um sentido preexistente no texto da norma. Assim, a tradicional distinção de TARELLO entre a *atividade interpretativa*, entendida como sinônimo de *interpretar*, atribuindo significado a um documento e *interpretação produto*, sinônimo de *ter interpretado* e *do resultado da interpretação*, conhecida e entendida como incorporada em um documento, com grande relevância sócio-institucional⁴⁰⁵, é ignorada neste modelo⁴⁰⁶.

A função das cortes superiores é de *reação*, *rejulgando*, caso a caso, cada decisão judicial no país, pois, ao recusar-se a admitir a atividade dos tribunais superiores como produtora de precedentes e, portanto, como evidente fonte de direito, que é visto como reduzido à lei, as cortes superiores são pensadas tão somente para o passado⁴⁰⁷, o que acaba por torna-las uma terceira instância e, em uma sociedade de massas, inviabilizando seu adequado funcionamento. Como a decisão da Corte Superior não tem nenhum efeito nem sobre as demais causas pendentes, muito menos sobre as demandas futuras, os processos se multiplicam⁴⁰⁸.

Como a função da Corte Superior é a de *declarar* o sentido que a norma *sempre teria tido*, sua decisão é retroativa, especialmente quando adota posicionamento distinto do anteriormente dominante⁴⁰⁹.

4.1.2. A pretensa natureza meramente declaratória do ato judicial e sua vinculação ao positivismo jurídico anterior a Kelsen.

No auge do liberalismo, no século XVIII e no início do século XIX, tanto nos países vinculados ao sistema romano-germânico como nos vinculados ao *common law* seguia-se a teoria declaratória da jurisdição, que defende que o Juiz meramente declara, na sentença, o

⁴⁰⁴ TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**: Assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Il Mulino, 1976, pp. 67-68.

⁴⁰⁵ TARELLO, Giovanni. **L'Interpretazione della Legge**. Milano: Giuffrè, 1980, pp. 39-40.

No mesmo sentido FRATE, Paolo Alvazzi del. **L'Inpretazione Autentica nel XVIII secolo**: Divieto di *interpretatio* e "riferimento al legislatore" nell'illuminismo giuridico. Torino: G. Giappichelli, 2000, pp. 4-5.

⁴⁰⁶ MITIDIERO, 2014, pp. 40-41.

⁴⁰⁷ MITIDIERO, 2014, pp. 45-49.

⁴⁰⁸ MITIDIERO, 2014, pp. 49-50.

⁴⁰⁹ MITIDIERO, 2014, p. 53.

direito previamente existente na lei, como se não houvesse interpretações contraditórias do mesmo texto normativo⁴¹⁰.

Na Inglaterra a teoria declaratória é anterior ao liberalismo, sendo contemporânea dos primórdios do desenvolvimento do paradigma racionalista, sendo claramente defendida já em 1341⁴¹¹.

O declínio do jusnaturalismo racionalista, em meados do século XIX, levou os países vinculados ao sistema romano-germânico-canônico ao positivismo⁴¹², inicialmente capitaneado pela Escola da Exegese, depois pela Jurisprudência dos Conceitos. Esta última, por sua influência sobre processualistas italianos, notadamente Chiovenda e Liebman, ainda é marcante no Brasil⁴¹³.

Nos países vinculados ao *common law*, este período foi marcado pelo surgimento, desenvolvimento e progresso da teoria criativa ou constitutiva da jurisdição⁴¹⁴.

O positivismo jurídico, tanto o da Escola da Exegese como o da Jurisprudência dos conceitos, foi uma tentativa de atribuir ao direito uma certeza obtida nos mesmos moldes das ciências exatas. Para isso, buscou-se excluir a referência do Direito a qualquer elemento alheio ao campo normativo, centrando a análise da validade do Direito em critérios vinculados à competência e à hierarquia⁴¹⁵.

O positivismo diferencia-se do jusnaturalismo, centrado na justiça, e do realismo jurídico, centrado na eficácia. O positivismo jurídico limita o direito à um sistema normativo caracterizado por normas de reconhecimento: as normas de forma e competência. Aceita uma determinada norma como pertencente a um sistema jurídico se essa foi produzida na forma e pelo órgão determinado nas normas de reconhecimento⁴¹⁶.

O moderno Estado Social Contemporâneo, suas características intervencionistas⁴¹⁷ exige um ferramental jurídico adequado⁴¹⁸: os princípios e as cláusulas gerais. A indeterminação das próprias normas-regra, mesmo antes do condicionamento da sua

⁴¹⁰ MARINONI, 2016, p. 24-25 e 42-45.

⁴¹¹ LOIBINGER, 1946, p. 967.

⁴¹² MARINONI, 2016, p. 42.

⁴¹³ MITIDIERO, 2010, pp. 170-176.

⁴¹⁴ LOIBINGER, 1946, pp. 969-970 e MARINONI, 2016, p. 42 e ss.

⁴¹⁵ BARZOTTO, 2007, pp. 17-18.

⁴¹⁶ BARZOTTO, 2007, p. 19.

⁴¹⁷ SOUZA JR., 2002a, p. 74.

⁴¹⁸ Paulo BONAVIDES leciona que: “Hoje, os princípios governam ou tendem a governar, na doutrina e na jurisprudência dos tribunais a hierarquia normativa das constituições e representam, portanto, o que há de mais avançado, mais novo e característico, mais sólido no constitucionalismo de nosso tempo” (BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado** (1967). 10. ed. São Paulo, 2015, p. 558).

interpretação pelos princípios constitucionais, já é inegável, em face da dupla indeterminação do direito, derivado da equivocidade do texto e da vagueza das normas⁴¹⁹.

Não há como negar a indeterminação dos textos de normas nas cláusulas gerais⁴²⁰, cuja abertura semântica é intencional, assim como nos princípios, que são:

Normas imediatamente **finalísticas**, primariamente **prospectivas** e com pretensão de **complementaridade e de parcialidade**, para **cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção**⁴²¹.

Passa-se do positivismo ao realismo jurídico, que é marcado por três teses: uma tese ontológica, uma tese metodológica e uma tese epistemológica⁴²².

Ontologicamente, o realismo jurídico liga o direito à realidade social, possibilitando três interpretações sobre a essência do direito: uma interpretação superficial o identifica com um conjunto de textos de norma, uma interpretação aprofundada com conjunto de normas, fruto da interpretação e manipulação criativa sobre os textos de norma. É possível, ainda, identificar o direito com o conjunto de normas vigentes.

Pode-se dizer que o jusnaturalismo foi a escola dominante da interpretação jurídica na Idade Média e no Estado Nacional dos séculos XV-XVIII.

O Positivismo, com sua teoria cognitivista sobre o conhecimento do direito, oriunda do Iluminismo, marcou o Estado Liberal Clássico, o Estado Liberal Pluralista e a primeira fase do Estado Social Contemporâneo, dominando o período que vai das Revoluções Liberais até 1945⁴²³.

A segunda fase do Estado Social Contemporâneo, após a segunda guerra mundial, que admite a existência de um núcleo de valores fundamentais⁴²⁴, caracteriza-se pelo realismo jurídico, que **admite que a atividade jurisdicional não é um ato de conhecimento, mas de escolha e, portanto, de vontade**. Admite-se a pluralidade de interpretações possíveis dos

⁴¹⁹ GUASTINI, 2011, pp. 39-61; MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. I, p. 51; DUQUE, 2014, p. 194.

⁴²⁰ As cláusulas gerais são definidas por GUASTINI (2011, pp. 57-58, tradução nossa) como “todos os termos ou sintagmas que expressem ou pressuponham *valorações*, tais como o *dano injusto* [...], a *boa-fé* [...], os *bons costumes* [...], o *interesse público* [...], o *cuidado normal* [...], o *atentado ao pudor* [...], os *motivos de particular valor moral ou social* e assim por diante”.

⁴²¹ ÁVILA, 2015, p. 102, grifou-se.

⁴²² GUASTINI, Riccardo. Il Realismo Giuridico Redefinito. *European Constitutionality Review*, Slovenia, n. 19, p. 97-111, especialmente pp. 97-98, 101 e ss., 2013. Disponível em <https://revus.revues.org/2400>. Acesso em 02 jan. 2016.

⁴²³ GUASTINI, 2011, pp. 409-411.

⁴²⁴ SOUZA JR., 2002a, p. 83 e KOMMERS & MILLER, 2012, introdução da primeira parte e tópico *New Constitutionalism of the Basic Law*, no capítulo 2: *The Basic Law and Its Interpretation*, livro eletrônico.

textos normativos⁴²⁵, que varia conforme as inclinações ético-política e os interesses do intérprete e, conseqüentemente, o poder dos juízes e a necessidade de limitá-lo⁴²⁶.

Metodologicamente, o realismo jurídico é uma teoria cética da interpretação, vista como um ato de vontade e não de conhecimento, seguindo, portanto, a teoria declaratória da jurisdição.

Epistemologicamente, o realismo jurídico não considera o trabalho dos juristas como ciência, pois seu trabalho não é puramente descritivo, admitindo a inviabilidade da distinção entre a linguagem do legislador e a do jurista. Assim, a interpretação e a construção jurídicas não pertenceriam à ciência do direito, sendo, ao contrário, o objeto de estudo da ciência do próprio direito.

Desta forma, ao contrário do que afirma Kelsen, os enunciados jurídicos não seriam deônticos, que apenas repetiriam as normas referidas. **O realismo jurídico admite três espécies de interpretação: a cognitiva, a jurisprudência (descritiva) e as descrições do direito vigente**⁴²⁷.

Os juristas normalmente se dedicam à interpretação decisória, atribuindo sentido aos textos normativos. **A interpretação decisória tem, como antecedente lógico, a interpretação cognitiva, que identifica os sentidos admissíveis a partir do texto**⁴²⁸.

Quando o direito é visto como um conjunto de proposições normativas – expressas e implícitas - e não de meros textos de norma, a **metajurisprudência descritiva, ou a descrição das reconstruções do ordenamento na doutrina e na jurisprudência, seja por meio de interpretações ou de construções (e categorias)** é muito útil para o conhecimento do direito⁴²⁹.

Entendendo-se o direito como o conjunto de normas vigentes, **a descrição do direito vigente exige o reconhecimento das normas efetivamente aplicadas** pelos órgãos, jurisdicionais ou não, responsáveis pela sua aplicação⁴³⁰.

Quando se supõe que o direito está contido no texto da norma, cabendo ao Juiz meramente *declarar* o sentido *unívoco* preexistente na Lei, segue-se a teoria das Cortes

⁴²⁵ GUASTINI, 2011, p. 412.

⁴²⁶ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. I, p. 52.

⁴²⁷ GUASTINI, 2013, pp. 108-109.

⁴²⁸ GUASTINI, 2013, p. 109.

⁴²⁹ GUASTINI, 2013, p. 110.

⁴³⁰ GUASTINI, 2013, p. 110.

Superiores, cuja função é meramente a de *corrigir* a aplicação incorreta, aplicando-se a teoria declaratória da jurisdição⁴³¹.

4.1.3. Superação da visão da concepção da segurança jurídica centrada no texto da lei

No Estado Liberal, a segurança jurídica era vista como limitada à lei e decorrente de sua interpretação literal⁴³², que conteria todo o direito. A defesa da segurança jurídica era indissociável da defesa do *status quo*, limitando-se a tutela jurisdicional à sua manifestação repressiva⁴³³.

4.1.3.1. A Escola da Exegese e sua visão da segurança jurídica

Cada época tende a formular historicamente teorias interpretativas adequadas ao ordenamento e às fontes do direito características da sociedade na qual se desenvolveu. O mito da lei, considerado pelo iluminismo como a única fonte do direito⁴³⁴, deu origem à Escola da Exegese, marcadas por cinco características: **o culto ao texto da lei, o predomínio da intenção do legislador na interpretação do texto, o caráter profundamente estatista da doutrina exegética, a consideração da lei como posituação do direito natural e perfeito e o recurso ao argumento da autoridade**⁴³⁵.

O **culto ao texto da lei** substituiu o culto ao direito. Os Códigos não deixariam nada para o arbítrio do intérprete, eliminando incertezas⁴³⁶.

O **predomínio da intenção do legislador na interpretação do texto da lei teria prevalência sobre o texto, sob pena de admitir-se que o jurista pode ler a lei de forma diferente do legislador**. Esta característica é frequentemente considerada a pedra de toque para identificar os membros da escola, tendo primazia sobre os demais elementos⁴³⁷.

Demolombe, embora negasse, como qualquer membro da Escola da Exegese, a função criativa da jurisprudência, admite, o papel dessa em revelar o espírito da lei. Sua visão,

⁴³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**: Precedente e Decisão do Recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 18.

⁴³² FRATE, 2000, p. 107.

⁴³³ MITIDIERO, 2010, pp. 186-189.

⁴³⁴ FRATE, 2000, pp. 6-7.

⁴³⁵ BONNECASE, 1924, pp. 9-12 e 128-181.

⁴³⁶ BONNECASE, 1924, p. 128.

⁴³⁷ BONNECASE, 1924, pp. 131-132 e 137-138.

entretanto, era minoritária na Escola da Exegese, que negava à jurisprudência o papel de fonte do direito, preferindo a pesquisa nos anais legislativos e demais documentos históricos⁴³⁸.

Quando fosse impossível descobrir a vontade do legislador, a Escola da Exegese admitia a busca de sua vontade presumida, pesquisada em normas assemelhadas, na exposição de motivos da norma e na análise das consequências da sua aplicação⁴³⁹.

O caráter profundamente estatista da doutrina exegética, que proclama o caráter supremo do legislador, e através dele do Estado, sujeitando o Direito de modo absoluto aos poderes políticos do Estado.

Trata-se de uma opção política consciente dos membros da Escola da Exegese. Para a Escola da Exegese, a jurisprudência jamais poderia adotar solução melhor que a decorrente da interpretação literal (na verdade aquela que o intérprete entendia como decorrente de uma leitura aparentemente literal) do texto da norma. O Juiz tinha de ser limitado, pois o legislador era visto como praticamente onipotente, quase infalível, tendo diante de si a universalidade da vida social⁴⁴⁰.

A consideração da lei como positividade do direito natural e perfeito é ilógica e até paradoxal na Escola da Exegese, que simultaneamente limitava o direito a uma única fonte, a Lei, admitindo e defendendo o seu caráter estatal, enquanto, simultaneamente, apropriava-se da antiga argumentação da Escola do Direito Natural sobre a justiça, alterando-a para considerar a Lei como a manifestação metafísica da essência do Direito, a própria concretização do Direito Divino, deificando o legislador e fazendo a transição da fase do antigo Direito Natural para o positivismo⁴⁴¹.

O recurso ao argumento da autoridade era visto como superior à tradição e à interpretação convencional⁴⁴².

Para essa escola a segurança jurídica era, evidentemente, relacionada com o texto da lei, pois o legislador era praticamente onipotente e onisciente, simplesmente traduzindo para o direito positivo preceitos inspirados por Deus, completos, claros e indiscutíveis. Nesse contexto, é evidente que qualquer interpretação judicial era vista como causa de insegurança jurídica⁴⁴³.

4.1.3.2. A Jurisprudência dos Conceitos e sua Visão da Segurança Jurídica

⁴³⁸ BONNECASE, 1924, pp. 140-143.

⁴³⁹ BONNECASE, 1924, pp. 146-147.

⁴⁴⁰ BONNECASE, 1924, pp. 148-150 e 152-153.

⁴⁴¹ BONNECASE, 1924, pp. 158-159, 161 e 171.

⁴⁴² BONNECASE, 1924, pp. 172-174.

⁴⁴³ BONNECASE, 1924, pp. 149-153.

A metodologia de Savigny (1779-1861) foi a primeira a ser desenvolvida após o ocaso do direito natural moderno. O caráter orgânico e a unidade do instituto jurídico em Savigny é relacionado com a concepção de Hegel de *conceitos concretos*, desenvolvida em Schelling com a ideia de *organismos*⁴⁴⁴.

A jurisprudência dos conceitos buscou a visão sistemática no direito natural e no idealismo alemão. Puchta orientou a ciência jurídica de sua época no estilo de uma pirâmide de conceitos, seguindo a visão de Savigny na teoria das fontes do direito e em sua visão orgânica do pensamento, concebendo os conceitos como entidades reais. O direito passa a centrar-se em nexos lógicos entre proposições jurídicas. A genealogia dos conceitos centra-se em regras da lógica formal⁴⁴⁵.

Enquanto Savigny insiste na relação das regras jurídicas com o instituto jurídico, Puchta e a Jurisprudência dos Conceitos concentram-se em relações lógico-abstratas, que orientam a interpretação e o desenvolvimento do Direito. Isto conduz o direito a um formalismo excessivo, que até Jhering estava alheio à realidade social⁴⁴⁶.

O caráter declaratório da jurisprudência é expresso em Savigny, assim como na Escola da Exegese, para quem a própria Lei seria meramente intuída pelo Legislador a partir de institutos jurídicos presentes na essência do direito⁴⁴⁷. Assim, a Escola Histórica e a Jurisprudência dos Conceitos também ressaltam o caráter metafísico da Lei, embora não chegue ao ponto da Escola da Exegese, que concede ao legislador características quase divinas, considerando-o praticamente infalível e onisciente⁴⁴⁸.

A visão das fontes do direito evolui das quatro fontes de Savigny – o povo, os costumes, a legislação e a ciência do direito – das quais o povo seria a fonte primária⁴⁴⁹. É certo, entretanto, que a jurisprudência não tinha valor para Savigny, que não conheceu a prática jurídica, nunca citou decisões nem teve qualquer relação com os operadores do direito⁴⁵⁰.

O resultado final dessas escolas – da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos - foi congelar um tempo histórico. Jhering (1818-1892) criticou o romantismo da Escola Histórica,

⁴⁴⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 6 e 21-23.

⁴⁴⁵ LARENZ, 1997, p.24.

⁴⁴⁶ LARENZ, 1997, pp. 28-29.

⁴⁴⁷ CHIASSONI, 2009, pp. 183-187.

⁴⁴⁸ BONNECASE, 1924, pp. 148-150, 152-153, 158-159,161 e 171

⁴⁴⁹ CHIASSONI, 2009, pp. 187-191.

⁴⁵⁰ KOSCHAKER, Paul. **Europa y el Derecho Romano**. Trad. José Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 367.

que negou o presente e louvou o passado. Ele sabia que o problema não era uma mera escolha das fontes do direito, mas do conteúdo deste. Jhering afirmou que a teoria romântica da evolução do direito suportava politicamente o conservadorismo dos *Junkers*, os nobres prussianos, que eram contrários ao liberalismo.

Em resumo, Jhering acusou a Escola Histórica de defender uma teoria orgânica do crescimento do direito, subestimando a importância das decisões humanas e, conseqüentemente, de apoiar a restauração política⁴⁵¹.

Jhering defendeu uma teoria da evolução do direito pelo esforço humano, que viabilizasse aos estudiosos do direito romano a busca de objetivos políticos progressistas. Somente se os juristas procedessem deste modo se poderia assegurar que o individualismo e interesse próprio no Direito Privado fossem substituídos por normas hábeis ao preenchimento de fins sociais⁴⁵².

A segurança jurídica, portanto, tanto para a Jurisprudência dos Conceitos como para a Escola Histórica, representava a manutenção do *statu quo*, sendo a Lei um mero instrumento para esse fim.

4.1.3.3. Insuficiência do conceito tradicional de segurança jurídica

Oskar von Büllow foi o primeiro estudioso a reconhecer a existência da incerteza jurídica e a insuficiência da Lei para a solução jurídica dos casos, assim como a importância da jurisprudência. Em 1885, quando Oskar von Büllow publicou *Gesetz und Richteramt*⁴⁵³, os repertórios de jurisprudência eram uma raridade na Alemanha e as decisões judiciais eram ignoradas pela academia⁴⁵⁴.

Como nenhum estudioso alemão do final do século XIX pensaria em analisar a influência da ideologia sobre as decisões judiciais, Büllow tentou analisar a influência da lei sobre elas, que se demonstrou muito complicada. Seu estudo demonstrou que a lei era incompleta, precisando ser complementada para viabilizar a decisão dos casos *sub judice* e que a intenção do legislador era um mito e que a lei não era a verdadeira fonte das decisões

⁴⁵¹ LUIG, Klaus. The everlasting universality of Roman Law through the eyes of Rudolf von Jhering (1818-1892). *Fundamina*, n. 2, p. 11-27, especialmente p. 13, 1996.

⁴⁵² LUIG, 1996, pp. 13-14.

⁴⁵³ BÜLLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt*. Leipzig: Dunker & Humblot, 1885. (Cópia eletrônica facsimile editada e vendida pelo *google books*).

⁴⁵⁴ HERGET, James E. Unearthing the Origins of a Radical Idea: The Case of Legal Indeterminacy. *American Journal of Legal History*, Philadelphia, PA, USA, v. XXXIX, p. 59-70, especialmente pp. 67-70, 1995. Disponível em <http://ajlh.oxfordjournals.org/content/39/1/59>. Acesso em 10 dez. 2015.

judiciais, que sofriam grande influência dos fatos sociais⁴⁵⁵. BÜLLOW afirmou que “a formação jurídica ganharia muito mais estudando a jurisprudência que as palavras mortas da lei”⁴⁵⁶.

Büllow reconhece, enfim, que a ciência do direito jamais atingiria seus objetivos enquanto não analisasse as decisões judiciais, concedendo-lhes o mesmo caráter que a Lei, enquanto fontes do direito⁴⁵⁷.

A insuficiência dessa visão é evidente. Como grande parte da decisão de uma questão jurídica pertine à escolha do texto normativo incidente sobre o caso⁴⁵⁸, que sofrerá de dupla indeterminação, devido **ao caráter equívoco dos textos normativos**, “pois todo texto admite uma pluralidade de interpretações, sendo, portanto, sujeito a controvérsias interpretativas”⁴⁵⁹ e à **vagueza das normas**, pois “toda norma vigente é indeterminada, no sentido de que não se sabe quais fatos estão abrangidos por sua hipótese de incidência”⁴⁶⁰.

No Estado Social contemporâneo, a segurança jurídica exige efetividade, pois não há segurança sem confiança na realização do direito conhecido⁴⁶¹. A segurança jurídica passa a depender tanto da aplicação efetiva – e, portanto, também tempestiva -, como do real controle sobre a atividade interpretativa, com atenção à viabilização da proteção dos direitos para a sociedade, conferindo aos precedentes não um caráter meramente simbólico, mas orientador de condutas, não havendo segurança jurídica sem segurança na aplicação. Como lecionam MITIDIERO e ÁVILA:

*A segurança jurídica impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para a obtenção de tutela dos direitos. O foco direto aí é a ordem jurídica e a sociedade civil como um todo*⁴⁶².

⁴⁵⁵ HERGET, 1995, pp. 68-69.

⁴⁵⁶ BÜLLOW, 1885, p. 47: “Deshalb kann die Rechtsbildung um so vieles eher des toten Gesetzworden entbehren, als per viva vox des Richteramts.” (tradução nossa).

⁴⁵⁷ HERGET, 1995, p. 69.

BÜLLOW, 1885, p. 48: “Denn nicht das Gesetz, sondern Gesetz und Richteramt Schafft dem Wollte sein Recht“. “Portanto não é [apenas] a Lei, senão a Lei e a atividade judicial que constroem a vontade [o espírito, o sentido] do direito” (tradução nossa).

⁴⁵⁸ A discussão sobre a aplicação ou não do CDC, ou de suas normas sobre inversão do ônus da prova, seriam exemplos típicos na esfera cível. A qualificação jurídica – contrato de adesão, hipossuficiente, cláusula abusiva, boa-fé objetiva – é outro, dentre vários exemplos existentes.

⁴⁵⁹ GUASTINI, 2011, p. 39, tradução nossa.

⁴⁶⁰ GUASTINI, 2011, pp. 52-53, tradução nossa.

Essa dupla indeterminação também é apontada por Friedrich Müller, que chama de **Programa da Norma** o resultado da atividade interpretativa inicial sobre o texto da norma, tratando o problema da equivocidade dos textos normativos e de **Campo da Norma** o resultado da análise do segmento da realidade sobre a qual incide a norma, tratando o problema da vagueza da norma. (MÜLLER, Friedrich, **Discours de La Méthode Juridique**. Paris: PUF, 1996. (Título original Juristische Methodik, Berlin: Duncker & Humblot, 1993, tradução e prefácio do Prof. Olivier Juanjan), p. 15.

⁴⁶¹ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. I, p. 255.

⁴⁶² MITIDIERO, 2014, p. 19.

A segurança jurídica pode da mesma forma ter como objeto não a norma propriamente dita, mas a sua aplicação uniforme e não arbitrária. Daí se falar em “segurança de aplicação das normas”, no lugar de “segurança das normas”. [...] Sem segurança de aplicação a segurança jurídica da norma seria anulada pela insegurança da sua aplicação⁴⁶³.

A busca da segurança jurídica e a admissão da teoria constitutiva ou criativa do direito levam ao modelo das Cortes Supremas, que reconhece o precedente como fonte de direito. Esta é a *ratio* por trás do abandono, pelo STF, de sua antiga jurisprudência, passando a recusar a aceitação de rescisórias fundamentadas em alteração jurisprudencial, mesmo em matéria constitucional, pois a nova interpretação nada mais é do que norma nova, devendo aplicar-se aos casos futuros⁴⁶⁴.

4.2. Concepção arcaica de Juiz e ineficiência do ordenamento

4.2.1. Características do modelo arcaico de jurisdição e de juiz

4.2.1.1. Concepção liberal de jurisdição

Após afastar as definições de **jurisdição** que exigem o conflito entre as partes, por excluírem a jurisdição voluntária, MALBERG, no seu clássico de Teoria Geral do Estado, escrito entre 1920 e 1922, define o ato jurisdicional como **a aplicação da Lei aos casos *sub judice***.

[A jurisdição é] a busca e a determinação do direito resultante das leis, para aplica-lo a cada um dos casos apresentados aos tribunais. O papel da jurisdição, portanto, é o de aplicar as leis, assegurando a manutenção da ordem jurídica estabelecida pela

⁴⁶³ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 142.

⁴⁶⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ag. Reg. na Ação Rescisória 2.370/CE. Julg. 22/10/2015. DJe 11/11/2015. Rel. Min. Teori Zavascki.

AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. RESCISÃO DE ACÓRDÃO QUE APLICOU JURISPRUDÊNCIA DO STF POSTERIORMENTE MODIFICADA. NÃO CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA COMO INSTRUMENTO DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL. PRECEDENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM RESCISÓRIA. FIXAÇÃO.

1. Ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE 590.809/RS, (Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 24/11/2014), o Plenário não operou, propriamente, uma substancial modificação da sua jurisprudência sobre a não aplicação da **Súmula 343** em ação rescisória fundada em ofensa à Constituição. O que o Tribunal decidiu, na oportunidade, foi outra questão: **ante a controvérsia, enunciada como matéria de repercussão geral, a respeito do cabimento ou não da “rescisão de julgado fundamentado em corrente jurisprudencial majoritária** existente à época da formalização do acórdão rescindendo, em razão de entendimento posteriormente firmado pelo Supremo”, a Corte respondeu negativamente, na consideração de que a ação rescisória não é instrumento de uniformização da sua jurisprudência.
2. Mais especificamente, **o Tribunal afirmou que a superveniente modificação da sua jurisprudência** (que antes reconhecia e depois veio a negar o direito a creditamento de IPI em operações com mercadorias isentas ou com alíquota zero) **não autoriza, sob esse fundamento, o ajuizamento de ação rescisória para desfazer acórdão que aplicara a firme jurisprudência até então vigente no próprio STF**.
3. Devidos honorários advocatícios à parte vencedora segundo os parâmetros do art. 20, § 4º, do CPC. 4. Agravo regimental da União desprovido. Agravo regimental da demandada parcialmente provido. (grifou-se)

legislação. Eis porque os juízes são habitualmente qualificados de guardiões das leis⁴⁶⁵.

Quanto à questão da **fonte** de onde o Juiz devia extrair os elementos da ordem jurídica em vigor, os autores do início do século XX respondiam em uníssono: **a Lei**. Embora admitisse uma pequena função de criar o direito por parte do juiz, essa era vista como pouco mais do que uma **dedução** a partir do texto da Lei⁴⁶⁶.

A análise da realidade da época, entretanto, forçou MALBERG a equiparar a jurisprudência aos regulamentos administrativos, com função de complementar a Lei, assim como a admitir a existência de um grande poder de avaliação por parte do juiz, que dava origem a julgamentos opostos. Apesar dessas constatações, mantém-se a ficção da vinculação completa ao texto da lei⁴⁶⁷ não havendo, portanto, controle do poder interpretativo dos juízes.

Em 1922 a Escola da Exegese já havia passado para o segundo plano, sendo substituída, na França, pela Escola Científica⁴⁶⁸, que busca **elementos lógicos e racionais no direito** e *privilegia a vontade ou espírito da Lei*⁴⁶⁹ sobre a *vontade do legislador*, além de admitir a influência de elementos sociais, combinando afirmações da Jurisprudência dos Conceitos como as de Jhering.

A concepção constitucional liberal de jurisdição fica clara em dois institutos, o da Corte de Cassação e o da consulta ao legislador⁴⁷⁰, criados para evitar a admissão do poder do

⁴⁶⁵ L'acte juridictionnel consiste donc à rechercher et à déterminer le droit résultant des lois, à l'effet de l'appliquer à chacune des espèces dont saisis les tribunaux, Le rôle de ceux-ci, c'est, par conséquent, d'appliquer les lois, c'est-à-dire d'assurer le maintien de l'ordre juridique établi par elles: voilà pourquoi les juges sont habituellement qualifiés de gardiens des lois.

MALBERG, Raymond Carré de. **Contribution à la Théorie Générale de l'État** (1922). Paris: Dalloz, 2004, v. I, p. 699, tradução nossa.

⁴⁶⁶ MALBERG, 2004, v. I, pp. 700-701.

⁴⁶⁷ MALBERG, 2004, v. I, pp. 701-702 e 707.

“Il importe d'observer, en outre, que le juge remplit cette tâche avec un large pouvoir d'appréciation personnelle : la preuve en est dans le fait, si fréquent, de diversité et même de contrariété des jugements” (MALBERG, 2004, v. I, p. 702)

« Des observations qui viennent d'être présentées, il ressort que la fonction juridictionnelle, tout en étant assurément subordonnée aux lois, comporte pour le juge une certaine sphère de liberté, à l'intérieur de laquelle il appartient à celui-ci de dire, d'une façon initiale et autonome, du droit reposant sur sa propre puissance. Cette sphère d'autonomie du juge est d'autant plus vaste qu'en principe, l'autorité impériative de la loi, sa portée d'application, l'étendue de son empire, sont déterminées limitativement par ses termes mêmes [...] » (MALBERG, 2004, v. I, p. 707)

⁴⁶⁸ As Escola da Exegese teve três fases: fundação (1804-1830), representada principalmente por Delvincourt, Proudhon, Toullier, Merlin, Maleville e Chabot de l'Allier; apogeu (1830-1880), representado principalmente por A. Duranton, Ch. Aubry, Ch. Rau, Demolombe, Taulier, Demante, Colmé de Santerre, Troplong, Marcadé e Laurent e declínio (1880-1900), representado principalmente por Baudry-Lacantinerie, Huc, Labbé, Bufnoir, Saleilles, Beudant e Planiol.

Em 1891 Labbé, Bufnoir, Saleilles e Beudant fundam a Escola Científica, que assume racionais e sociais do direito (BONNECASE, 1924, pp. 16-45), aparentemente sob a influência da Jurisprudência dos Conceitos e de Jhering.

⁴⁶⁹ MALBERG, 2004, v. I, pp. 712-713.

⁴⁷⁰ MALBERG, 2004, v. I, p. 727.

intérprete, pois nos casos em que o Juiz cria o direito a jurisdição se aproxima muito das características da atividade legislativa⁴⁷¹.

4.2.1.2. Influência da ideologia na concepção liberal de jurisdição

A filosofia da ciência contemporânea demonstra que a ciência nunca lida com fatos puros, mas sempre com uma versão simplificada destes⁴⁷². Toda ciência utiliza modelos para a análise da realidade. O modelo legalista normativo é construído de acordo com as normas vinculantes que regulam a administração da justiça. O modelo extralegal é determinado por uma ideologia extralegal da aplicação do direito, que supõe a existência de diretivas implícitas ou explícitas da aplicação do direito ou valores que a aplicação judicial deverá observar⁴⁷³.

O modelo da aplicação racional do direito tem uma natureza mista, pois pode ser interpretado tanto como um modelo normativo como um modelo descritivo, ou mesmo ambos ao mesmo tempo⁴⁷⁴.

WRÓBLEWSKI concebe a aplicação judicial do direito como um conjunto de decisões fracionárias e justificadas que servem de justificativa da decisão final. A racionalidade da decisão final dependerá da adequada fundamentação dessas decisões fracionárias⁴⁷⁵.

A decisão sobre a validade da norma exige referência a avaliações não apenas na escolha das regras de reconhecimento, como também em outras situações nas quais o conceito de validade sistêmica é aplicado⁴⁷⁶.

Há ideologias sobre a aplicação do direito que são independentes do ordenamento jurídico nacional e da posição do Judiciário no Estado⁴⁷⁷.

Uma ideologia sobre a aplicação do direito tem vários níveis de envolvimento axiológico. Na versão do *envolvimento axiológico fraco*, o Juiz trata os valores expressos nas normas aplicadas de um modo mais ou menos neutro, pois lhe são indiferentes.

Na versão da *aprovação geral forte*, o Juiz aceita os valores internos às normas aplicadas seguindo uma legalidade formal. **Na versão da aprovação concreta forte, o Juiz**

⁴⁷¹ MALBERG, 2004, v. I. p. 750.

⁴⁷² WRÓBLEWSKI, Jerzy. **The Judicial Application of Law**. Dordrecht, Holanda: Springer Science and Business, B. V., 1992, p. 23.

⁴⁷³ WRÓBLEWSKI, 1992, p. 26.

⁴⁷⁴ WRÓBLEWSKI, 1992, p. 27.

⁴⁷⁵ WRÓBLEWSKI, 1992, p. 28.

⁴⁷⁶ WRÓBLEWSKI, 1992, p. 266.

⁴⁷⁷ WRÓBLEWSKI, 1992, p. 267.

aprova as normas aplicadas e, caso a caso, as avalia positivamente de acordo com a sua concepção de legalidade material⁴⁷⁸.

4.2.1.3. Características do modelo arcaico de juiz

Tanto o discurso, relativamente recente, sobre a função política da interpretação e da aplicação do direito, como a real eficácia política dos modos e dos protagonistas da interpretação têm como ponto de referência as matérias que foram historicamente apresentadas à magistratura ordinária: o direito civil, penal e comercial, assim como o processual. O direito constitucional, administrativo, do trabalho e internacional público não estavam na competência dos juízes ordinários no modelo liberal tradicional, pois exigem um Juiz definidor do direito, capaz de confeccionar esquemas definidores das matérias, dedicados aos modelos jurídicos, sendo intérprete somente em caráter subsidiário⁴⁷⁹.

A interpretação, na sua realidade e representação ideológica, apresenta condicionamento político-organizativo. A visão liberal defendia a viabilidade da tripartição de poderes, a subordinação do judiciário e a sua esterilização política⁴⁸⁰. As concepções interpretativas dominantes no século XIX – da Escola da Exegese e da Escola Histórica – concebiam a interpretação como um papel puramente intelectual dos juízes na aplicação da Lei. Essa tarefa era vista como simples e mecânica. A consequência prática dessa concepção foi a irresponsabilidade política da magistratura.⁴⁸¹

A Escola da Exegese ficou presa ao texto, concentrando-se nos trabalhos preparatórios e nas características léxicas do documento legislativo. A uniformidade interpretativa dos magistrados era assegurada pelo Tribunal de Cassação. A doutrina da Escola da Exegese torna a magistratura um órgão servil às escolhas políticas do Legislativo e do Executivo⁴⁸².

A Escola Histórica também defendia ser a interpretação uma atividade intelectual, portanto de conhecimento e não de vontade, vendo-a como uma mera técnica e negando sua influência política. A Escola Histórica, por meio da aculturação ideológica, subordina os juízes às escolhas políticas feitas pela classe dos acadêmicos do direito, que defendiam a continuidade da ordem jurídica, mesmo contra a intervenção dos demais poderes estatais⁴⁸³.

⁴⁷⁸ WRÓBLEWSKI, 1992, p. 268.

⁴⁷⁹ TARELLO, Giovanni. **Diritto, enunciati, usi**: Studi di teoria e metateoria del diritto. Bologna: Il Mulino, 1974, p. 475.

⁴⁸⁰ TARELLO, 1974, p. 476.

⁴⁸¹ TARELLO, 1974, pp. 476-477.

⁴⁸² TARELLO, 1974, pp. 477-479.

⁴⁸³ TARELLO, 1974, pp. 479-480.

Após a influência da Escola Histórica, era praticamente unânime na doutrina alemã do século XIX a defesa de esquemas argumentativos que favoreciam a continuidade histórica do direito então vigente, especialmente os métodos históricos – supondo um legislador conservador –, o argumento de autoridade e principalmente sistemático – que via o direito como auto ordenado⁴⁸⁴.

Na Itália do século XIX predominava a Escola da Exegese. A magistratura seguia visões políticas antigas. O acesso ao ensino superior era limitado à elite política e econômica da burguesia. Não havia rigor nem na formação universitária nem na seleção à magistratura, à qual se chegava por vínculos familiares. Dessa forma, os membros da magistratura pertenciam à classe dominante, compartilhando seus valores⁴⁸⁵.

A magistratura italiana tinha mudado no período fascista, recrutando-se membros da pequena burguesia de toga, para a qual a carreira judicial, acessada por seleções técnicas rigorosas, era uma forma de ascensão social. Esta característica foi mantida no Estado Constitucional posterior⁴⁸⁶.

Características semelhantes podem ser encontradas na magistratura brasileira desde inclusão, no governo de Getúlio Vargas, da exigência de concurso público para sua nomeação⁴⁸⁷. Rompe-se, assim, o alinhamento social, político e ideológico entre os membros da magistratura e a elite socioeconômica, incentivando posturas ideológicas.

No início do século XX, principalmente no período entre guerras, passa-se a discutir abertamente a metodologia da interpretação, originando-se vários movimentos importantes para a história e a evolução do Direito. Na Alemanha e na sua área de influência florescem a Escola do Direito Livre, a Jurisprudência dos Interesses e a Jurisprudência Teleológica. Na França e nos países sob sua influência direta despontam o Neonaturalismo de Geny, a Jurisprudência Evolutiva, as Doutrinas Institucionais, como a de Hauriou e as doutrinas sociológicas, como a de Duguit. Nos países vinculados ao *common law* surgem a jurisprudência sociológica e o realismo jurídico⁴⁸⁸.

A ideologia da decisão judicial livre é justificada de modo distinto da decisão judicial limitada. Enquanto essa última tem fundamentos políticos, a primeira baseia-se em

⁴⁸⁴ TARELLO, 1974, pp. 480-481.

⁴⁸⁵ TARELLO, 1974, pp. 481-482.

⁴⁸⁶ TARELLO, 1974, p. 487.

⁴⁸⁷ CF/34, art. 104, 'a'; CF/37, art. 103, 'a'; CF/46, art. 124, III; CF/67, art. 118, *caput* e 136, I; EC nº 1/69, art. 123, § 1º e 144, I; CRFB/88, art. 93, I.

⁴⁸⁸ TARELLO, 1974, pp. 482-483.

argumentos sobre o sistema jurídico, os problemas na determinação dos fatos e o papel das avaliações sociais na aplicação do direito, como fatores condicionantes da decisão⁴⁸⁹.

No perfil doutrinário, todos esses movimentos se caracterizavam por posturas menos servis às Leis, ressaltando a distinção entre esquemas lógicos e de argumentação jurídica, entre a fundamentação e o dispositivo da sentença, entre a concordância nos *dicta* e a busca de fins políticos com uma série de decisões judiciais e, por fim, a possibilidade da submissão do comportamento dos juízes às análises quantitativas e sociológicas⁴⁹⁰.

O grau de imparcialidade e de objetividade depende do impacto cognitivo e axiológico que o Juiz traz para sua decisão⁴⁹¹.

A ideologia da decisão judicial limitada é um produto do liberalismo e do positivismo⁴⁹². A doutrina de Montesquieu, compreendida no seu sentido histórico, foi a expressão concreta das relações de compromisso sócio-político na França do século XVIII⁴⁹³.

A ideologia da decisão judicial limitada trata a decisão judicial como um procedimento mecânico, uma inferência lógica. Este tópico, explicitado pelo positivismo legalista, tem várias premissas⁴⁹⁴:

- I) A validade das normas é determinada pelo Juiz de forma completamente descritiva;
- II) Todas as regras do ordenamento são adequadas e não há lacunas;
- III) Cada norma do sistema tem um sentido único, apreensível pela interpretação;
- IV) A análise das provas é neutra e
- V) Ao aplicar a lei, o Juiz nunca vai além da letra da lei.

O resultado destes pressupostos é a redução da sentença a um silogismo simples. Historicamente, a ideologia da decisão judicial limitada é liberal, democrática e individualista, distinguindo claramente a produção e a aplicação do direito⁴⁹⁵. **Esta visão é inaceitável e simplista**, mas a busca da estabilidade e da consistência na aplicação do direito não é inviabilizada pelas falhas dessa teoria⁴⁹⁶.

O modelo liberal arcaico de Juiz deriva diretamente das cinco premissas apontadas por WRÓBLEWSKI acima indicadas.

⁴⁸⁹ WRÓBLEWSKI, 1992, p. 286.

⁴⁹⁰ TARELLO, 1974, pp. 483-485.

⁴⁹¹ WRÓBLEWSKI, 1992, p. 269.

⁴⁹² WRÓBLEWSKI, 1992, p. 273.

⁴⁹³ WRÓBLEWSKI, 1992, p. 276.

⁴⁹⁴ WRÓBLEWSKI, 1992, pp. 278-279.

⁴⁹⁵ WRÓBLEWSKI, 1992, p. 279.

⁴⁹⁶ WRÓBLEWSKI, 1992, p. 280.

Como a validade das normas é determinada de forma descritiva e todas as regras são vistas como adequadas, completas e unívocas, não é aceita a existência de discussões acerca da constitucionalidade de normas, prescindindo do uso de precedentes.

Como a análise das provas é neutra, os critérios sobre a distribuição do ônus da prova são fixos, não podendo o Juiz alterá-los.

Como o juiz, ao aplicar a Lei, nunca deve ir além de sua letra, o ordenamento é interpretado com base em normas-regra, negando-se eficácia aos princípios constitucionais. Se os pontos anteriores, ao negaram até mesmo a moldura interpretativa, pressupõem uma visão anterior à kelseniana, a inadmissão de efeitos aos princípios constitucionais é claramente defendida por Kelsen⁴⁹⁷.

Nesse modelo, o Juiz privilegia uma concepção de igualdade meramente formal, ignorando as diferenças sociais e desprezando direitos indisponíveis⁴⁹⁸. A visão positivista adotada converteu-se em forma de defesa do *status quo*⁴⁹⁹. Dessa forma, a tutela jurisdicional viabilizada foi unicamente a da reparação do dano, negando-se as formas necessárias à implementação do Estado intervencionista, convertendo-se todos os direitos e expressões pecuniárias⁵⁰⁰.

O modelo arcaico de Juiz deriva do preconceito de considerar o processo uma mera técnica, sendo um dos responsáveis pela função histórica do processo como forma de retardar mudanças constitucionais⁵⁰¹.

Nesse sentido atividade do Juiz e o processo são pensadas e reguladas de forma adequada, tão somente, à defesa das liberdades públicas⁵⁰², vinculando o Juiz à tipicidade das formas executórias, separando de forma absoluta a execução e a cognição, que é buscada na forma plena e exauriente, atribuindo o ônus do processo, invariavelmente, ao autor⁵⁰³.

4.2.2. Modelo arcaico de Juiz no Código Buzaid

O Código Buzaid vinculou-se a concepções doutrinárias e interpretativas desenvolvidas no século XIX, estando em descompasso com o Estado Social Contemporâneo.

Essa visão arcaica está presente em algumas disposições normativas do CPC/73.

⁴⁹⁷ Kelsen, 2003, p. 168.

⁴⁹⁸ Marinoni, Arenhardt & Mitidiero, 2015b, v. I, pp. 33 e 53-66.

⁴⁹⁹ Marinoni, Arenhardt & Mitidiero, 2015b, v. I, p. 37.

⁵⁰⁰ Marinoni, Arenhardt & Mitidiero, 2015b, v. I, pp. 38-39.

⁵⁰¹ Dinamarco, 2009, p. 39.

⁵⁰² Marinoni, Arenhardt & Mitidiero, 2015b, v. I, p. 87.

⁵⁰³ Marinoni, Arenhardt & Mitidiero, 2015b, v. I, pp. 132 e ss.

A visão liberal inicia na própria concepção individualista da lide, visível na concepção de coisa julgada (art. 467), e na sua limitação exclusiva às partes (art. 468) e na não abrangência desta às declarações incidentais (art. 469, III).

O Código Buzaid simplesmente ignora as demandas repetitivas, que exigiriam a alteração da visão tradicional tanto do Juiz como da própria jurisdição e que são inevitáveis no Estado Social Contemporâneo. Nessas se exige a delimitação da Lei pelo Judiciário para o estabelecimento do que REICHELDT e SALDANHA denominam de *políticas de direito material*, de forma completamente distinta dos processos individuais tradicionais, nos quais prevalece o interesse individual da parte e que comportam solução no ordenamento vigente.

O problema concreto a ser enfrentado, aqui, é o de saber qual a importância exercida pela lei na regulação de relações jurídicas concebidas em um contexto que não mais é o da sociedade dos casos peculiares. [...]

Há que se diferenciar, de um lado, a existência de uma orientação construída com base em interesses que transcendem o desejo de fazer valer aquilo que só diz respeito à esfera de liberdade de um dos sujeitos, sendo dotada de caráter hipotético, genérico e abstrato, e, de outro lado, a existência de uma orientação pensada em função de ordenar a conduta de um sujeito no âmbito de sua liberdade individual quando do contato social no contexto de relações jurídicas massificadas. No primeiro caso, estar-se-á diante do se conhece por direito objetivo. No segundo, trata-se de políticas de direito material estabelecidas por determinados indivíduos com vista a regular seu âmbito de liberdade no contexto do intenso contato social⁵⁰⁴.

O ônus da prova é estabelecido, ao menos no texto da lei, de forma fixa, pelo art. 333, embora a doutrina reconheça a necessidade de conceder ao Juiz a possibilidade de flexibilizar essas regras quando elas atribuem a uma parte obrigações impossíveis ou a entrega de documentos de posse da outra parte⁵⁰⁵.

A fundamentação da sentença é praticamente desprovida de regulamentação, limitando-se o Código a dizer que “*os fundamentos, em que o Juiz analisará as questões de fato e de direito*” é “*requisito essencial da sentença*” (art. 458, II). A não menção a qualquer requisito da fundamentação deriva de sua adesão à pretensa natureza declaratória do ato jurisdicional, tornando desnecessário o controle de um poder desprovido de discricionariedade⁵⁰⁶.

A coação das partes é limitada ao processo de execução, que além de reger-se pela tipicidade das medidas coercitivas, dispunha, na redação original, que vigeu até 2006, sobre o inadimplemento como requisito da obrigação (art. 580), em uma clara defesa da tutela exclusivamente **repressiva**.

⁵⁰⁴ REICHELDT, Luis Alberto & SALDANHA, Leonardo Tricot. **Os novos contornos da atividade jurisdicional e o enfrentamento de políticas de direito material**. Porto Alegre: UNIRITTER, 2012, pp. 5 e 7.

⁵⁰⁵ CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Do Advogado, 2010, pp. 90-98 e 123 e ss.

⁵⁰⁶ SILVA, O., 2004, pp. 28 e 213.

A execução normal seguia o trânsito em julgado da sentença que concluíra o processo de conhecimento (arts. 583 e 584, II, antes de sua revogação em 2005 e 2006).

Alheio à exigência da tutela tempestiva, o CPC/73 concebe a sentença (art. 162, § 1º) como o ato que põe fim, com ou sem o julgamento do mérito, a uma fase do processo, arrastando por anos a tutela da evidência. A inicial é simplesmente recebida e comunicada à parte contrária (art. 223), negando-se ao Juiz o poder de gerenciar o tempo do processo e tutelar o direito do autor com a fixação imediata de *astreintes*, mesmo quando a solução do direito é objeto de súmula e a conduta do réu em centenas – ou milhares – de processos, é reconhecida como contrária ao direito.

Até a introdução da tutela antecipada no art. 273 do CPC em 1994, o Código Buzaid estava completamente preso à tripartição tradicional de CHIOVENDA, que classificava as ações em ações de mera declaração ou **cognição** – positiva ou de procedência ou negativa ou de improcedência -, de pedir **declarações com preferente função executiva** (execução provisória e procedimento monitório), declarações de pedir a atuação da vontade concreta da lei que concede medidas puramente provisionais ou de **cautela *stricto sensu*** e o direito de pedir a **execução forçada** vistas como as únicas espécies de ação cível⁵⁰⁷.

Por fim, a única menção do CPC/73 ao precedente consta do seu art. 479, no capítulo sobre a uniformização de jurisprudência, identificando-o equivocadamente com as súmulas, sem qualquer caráter vinculante.

O CPC/73 previu, portanto, um Juiz sem poder de gerenciar efetivamente nem o tempo nem a condução do processo, preso a regras fixas sobre o ônus da prova e incapaz de produzir decisões efetivas. Com esses limites, o Juiz não necessitava de grandes controles, pois não poderia alterar a realidade social.

A evolução da ideologia dos membros do judiciário brasileiro tornou completamente anacrônico esse modelo, enquanto o reconhecimento da ausência de segurança jurídica sem um mínimo de efetividade do processo, assim como a pressão social pela efetividade⁵⁰⁸ aprofundou a crise decorrente do anacronismo entre a legislação processual e o ordenamento constitucional.

4.2.3. Comprovação da ineficiência do ordenamento brasileiro

⁵⁰⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Processal Civil** (Tradução da segunda edição italiana por E. Gómez Orbaneja. Madrid: Revista de Derecho Privado. A 1ª edição italiana é de 1934), 1936, v. I: Conceptos Fundamentales e la Doctrina de las Acciones, pp. 28-30.

⁵⁰⁸ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. I, p. 255 e ss.

O juiz brasileiro sofre de desconfiança da sociedade e carece de poder. Enquanto isso, nos EUA a avaliação probatória (*factfinding*) é feita em um único grau de jurisdição⁵⁰⁹, cabendo recurso unicamente quanto à matéria de direito, exceto no caso de abuso na interpretação dos fatos⁵¹⁰. Essa, aliás, é a única das grandes falhas estruturais do Código Buzaid que permaneceu no CPC/15, devido à resistência da cultura jurídica brasileira à avaliação dos fatos em instância única, que exige, evidentemente, evolução e maturidade no uso de precedentes.

Ademais, o CPC/73, mesmo após as várias reformas, continua a tratar os processos e os julgamentos em flagrante descompasso com a realidade. O Código Buzaid prevê dilação probatória e instrução individual em todos os processos, ignorando a inutilidade dessa dilação na maioria das demandas repetitivas. A necessidade de harmonização e de definição de precedentes pelas Cortes Supremas, em sua função nomofilática, também é ignorada.

Para julgar centenas de processos por semana⁵¹¹, os processos repetitivos já são colocados em pilhas e julgados em conjunto. A existência das “pilhas”, entretanto, não é reconhecida pelo CPC/73 e a alocação dos processos em cada uma delas não é pública nem submetida a controle algum.

O “*screening*” ou seleção norte-americana dos processos em pauta (“*docket*”), é público e permite evitar a aplicação de decisões – e de precedentes – incorretos para o caso concreto⁵¹².

Como salientou Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, **não temos publicidade**, pois os processos são julgados, de fato, antes da sessão pública; **nem Juiz natural**, pois os relatórios e os votos são redigidos por assessores e até por estagiários⁵¹³.

Grande parte do problema deriva do fato dos juízes brasileiros de primeiro e segundo graus não seguirem a posição estabelecida pelos tribunais superiores e pelo STF. Isto faz com que 36,2% das decisões dos juízes estaduais de 1º grau e 16,9% das decisões dos TJs sejam reformadas⁵¹⁴, retardando a efetivação do direito.

⁵⁰⁹ KANE, Mary Kay. **Civil Procedure**. 6th ed., St. Paul., MN, USA: West, 2007, & 7-7, livro eletrônico.

⁵¹⁰ ROTHSTEIN, Paul F.; RAEDER, Myrna S. & CRUMP, David. **Evidence**. 6th ed. St. Paul, MN, USA: West, 2012, cap. 1.IV, livro eletrônico.

⁵¹¹ Em 2013, cada um dos 1.622 magistrados atuando nos Tribunais de Justiça da justiça estadual brasileira prolataram uma média de 2.712 decisões, ou mais de 50 por semana (CNJ, 2014a, p. 136). Na justiça federal o quadro é ainda pior. Em 2013 cada um dos 134 magistrados atuando nos TRFs prolatou, em média, 12.619 decisões (CNJ, 2014b, p. 91), ou mais de 250 por semana.

⁵¹² CARP, STIDHAM & MANNING, 2014, cap. 2.

⁵¹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O Projeto de CPC**. Porto Alegre, 2012. (Palestra proferida em 19 nov. 2012 no Auditório do Ministério da Fazenda, em Porto Alegre).

⁵¹⁴ CNJ, 2014a, pp. 157 e 280.

Todos os litigantes habituais brasileiros resistem, com grande sucesso no que pertine à procrastinação, à efetivação do Direito, em face da ausência de vinculação aos precedentes. A prática da Administração Pública de alterar leis por Decretos e até por Instruções Normativas não é sequer posterior ao CPC/73. Pontes de Miranda já analisava a má utilização dos regulamentos no Direito Brasileiro em seus comentários à CF/67⁵¹⁵.

Devido ao descompasso entre a legislação processual e a realidade político-constitucional as decisões brasileiras de primeira instância são lentas, sujeitas à frequente reforma e elaboradas em confronto direto com uma realidade constitucional na qual a importância do controle de constitucionalidade e dos princípios constitucionais é inegável.

O resultado do descompasso entre a realidade constitucional e o ordenamento processual é a inviabilização completa da democracia social. Apesar de todas as críticas, nossa carga tributária é adequada a um Estado Social, mas a ineficiência da execução fiscal, que arrecada apenas 2,4% (dois inteiros e quatro décimos por cento) do estoque da dívida ativa por ano⁵¹⁶, exige o financiamento do Estado com tributos indiretos, encarecendo produtos e gerando regressividade tributária.

A carga tributária incidente sobre as famílias com renda até 2 salários-mínimos é de 48,8% (quarenta e oito inteiros e oito décimos por cento), contra apenas 26,3% (vinte e seis inteiros e três décimos por cento) para as famílias com renda superior a 30 salários-mínimos⁵¹⁷. Enquanto isto, nos EUA a tributação pode concentrar-se nos tributos diretos, gerando justiça fiscal e reduzindo preços⁵¹⁸, pois a eficácia da execução fiscal é de 85,5%⁵¹⁹.

⁵¹⁵ MIRANDA, P., 1971, t. V, pp. 111-112.

⁵¹⁶ No exercício de 2014 foram arrecadados R\$ 20,66 bilhões diretamente, enquanto os depósitos judiciais acompanhados pela PGFN atingiram R\$ 9,98 bilhão, totalizando uma arrecadação de R\$ 30,64 bilhão, para um estoque da dívida ativa de R\$ 1.277,2 bilhão, o que representa uma arrecadação anual de 2,4 % (dois inteiros e quatro décimos por cento). Isto representa um significativo progresso em relação a 2011, quando a meta para o exercício de 2012 era de apenas 0,94% (noventa e quatro centésimos por cento) PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. **Relatório de Gestão Exercício 2014**. Brasília, 2015, pp. 159 e 167. Disponível em http://www.pgfn.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/relatorio-de-gestao/Relatorio_Gestao_2014.pdf. Acesso em 8 de fev. 2016.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. **Relatório de Gestão Exercício 2011**. Brasília, 2012, p. 60. Disponível em http://www.pgfn.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/relatorio-de-gestao/Relatorio_Gestao_2014.pdf. Acesso em 8 de fev. 2016.

⁵¹⁷ CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. **INEQUITY INDICATORS OF THE NATIONAL TAX SYSTEM**: Observation Report nº 2. 2. ed. Brasília, 2011, p. 17. Disponível em <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais-1/catalogo/conselhos/conselho-de-desenvolvimento-economico-e-social/relatorios/inequity-indicators-of-the-national-tax-system-observation-report-no-2-indicadores-de-iniquidad-del-sistema-nacional-de-impuestos-informe-de-observacion-no-2/view>. Acesso em 8 fev. 2016.

⁵¹⁸ JIMÉNEZ, Juan Pablo; PODESTÁ, Andréa & SABAINI, Juan Carlos Gómez. **Tax Gap and Equity in Latin America and the Caribbean**. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH e UN/ECLAC (ONU/CEPAL): Eschborn, Alemanha, 2010, p. 17.

⁵¹⁹ INTERNAL REVENUE SERVICES. **Overview of the Tax Gap for the Tax Year 2006**. IRS, Office of Research: 2012, p. 1.

A eficácia da execução depende de um mínimo de segurança jurídica. No Brasil, o alto grau de reforma das sentenças e acórdãos tem inviabilizado a concessão de eficácia às decisões de primeiro grau. O novo CPC, embora não elimine os problemas do processo de execução, altera completamente o panorama ao atribuir o ônus da demora ao réu em uma série de casos, como veremos no decorrer do trabalho.

Com o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), o Incidente de Assunção de Competência (IACO) e os precedentes, o novo CPC se insere na realidade do Estado do Bem-Estar social, inaugurado em 1919.

Ainda que o novo CPC não tenha regulado as demandas coletivas e permaneçam algumas das principais causas da ineficiência do processo de execução, o que faz com que o novo Código permaneça impotente diante de alguns problemas sociais, o Brasil passa a ter uma legislação processual adequada ao funcionamento de um Estado Social.

PARTE II – RACIONALIDADE E SINCRONIA DO CPC/15 COM A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O apego ao mito da tripartição tradicional de poderes, desdenhando do papel do Juiz na interpretação do Direito – vista como secundária e neutra - ⁵²⁰ e insistindo no pretensão caráter declaratório da jurisdição⁵²¹ mesmo após a introdução do controle de constitucionalidade, gerou um completo anacronismo entre a jurisdição constitucional, o regramento processual e as técnicas interpretativas dominantes⁵²².

Nossas instituições, após o transplante inadequado do controle cumulado, de origem norte-americana, sem a introdução concomitante do *stare decisis*, perderam a racionalidade: o controle de constitucionalidade, criado e pensado como uma ferramenta de controle de poder, tornou-se um poderoso meio para a defesa de posições irracionais⁵²³ e puramente ideológicas⁵²⁴, enfraquecendo o Direito.

O resultado tem sido insegurança jurídica e a crescente utilização da lei como instrumento de propaganda governamental, sem preocupação com sua adequação à realidade, pois espécies normativas primárias são alteradas com frequência por atos normativos secundários – Decretos, Portarias, Instruções Normativas – abertamente ilegais, prática governamental adotada há pelo menos meio século⁵²⁵, que vem sendo seguida pelos demais litigantes habituais⁵²⁶.

⁵²⁰ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. I, p. 449.

⁵²¹ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. I, p. 50. No mesmo sentido leciona CHIASSONI (2009, p. 261), que aponta a vinculação da Escola da Jurisprudência dos Conceitos à atribuição de um caráter meramente declaratório à interpretação judicial.

⁵²² ANDRADE, 1991, pp. 254-255: “[...] a operação interpretativa, voltada para o problema concreto, torna-se mais aberta à realidade circundante e às subjacências sociais, de modo a transcender o texto normativo, superando assim o dualismo entre direito e realidade, que não são esferas incomunicáveis nem categorias autônomas subsistentes por si mesmas. Nessa perspectiva mais concreta, **a interpretação não é declaratória nem reprodutiva de um direito preexistente, mas sim constitutiva e produtiva de um direito atualizado [...].** O ato decisório de **escolha e da opção por uma interpretação é um ato de poder, que culmina em discricionariedade**, ou seja, um voluntarismo estruturado e racionalizado e não na arbitrariedade, significando que a interpretação pode ser controlada”.

No mesmo sentido ZANETI JR., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: teoria dos precedentes formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 283-286.

⁵²³ MARINONI, 2016, p. 54.

⁵²⁴ HORBACH, 2007, p. 90.

⁵²⁵ MIRANDA, P., 1971, t. V, pp. 111-112.

⁵²⁶ MARINONI, 2016, p. 287. MITIDIERO, 2016, p. 124. DUQUE, 2014, p. 408.

Com o CPC/15, o ordenamento brasileiro tem, pela primeira vez, disposições claras acerca do caráter constitutivo da jurisdição⁵²⁷ e do valor vinculante dos precedentes⁵²⁸, propiciando sincronia do regramento processual e das técnicas interpretativas com a jurisdição constitucional.

Sob o CPC/15, o incidente de inconstitucionalidade sempre produzirá um precedente⁵²⁹, seja pela via do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas⁵³⁰ ou do Recurso Extraordinário Repetitivo⁵³¹, quando houver *efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica*⁵³² ou pela via Incidente de Assunção de Competência⁵³³ nos demais casos.

O controle de constitucionalidade, nas raras hipóteses em que não houver potencial de repetição da discussão, envolverá *relevante questão de direito, com grande repercussão social* ou, pelo menos, uma *questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre as câmaras*⁵³⁴, visando evitar a insegurança decorrente do controle cumulado sem o *stare decisis*, apontada por Cappelletti e MARINONI⁵³⁵.

O uso de precedentes permitirá a divisão clara de funções entre os juízes ordinários e as Cortes de Justiça⁵³⁶ (TJs, TRFs, TRTs, TREs e TJMs), de um lado, incumbidos de aplicar o

⁵²⁷ MEDINA, José Miguel Medina. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas. 2ª. ed. em *e-book* baseada na 3ª edição impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, tópico V ao comentário ao art. 1º; tópicos II e III ao comentário ao art. 927.

No mesmo sentido MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz & MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015c, pp. 90, 491, 868, 870-872.

⁵²⁸ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, pp. 872-873, 875-876 e 920; MITIDIERO, 2016, pp. 85, 92 e 117. MEDINA, 2015, *e-book*, tópicos IV e VIII ao comentário ao art. 311, tópico IV ao comentário do art. 496, tópicos II, III e IV ao comentário do art. 927 e tópico I ao comentário do art. 988.

⁵²⁹ MARINONI, 2016, pp. 60 e 286.

⁵³⁰ CPC/15, arts. 976 a 987. MARINONI (2016, p. 299) afirma que os precedentes que definirem a interpretação conforme à Constituição e os que resultarem do julgamento de recurso extraordinário não repetitivo também deverão ter caráter vinculante.

⁵³¹ CPC/15, arts. 1.036 a 1.041. MITIDIERO (2016, p. 108) afirma que “o art. 927 do CPC é meramente exemplificativo, tendo em conta que deixa de mencionar que a partir do julgamento de *recursos extraordinários e de recursos especiais não repetitivos* julgados pelas Turmas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e a partir do julgamento de *embargos de divergência* é possível formar precedentes”. No mesmo sentido MARINONI (2015, p. 22, grifou-se): “A letra do art. 927 parece supor que a função das Cortes Supremas é resolver litígios que podem se repetir em massa [...] nada disso tem a ver com a **função das Cortes Supremas**, que é a de **definir**, mediante as melhores razões, a norma que deflui do texto legal ou constitucional”.

⁵³² CPC/15, art. 976, *caput*, I e II.

⁵³³ CPC/15, art. 947.

⁵³⁴ CPC/15, art. 947, *caput* e § 4º.

⁵³⁵ CAPPELLETTI, 1999, pp. 76-77; MARINONI, 2016, pp. 62 e 124.

⁵³⁶ MITIDIERO, 2016, pp. 86 a 91 e 145; MITIDIERO, 2014, pp. 31-34.

direito aos fatos, e as Cortes Supremas ou de Precedentes⁵³⁷ (STF, STJ, TST, TSE e STM), de outro, incumbidos de definir o direito aplicável no país, dentro da ampla moldura proposta pelo legislador constitucional e infraconstitucional, tanto na matéria cível quanto nas demais, pois “os arts. 489, § 1º, V e VI, 926 e 927 são normas gerais que devem guiar a interpretação e aplicação do direito no Brasil como um todo”⁵³⁸.

A segurança jurídica com base em textos ambíguos e vagos não passa de uma ficção⁵³⁹ em um Estado Democrático de Direito⁵⁴⁰ cujo ordenamento é rico em normas-princípio e cláusulas gerais⁵⁴¹, principalmente em um país como o Brasil, que permite a todo Juiz o controle da constitucionalidade das leis, viabilizando a escolha arbitrária da sentença, posteriormente justificada *ad hoc*⁵⁴². Com o uso de precedentes vinculantes, ao contrário, a jurisdição constitucional no controle cumulado norte-americano torna-se tão segura como no controle separado europeu-kelseniano⁵⁴³.

⁵³⁷ MITIDIERO, 2016, pp. 91 a 93 e 145; MITIDIERO, 2014, pp. 31-34.

⁵³⁸ MITIDIERO, 2016, p. 104.

⁵³⁹ ANDRADE, Christiano José de. **O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 53-54.

⁵⁴⁰ CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'Interpretazione Giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 20 e 132.

⁵⁴¹ CHIASSONI, Pierluigi. Las Cláusulas Generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, v. 21, p. 89-106, especialmente pp. 105-106, 2011.

⁵⁴² MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. I, pp. 148-149.

⁵⁴³ GUASTINI, 2011, p. 357.

1. SINCRONIA DO CPC/15 COM A REALIDADE CONSTITUCIONAL VIGENTE

O CPC/15 orienta-se no sentido da segurança jurídica embasada em precedentes, demonstrando sua clara vinculação à visão constitutiva das decisões judiciais, como o demonstra a leitura do disposto nos seus arts. 489, § 1º, VI; 521, IV; 926, *caput* e 927, §§ 3º e 4º; 985, I e II; 988, III e IV e 1.035, § 3º, I⁵⁴⁴. Trata-se do reconhecimento que os juízes brasileiros rotineiramente interpretam de forma distinta as leis, mesmo quando aplicadas a casos análogos⁵⁴⁵.

Também dignos de nota, quanto à adaptação do CPC/15 à CRFB, são os arts. 1º, 4º a 10 e 139, IV.

O art. 1º determina a interpretação do CPC conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição, evidenciando o papel do Código na concessão de maior densidade normativa a vários princípios constitucionais, como o direito fundamental ao processo justo⁵⁴⁶, evidenciando a função instrumental do processo e a necessidade de tutela adequada ao direito material⁵⁴⁷.

O art. 4º declara o direito das partes em obter, **em tempo razoável, a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa**. Trata-se da regulamentação do direito fundamental à duração razoável do processo⁵⁴⁸. O direito à decisão de mérito visa evitar nulidades desnecessárias, relacionando-se com o modelo da colaboração processual (art. 6º). A menção à atividade satisfativa demonstra a preocupação do Código com a eficiência do processo, relacionada com o tempo justo⁵⁴⁹.

Esse artigo 4º é regulamentado por várias disposições do CPC, como a previsão do julgamento parcial do mérito (art. 356), do aproveitamento dos atos processuais (arts. 188, 276, 277, 282, § 1º), da repressão ao comportamento de má-fé (arts. 77 a 79 e 81)⁵⁵⁰, da tutela da evidência (art. 311), da dispensa da caução para o cumprimento provisório de sentença que estiver em consonância com súmula do STF ou do STJ ou em acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos (art. 521, IV) e, principalmente, pelo disposto no art. 139, IV,

⁵⁴⁴ GIORGI JR., Romulo Ponticelli. Anotações aos artigos 976 a 993 do CPC. In. MELLO, Rafael Corte (org.); _____ (org.) & SILVA, Jaqueline Mielke (prefácio). **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Charleston, SC, EUA: Create Space Independent Publishing Platform, 2015b, p. 520-529, especialmente pp. 520-521.

⁵⁴⁵ MARINONI, 2016, p. 80.

⁵⁴⁶ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, p. 91.

⁵⁴⁷ MEDINA, 2015, *e-book*, tópico III do comentário ao art. 1º.

⁵⁴⁸ MEDINA, 2015, *e-book*, comentário ao art. 4º.

⁵⁴⁹ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, pp. 97-98.

⁵⁵⁰ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, p. 97.

que confere ao Juiz poder para determinar medidas indutivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordens judiciais⁵⁵¹, concretizando o direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva⁵⁵². Assim, sob o CPC/15, a inicial baseada em precedente deve ser recebida com a imediata fixação de *astreintes*, pois o réu está claramente agindo contra o direito⁵⁵³.

O art. 5º institui o dever de todos os participantes do processo de agirem de boa-fé, entendida objetivamente, pela análise do comportamento das partes e demais partícipes do processo, exigindo-se lealdade, protegendo-se a confiança legítima e proibindo-se o *venire contra factum proprium* e o abuso de direito⁵⁵⁴. Esse artigo terá grande influência na vedação da atuação contraditória ou ilegal de órgãos públicos em demandas repetitivas.

O art. 6º declara a opção do CPC pelo modelo cooperativo, exigindo que o Juiz esclareça os pontos sobre os quais tem dúvida antes de indeferir a inicial, que o julgador dialogue com as partes antes de decidir sobre qualquer questão⁵⁵⁵, que o tribunal forneça ao recorrente oportunidade para corrigir falhas meramente formais ligadas ao cabimento, à regularidade e ao preparo dos recursos⁵⁵⁶. Tanto o art. 6º como o 4º e o 5º vedam atividades das partes destinadas a procrastinar o processo⁵⁵⁷. A distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, § 1º) decorre diretamente do dever de colaboração, evitando a atribuição a uma parte de ônus inviável por obstáculo ou ação da outra parte⁵⁵⁸.

O art. 7º assegura paridade de tratamento e contraditório efetivo, velando pela isonomia de tratamento, permitindo ao Juiz adaptar o procedimento, reconhecendo a necessidade de um papel ativo do Juiz no Estado Social Contemporâneo⁵⁵⁹.

O art. 8º orienta o Juiz, na aplicação do Direito, determinando o resguardo e a promoção da dignidade da pessoa humana e a observação da proporcionalidade, da

⁵⁵¹ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, p. 213.

⁵⁵² KOCHEM, Ronaldo. Anotações aos artigos 139 a 164 do CPC. In. MELLO, Rafael Corte (org.); GIORGI JR., Romulo Ponticelli (org.) & SILVA, Jaqueline Mielke (prefácio). **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Charleston, SC, EUA: Create Space Independent Publishing Platform, 2015, p. 86-100, especialmente p. 87.

⁵⁵³ Em sentido contrário MEDINA, 2015, *e-book*, tópico VIII ao comentário ao art. 139: “Segundo pensamos, o art. 139, IV do CPC/2015, ao dispor que o magistrado pode atuar com o intuito de *assegurar* o cumprimento de decisão judicial, não poderia, *por esse dispositivo*, realizar medidas de urgência satisfativas (antecipação dos efeitos da tutela), mas apenas cautelares”.

⁵⁵⁴ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, p. 99; MEDINA, 2015, *e-book*, tópicos II a V dos comentários ao art. 5º.

⁵⁵⁵ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, pp. 100-102.

⁵⁵⁶ MITIDIERO, 2015a, pp. 169-170.

⁵⁵⁷ MEDINA, 2015, *e-book*, tópico I ao comentário ao art. 6º.

⁵⁵⁸ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, pp. 395-396; MEDINA, 2015, *e-book*, tópico V ao comentário ao art. 373.

⁵⁵⁹ MEDINA, 2015, *e-book*, tópico I ao comentário ao art. 7º. MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, pp. 103-105.

razoabilidade, da legalidade, da publicidade e da eficiência. Isso importa na compreensão do processo como meio para a tutela de direitos⁵⁶⁰ e da sujeição de **todos** ao ordenamento⁵⁶¹, o que inclui os litigantes habituais e o Estado. Não basta que as normas sejam editadas (*law in books*), mormente no Brasil, onde o Estado Social Contemporâneo jamais saiu do papel⁵⁶², a tributação tem forte caráter regressivo⁵⁶³ e o Estado emite Decretos e Instruções Normativas claramente ilegais⁵⁶⁴.

A incerteza e a demora decorrentes do CPC/73 tendem a massificar litígios e a reduzir a segurança jurídica⁵⁶⁵. Sem precedentes vinculantes que esclareçam e tornem unívoco o conteúdo da lei, nem o Estado nem os demais litigantes habituais brasileiros obedecem às normas. O recebimento da inicial embasada em precedente com a imediata fixação de *astreintes* (art. 139, IV), assim como a celeridade do processo, após o decurso dos primeiros anos para o estabelecimento de precedentes e o cabimento de novos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento e na execução da sentença e **nos recursos** (art. 85, § 1º) tendem a fortalecer a legalidade e, com ela, o Estado de Direito, no Brasil.

O art. 9º exige a oitiva prévia da parte para a prolação de decisão, ressalvados os casos da tutela provisória de urgência e da tutela de evidência baseada em precedente firmado em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (art. 311, II), em prova documental adequada em ação reipersecutória (art. 311, III) ou em ação monitória (art. 701). Trata-se do direito constitucionalmente assegurado ao contraditório⁵⁶⁶

O art. 10 veda a decisão surpresa, exigindo a concessão de oportunidade para que as partes se manifestem previamente sobre os fundamentos que possam embasar a decisão, mesmo que se trate de matéria que possa ser conhecida de ofício, respeitando o modelo da cooperação processual e limitando o poder reconhecido ao julgador⁵⁶⁷.

⁵⁶⁰ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, p. 105.

⁵⁶¹ MEDINA, 2015, *e-book*, tópico I ao comentário ao art. 8º.

⁵⁶² STRECK & MORAIS, 2014, posição 1400, livro eletrônico.

⁵⁶³ CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, 2011, p. 17.

⁵⁶⁴ MIRANDA, 1971, t. V, pp. 111-112. Quando ao incremento da atuação ilegal do Estado brasileiro desde 1971, ver GIORGI JR., Romulo Ponticelli. Origem e Evolução da Duplicidade. In. SOUZA JR., Cezar Saldanha (org.) **Inter-relações entre o Processo Administrativo o Judicial (em Matéria Fiscal) a partir da Identificação de Contenciosos cuja Solução Deveria ser Tentada Previamente na Esfera Administrativa**. Brasília: CNJ, 2011a, vol. II: Da Pesquisa Jus-Doutrinária Comparada, pp. 12-35, especialmente pp. 20 e 27. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ufrgs_edital1_2009.pdf>. Acesso em 13 mar 2016.

⁵⁶⁵ REICHELTE, Luis Alberto. A duração do processo, o julgamento do recurso extraordinário dotado de repercussão geral e a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 193, p. 131-150, mar. 2011.

⁵⁶⁶ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, p. 107; MEDINA, 2015, *e-book*, tópico I ao comentário ao art. 9º.

⁵⁶⁷ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, pp. 109-110; MEDINA, 2015, *e-book*, comentário ao art. 10.

Com a adoção, pelo CPC/15, de um modelo interpretativo adequado, o controle do poder do Juiz e o regramento da fundamentação (CPC, art. 489), viabiliza-se a segurança jurídica. Com o reconhecimento e a ampliação do poder do magistrado no gerenciamento do processo, a adoção do modelo cooperativo, o reconhecimento do direito processual como meio para a tutela do direito material, a busca da duração razoável do processo e a concessão do ônus decorrente do tempo da tramitação à parte que contraria o Direito, há uma sincronia do ordenamento processual com o Estado Social Contemporâneo.

1.1. Sincronia da interpretação contemporânea com o CPC/15

No CPC/15 é clara a admissão do precedente como fonte de direito, cuja eficácia normal, quando altera interpretação anterior, é prospectiva, visando assegurar a segurança jurídica em suas dimensões de cognoscibilidade e confiança⁵⁶⁸.

Como **a norma é o sentido adscrito ao texto pela interpretação vigente**⁵⁶⁹, a alteração da interpretação produzirá nova norma, devendo o tribunal sinalizar a alteração do precedente, para proteger a confiança dos que pautaram suas condutas pelo entendimento vigente, mantendo o precedente por algum tempo enquanto a Corte Suprema sinaliza sua preocupação com a justiça da decisão, informando à população a provável superação do entendimento vigente em julgamento próximo⁵⁷⁰. Há um claro paralelo entre a técnica da sinalização e a *vacatio legis*.

Sob o CPC/73, o Brasil enquadra-se como um *sistema com uma vinculação argumentativa muito fraca*⁵⁷¹, o segundo pior sistema, na gradação de CHIASSONI do grau de vinculação aos precedentes⁵⁷². Esse sistema se caracteriza pela mera recomendação da referência a julgados prévios em uma boa decisão⁵⁷³.

⁵⁶⁸ MITIDIERO, 2016, p. 141. CPC/73, art. 927, § 3º. Quanto à vigência da interpretação, estabelecida em precedentes ver GUASTINI (2010, *e-book*, cap. VI) e KELSEN (1998a, pp. 264 e 279)

⁵⁶⁹ MITIDIERO, 2016, p. 80; GUASTINI, 2010, *e-book*, cap. VI; ALEXY, 1993, pp. 48, 70-75, 80, 95-98.

⁵⁷⁰ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, pp. 875-876; CABRAL, Antônio do Passo. A Técnica do Julgamento-Alerta na Mudança da Jurisprudência Consolidada. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 221, p. 13-48, jul. 2013. SCALIA & GARNER, 2012, *e-book*, posição 4.137. TRIBE & MATZ, 2014, *e-book*, posições 1085, 2625 e 5183.

⁵⁷¹ ANDRADE, 1992, p. 130.

⁵⁷² CHIASSONI, Pierluigi. The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas & PULIDO, Carlos Bernal (eds.). **On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy**, Beijing, 2009. Stuttgart: Franz Steiner, 2012b, v. III, p. 13-33, especialmente p. 29.

⁵⁷³ CHIASSONI, 2012b, p. 30.

Sob o CPC/15, o Brasil passa a adotar um *sistema com uma vinculação forte*⁵⁷⁴, no qual os juízes têm de seguir os precedentes vinculantes, mesmo quando não concordem com sua *ratio decidendi*, exceto quando a aplicação do precedente ao caso *sub judice* possa ser afastado por um conjunto restrito de hipóteses, como a distinção e o *overruling*⁵⁷⁵. Como a cultura jurídica brasileira ainda não está acostumada com o uso de precedentes, o CPC prevê o uso de uma técnica de controle de casos – a reclamação – como meio para assegurar a observância dos precedentes⁵⁷⁶. Este é o segundo melhor sistema quanto à segurança jurídica, e o melhor possível na prática⁵⁷⁷.

A adesão à visão constitutiva da decisão judicial está clara no CPC/15⁵⁷⁸, assim como a ampliação do uso dos precedentes vinculantes, que não mais se limitam ao controle concentrado e às súmulas vinculantes⁵⁷⁹, como o demonstram, principalmente, os art. 489, § 1º, VI e 988, III e IV.

As demais disposições sobre os precedentes podem adequar-se a formas mais brandas, como os *sistemas de vinculação fraca*, nos quais os precedentes podem ser afastados por analogia, sem a necessidade do recurso à distinção⁵⁸⁰, exigida no art. 489, § 1º, VI do CPC/15, além de não preverem medidas especiais de controle, como as previstas no art. 988, IV, que equipara expressamente os precedentes aos julgados no STF dotado de efeito vinculante (988, III).

Lembremos que a principal distinção doutrinária entre o efeito vinculante e o *stare decisis* deriva da origem do primeiro do controle separado (ou concentrado) de constitucionalidade, de origem europeia, enquanto o *stare decisis* visaria dar estabilidade à regulação das relações sociais, abrangendo toda interpretação do direito. Ademais, o efeito vinculante seria dotado de impositividade inexistente no *stare decisis*⁵⁸¹.

Nosso sistema misto de controle, ao conceder a qualquer Juiz o poder de controlar a constitucionalidade e de determinar a aplicação da Constituição, exigiu a extensão do efeito vinculante⁵⁸², e a permanência da reclamação, método vinculado ao controle de casos⁵⁸³, como ferramenta de controle da desobediência aos precedentes, é necessária até a adaptação

⁵⁷⁴ MITIDIERO, 2016, p. 98.

⁵⁷⁵ CHIASSONI, 2012b, pp. 29-33.

⁵⁷⁶ MITIDIERO, 2016, p. 114.

⁵⁷⁷ CHIASSONI, 2012b, pp. 29 e 32-33.

⁵⁷⁸ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, pp. 90 e 874-876; GIORGI JR., 2015b, p. 520.

⁵⁷⁹ GIORGI JR, 2015b, pp. 520-521 e 526-527; MITIDIERO, 2016, pp. 98, 109, 111 e 114.

⁵⁸⁰ CHIASSONI, 2012b, pp. 31-32.

⁵⁸¹ LEAL, Roger Stiefelmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 127-129.

⁵⁸² MITIDIERO, 2016, p. 107. GIORGI JR., 2015b, pp. 520 e 523-524.

⁵⁸³ MITIDIERO, 2016, p. 114.

da cultura do magistrado brasileiro ao *stare decisis*. Essa adaptação normalmente acompanha a adoção de um sistema de precedentes e é necessária para o seu pleno desenvolvimento e essencial no moderno Estado Constitucional de Direito, pois sem a vinculação dos juízes aos precedentes não há nem segurança jurídica nem igualdade⁵⁸⁴

1.1.1. O Problema da Verdade nas Ciências Sociais e no Direito Constitucional

A adoção de um sistema de precedentes deriva da inviabilidade de comprovar-se, com facilidade, a existência de uma única interpretação correta para um determinado texto legal, quando aplicado a um grupo de casos, assim como da admissão da existência de uma margem de escolha, a ser preenchida por critérios políticos e discricionários, para a opção por uma dentre as interpretações viáveis.

É importante salientar que a visão acima é oposta ao relativismo. Pelo contrário, um relativista, como Antônio Manuel Hespanha, insiste na inviabilidade da delimitação da interpretação por meio de precedentes, pois o Juiz poderia encontrar a interpretação correta e seria uma violência fechar o texto a apenas uma interpretação⁵⁸⁵.

A interpretação contemporânea, entretanto, reconhece a pouca importância do intérprete individual e a necessidade da delimitação das escolhas políticas do sentido das normas por intérpretes institucionais⁵⁸⁶.

Para a compreensão da interpretação contemporânea torna-se necessário esclarecer algumas confusões terminológicas. A distinção entre a **verdade** absoluta e atemporal e as **verdades** parciais, válidas em determinada época e local é especialmente importante no Direito⁵⁸⁷.

A veracidade acerca de conceitos e soluções jurídicas, assim como nas demais instituições sociais, só faz sentido se limitada a um determinado ordenamento e época. Deve-se considerar, ademais, que as soluções jurídicas são construídas socialmente, envolvendo decisões legislativas e a sua interpretação judicial, especialmente nos precedentes⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ FERRES COMELLA, 2009, pp. 43-45.

⁵⁸⁵ HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Annablume, 2013, pp. 269, 271, 273-276 e 279-282.

⁵⁸⁶ TARELLO, 1980, p. 65; ALEXY, 1993, p. 131 e 553-554.

⁵⁸⁷ HAACK, 2014, posição 9277, livro eletrônico.

⁵⁸⁸ HAACK, 2014, posições 9277 a 9284, livro eletrônico.

A admissão de que algumas proposições são válidas apenas para uma época, local e ordenamento jurídico não deriva de qualquer concepção relativista nem impede a aceitação de verdades absolutas, como alguns conceitos morais e científicos⁵⁸⁹.

Nesse sentido, o conceito de verdade, em Direito Constitucional, não apenas se limita a um determinado ordenamento e época como admite sua construção pela coletividade, vista como uma sociedade aberta. Nesse sentido, Peter HÄBERLE afirma que “a equidade é a verdade do Direito”, enquanto a verdade, a equidade e o bem-estar seriam formas imanentes de manifestação e combinações, indicando vias e procedimentos. O Estado não poderia eliminar a liberdade do cidadão na determinação desses conceitos⁵⁹⁰.

Não pode, entretanto, pairar incerteza sobre o conteúdo – e mesmo sobre a existência – de Direitos Fundamentais. Tanto nos textos jurídicos como nos teológicos a interpretação constitui o sentido vigente⁵⁹¹. De fato, até mesmo a interpretação de textos milenares em teologia envolve um posicionamento⁵⁹².

Quando o Juiz adequa a norma às circunstâncias em que será aplicada, resolve uma tarefa prática que, entretanto, não pode ser arbitrária. A ponderação efetuada pelo Juiz deve ser justa, e não imprevisível, ou não haverá segurança jurídica⁵⁹³. O problema hermenêutico aparece justamente na interpenetração da interpretação textual pela interpretação psicológica individualizante⁵⁹⁴, pois a intenção original é difícil de ser identificada⁵⁹⁵, constituindo normalmente uma ficção sob a qual se ocultam outras razões⁵⁹⁶.

⁵⁸⁹ HAACK, 2014, posição 9827, livro eletrônico.

⁵⁹⁰ HÄBERLE, Peter. **Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional** (1995). Tradução de Urbano Carvelli da 2ª edição alemã, de 2001. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008, pp. 123, 127-128 e 140-142.

⁵⁹¹ GADAMER, Hans. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica** (1986). Tradução de Paulo Meurer. Revisão de Ênio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 461.

⁵⁹² RATZINGER, Joseph. **Escatologia: La muerte y la vida eterna**. Barcelona: Herder, 2012, *e-book*, posições 569, 828 e 840: “Cualquiera que analice la exégesis a lo largo de un siglo se dará cuenta de que en ella se refleja toda la historia el mundo en esa época. En seguida verá que el observador no tiene otra posibilidad de hablar de lo observado sino haciéndolo de sí mismo, y que sólo gracias a ese cambio de dirección analítica es como se manifiesta el contenido mismo. [...] el Evangelio no existe frente a la Iglesia como “algo independiente” y cerrado en sí mismo. Ahí radica el error metodológico fundamental del intento consistente en reconstruir una *ipsissima vox Jesu* [...] El convencimiento de que aquella reconstrucción no es posible significa que el mensaje de Jesús nos resulta cognoscible también y precisamente a nosotros gracias al eco histórico que ese mensaje adquirió.

⁵⁹³ GADAMER, 1997, pp. 487 e 489.

⁵⁹⁴ GADAMER, Hans. Entre fenomenologia e dialética – Tentativa de uma autocrítica (1985). In: _____. **Verdade e Método II: complementos e índice**. Tradução Ênio Paulo Giachini. Revisão Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002b, p. 9-34, especialmente p. 24.

⁵⁹⁵ GADAMER, Hans. A história do conceito como filosofia (1970). In: _____. **Verdade e Método II: complementos e índice**. Tradução Ênio Paulo Giachini. Revisão Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002c, p. 94-111, especialmente pp. 107-108.

⁵⁹⁶ EASTERBROOK, 2012, *e-book*, posição 244.

A redução da interpretação e da aplicação do direito a uma pura subsunção deforma o direito. Sem o recurso à determinação da norma pelas Cortes Supremas temos uma margem interpretativa excessiva e inaceitável pelo Juiz ordinário⁵⁹⁷. Como a aplicação da lei sempre pressupõe uma interpretação prévia, os precedentes têm função análoga à legislativa⁵⁹⁸.

Assim como em outras ciências sociais, as verdades jurídicas são construídas por ações humanas, especialmente pela aprovação de atos legislativos, pela prolação de decisões judiciais e pela expedição de regulamentos executivos⁵⁹⁹. A aprovação – e a correção - de precedentes não pode ser explicada pela lógica formal, pois envolvem discricionariedade judicial⁶⁰⁰.

Verifica-se, portanto, que a verdade no direito constitucional não é encontrada individualmente, como nas ciências exatas, mas construída a partir de intérpretes institucionais, indicados na Constituição⁶⁰¹

1.1.2. Precedentes, Súmulas, Jurisprudência Vinculante e Jurisprudência Ordinária no CPC/15

O CPC/15 utiliza os termos precedente, súmula, jurisprudência vinculante e jurisprudência sem qualificativo, entendida como ordinária. A compreensão do sistema interpretativo adotado pelo CPC exige a compreensão do **conceito** e da **função** de cada um desses termos.

O dicionário jurídico Merriam-Webster define precedente simplesmente como “uma decisão judicial que deva ser seguida por um Juiz ao decidir um caso similar”⁶⁰². Um pouco mais completo, o dicionário jurídico Dean define precedente como “uma decisão judicial que serve de regra para determinações futuras em casos similares ou análogos, cuja autoridade deva ser seguida pelos juízes e tribunais”⁶⁰³. No campo do Direito Constitucional, ALEXY salienta o papel dos precedentes na delimitação do conteúdo da Constituição⁶⁰⁴.

⁵⁹⁷ GADAMER, Hans. Retórica e Hermenêutica (1976). In: _____. **Verdade e Método II: complementos e índice**. Tradução Ênio Paulo Giachini. Revisão Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002d, p. 321-339, especialmente pp. 323-324.

⁵⁹⁸ GADAMER, Hans. Texto e Interpretação (1983). In: _____. **Verdade e Método II: complementos e índice**. Tradução Ênio Paulo Giachini. Revisão Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002e, p. 381-418, especialmente p. 399.

⁵⁹⁹ HAACK, 2014, *e-book*, posições 10.041 a 10.069.

⁶⁰⁰ HAACK, 2014, *e-book*, posição, 10.142;

⁶⁰¹ DUQUE, 2014, p. 165; ALEXY, 1993, pp. 21, 71, 530, 535 e ss. e 553-554.

⁶⁰² MERRIAM-WEBSTER. **Merriam-Webster's Dictionary of Law**. 3. ed. para o Kindle. Springfield, MA, EUA, 2011, livro eletrônico, posição 20.020.

⁶⁰³ ABN STUDY PARTNER. **Dean's Law Dictionary**. Stephens City, VA, EUA, 2014, livro eletrônico, posição 315.766.

⁶⁰⁴ ALEXY, 1993, p. 535.

O uso de precedentes é um importante fator na promoção da segurança jurídica, da igualdade, e da eficiência do ordenamento⁶⁰⁵, assim como da legitimidade e da credibilidade do Judiciário e da estabilidade institucional⁶⁰⁶, pois, embora evidentemente não eliminem a discricionariedade judicial⁶⁰⁷, servem como um poderoso mecanismo de filtro das discussões. Eles permitem a exclusão das discussões pertinentes a pontos já decididos pelas Cortes Supremas, concentrando o debate sobre os pontos que ainda estão em aberto⁶⁰⁸.

Outra função dos precedentes é a de facilitar a identificação de decisões possivelmente motivadas por fatores estranhos às fontes jurídicas normalmente aceitas⁶⁰⁹, facilitando a identificação de corruptos.

MITIDIERO elabora, com base nas disposições normativas e no sistema adotado pelo CPC/15, o conceito abaixo.

Os *precedentes* não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são *razões generalizáveis* que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado *a partir* da decisão judicial e colabora de forma contextual para a *determinação* do direito e para a sua *previsibilidade*⁶¹⁰.

O CPC/15 introduziu o conceito de precedentes no direito brasileiro⁶¹¹. Antes, tínhamos apenas decisões com eficácia *erga omnes*, a cujos fundamentos, pelo menos desde 1993⁶¹², com a EC nº 3, podia ser atribuído efeito vinculante⁶¹³. Trata-se de instrumento recente no nosso ordenamento, embora tenha havido, entre 1876 e 1889, uma tentativa de implementação de precedentes no Brasil⁶¹⁴, que ainda é objeto de forte resistência de parte da doutrina.

⁶⁰⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. The Role of Precedent as a Filter for Argumentation. In: BUSTAMANTE, Thomas & PULIDO, Carlos Bernal (eds.). **On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy**, Beijing, 2009. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, v. III, p. 83-102, especialmente p. 100; MITIDIERO, 2016, pp.21-23 e 64-65 e ss. ZANETI JR., 2016, pp. 20 e ss., 332 e ss.

⁶⁰⁶ MELLO, P., 2012, v. III, p. 84; ZANETI JR., 2016, p. 40 e ss.

⁶⁰⁷ MELLO, P., 2012, v. III, p. 91; ZANETI JR. 2016, p. 143 e ss.

⁶⁰⁸ MELLO, P., 2012, v. III, p. 102; No mesmo sentido GUASTINI, 2010, *e-book*, cap. VI.

⁶⁰⁹ MELLO, P., 2012, v. III, pp. 101-102.

⁶¹⁰ MITIDIERO, 2016, p. 96.

⁶¹¹ Nesse sentido, MITIDIERO, 2016, p. 96.

⁶¹² Roger Stiefelmann Leal entende que o efeito vinculante brasileiro teria antecedentes históricos no § 2º do art. 59 da CF/1891, no Decreto 23.055/1933 e nas Súmulas do STF, introduzidas em 1963 (LEAL, 2006, pp. 130-136). Todos estes dispositivos, entretanto, tratam da jurisprudência sob a perspectiva declaratória, não admitindo claramente a função do intérprete na criação do direito nem a discricionariedade judicial e a consequente necessidade de controle do poder. À representação interventiva, entretanto, criada pela EC nº 7/1977, foi concedida “*força vinculante para todos os efeitos*”, tendo sido reconhecido o poder do STF de determinar a interpretação vigente (LEAL, 2006, p. 136), sendo, portanto, um antecedente claro do efeito vinculante introduzido pela EC nº 3/1993.

⁶¹³ LEAL, 2006, p. 152.

⁶¹⁴ DIDIER JR., Fredie. Formação do Precedente e *Amicus Curiae* no Direito Imperial Brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876, **Revista de Processo**, v. 220, p. 407-421, jun. 2013. A equiparação da decisão à lei (art. 9º, § 2º e art. 10 do Dec. 6.142/1876) confere ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, tomada pelo procedimento desse Decreto, inegável natureza constitutiva, assim como caráter de precedente.

Os precedentes são o eixo fundamental em torno do qual orbita o sistema do CPC/15. Como salienta MITIDIERO, no CPC/15 é clara a função do STF e do STJ na elaboração de precedentes, servindo o caso como mero pretexto para a determinação da interpretação vigente, visando conferir unidade ao ordenamento⁶¹⁵.

A **função dos precedentes, é, portanto, objetiva, visando conferir unidade e segurança ao ordenamento**⁶¹⁶. MARCO e Rafael MELLO salientam que o conhecimento do recurso após a desistência, nos recursos repetitivos e nos individuais que forem objeto de repercussão geral reconhecida, depende de juízo discricionário da Corte Suprema e visa à proteção da função paradigmática do precedente⁶¹⁷.

O precedente distingue-se da jurisprudência, mesmo vinculante, assim como das Súmulas. Enquanto o precedente deriva de uma única decisão⁶¹⁸ e configura a posição definitiva do Judiciário acerca da delimitação de determinada questão jurídica, tendo função claramente normativa⁶¹⁹, configurando-se a *ratio decidendi* geralmente⁶²⁰ como norma-regra, pois pôde ser aplicada diretamente aos fatos da causa que originou o precedente, decidindo-o⁶²¹, a jurisprudência não tem caráter normativo, é necessariamente plural e vincula-se à análise caso a caso.

O termo jurisprudência é utilizado em duas acepções principais: a interpretação das normas diante dos casos *sub judice* e o estudo histórico-comparativo da aplicação do direito⁶²². Na primeira acepção, utilizada pelo CPC, a **jurisprudência significa a atividade dos tribunais na sua função de interpretar as leis para aplicá-las aos casos *sub judice* sem força vinculante**⁶²³. **A reiteração das decisões serve como parâmetro de controle da uniformidade**⁶²⁴.

⁶¹⁵ MITIDIERO, 2016, p. 92.

⁶¹⁶ MITIDIERO, 2016, p. 64.

⁶¹⁷ MARCO, Anelise Rigo de & MELLO, Rafael Corte. Anotações aos artigos 994 a 1026 do CPC. In. MELLO, Rafael Corte (org.); GIORGI JR., Romulo Ponticelli (org.) & SILVA, Jaqueline Mielke (prefácio). **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Charleston, SC, EUA: Create Space Independent Publishing Platform, 2015b, p. 530-556, especialmente pp. 533-534.

⁶¹⁸ ZANETI JR., 2016, pp. 304 e ss. e 308 e ss.

⁶¹⁹ MITIDIERO, 2016, pp. 99 e 102.

⁶²⁰ Nem sempre o precedente será uma norma-regra. Em casos de grande relevância e abrangência o precedente pode ter, claramente a função de princípio (CHIASSONI, 2012b, pp. 17-19). DIDIER; BRAGA & OLIVEIRA (2015, v. 2, pp. 442-443 e 451) expressam entendimento contrário, defendendo que o precedente será sempre uma norma-regra.

⁶²¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela, pp. 442-443 e 451.

⁶²² GORLA, Gino. Giurisprudenza. In. **Enciclopedia del Diritto**. Milão: Giuffrè, 1970, v. XIX, p. 489-510, especialmente p. 490.

⁶²³ GORLA, 1970, pp. 490-491. ZANETI JR., 2016, p. 303.

⁶²⁴ MITIDIERO, 2016, p. 102.

As **súmulas** nada mais são do que uma técnica, um método de trabalho, para catalogar e sumarizar a jurisprudência, sem qualquer caráter vinculante⁶²⁵. Ao contrário do precedente, que tem um caso base que facilita a identificação dos fatos aos quais se aplica – reduzindo a vagueza – e uma fundamentação na qual se pode buscar a *ratio decidendi* – reduzindo a ambiguidade - a Súmula é quase tão vaga e ambígua como a lei, servindo apenas para facilitar a identificação da posição do tribunal, podendo simplificar⁶²⁶ a tarefa da elaboração futura do precedente⁶²⁷.

Quando o CPC utiliza a expressão **jurisprudência vinculante**, está na verdade se referindo a decisões capazes de originarem precedentes ou, excepcionalmente, a precedentes oriundos das Cortes de Justiça. Trata-se do reconhecimento da doutrina do *ripeness* e do *certiorary* no Brasil⁶²⁸.

O *certiorary* envolve o juízo discricionário da Suprema Corte, abrangendo os conceitos de *mootness* (perda de objeto) e *ripeness* (abstração e amadurecimento da causa)⁶²⁹. Uma causa está madura para julgamento por uma Corte Suprema somente após o esclarecimento prévio pelos tribunais ordinários⁶³⁰ quanto às posições da jurisprudência para a interpretação da questão federal⁶³¹.

A interpretação das Cortes de Justiça (TJs e TRFs) acerca de norma federal, em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) tem a função única de preencher o requisito da maturidade (*ripeness*) da questão federal para julgamento pela Corte Suprema. A natureza da decisão é análoga a um parecer, que como tal ficará pendente da homologação da autoridade superior, no caso o STF ou o STJ, pois os recursos especial e extraordinário terão efeito suspensivo⁶³².

Caso o Tribunal de Justiça confira, em sede de IRDR, interpretação vinculante à norma estadual ou municipal, em uma hipótese em que não seja relevante a interpretação concomitante de regras ou princípios federais, teremos uma exceção em que o precedente será

⁶²⁵ MITIDIERO, 2016, pp. 102-103.

⁶²⁶ ZANETI JR., 2016, p. 304.

⁶²⁷ Em sentido contrário, entendendo que o texto da Súmula indicaria a *ratio decidendi* da jurisprudência, DIDIER JR., BRAGA & OLIVEIRA, 2015, v. 2, p. 487.

⁶²⁸ Em sentido contrário, entendendo que *jurisprudência vinculante* seria uma denominação infeliz do CPC a técnicas de julgamento, como a IRDR, MITIDIERO, 2016, p. 109 e ss.

⁶²⁹ MENDES, 2010, p. 319. MERRIAM-WEBSTER, 2011, *e-book*, posição 22.707.

⁶³⁰ BARRON & DIENES, 2009, *e-book*, posição 1372.

⁶³¹ CARP, STIDHAM & MANNING, 2014, *e-book*, posição 8.023.

⁶³² CPC, art. 987, § 1º. GIORGI JR., 2015b, pp. 522-523. TESHEINER, José Maria Rosa. **O Projeto de CPC**. Porto Alegre, 2012. (Palestra proferida em 19. nov. 2012 no Auditório do Ministério da Fazenda, em Porto Alegre).

formado em uma Corte de Apelação. Um exemplo típico dessa hipótese é o controle de separado de constitucionalidade perante a Constituição Estadual, julgado pelo TJ⁶³³.

1.1.3. Inadequação de Dworkin e de seu conceito de integridade ao CPC/15

O art. 926 do CPC/15 determina que *os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*. A expressão *tribunais*, no art. 926 do CPC, refere-se às Cortes Supremas, pois é delas a função de conferir *unidade* ao direito, que por sua vez depende da *coerência* e da *integridade* do ordenamento.

Um ordenamento, para ser **coerente**, precisa ter sua aplicação controlada por precedentes, cuja *ratio decidendi* permite a formulação de uma regra geral, vigente para casos análogos⁶³⁴, para ser **íntegro**, precisa ser uniforme e isento de contradições⁶³⁵. Trata-se, em suma, da adoção de um *stare decisis* mitigado no Brasil⁶³⁶ como um meio para a obtenção da segurança jurídica, que exige um direito cognoscível, estável, confiável e efetivo⁶³⁷.

Toda essa visão tem como pressuposto a natureza constitutiva da decisão jurisdicional⁶³⁸. Ronald Dworkin, embora tenha escrito sobre o tema da *integridade* do direito, o fez sob perspectiva distinta da do CPC/15, pois DWORKIN é o último dos defensores da visão declaratória da atividade jurisdicional, insistindo na existência – e na cognoscibilidade – de uma única interpretação correta das normas.

Dworkin identifica três etapas na interpretação, o acordo pré-interpretativo, a interpretação e a fase pós-interpretativa, que seria orientada pela integridade política, entendida como o ideal político baseado em um conjunto de princípios que conferiria um significado unívoco à legislação, mesmo quando os cidadãos – e os intérpretes judiciais – estão divididos. A integridade dworkiana abrange a unicidade tanto da interpretação da lei como da sua aplicação judicial⁶³⁹. O conceito é ambíguo e utópico.

A visão de Dworkin é completamente ultrapassada, vinculando-se à interpretação do século XIX, sendo alvo de intensa crítica. RAZ, por exemplo, após salientar que Dworkin não

⁶³³ CRFB, art. 125, § 2º.

⁶³⁴ MITIDIERO, 2016, pp. 72 e 92. ZANETI JR., 2016, pp. 304-307.

⁶³⁵ MITIDIERO, 2016, p. 134-137.

⁶³⁶ ZANETI JR., 2016, pp. 343 e ss. MITIDIERO, 2016, pp. 94-95.

⁶³⁷ ÁVILA, 2011, pp. 106-128.

⁶³⁸ ANDRADE, 1991, pp. 254-255; ZANETI JR., 2016, pp. 285; MEDINA, 2015, tópico V ao comentário ao art. 1º; tópicos II e III aos comentários ao art. 927; MARINONI. ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, pp. 90, 491, 868, 870-872.

⁶³⁹ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e Democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Do Advogado, 2006, pp. - 75-76.

fornece explicação clara do que entende por integridade, aponta três erros no conceito dworkeano do Direito como integridade: a visão monística do direito, que admite uma única interpretação correta, é incoerente com a admissão da função criativa da interpretação; a integridade da jurisprudência não está vinculada à coerência e a análise de Dworkin afasta-se demasiado dos textos normativos⁶⁴⁰.

POSTEMA estrutura sua crítica à Dworkin demonstrando seu anacronismo e a incorreção da sua defesa de uma única solução correta às questões jurídicas. Os precedentes são dotados de efeito vinculante exatamente para obrigar os julgadores que acham incorreta – moral e juridicamente – a solução imposta pela sua *ratio* a aplica-los em decorrência do *stare decisis*⁶⁴¹.

A proposta de Dworkin, que liga o efeito vinculante dos precedentes ao valor político da integridade, definida de forma difusa como boa-fé e moralidade política, geraria controvérsia e enfraqueceria a segurança jurídica⁶⁴².

O Direito é uma estrutura que utiliza os argumentos da razão prática que fundamentaram decisões e escolhas passadas. Isto é válido em todo o Direito, mas especialmente quando analisamos casos a partir de precedentes⁶⁴³.

A discórdia política sobre a justiça e a avaliação do direito, que subjaz ao conceito de integridade de Dworkin, pode inviabilizar o *stare decisis*. Não podemos ignorar que distintas concepções de justiça estiveram subjacentes à *ratio decidendi* de decisões que constituem o núcleo da ideia de direito vigente⁶⁴⁴.

Como diz WALDRON, levar os direitos a sério não depende de compreendê-los, mas de seguir o modo em que as decisões que envolvam direitos foram tomadas. O Estado de Direito pode ser colocado em risco pela busca obsessiva da decisão correta⁶⁴⁵.

Em sua réplica a RAZ, DWORKIN defende abertamente seu ataque ao uso de precedentes, identificando o que chama de dever moral do julgador de não aplicar uma

⁶⁴⁰ RAZ, Joseph. Speaking with one Voice: On Dworkinian Integrity and Coherence. In. BURLEY, Justine (ed.). **Dworkin and his critics**: with replies by Dworkin. Malden, MA, USA: Blackwell, 2004, p. 285-290, especialmente pp. 286-289.

⁶⁴¹ POSTEMA, Gerald J. Integrity: Justice in Workclothes. In. BURLEY, Justine (ed.). **Dworkin and his Critics**: with replies by Dworkin. Malden, MA, USA: Blackwell, 2004, p. 291-318, especialmente p. 291.

⁶⁴² POSTEMA, 2004, p. 293.

⁶⁴³ POSTEMA, 2004, p. 312.

⁶⁴⁴ POSTEMA, 2004, p. 313.

⁶⁴⁵ WALDRON, Jeremy. The Rule of Law as Theater of Debate. In. BURLEY, Justine (ed.). **Dworkin and his Critics**: with replies by Dworkin. Malden, MA, USA: Blackwell, 2004, p. 319-336, especialmente p. 332.

decisão incorreta – equiparada a injusta – com o *overruling*⁶⁴⁶. Isto simplesmente permite que o julgador utilize sua visão de direito – seja ela qual for – em substituição ao precedente.

Esta visão acaba aliando-se ao neoconstitucionalismo, permitindo a imposição, pelo julgador monocrático, de critérios pessoais e minoritários de justiça, mantendo os problemas do sistema hoje vigente e impedindo o uso de precedentes como meio de aperfeiçoamento institucional.

1.2. Da legislação meramente simbólica ao Estado de Direito

O respeito à legislação, e em sentido amplo ao Direito, exige a observância, pelo Estado, dos níveis do ordenamento, pois o próprio sentido da palavra *lei* deriva do princípio da hierarquia normativa⁶⁴⁷. Afinal, o fim do direito não é a mera enunciação de textos normativos, com finalidade precípua de propaganda governamental, como às vezes ocorre no Brasil. Deve-se buscar a vigência e a aplicação efetivas do Direito, como meio para uma verdadeira engenharia social⁶⁴⁸.

1.2.1. Abuso dos aspectos simbólicos da legislação desde, pelo menos, o CPC/39

Para uma norma ser considerada lei, deve ser capaz de regular as relações entre os homens, de ser uma norma para a vida em sociedade e a medida do direito⁶⁴⁹ o que exige um certo grau de efetividade. REHBINDER salienta que essa efetividade depende não apenas do conhecimento da norma, mas da participação do *staff* jurídico, que está sujeita ao acatamento íntimo da norma e à sua correspondência com aquilo que o funcionário acredita que seja determinada pelo ordenamento⁶⁵⁰.

Os funcionários públicos de qualquer Estado Constitucional moderno, no seu dia-a-dia, pautam suas condutas por normas infra legais (Circulares, Instruções Normativas, Portarias e Decretos), expedidas com observância da lei e dos precedentes emanados pelas

⁶⁴⁶ DWORKIN, Ronald. Ronald Dworkin Replies. In. BURLEY, Justine (ed.). **Dworkin and his critics**: with replies by Dworkin. Malden, MA, USA: Blackwell, 2004, p. 339-395, especialmente pp. 386-388.

⁶⁴⁷ HERVADA, Javier. **O que é o Direito?**: a moderna resposta do realismo jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006, p. 83.

⁶⁴⁸ POUND, Roscoe. **The Spirit of the Common Law**. Cambridge, MA, EUA: Marshall Jones, 1921, p. 195.

⁶⁴⁹ HERVADA, 2006, pp. 85 e 99.

⁶⁵⁰ REHBINDER, Manfred. **Sociología del Derecho**. Tradução de Gregório Robles Morchón. Madri: Pirâmide, 1981, pp. 181-182.

Cortes Supremas⁶⁵¹. No Brasil, entretanto, há décadas o Executivo expede normas gerais, à revelia da lei e sem controle do Poder Legislativo, fato já criticado por Pontes de Miranda em 1971⁶⁵².

O uso indevido de Decretos tem feito o STF admitir, excepcionalmente, ADIn de Decretos⁶⁵³ e até de outros atos do Poder Executivo com força normativa, como os Pareceres da CGU⁶⁵⁴. O STF tem buscado restringir, por meio da criação de regras gerais, o abuso do Poder Regulamentar⁶⁵⁵, mas a ausência de mecanismos de vinculação da Administração às decisões judiciais inviabilizou, até a entrada em vigor do CPC/15, a solução do problema.

Na esfera tributária, por exemplo, cerca de 73,8% dos profissionais do direito (juízes, professores e advogados) entendem que a Administração Tributária é parcial no julgamento dos processos, em parte por seguir Instruções Normativas contrárias à lei⁶⁵⁶.

No Direito Tributário há vários exemplos do uso de atos infra legais expressamente contrários à lei e até à Constituição. O Regulamento do Imposto de Renda (RIR, Dec. 3000/1999), por exemplo, fixa alíquota, base de cálculo e regime de tributação dos rendimentos recebidos acumuladamente no seu art. 640, contrariando frontalmente o disposto na CRFB, 153, § 2º, I (progressividade tributária) e alterando Lei Complementar (CTN, art. 43) e ordinária (Lei 7.713/88, art. 12). O STF acabou caçando a interpretação fazendária do

⁶⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 59.

⁶⁵² MIRANDA, P., 1971, t. V, pp. 111-112.

⁶⁵³ MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 770.

⁶⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 1164-1165.

⁶⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo**: versão atualizada até 30/04/2015. Brasília, 2015, p. 60. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/constituicao.PDF>. Acesso em 20 mar. 2016: "O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua contra legem ou praeter legem, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da CF, e que lhe permite 'sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)'. Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.)." (AC 1.033-AgR-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-5-2006, Plenário, DJ de 16-6-2006.)

⁶⁵⁶ GIORGI JR., Romulo Ponticelli. Os Dados Empíricos e a Doutrina. In. SOUZA JR., Cezar Saldanha (org.) **Inter-relações entre o Processo Administrativo o Judicial (em Matéria Fiscal) a partir da Identificação de Contenciosos cuja Solução Deveria ser Tentada Previamente na Esfera Administrativa**. Brasília: CNJ, 2011b, vol. II: Da Pesquisa Jus-Doutrinária Comparada, p. 155-178, especialmente p. 159. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ufrgs_editall_2009.pdf>. Acesso em 20 mar 2016.

art. 12 da Lei 7.713/88⁶⁵⁷. Em tema análogo, a tributação dos juros de mora decorrentes de rendimentos recebidos acumuladamente é regulada em Instrução Normativa (IN/SRF nº 1.500/2014, art. 36, § 2º⁶⁵⁸), cuja interpretação da lei é frontalmente oposta à determinada pelo STJ em sede de Recurso Especial Repetitivo⁶⁵⁹.

O uso de normas como propaganda ou com efeito preponderantemente simbólico é demasiadamente frequente no Brasil. Enquanto o então Presidente Lula declarou, em 30 de janeiro de 2006, que o sistema de saúde pública brasileiro seria quase perfeito⁶⁶⁰ (a lei do SUS abrange até a internação domiciliar, com atendimento médico, de enfermagem, fisioterápico, de assistência social e demais necessidades para o cuidado integral do paciente no seu domicílio⁶⁶¹), na realidade faltam leitos até para pacientes em estado grave até mesmo na capital do país⁶⁶².

No Direito Penal o quadro é o mesmo, pois enquanto se agravam as penas, se amplia o prazo das medidas substitutivas e aumenta a carência de vagas nos presídios. Réus primários condenados a penas inferiores a oito anos de reclusão sequer iniciam a pena em regime fechado⁶⁶³.

⁶⁵⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso extraordinário nº 614.406**. Julg. 23/10/2014, maioria, DJe 26/11/2014.

⁶⁵⁸ RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Instrução Normativa nº 1.500, de 29 de outubro de 2014. Brasília, 2014. Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=57670&visao=anotado>. Acesso em 20 mar. 2016.

⁶⁵⁹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.089.720**. Julg. 10/10/2012, maioria, DJe 28/11/2012, itens 3, 3.1, 3.2 e 4 da ementa.

Salientamos que a PGFN reconhece e cumpre essa decisão, em decorrência do disposto na Lei do CADIN (Lei 10.522/2011, art. 19, V, com a redação determinada pela Lei 12.844/2013), mas a RFB continua a fazê-lo, a despeito de previsão análoga na Lei do CADIN (Lei 10.522/2011, art. 19, § 4º, com a redação determinada pela Lei 12.844/2013), em decorrência da existência de IN em sentido oposto. Assim, o direito acaba protegendo apenas a quem litiga contra a União.

BRASIL. **Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002**. Dispõe sobre o Cadastro dos créditos não quitados de órgãos e entidades e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10522compilado.htm. Acesso em 20 mar. 2016.

⁶⁶⁰ OPINIÃO E NOTÍCIA. **Para Lula, sistema de saúde do Brasil é quase perfeito**. [s.l.], 2006. Disponível em <http://opiniaoenoticia.com.br/sem-categoria/para-lula-sistema-de-saude-do-brasil-e-quase-perfeito/>. Acesso em 20 mar. 2016.

⁶⁶¹ BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016q. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em 20 mar, § 1º do art. 19-I, incluído pela Lei 10.424/2002.

⁶⁶² PARTIDO DOS TRABALHADORES. **A Saúde do DF está na UTI! Nessa mesma UTI faltam leitos para os pacientes em estado grave**. Brasília, 2016. Disponível em <http://www.ptdf.org.br/novo/a-saude-do-df-esta-na-uti-nessa-mesma-uti-faltam-leitos-para-os-pacientes-em-estado-grave/>. Acesso em 20 mar. 2016.

⁶⁶³ FRANCO, Alberto Silva et al. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. I, p. 610, comentários ao art. 33, § 2º, 'b'.

1.2.2. O CPC/15 como fator de incremento dos patamares mínimos de eficácia normativa cível: disposições normativas

Normas que criam obrigações estatais incompatíveis com o PIB *per capita* ou com as condições socioeconômicas, técnicas ou políticas atuais não são exequíveis para todos. Em casos limite pode ser necessária a imposição de um limite temporal futuro a partir do qual os direitos até então enunciados sem qualquer preocupação com a sua implementação serão garantidos. Na maior parte dos casos, entretanto, podem ser fixadas condições para o seu acesso igual para todos ou no mínimo critérios gerais para a alocação de uma parcela dos recursos públicos destinada a beneficiários que preencherem requisitos objetivos, o que só pode ser feito por precedentes vinculantes⁶⁶⁴, através do critério da proporcionalidade aplicado às demandas repetitivas⁶⁶⁵.

O mesmo ocorre até mesmo com direitos básicos, como horas-extras, férias e os demais direitos trabalhistas diante de falências fraudulentas. Em parte o problema deriva do descaso do governo, pois o número de fiscais do trabalho é o mais baixo desde 1990, exigindo cobrança judicial de patamares mínimos⁶⁶⁶, mas em grande parte deriva da inviabilidade de multar-se sociedade que contraria direito claramente estabelecido em precedente do TST, o que muda drasticamente com o CPC/15⁶⁶⁷.

⁶⁶⁴ No CPC/15, os critérios para a regulação de benefícios do SUS são questões repetitiva de direito com evidente risco à isonomia e à segurança jurídica, viabilizando a interposição do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 976). A jurisprudência já admitia, na vigência do CPC/73, o ajuizamento de ações judiciais para o controle da legalidade de Portarias do SUS, carecendo, mas não havia meios efetivos para o controle da Administração Pública (MEDINA, 2015, *e-book*, tópico II aos comentários ao art. 138).

⁶⁶⁵ ARENHARDT, Sérgio Cruz. **A Tutela Coletiva de Interesses Individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. Prefácio de Remo Caponi. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 20-24.

⁶⁶⁶ O Brasil tinha 3.464 auditores fiscais do trabalho em 1996, contra 2782 em 2014. (WROBLÉSKI, Stephano. **Número de fiscais do trabalho despensa e MPT aciona justiça para garantir contratações**. São Paulo: Repórter Brasil, 2014. Disponível em <http://reporterbrasil.org.br/2014/06/numero-de-fiscais-do-trabalho-despensa-e-mpt-aciona-justica-para-garantir-contratacoes/>. Acesso em 20 mar. 2016).

⁶⁶⁷ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TRIBUNAL PLENO. **Resolução nº 203, de 15 de março de 2016**. Edita a Instrução Normativa nº 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Brasília, 2016. Disponível em <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acesso em 18 mar. 2016, principalmente os arts. 3º, III - aplicação das disposições relativas ao poder do juiz (CPC, art. 139) -, VII - distribuição dinâmica do ônus da prova (CPC, art. 373, §§ 1º e 2º) -, IX - fundamentação (CPC, art. 489) -, XXIII - jurisprudência dos tribunais (CPC, arts. 926 a 928) -, XXV - incidente de assunção de competência (CPC, art. 947), XXVII - reclamação (CPC, arts. 988 a 993); art. 6º - incidente de desconsideração da personalidade jurídica (CPC, arts. 133 a 137); 8º (aplicação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) e art. 15, I (rol dos precedentes na justiça trabalhista).

A eficácia normativa das disposições cíveis do ordenamento terá significativo ganho de eficiência diante da **certeza**, da **exigibilidade** e da **tempestividade** da aplicação de suas disposições, com o CPC/15.

A certeza será propiciada por meio de precedentes, que fortalecem a previsibilidade das decisões e a segurança jurídica⁶⁶⁸. A exigibilidade deriva tanto da certeza propiciada pelos precedentes vinculantes como dos meios colocados à disposição do Juiz para coagir ao cumprimento do direito, que também promoverão a tempestividade. Mesmo sentenças ilíquidas são eficazes, viabilizando a determinação de arresto⁶⁶⁹. Por fim, a tempestividade deriva tanto da exclusão da discussão de pontos previamente definidos em precedentes⁶⁷⁰ como de normas destinadas especificamente à tutela eficaz e célere.

Nessa última categoria as principais disposições do CPC/15 são os arts. 4º; 5º; 85, § 1º; 139, IV; 246, §§ 1º e 2º c/c arts. 1.050-1.051, 311; 356, II c/c, 355, I; 521, IV, transcritos abaixo e que serão analisados a seguir.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...]

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Art. 246. A citação será feita: [...]

§ 1º Com exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio.

§ 2º O disposto no § 1º aplica-se à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às entidades da administração indireta.

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: [...]

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

⁶⁶⁸ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. Comentários aos arts. 926 a 928 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 1.449-1.455, especialmente p. 1.454.

⁶⁶⁹ CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. Comentários aos arts. 489 a 496 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 787-803, especialmente p. 798.

⁶⁷⁰ MELLO, P., v. III, p. 102; GUASTINI, *e-book*, cap. VI.

CPC/15, arts. 332, I a IV; 496, § 4º; 521, IV; 927, I a V e §§ 2º a 4º; 932, IV e V; 955, par. ún.; 966, § 5º; 988, III e IV c/c art. 928, par., ún.; art. 998, par. ún.; art. 1.022, par. ún. I; art. 1.030, I, 'b' e II; 1.037, I e II e § 9º; art. 1.038, art. 1.039, *caput*; arts. 1.040-1.041, entre vários outros.

Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

I - não houver necessidade de produção de outras provas; [...]

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: [...]

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que: [...]

IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

Art. 1.050. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, suas respectivas entidades da administração indireta, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Pública, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data da entrada em vigor deste Código, deverão se cadastrar perante a administração do tribunal no qual atuem para cumprimento do disposto nos arts. 246, § 2o, e 270, parágrafo único.

Art. 1.051. As empresas públicas e privadas devem cumprir o disposto no art. 246, § 1o, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data de inscrição do ato constitutivo da pessoa jurídica, perante o juízo onde tenham sede ou filial.

1.2.3. O CPC/15 como fator de incremento dos patamares mínimos de eficácia normativa cível: interpretação

O *supra* referido art. 4º do CPC/15 consagra três direitos: à decisão **tempestiva**, de **mérito** e **eficiente**. Essa norma permite ao julgador condenar comportamento doloso de uma das partes, visando à procrastinação do processo⁶⁷¹, determina que sejam evitadas dilações indevidas⁶⁷². Trata-se, fundamentalmente, de determinação que o Juiz conduza o processo de modo a prestar a tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, podendo gerenciar o processo de forma a viabilizar a dispensa de intimações para a prática de atos processuais⁶⁷³.

O Código admite a insuficiência da mera declaração do direito, exigindo a sua concretização⁶⁷⁴, adotando a concepção de processo sincrético, dividido em etapas, nas quais ocorrem, sem separação clara, as atividades de cognição e satisfação, verificando a parte que necessita de tutela e buscando garantir a efetivação do seu direito⁶⁷⁵, se possível em até um

⁶⁷¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Comentários aos arts. 1º a 12 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 1-27, especialmente p. 10.

⁶⁷² MEDINA, 2015, *e-book*, comentário ao art. 4º.

⁶⁷³ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, p. 97.

⁶⁷⁴ MELLO, Rafael Corte. Anotações aos arts. 1º a 15. In. _____ (org.); GIORGI JR., Romulo Ponticelli (org.) & SILVA, Jaqueline Mielke (prefácio). **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Charleston, SC, EUA: Create Space Independent Publishers Platform, 2015b, p. 15 a 21, especialmente p. 17.

⁶⁷⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 44.

ano⁶⁷⁶, o que é instrumentalizado em uma série de normas, mas acima de tudo pela utilização de precedentes e pelo disposto no art. 139, IV⁶⁷⁷.

A adoção de técnicas de gerenciamento do processo e a possibilidade de adequação de formas processuais constituem meios típicos para a ampliação da efetividade processual⁶⁷⁸.

O sistema de decisões vinculantes do CPC/15 tem grande influência tanto na efetividade quanto na tempestividade da tutela jurisdicional. A demanda de direito contrária a precedente vinculante será julgada liminarmente improcedente (art. 332, II), enquanto a nele embasada poderá ser recebida com a imediata fixação de *astreintes* (art. 139, IV). A sentença baseada em precedente continua a não ser submetida a remessa oficial (CPC/15, art. 496, § 4º, CPC/73, art. 475, § 3º, com a redação determinada pela Lei 10.352/01). A execução provisória de sentença fundada em precedente independe de caução (art. 521, IV), os recursos nele embasados serão providos por despacho do relator (art. 932, V) e os contrários denegados da mesma forma (art. 932, IV e 1.030, I, 'b'). A decisão contrária a precedente sem a demonstração da distinção será considerada omissa (art. 1.022, par. ún., I) e rescindível (art.966, § 5º).

O *supra* referido art. 5º do CPC/15 exige o comportamento de boa-fé dos litigantes, que devem cooperar ativamente com a prestação jurisdicional, sob pena de condenação por ato atentatório à dignidade da justiça e litigância de má-fé⁶⁷⁹, orientando-se a prestação jurisdicional conforme a proteção à legítima confiança do cidadão⁶⁸⁰, permitindo a rápida punição das condutas procrastinatórias⁶⁸¹.

Ao determinar a fixação de novos honorários advocatícios em caso de recursos denegados, o novo Código visa dificultar, encarecendo, a resistência indevida às ordens judiciais e reduzir o tempo de tramitação do processo⁶⁸². As críticas de Scarpinella BUENO quanto à timidez da limitação dos honorários, incluídos os fixados pelos tribunais, a 20%

⁶⁷⁶ DIDIER JR., 2015a, v. I, pp. 95-96.

⁶⁷⁷ Em sentido contrário, entendendo que o CPC/15 não trouxe ferramentas capazes de promover uma tramitação mais célere do que o CPC/73, adotando posição oposta à dominante, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil: inovações, alterações e supressões comentadas**. São Paulo: Método, 2015, *e-book*, ponto 1.6.

⁶⁷⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 110 e ss.

⁶⁷⁹ CRUZ E TUCCI, 2016, p. 13.

⁶⁸⁰ MEDINA, 2015, *e-book*, tópico II aos comentários ao art. 5º.

⁶⁸¹ NEVES adota novamente posição crítica, entendendo que o CPC/15 não permitirá a rápida punição das atitudes que claramente configurem desrespeito ao Judiciário (NEVES, 2015, *e-book*, ponto 1.8).

⁶⁸² CURY, Renato José. Comentários aos arts. 85 a 87 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 151-159, especialmente p. 153.

(vinte por cento) do valor da causa⁶⁸³ são evidentemente corretas, mas se o recurso for interposto contra decisão baseada em precedente vinculante sem a clara e evidente demonstração de distinção, aceita pelo tribunal como relevante, o recorrente incorrerá em litigância de má-fé (CPC/15, art. 77, II). Não basta, entretanto, a mera afronta à jurisprudência, pois esta não tem caráter vinculante⁶⁸⁴.

O supra referido art. 139, IV do CPC/15 é uma das principais medidas do código na busca da tempestividade, da eficiência, da cooperação e do fortalecimento do princípio constitucional da legalidade. Essa disposição permite o recebimento da inicial baseada em precedente vinculante com a imediata fixação de *astreintes*⁶⁸⁵ e demais medidas executivas atípicas⁶⁸⁶ *lato sensu*⁶⁸⁷, assim como medidas coercitivas destinadas a assegurar o atendimento tempestivo de ordens instrumentais, evitando procrastinações indevidas⁶⁸⁸ e garantindo uma tutela jurisdicional adequada e tempestiva⁶⁸⁹.

O supra referido art. 246, §§ 1º e 2º do CPC/15, combinados com os arts. 1.050 e 1.051, determina que, em 30 (trinta) dias, contados da vigência do CPC/15⁶⁹⁰, as pessoas de direito público interno, as respectivas entidades da administração indireta, o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública, as empresas públicas e as sociedades privadas não enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte façam cadastro eletrônico para o recebimento de citações e intimações. Trata-se de norma destinada a evitar o atraso na citação, que é complementada pelas disposições do art. 248, § 2º, *in fine*, que considera válida a citação recebida por funcionário responsável pelo recebimento de correspondências, pela norma do § 4º do art. 248, que valida a entrega da citação ao porteiro do prédio residencial, ampliando a disposição da Súmula 439 do STJ, que considera válida a citação postal, quando autorizada em lei, viabilizando sua aplicação à pessoa natural⁶⁹¹.

⁶⁸³ BUENO, 2015, p. 101.

⁶⁸⁴ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, p. 163.

⁶⁸⁵ CARVALHO, Fabiano. Comentários aos arts. 139 a 148 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 243-261, especialmente p. 244-245.

⁶⁸⁶ Neste ponto a doutrina parece unânime, pois até mesmo NEVES, normalmente crítico mordaz quanto ao CPC/15, admite a consagração legislativa do princípio da atipicidade das formas executivas, que pode gerar grandes mudanças na efetivação das decisões judiciais (NEVES, 2015, *e-book*, ponto 12).

⁶⁸⁷ MEDINA, 2015, *e-book*, tópicos VIII e IX aos comentários ao art. 139.

⁶⁸⁸ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, p. 213.

⁶⁸⁹ KOHEM, 2015, p. 87.

⁶⁹⁰ Certamente haverá tolerância além dos 30 (trinta) dias iniciais de vigência do CPC/15, até em função do enorme volume de empresas a serem cadastradas. (AREOSA, João Carlos. Comentários aos arts. 1.045 a 248 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 1.658-1666, especialmente p. 1665).

⁶⁹¹ ASSIS, Carlos Augusto de. Comentários aos arts. 236 a 248 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 400-425, especialmente p. 424-425.

O supra referido art. 311, II do CPC/15 altera a distribuição do ônus decorrente do tempo do processo do réu para o autor, resolvendo uma das principais falhas do CPC/73⁶⁹² e considerando evidente o direito embasado em precedente, inconsistente a defesa do réu e concedendo liminarmente a antecipação de tutela sem qualquer necessidade de demonstração de *periculum in mora*⁶⁹³. Qualquer precedente, não apenas os relacionados no inciso II, autoriza a concessão liminar *inaudita altera pars* da tutela da evidência⁶⁹⁴, o que permite a redução do ganho dos litigantes habituais com a ilegalidade⁶⁹⁵ e até o bloqueio imediato de bens em ações de improbidade administrativa⁶⁹⁶.

O supra referido art. 356, II do CPC/15, combinado com o disposto no art. 355, I, permite a prolação de sentença parcial de mérito relativa aos pontos de direito que estiverem em condições de imediato julgamento, como tais considerados os temas objeto de precedente, pois uma das principais funções argumentativas das decisões vinculantes é a delimitação do debate aceito nas Cortes de Justiça, excluindo discussões sobre temas já decididos pelas Cortes Supremas⁶⁹⁷. Infelizmente, o CPC/15 não permite a prolação de sentença antes da contestação do réu (art. 9º), recuando neste ponto em relação ao CPC/73⁶⁹⁸, mas o recebimento da inicial com a imediata concessão de *astreintes* (139, IV) permite a atribuição do ônus da demora no cumprimento do Direito àquele que opera na ilegalidade.

Por fim, o supra referido art. 521, IV, do CPC/15 dispensa a caução para o cumprimento provisório de sentença (parcial ou total) fundada em precedente, instituindo uma presunção *juris tantum* de que os recursos interpostos contra precedentes serão improvidos⁶⁹⁹. Havendo, entretanto, chances de êxito do recurso, poderá ser exigida caução⁷⁰⁰. Trata-se de uma das previsões legislativas destinadas a consagrar e a fortalecer os precedentes⁷⁰¹.

⁶⁹² MELLO, Rafael Corte. Anotações ao art. 311. In. _____ (org.); GIORGI JR., Romulo Ponticelli (org.) & SILVA, Jaqueline Mielke (prefácio). **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Charleston, SC, EUA: Create Space Independent Publishers Platform, 2015c, p. 166 a 168, especialmente p. 167.

⁶⁹³ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, p. 322.

⁶⁹⁴ DOTTI, Rogéria. Comentários aos arts. 305 a 248 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 511-523, especialmente p. 522-523; MARINI; ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, p. 322; NEVES, 2015, *e-book*, ponto 1.1.3.

⁶⁹⁵ MELLO, R., 2015c, p. 167.

⁶⁹⁶ MEDINA, 2015, *e-book*, tópico VII aos comentários ao art. 311.

⁶⁹⁷ MELLO, P., 2012, v. III, p. 102.

⁶⁹⁸ CPC/73, art. 285-A, com a redação determinada pela Lei 11.277/2006, que somente permitia a prolação de sentenças de improcedência antes – e sem – a citação do réu.

⁶⁹⁹ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, p. 539; BUENO, 2015, pp. 351-352.

⁷⁰⁰ PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. Comentários aos arts. 520 a 248 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 854-862, especialmente p. 861; MARINONI; ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, p. 539 e BUENO, 2015, p. 351.

⁷⁰¹ NEVES, 2015, *e-book*, ponto 39.

1.3. Do CPC/15 à evolução do Estado de Direito brasileiro

Há uma relação intrínseca entre o modelo de Juiz e o tipo de Estado. Em um Estado Liberal Clássico, de características absenteístas⁷⁰², limita-se ao máximo o poder do Juiz⁷⁰³, pois o liberalismo clássico não tem pretensões de intervir nem na economia, nem na sociedade⁷⁰⁴. Ao Juiz não se reconhecia sequer o poder de interpretar a lei⁷⁰⁵.

A passagem ao Estado Social Contemporâneo é marcada pela busca da garantia de um efetivo direito de ação, expandindo os limites aceitos no liberalismo, buscando não apenas em garantir o acesso ao Judiciário, mas também com a efetiva da tutela dos direitos, protegendo os fundamentos superiores do ordenamento, alterando a visão histórica a ideológica do processo adotado na era liberal⁷⁰⁶.

1.3.1. Um Juiz capaz de aplicar o direito aos fatos de forma eficaz: reconhecimento do poder do Juiz

O Estado Social Contemporâneo exige um novo modelo de juiz, que adote uma postura ativa no processo, verifique os fatos *sub judice* e a conduta das partes no processo, tutele o contraditório efetivo, aplique adequadamente o direito material e viabilize a efetivação de direitos, pois a inércia do julgador, confiando o processo inteiramente às partes como no modelo liberal, deriva de uma concepção ultrapassada⁷⁰⁷ e incompatível com o *Welfare State*⁷⁰⁸. O anacronismo da legislação processual de 73 não permitiu, entretanto, a criação, *per saltum*, de normas processuais *ad hoc* adequadas à Constituição. Os problemas daí decorrentes seriam maiores do que os benefícios⁷⁰⁹.

Com o CPC/15, entretanto, temos uma legislação processual adequada ao Estado Social Contemporâneo⁷¹⁰, capaz de garantir com efetividade o direito à tutela jurisdicional diante da ilegalidade e da inconstitucionalidade, devendo o CPC/15 ser interpretado conforme

⁷⁰² SOUZA JR., 2002a, p. 29.

⁷⁰³ TARELLO, 1976, p. 275.

⁷⁰⁴ SOUZA JR., 2002a, pp. 29 e ss.

⁷⁰⁵ TARELLO, 1976, p. 448.

⁷⁰⁶ TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974, pp. 186-187.

⁷⁰⁷ CRUZ E TUCCI, 2016, p. 3.

⁷⁰⁸ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. I, p. 449.

⁷⁰⁹ GIORGI JR, 2015a, pp. 146-164; MARTINS FILHO, 2012, pp. 16-20.

⁷¹⁰ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, pp. 90-91.

à Constituição. Isto exige a solução de inconstitucionalidades (e ilegalidades) em tempo razoável, sob pena de esvaziamento das garantias constitucionais da inafastabilidade do controle judicial e da legalidade, pondo em crise a própria democracia⁷¹¹.

O Estado Social Contemporâneo necessita da regulamentação, além da tutela ressarcitória, da regulação da forma e dos limites da tutela inibitória⁷¹², assim como do tempo no processo e da forma do controle da inconstitucionalidade e da ilegalidade que não podem ser feitas com base, exclusivamente, na Constituição. Com o CPC/15 e sua interpretação conforme⁷¹³, altera-se o controle difuso, reconduzindo-o à sua função de controle do poder.

A necessidade constitucional da tutela jurisdicional tempestiva e da regulamentação legal das formas de tutela na atualidade é salientada por Nicolò Trocker.

L'elemento maggiormente degno di rilievo che emerge da questa giurisprudenza [tedesca] è lo stretto rapporto esistente tra *effettività* e *tempestività* della tutela giurisdizionale. L'ideia cioè che il principio di effettività proprio della garanzia costituzionale venga a porre precisi requisiti anche sotto il profilo temporale oltretutto strutturale della giustizia. Ma vi è di più. Proprio l'esigenza di assicurare un'efficace protezione dei diritti ha portato la parte più attenta e sensibile della dottrina e giurisprudenza tedesca a sottolineare la necessità di integrare gli strumenti di tutela "sucessiva" o "repressiva", incapaci talvolta di ovviare ad una situazione di fatto ormai acquisita, con un sistema borganico de protezione preventiva⁷¹⁴.

A atualização do reconhecimento do poder do Juiz exige a prévia alteração da concepção de imparcialidade, afastando-se da concepção liberal clássica vinculada à inércia quase absoluta. Hoje a doutrina propõe a passagem da antiga visão subjetiva (*imparcialidade*), que é uma presunção difícil de ser afastada, pois deriva do dever subjetivo de distanciamento das partes, que nunca deve chegar à indiferença diante do desrespeito ao Direito, para uma dimensão objetiva (*impartialidade*). Essa última concepção deriva da necessidade de adequação e da compatibilidade das funções jurisdicionais com os atos de um terceiro, distinto dos litigantes, não havendo presunção de *impartialidade*. Assim, atos jurisdicionais estranhos à competência ou que tenham características de atos dos litigantes seriam inadequados⁷¹⁵.

⁷¹¹ CRUZ E TUCCI, 2016, pp. 2-5 e 11.

⁷¹² MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. I, p. 233.

⁷¹³ A interpretação de acordo, que busca interpretar a lei da forma que confira a maior efetividade ao texto Constituição, também tem grande relevância no que pertine às disposições sobre a segurança jurídica, a necessidade de fundamentação, a duração razoável do processo e a necessidade de efetividade para os Direitos Fundamentais. Nesse sentido, embora sob o enfoque do direito privado: DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Driiwirkung** dos Direitos Fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 84 e ss.

⁷¹⁴ TROCKER, 1974, p. 259.

⁷¹⁵ CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e Impartialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 149, p. 339-364, jul. 2007a.

REICHELTL salienta a necessidade de adequar-se a concepção da imparcialidade ao modelo de cooperação das partes e ao reconhecimento do aumento dos poderes do Juiz, assim como reconhece o progressivo direcionamento da doutrina às concepções objetivas da imparcialidade, das quais derivariam a atribuição às partes da delimitação da questão a ser julgada e dos fundamentos que possam ser utilizados na decisão, exigindo-se autorização legal para o conhecimento de ofício de outras questões, como as matérias de ordem pública. As regras de impedimento e suspeição teriam relação direta com a garantia da condição do Juiz como terceiro, alheio à causa *sub judice*⁷¹⁶.

O reconhecimento do poder do Juiz perpassa o CPC/15, sendo regulamentado em uma série de normas, dentre as quais destacam-se os arts. 139, 277 e 373, §§ 1º e 2º.

O abaixo transcrito art. 139 do CPC/15 é o regramento principal dos poderes do Juiz. Salientamos as normas constantes dos incisos VI e X⁷¹⁷

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

O art. 139, VI confirma a opção do Código pelo modelo cooperativo (art. 6º) e a atribuição ao julgador de poderes para o gerenciamento do processo e a busca de meios para conferir uma tutela adequada ao direito material. O Juiz nunca poderá diminuir prazos, apenas dilatá-los⁷¹⁸. A concessão de prazos mais longos, quando a peculiaridade ou complexidade da causa assim o exige, nada tem de novo. A novidade, pelo menos no texto do Código, está na possibilidade de alterar a ordem dos meios de prova. Trata-se de flexibilização do procedimento, visando à economia processual, concedendo ao Juiz poder para gerenciar o trâmite procedimental⁷¹⁹.

O inciso X deriva tanto da economia processual como, e principalmente, da função do magistrado de tutela do Direito Objetivo, aumentando a possibilidade do ajuizamento de ações coletivas ou do julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Coletivas⁷²⁰.

⁷¹⁶ REICHELTL, Luís Alberto. O Direito Fundamental das Partes à Imparcialidade do Juiz no Direito Processual Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 227, p. 105-122, 2014.

⁷¹⁷ O art. 139, IV já foi objeto de análise acima.

⁷¹⁸ CARVALHO, Fabiano, 2016, p. 245.

⁷¹⁹ MEDINA, 2015, *e-book*, tópico VII aos comentários ao art. 139.

⁷²⁰ NEVES, 2015, *e-book*, ponto 22.

Lesões coletivas dificilmente podem ser defendidas de forma eficaz individualmente, pois o reduzido montante do dano sofrido em cada caso torna antieconômico o uso do processo civil tradicional⁷²¹.

O art. 277 do CPC/15 consagra o princípio da instrumentalidade das formas⁷²² no processo civil, afastando a nulidade quando o ato atender a sua finalidade⁷²³. A regra amplia a previsão do art. 244 do CPC/73, que reduzia o âmbito de aplicação desse princípio⁷²⁴.

O art. 373, §§ 1º e 2º, do CPC/15, abaixo transcritos, consagram a regra do chamado ônus dinâmico da prova, alterando completamente a atribuição estática do art. 333, I e II do CPC/73⁷²⁵, que era alvo de profundas críticas⁷²⁶.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

A atribuição dinâmica do ônus da prova, cujo efeito prático é assemelhado à inversão do ônus da prova, pois a finalidade desse encargo é a direção do comportamento das partes quanto ao risco de ausência de prova (ônus subjetivo) e orientar o julgador quanto à decisão a ser prolatada no caso de chegar ao final do procedimento sem atingir convencimento (ônus objetivo ou material) sobre os fatos *sub judice*⁷²⁷.

Por essa norma, o julgador pode, motivadamente, afastar o ônus atribuído legalmente (CPC/15, art. 373, I e II) nos casos em que a sua manutenção eliminaria a paridade das partes

⁷²¹ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. III, p. 404.

⁷²² Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA considerava a instrumentalidade das formas como o ponto de equilíbrio entre a absoluta liberdade da forma para a parte e a ilimitada soberania do juiz, limitando o poder judicial sem cair no formalismo excessivo, sendo adotado nos modernos ordenamentos processuais (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 168-169 e 265).

⁷²³ VICENTE, Fabrizio Matteucci. Comentários aos arts. 276 a 283 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 457-477, especialmente pp. 461-462.

⁷²⁴ COLOMBO, Juliano. Anotações aos arts. 269 a 293. In. MELLO, Rafael Corte (org.); GIORGI JR., Romulo Ponticelli (org.) & SILVA, Jaqueline Mielke (prefácio). **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Charleston, SC, EUA: Create Space Independent Publishers Platform, 2015, p. 144 a 153, especialmente p. 147.

⁷²⁵ NEVES, 2015, *e-book*, ponto 33.2.

⁷²⁶ CARPES, 2010, pp. 67-147.

⁷²⁷ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. II, pp. 259 e 267; DIDIER JR.; BRAGA & OLIVEIRA, 2015, v. II, pp. 107 e 123.

ou inviabilizaria a produção de prova⁷²⁸. Trata-se, portanto, de regra que busca restabelecer a igualdade entre as partes, além de adequar o processo ao modelo cooperativo⁷²⁹.

Haverá distribuição dinâmica do ônus da prova quando for inadequada a distribuição fixa; quando a parte à qual não atribuído o ônus pela regra fixa do *caput* do art. 373 ficar em posição privilegiada, podendo influir indevidamente no resultado da causa; quando a regra legal fixa gerar encargo excessivo ou inviável (condicionantes materiais), devendo a decisão ser motivada e a nova atribuição de ônus ser tanto viável como adequada⁷³⁰.

De qualquer forma, o dever de cooperação das partes pode evitar o julgamento pelo ônus da prova, que atua como *ultima ratio*. Assim, a parte que tenha documento essencial para o julgamento da causa deverá apresentá-lo, independentemente da regra relativa ao ônus⁷³¹.

Essa regra, aplicável também ao processo trabalhista⁷³² parece ser adequada aos processos em que uma das partes disponha da documentação relativa aos fatos *sub judice* (arts. 396 e 400, par. ún.).

1.3.2. Um Juiz dotado de ampla discricionariedade, inclusive na atribuição do ônus do tempo do processo

O Juiz deverá buscar solucionar o mérito da demanda, sempre que for possível evitar sentenças sem o julgamento do mérito e a sentença de mérito proteger o direito da mesma parte que seria beneficiada pela sentença terminativa (CPC/15, art. 488), visando evitar a rediscussão da causa⁷³³.

Quando o tempo evidentemente beneficiar a quem defende posição ilegal, como nos casos em que o réu for litigante habitual e defender posição claramente contrária ao

⁷²⁸ MARINONI, ARENHARDT & MIIDIERO, 2015c, pp. 395-397.

⁷²⁹ MITIDIERO, 2015a, pp. 132-143; DIDIER JR; BRAGA & OLIVEIRA, 2015, v. II, p. 123.

⁷³⁰ RAMOS, Vitor de Paula. Anotações aos arts. 369 a 404. In: MELLO, Rafael Corte (org.); GIORGI JR., Romulo Ponticelli (org.) & SILVA, Jaqueline Mielke (prefácio). **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Charleston, SC, EUA: Create Space Independent Publishers Platform, 2015, p. 200 a 217, especialmente p. 204; MARINONI; ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, pp. 396-397.

⁷³¹ RAMOS, 2015, p. 204; RAMOS, Vitor de Paula. Comentários aos arts. 369 a 380 do CPC. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 606-613, especialmente p. 610.

⁷³² TST, IN 39/2016, art. 3º, VII.

⁷³³ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, pp. 490-491.

ordenamento vigente, cuja interpretação já tiver sido esclarecida por meio de precedente vinculante, caberá a antecipação de tutela, dispensado o contraditório prévio⁷³⁴.

A discricionariedade judicial tem sido objeto de progressivo reconhecimento pela doutrina brasileira, sendo reconhecida na exigência ou dispensa da caução para a tutela de urgência⁷³⁵. Parece evidente que a discricionariedade judicial é admitida na interpretação de todo e qualquer dispositivo legal não abrangido por precedente vinculante⁷³⁶.

Parte da doutrina, entretanto, ainda resiste, confundindo discricionariedade com arbitrariedade⁷³⁷ ou entendendo que a discricionariedade não seria o melhor meio para a obtenção da igualdade⁷³⁸.

Trata-se, entretanto, de discussão vinculada à ultrapassada visão declaratória do ato jurisdicional, pois da admissão da ambiguidade e da vagueza dos textos normativos decorre necessariamente a existência de uma **escolha discricionária de uma dentre as normas possivelmente incidentes sobre o caso, interpretada conforme uma visão cuja neutralidade é impossível**⁷³⁹.

A discricionariedade judicial está presente na maioria das decisões, cabendo conhecê-la e controlá-la, pois como salienta GUASTINI

É falso que as decisões dos juízes sejam sempre controladas por normas pré-constituídas, sem margens de discricionariedade (como quereria a teoria cognitiva); mas é igualmente falso que os juízes decidam discricionariamente sempre e de um modo ou outro (como quereria a teoria cética)⁷⁴⁰.

Enquanto não houver precedentes delimitando esses conceitos normativos, não há como negar a existência de ampla discricionariedade na avaliação da “onerabilidade excessiva” na obtenção de informações sobre o réu (art. 319, § 3º), da “excessiva dificuldade” que permite a atribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, § 1º); “excessiva demora” na produção conjunta de provas (art. 382, § 3º) entre várias outras disposições.

O mais importante, entretanto, é a inevitável discricionariedade⁷⁴¹ – novamente até a delimitação das questões jurídicas por meio de precedentes vinculantes – na interpretação de

⁷³⁴ DIDIER JR., BRAGA & OLIVEIRA, v. 2, p. 580; MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, pp. 322-323.

⁷³⁵ TESSER, André Luiz Bäuml. Comentários aos arts. 300 a 304 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 501-510, especialmente p. 502.

⁷³⁶ LASPRO, Oreste Nestor Souza. Comentários aos arts. 332 e 333 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 551-556, especialmente p. 553.

⁷³⁷ CRUZ E TUCCI, 2016, p. 3.

⁷³⁸ NEVES, 2015, *e-book*, tópico 1.3.

⁷³⁹ GRAU, 2006, p. 55; ALEXY, 1993, pp. 407-408.

⁷⁴⁰ GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 142-143.

⁷⁴¹ OLIVEIRA, C., 2010, pp. 108 e ss.

normas como regras ou princípios⁷⁴² e da delimitação da norma aplicável, que evidentemente não segue uma estrutura silogística⁷⁴³, e.g. CDC X CC; Furto, Roubo ou Furto em concurso – material ou formal – com lesão corporal ou ameaça.

1.3.3. Um Juiz que precisa fundamentar sua decisão, para permitir o seu controle

A admissão da discricionariedade aumenta o foco e a importância da fundamentação⁷⁴⁴, especialmente na sua dimensão externa, que pertence ao controle do exercício democrático do poder⁷⁴⁵.

Esse é um dos tópicos em que o CPC/15 mais avançou em relação ao CPC/73, tanto pela utilização de precedentes vinculantes como pelo regramento minucioso da fundamentação judicial no art. 489, §§ 1º e 2º, abaixo transcritos.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

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

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Como a aplicação e a interpretação de textos normativos exige a tomada de posição entre possíveis sentidos, não havendo definição por autoridade institucionalmente reconhecida, a mera reprodução do texto da norma, sem a explicação da sua relação com os fatos da causa (CPC/15, art. 489, § 1º, I) gera decisão não fundamentada⁷⁴⁶.

A escolha de uma dentre as leis possivelmente incidentes envolve normalmente a opção pela tese de uma das partes, eliminando a vagueza do texto normativo – a escolha dos

⁷⁴² GUASTINI, 2010, *e-book*, cap. VII.

⁷⁴³ TARUFFO, 2015, pp. 40 e ss., 47 e ss.

⁷⁴⁴ OLIVEIRA, C., 2010, pp. 126 e ss.; TARUFFO, 2015, pp. 21 e ss; 330 e ss.

⁷⁴⁵ TARUFFO, 2015, pp. 20-21; MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, v. I, 2015b, pp. 116-120.

⁷⁴⁶ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, p. 491.

fatos aos quais a lei é aplicável⁷⁴⁷, afastando as demais normas possivelmente incidentes, o que não pode ser feito sem fundamentação, para permitir a razoabilidade da opção⁷⁴⁸.

A utilização de conceitos jurídicos e cláusulas gerais indeterminados envolve a atribuição, pelo legislador, de um grau de discricionariedade maior do que o normal, permitindo a *valoração*, pelo Juiz, do núcleo normativo, tais como *dano injusto*, *boa fé*, *interesse público*, *bons costumes* e *diligência normal*⁷⁴⁹.

Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados não tem conteúdo predeterminado, sendo delimitadas pela interpretação e aplicação que terá de ser controlada, sob pena de violação à legalidade⁷⁵⁰. Nesses casos haverá uma escolha pelo julgador dentro de uma ampla moldura, que envolverá sentimentos morais, tanto pessoais como sua percepção da moral social⁷⁵¹. Ainda assim, como não se admite a arbitrariedade, a fundamentação permitirá o controle da decisão – e do poder – do Juiz. O mínimo que se pode exigir, nesse sentido, é a justificação da incidência do conceito jurídico indeterminado ou cláusula geral ao caso *sub judice* (art. 489, § 1º, II).

Da mesma forma, não pode o julgador invocar motivos gerais e abstratos, sem relação com a causa, a título de *fundamentação genérica e superficial* (art. 489, § 1º, III)⁷⁵².

A exigência da fundamentação argumentativa e detalhada visa à garantia tanto da imparcialidade quanto do devido processo legal e do acesso à justiça, decorrendo diretamente da admissão do poder judicial de interpretar e aplicar normas e do reconhecimento dos poderes necessários para a efetivação de uma tutela jurisdicional adequada⁷⁵³.

Dessa forma, é necessário o enfrentamento de todos os argumentos capazes, em tese, de alterar a sentença (art. 489, § 1º, IV), sob pena de admissão do direito do julgador de decidir causas sem considerar os argumentos das partes, o que retira da decisão sua natureza jurisdicional, que depende da participação do autor e do réu na decisão, tanto pela apresentação de provas como de argumentos racionais que precisam ser considerados pelo decisor⁷⁵⁴. Trata-se do dever de debate do Juiz⁷⁵⁵.

⁷⁴⁷ GUASTINI, 2011, pp. 52-53.

⁷⁴⁸ TARUFFO, 2015, pp. 22-23.

⁷⁴⁹ GUASTINI, 2011, pp. 57-58.

⁷⁵⁰ WRÓBLEWSKI, 1992, p. 104

⁷⁵¹ GUASTINI, 2011, p. 59.

⁷⁵² CONCEIÇÃO, 2016, p. 789.

⁷⁵³ SEVERO, Álvaro Vinicius Paranhos. Anotações aos arts. 485 a 508. In: MELLO, Rafael Corte (org.); GIORGI JR., Romulo Ponticelli (org.) & SILVA, Jaqueline Mielke (prefácio). **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Charleston, SC, EUA: Create Space Independent Publishers Platform, 2015, p. 244 a 255, especialmente p. 248.

⁷⁵⁴ FULLER, 1978, pp. 357 e 364-366: It is customary to think of adjudication as a means of settling disputes or controversies. This is, of course, its most obvious aspect [...] More fundamentally, however,

A invocação de precedente, sem identificar sua *ratio decidendi*, ou de súmula, sem identificar a posição adotada pelo tribunal, assim como, eliminando a ambiguidade e, acima de tudo, sem demonstrar que o caso *sub judice* enquadra-se à *ratio* do precedente ou à posição adotada pela súmula (art. 489, § 1º, V).

Sem a identificação dos fatos da causa com os que deram origem ao precedente ou com aqueles sobre os quais incide a posição jurídica adotada pela súmula, não houve trabalho com precedente nem justificação⁷⁵⁶, mas apenas adoção de fundamentação genérica e superficial, aplicável a qualquer caso, violando também o disposto no art. 489, § 1º, III. Parte desse problema deriva “da tendência de seguir *enunciados* jurisprudenciais, sem se certificar quanto ao encaixe de seus pressupostos aos presentes no caso submetido a julgamento”⁷⁵⁷.

O inciso VI do § 1º art. 489, ao lado dos incisos III e IV do art. 988, são o fundamento legal da adoção de um sistema de vinculação forte no Brasil. Ao considerar não fundamentada a decisão que deixar de seguir precedente, súmula vinculante ou até mesmo jurisprudência vinculante invocada pela parte, sem a demonstração de distinção ou superação do entendimento, o Código enuncia, de modo claro, a adoção de um *stare decisis* mitigado no Brasil⁷⁵⁸. A redação do inciso é praticamente um resumo da definição de *vinculação forte aos precedentes* de CHIASSONI⁷⁵⁹.

O caso de colisão entre normas (art. 489, § 2º) é especialmente relevante no caso de princípios, onde a visão política do julgador tem papel fundamental na escolha do critério de ponderação⁷⁶⁰. ALEXY é claro ao exigir a enunciação dos critérios de ponderação, sob pena de autorizar-se o puro e simples arbítrio judicial:

adjudication should be viewed as a form of social ordering, as a way in which the relations of men to one another are governed and regulated. [...] The distinguished characteristic of adjudication lies in the fact that it confers on the affected party a peculiar form of participation in the decision, that of presenting proofs and reasoned arguments for a decision in his favor. [...] From this office certain requirements might be deduced, for example, that of impartiality, since a judge to be “truly” such must be impartial. [...] Adjudication is, then, a device which gives formal and institutional expression to the influence of reasoned argument in human affairs.

⁷⁵⁵ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, p. 493.

⁷⁵⁶ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, pp. 493-494.

⁷⁵⁷ MEDINA, 2015, *e-book*, tópico X aos comentários ao art. 489.

⁷⁵⁸ ZANETI JR., 2016, pp. 343 e ss.; MITIDIERO, 2016, pp. 94-95.

⁷⁵⁹ CHIASSONI, 2012b, p. 32: Strong-binding force systems. A system grants judicial precedents a strong binding force, or a closed-defeasibility, relevance, whenever its doctrine of (the external relevance of) precedent contains the following prescriptions:

- (6a) judges ought to retrieve, and mention in their opinions, any relevant precedent;
- (6b) judges ought to follow the relevant precedents, even though they could provide "good", "serious", "stronger", "prevailing", "overwhelming" reasons for departing from them or overruling them;
- (6c) judges may nonetheless abstain from following the relevant precedents, if the case at hand falls within an exception belonging to a closed, precisely worded, set of exceptions.

⁷⁶⁰ Não podemos esquecer que princípios são normas imediatamente **finalísticas** (ÁVILA, 2015, p.102).

Efectivamente, **si la ponderación consistiera simplemente en la formulación de un enunciado de preferencia** de este tipo y, con ello en la determinación de la regla referida al caso que de ella se sigue, no sería entonces un procedimiento racional. La determinación de la preferencia condicionada podría ser realizada intuitivamente. **Quien pondera tendría la posibilidad de seguir exclusivamente sus concepciones subjetivas.** No podría hablarse de ponderaciones correctas o falsas. Sin embargo, a un modelo de decisión de este tipo podría contraponerse un *modelo de fundamentación*⁷⁶¹.

A ponderação dos princípios opera no campo dos fins intermediários do Estado, que são a arena por excelência da deliberação política, pois, como leciona Cezar Saldanha SOUZA JR., a lei, ao delimitar a Constituição expressa os **fins intermediários** do Estado, campo onde ocorre o

“o **processo deliberativo**: a sociedade, mediante instituições políticas, inspirada nos valores jurídicos fundamentais, **interpretados segundo linhas ideológicas historicamente situadas**, extrai, dialogadamente, frente às situações concretas da vida, decisões que fixam normas gerais [...]” [e que] “**toda concretização**, seja no plano intermediário da lei, ou no plano concreto dos fatos, **envolve, ainda que em grau mínimo, uma ideologização**”⁷⁶².

Assim, a visão política será especialmente visível quando o Juiz atuar nesse nível do ordenamento, o que pode ocorrer na jurisdição constitucional por meio da interpretação constitucional, cuja principal manifestação é exatamente a interpretação, a delimitação e o regramento da colisão de princípios. Da interpretação da Constituição visando solucionar, entre outros pontos, a colisão de princípios deriva o próprio rol dos Direitos Fundamentais⁷⁶³.

O Direito Fundamental à felicidade, por exemplo, foi elaborado pelo STF com base na colisão do Direito à Vida, da Dignidade da Pessoa Humana, da Liberdade, da Autodeterminação, da Igualdade, do Pluralismo, da Intimidade e da Vedação à Discriminação⁷⁶⁴.

⁷⁶¹ ALEX Y, 1993, p. 158, grifou-se.

⁷⁶² SOUZA JR., 2005, p. 7-18, grifou-se.

⁷⁶³ ALEX Y, 1993, p. 21.

⁷⁶⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 477.554**, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 26/08/2011.

2. RACIONALIDADE DAS INSTITUIÇÕES

A construção de uma democracia, a eficácia e até mesmo a existência de um sistema jurídico pressupõe a criação de um estado de estabilidade institucional, que é um dos elementos essenciais da segurança jurídica: a confiabilidade pela permanência⁷⁶⁵.

Em sua monografia sobre o pensamento institucional, Hugh HECLO define instituição como um corpo de normas que estabelecem direitos e obrigações exigíveis, o corpo de regras e procedimentos formais estabelecidos por atos governamentais, apoiadas pelo poder coercitivo do Estado; um sistema de regras que governe as ações que buscam a realização dos fins imediatos do Estado, para que estes não contrariem seus fins últimos⁷⁶⁶.

Da definição acima percebe-se o caráter institucional do controle de constitucionalidade, que tem como uma de suas principais funções justamente o controle da compatibilização dos fins imediatos, intermediários e últimos do Estado⁷⁶⁷.

Ocorre, entretanto, que as instituições têm uma integridade própria que precisa ser respeitada, sob pena de perderem sua efetividade⁷⁶⁸, pois o recorte das regras que regulam - e até certo ponto constituem a essência de - uma instituição podem torna-la imprevisível e irracional.

Os dois principais sistemas de controle de constitucionalidade – o europeu-kelseniano, separado ou concentrado e o americano, cumulado ou difuso – visam o controle do poder⁷⁶⁹, sendo uma salvaguarda tanto da democracia como dos direitos fundamentais⁷⁷⁰. No controle separado europeu, as decisões da Corte Constitucional têm *força de lei*⁷⁷¹, possuindo um *efeito vinculante* que é considerado o fundamento do Estado Constitucional e da ordem política em uma democracia⁷⁷². No sistema jurídico norte-americano, a discricionariedade judicial é limitada pelo *stare decisis*⁷⁷³, viabilizando-se a atribuição cumulada do controle e da aplicação do direito.

⁷⁶⁵ ÁVILA, 2011, pp. 223, 337-338, 345-346 e 526.

⁷⁶⁶ HECLO, 2008, pp. 48-49.

⁷⁶⁷ SOUZA JR, 2005, pp. 7-18; MENDES, 2010, p. 342.

⁷⁶⁸ FULLER, 1969, p. 180.

⁷⁶⁹ LOEWENSTEIN, 1970, pp. 67-68 e 308-309; BARRON & DIENES, 2009, *e-book*, capítulo 1, ponto A – Foundations of the Judicial Review.

⁷⁷⁰ KOMMERS & MILLER, 2012, *e-book*, introdução à parte I – German Constitutionalism.

⁷⁷¹ MARTINS, L., 2005b, p. 972.

⁷⁷² KOMMERS & MILLER, 2012, *e-book*, tópico *Under de Law, Why a Judicial Ruling Merits Respect*, no capítulo 9.

⁷⁷³ SCALIA, Antonin. The Rule of Law as a Law of Rules. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, EUA, v. 56, n. 4, p. 1175-1188, especialmente p. 1177, outono de 1989. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1599672?origin=JSTOR-pdf>. Acesso em 20 mar. 2016.

A introdução no Brasil do controle cumulado de constitucionalidade sem a aplicação concomitante do *stare decisis* retirou parte da eficácia do controle, pois leis afastadas por inconstitucionalidade pelo STF em sede de recurso extraordinário permanecem em vigor. Ademais, gerou irracionalidade no sistema, permitindo decisões arbitrárias de juízes ordinários, em sentido oposto ao do Pleno do STF, gerando imprevisibilidade e insegurança jurídica, já previstas por Cappelletti⁷⁷⁴.

Piorando a situação, em 1966 a EC nº 16 à CF/46 introduziu no Brasil o controle separado de constitucionalidade. Os controles separado e cumulado têm lógicas opostas. No controle separado não há necessidade de *stare decisis*, pois o poder de controle do Direito é atribuído a um único tribunal, a Corte Constitucional, bastando a vinculação dos juízes às decisões do Tribunal Constitucional pelo *efeito vinculante* das suas decisões, que têm força de lei. Assim, nos países vinculados ao controle separado, a ausência da tradição do *stare decisis* torna inviável o controle pelos juízes ordinários⁷⁷⁵.

O controle separado foi introduzido no Brasil em uma época ditatorial, cabendo a iniciativa exclusivamente ao Procurador-Geral da República⁷⁷⁶ que se tornou, na EC nº 1/69, um cargo de livre escolha do Presidente da República, sem mandato fixo nem estabilidade⁷⁷⁷, que chefiava a defesa da União em juízo. Dessa forma, o controle separado surgiu, no Brasil, como um instrumento não de controle, mas a serviço do poder.

A análise dos nove países que adotam o sistema misto de controle de constitucionalidade⁷⁷⁸ - Brasil, Peru, México, Venezuela, Colômbia, Nicarágua, República Dominicana, Guatemala e Equador – mostra países com grande história de instabilidade institucional, derivada da irracionalidade gerada pelo rompimento dos níveis do ordenamento, eliminando o necessário véu da ignorância, pois, como leciona REVERBEL

Esta justaposição de modelos identifica configurações mistas à Ibero-América. Mas, desprendendo-nos dos nomes, e analisando a realidade concreta, entendemos irracional a *fusão orgânica* do direito de rechaço da lei a dois órgãos distintos, tais como *juízes ordinários* e Tribunais Constitucionais. [...] Quem *aplica* não *controla* e vice-versa⁷⁷⁹.

A cumulação – sem os limites impostos pelo *stare decisis* – do controle com a aplicação do Direito elimina a racionalidade do Estado de Direito, pois, ao não se saber qual é

⁷⁷⁴ CAPPELLETTI, 1999, pp. 76-77.

⁷⁷⁵ KOMMERS & MILLER, 2012, *e-book*, início do capítulo 1 – The Federal Constitutional Court.

⁷⁷⁶ CF/46, art. 101, I, 'k'; CF/67, art. 114, I, 'l'; EC nº 1/69, art. 119, I, 'l'.

⁷⁷⁷ EC nº 1/69, art. 95, *caput*.

⁷⁷⁸ REVERBEL, 2012, pp. 11-12.

⁷⁷⁹ REVERBEL, 2012, p. 74.

a lei vigente, de pouco serve a legalidade, pois essa acaba sendo substituída pela subjetividade⁷⁸⁰.

A ideia da adulteração do controle de constitucionalidade, transmutando-o de controle do poder para instrumento a serviço de ditaduras, é antiga na América Latina. O primeiro país a adotar o controle separado no mundo foi a Venezuela, na Constituição de 1858, adotado exatamente com essa finalidade logo após a ruptura da ordem constitucional anterior e das emendas à Constituição de 1857, que visavam permitir a reeleição do *caudilho* que então estava no poder. A história venezuelana é de grande instabilidade política, que permanece nos dias atuais⁷⁸¹, tendo tido nada menos que 26 (vinte e seis) Constituições⁷⁸².

O Estado de Direito visa o controle da arbitrariedade, necessitando do *véu da ignorância*. Quem estabelece normas gerais não conhece, previamente, os casos aos quais o preceito normativo será aplicado e quem aplica o Direito aos casos concretos não escolhe nem altera a regra geral que regulamenta a situação⁷⁸³. A violação dos níveis do ordenamento gera grave prejuízo ao Estado de Direito⁷⁸⁴, atacando a própria essência das instituições jurídicas⁷⁸⁵.

Como salienta Fernando ATRIA, instituições exigem normas gerais⁷⁸⁶. Como o casuísmo gera irracionalidade, a justificação deve apoiar-se em fundamentos gerais, sob pena incorrer em incoerência⁷⁸⁷. Essa é exatamente a função dos precedentes, que são decisões de um caso concreto cujas razões generalizáveis se tornam um padrão obrigatório para as futuras decisões, fixando o direito e incrementando sua previsibilidade⁷⁸⁸ ao determinar a interpretação vigente e se tornarem o padrão a ser seguido nos futuros casos assemelhados⁷⁸⁹.

2.1. Adequação da jurisdição constitucional com o uso de precedentes

⁷⁸⁰ ÁVILA, 2011, pp. 49 e 277-278.

⁷⁸¹ REVERBEL, 2012, pp. 183-186, 192-194 e 200-201.

⁷⁸² 1811, 1819, 1821, 1830, 1857, 1858, 1864, 1874, 1881, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936, 1945, 1947, 1953, 1961 e 1999 (ALVARADO ANDRADE, Jesús María. **Aproximación a la Tensión Constitución y Libertad em Venezuela**: brevíssima aproximación histórica. Caracas, [2010?]. Disponível em <http://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/APROXIMACION%20A%20LA%20TENSION%20CONSTITUCION%20Y%20LIBERTAD%20EN%20VENEZUELA%20DEFINITIVA%20%5B1%5D.pdf>. Acesso em 23 mar. 2016, p. 2).

⁷⁸³ VERMEULE, 2001, pp. 400-404, 409-411, 414, 424, 426-427, 429 e 431.

⁷⁸⁴ FINNIS, 325, p. 264.

⁷⁸⁵ FULLER, 1969, pp. 221-222.

⁷⁸⁶ ATRIA, Fernando. **On Law and Legal Reasoning**. Oxford, UK e Portland, OR, EUA: Hart, 2001, p. 45.

⁷⁸⁷ PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason**. Dordrecht, Holanda: Springer, 2008, p. 153; MARINONI, MITIDIERO & ARENHARDT, 2015b, v. I, pp. 116-120.

⁷⁸⁸ PECZENIK, 2008, p. 272; MITIDIERO, 2016, p. 96.

⁷⁸⁹ PECZENIK, 2008, p. 273; MITIDIERO, 2016, pp. 96 e ; MELLO, P., 2012, v. III, p. 102.

A utilização de precedentes conferirá racionalidade às instituições jurídicas brasileiras, corrigindo a jurisdição constitucional, tanto na modalidade de controle como na de interpretação constitucional, e eliminando a violação aos níveis do ordenamento.

No CPC/15, essa correção é propiciada por meio do uso de precedentes nos casos repetitivos em matéria constitucional - que abrangem tanto o recurso extraordinário repetitivo como o incidente de resolução de demandas repetitivas⁷⁹⁰ -, no Incidente de Assunção de Competência⁷⁹¹ e em todo e qualquer julgamento, com ou sem caráter repetitivo, proferido pelo STF, em sua função de Corte Suprema, ao julgar recurso extraordinário⁷⁹².

A utilização de precedentes viabiliza, ademais, a separação entre a jurisdição ordinária e a constitucional, pois a decisão da Corte de Justiça, em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas envolvendo direito federal, é equiparada a um mero parecer⁷⁹³, sendo sujeita a recurso extraordinário com efeito suspensivo⁷⁹⁴, suprimindo no Brasil⁷⁹⁵ a função conhecida desempenhada pelo requisito do *ripeness*, que exige a maturidade da análise prévia da causa para o seu julgamento pela Suprema Corte nos EUA⁷⁹⁶.

2.1.1. Filosofia analítica dos precedentes e *ratio decidendi*

A **filosofia dos precedentes** pode ser concebida de duas formas⁷⁹⁷:

- D) Como uma **teoria normativa**, no sentido das antigas teorias jurídicas do iluminismo, que explique o modo apropriado de: 1) entender precedentes, 2) definir sua

⁷⁹⁰ CPC/15, art. 928, I e II.

⁷⁹¹ CPC/15, art. 947.

⁷⁹² MITIDIERO, 2016, p. 108: “O art. 927 do CPC, é meramente exemplificativo, tendo em vista que deixa de mencionar que a partir do julgamento de *recursos extraordinário e de recursos especiais não repetitivos* julgados pelas Turmas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e a partir do julgamento de *embargos de divergência* é possível formar precedentes. A uma, se o recurso extraordinário e o recurso especial por si só visam a viabilizar a outorga de unidade ao direito, então é óbvio que não é necessário ligar necessariamente a formação de precedentes mediante esses recursos ao incidente de assunção de competência (art. 947 do CPC) ou à forma repetitiva (arts. 1.036 a 1.041 do CPC)”.

⁷⁹³ TESCHEINER, José Maria Rosa. O Projeto de CPC. Porto Alegre, 2012. (Palestra proferida em 19. nov. 2012 no Auditório do Ministério da Fazenda, em Porto Alegre).

⁷⁹⁴ CPC/15, art. 987, § 1º.

⁷⁹⁵ GIORGI JR., 2015b, pp. 522-523.

⁷⁹⁶ BARRON & DIENES, 2009, *e-book*, tópicos I.D.2.b.

⁷⁹⁷ CHIASSONI, Pierluigi. The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas & PULIDO, Carlos Bernal (eds.). **On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy**, Beijing, 2009. Stuttgart: Franz Steiner, 2012b, v. III, p. 13-33, especialmente p. 13.

relevância prática, 3) definir os princípios orientadores da doutrina dos precedentes e 4) os cânones de interpretação, uso e análise dos precedentes.

II) Como uma **teoria analítica**, que forneça tópicos de análise conceitual e terminológica, assim como, em um nível meta-teórico, analisar as teorias concernentes aos precedentes no contexto específico de cada ordenamento.

Uma teoria normativa dos precedentes está condenada ao fracasso, caindo no campo dos discursos abstratos e vazios. Uma teoria analítica adequada precisa apreciar o fato do uso de precedentes pelo Judiciário ser matéria sujeita a intenso debate - ideológico e axiológico -, assim como de disputa de fidelidades doutrinárias⁷⁹⁸.

Fala-se em precedentes com três sentidos distintos: de um julgamento embasado em precedente, de sua *ratio decidendi* e da vinculação de julgamentos.

Um **julgamento embasado em um precedente** exige quatro elementos: 1) uma decisão judicial 2) pronunciada no passado, 3) publicada em um repertório reconhecido, 4) versando sobre o tema análogo ao caso *sub judice*⁷⁹⁹.

O **núcleo** ou *ratio decidendi* de um julgamento prévio, publicado em um repertório reconhecido, versando sobre tema análogo ao caso *sub judice* **é a norma – regra ou princípio**⁸⁰⁰ – **que desempenhou papel fundamental na motivação** da decisão objeto do precedente. Há harmonia entre as concepções normativa e argumentativa de *ratio decidendi*⁸⁰¹.

Como claro exemplo de um precedente com natureza de princípio temos a decisão do STF na ADPF nº 132, que determinou que:

Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da CF, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’. [...] Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. [...] Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do CC, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de ‘interpretação conforme à Constituição’. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do

⁷⁹⁸ CHIASSONI, 2012b, p. 13.

⁷⁹⁹ CHIASSONI, 2012b, p. 14.

⁸⁰⁰ DIDIER; BRAGA & OLIVEIRA (2015, v. 2, pp. 442-443 e 451) expressam entendimento contrário, defendendo que o precedente será sempre uma norma-regra.

⁸⁰¹ CHIASSONI, 2012b, pp. 14 e 19.

mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” (ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5-5-2011, Plenário, DJE de 14-10-2011.)[...]”⁸⁰².

Ao enunciar um direito fundamental, a decisão do STF na ADPF nº 132 tem natureza tanto de regra como de princípio. Será regra quando for aplicada em sua dimensão subjetiva, vedando atitudes frontalmente violadoras do direito garantido, e será princípio quando utilizado em sua dimensão objetiva, especialmente enquanto *mandato de otimização*⁸⁰³.

Uma norma geral – regra, princípio ou decisão – integra a *ratio decidendi* de um precedente se e somente se ela puder funcionar como a premissa geral, que aplicada no caso que gerou o precedente, resultar na decisão publicada. Esse é o **conceito objetivo de *ratio decidendi***⁸⁰⁴.

Se mais de uma regra geral preencher esses requisitos, haverá pluralidade de possíveis *ratio decidendi* de primeiro grau. Se um conjunto de normas encadeadas preencher o requisito acima, cada uma vinculada à norma superior, haverá várias *ratio decidendi*, da mais concreta ou de primeiro grau à mais abstrata ou de enésimo grau.

Nos casos em que se podem identificar várias *ratio decidendi*, a opção não caberá à sua estrutura lógica, mas à doutrina do precedente vigente em cada ordenamento, que escolherá tendo em conta critérios de política jurídica. Nos países vinculados ao *common law*, no conflito entre várias possíveis *ratio decidendi*, prevalece aquela mais próxima da intenção dos julgadores⁸⁰⁵, o que parece ser a solução mais adequada também para o sistema jurídico brasileiro.

A **vinculação de julgamentos aos precedentes** é a determinação específica, objeto de um julgamento prévio, publicado em um repertório reconhecido, acerca de fatos e questões jurídicas análogas àquelas que serão objeto de vinculação⁸⁰⁶. Será considerada precedente tão somente a decisão de que resultar efeitos normativos para casos futuros⁸⁰⁷.

Uma norma geral – regra, princípio ou decisão – integra a *ratio decidendi* se, e somente se, o julgador quisesse que ela fosse considerada como essencial e tivesse valor vinculante como precedente. Esse é o **conceito subjetivo de precedente**⁸⁰⁸.

⁸⁰² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015, p. 33.

⁸⁰³ DUQUE, 2014, pp. 121 e ss e 132-135; ALEXYS, 1993, p. 82.

⁸⁰⁴ CHIASSONI, 2012b, p. 21.

⁸⁰⁵ CHIASSONI, 2012b, pp. 21-22.

⁸⁰⁶ CHIASSONI, 2012b, p. 14.

⁸⁰⁷ ZANETI JR., 2016, p. 309.

⁸⁰⁸ CHIASSONI, 2012b, p. 22.

Uma norma geral – regra, princípio ou decisão – integra a *ratio decidendi* se e somente se ela puder ser considerada como tal pelos critérios objetivo ou subjetivo. Esse é o **conceito misto de precedente**⁸⁰⁹.

Os conceitos subjetivo e misto de precedente são muito menos eficientes na busca da segurança jurídica. Isto decorre, em parte, do fato do conceito objetivo ter sido definido de forma a não incluir a questão da vinculação dos julgamentos futuros⁸¹⁰.

Há duas formas de *distinguishing*: interna e externa. Um precedente é afastado por **distinção externa** quando não aplicado ao caso *sub judice* em face da **não abrangência da *ratio decidendi* sobre os fatos da causa**.

A distinção será **interna** quando, **embora os fatos estejam abrangidos pela *ratio* do antigo precedente, mereçam nova qualificação jurídica**, reinterpretando a *ratio decidendi* anterior⁸¹¹, o que normalmente origina novo precedente que abrange um subconjunto dos fatos da decisão anterior⁸¹².

2.1.2. Precedentes e controle da arbitrariedade

O Juiz, ao prolatar a decisão judicial, tem evidentemente uma ampla margem discricionária, mas não pode decidir de forma arbitrária, exigindo-se fundamentação

⁸⁰⁹ CHIASSONI, 2012b, p. 22.

⁸¹⁰ CHIASSONI, 2012b, p. 22.

⁸¹¹ CHIASSONI, 2012b, pp. 24-25.

⁸¹² Como exemplo de distinção interna temos os RESPs 1.227.133 e 1.089.720. Quando o STJ, no RESP nº 1.227.133, julgado em 28/09/2011 pelo procedimento previsto no art. 543-C do CPC/73, decidiu não ser possível a incidência do Imposto de Renda sobre rendimentos recebidos acumuladamente em decorrência de ação trabalhista, por não representarem renda tributável, firmou um precedente cuja *ratio decidendi*, que inicialmente abrangia todos os rendimentos recebidos acumuladamente em decorrência de ação trabalhista, foi posteriormente limitado às ações trabalhistas ajuizadas após a rescisão do contrato de trabalho e aos juros sobre verbas principais isentas do IR.

O RESP nº 1.089.720, julgado em 10/10/2012, entendendo que o RESP 1.227.133 tinha tido uma abrangência maior do que a adequada, pois a ideia da maioria dos seus votos seria pela vinculação entre a tributação da verba principal e dos juros e a isenção geral das ações ajuizadas após a demissão. A regra geral passou a ser a tributação dos juros moratórios, mesmo quando recebidos acumuladamente em decorrência de ação trabalhista (item 2 da ementa), exceto quando pagos no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho (item 3 da ementa), hipótese na qual a totalidade dos juros é isenta do IRPF. Quando a reclamatória trabalhista foi ajuizada sem a prévia rescisão do contrato de trabalho, os juros de mora serão tributáveis quando incidentes sobre verbas tributáveis (itens 3.1 e 3.2 da ementa) e isentos quando a verba principal é isenta (item 4 da ementa).

Para reduzir discussões futuras, as verbas mais comuns foram qualificadas como tributáveis ou isentas no item 6 da ementa. Isto não impede que vários precedentes posteriores lidem com novos subconjuntos de fatos (e.g. verbas recebidas acumuladamente em decorrência de ação trabalhista onde a rescisão do contrato de trabalho ocorreu no curso do processo trabalhista, nas demandas onde houve reintegração no emprego, rendimentos acumulados oriundos de demandas previdenciárias).

racional⁸¹³. O precedente é a principal forma de controle dessa racionalidade. ALEXY afirma que “*uma teoria da argumentação jurídica que deixe de levar em conta a regra dos precedentes perderia um dos mais característicos aspectos da argumentação jurídica*”⁸¹⁴. O precedente exige que o resultado seja generalizável, relacionando-se com a motivação externa e o controle do exercício democrático do poder⁸¹⁵.

Atualmente, tanto no *common law* como no direito continental europeu, a importância, no mínimo fática, dos precedentes, é amplamente reconhecida⁸¹⁶.

É evidente que o texto da lei não é algo pronto a ser aplicado, pois o Juiz deverá interpretar o Direito antes de aplicá-lo, analisando o conjunto das normas jurídicas⁸¹⁷ e fazendo uma delimitação política, dentre as várias possíveis, adotada pelos intérpretes institucionais⁸¹⁸ apontados pela Constituição⁸¹⁹.

Como os casos não são idênticos, a fundamentação se transfere à discussão da relevância das distinções e superações⁸²⁰, que longe de infirmarem a força vinculante dos precedentes, a pressupõem⁸²¹, e que deverão passar a fazer parte do cotidiano dos constitucionalista e demais juristas brasileiros⁸²².

Quem afasta o precedente, seja qual for a técnica utilizada – distinção, superação, não abrangência ao caso *sub judice* - assume o encargo do argumento, devendo fundamentar sua decisão adequadamente, para comprovar sua racionalidade⁸²³, assim como o uso devido do poder e da competência jurisdicional, pois se a vinculação aos precedentes nada mais é do que

⁸¹³ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica** (1978). Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 34.

⁸¹⁴ ALEXY, 2001, p. 258.

⁸¹⁵ MARINONI, 2015b, v. I, pp. 116-120; TARUFFO, 2015, introdução à edição brasileira, pp. 20-21; ALEXY, 2001, p. 259.

⁸¹⁶ ALEXY, 2001, p. 258.

⁸¹⁷ ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Do Advogado, 2007, p. 261.

⁸¹⁸ “Enquanto inexistente precedente da Corte Suprema encarregada de formá-lo, o desacordo interpretativo é em grande medida inevitável, dado o caráter equívoco da linguagem em que são vazados os textos legislativos [...] as Cortes de Justiça – e os juízes de primeiro grau – são responsáveis por fomentar o debate a respeito de quais são as melhores opções interpretativas [...]” (MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, p. 869).

⁸¹⁹ STF – interpretação constitucional (CRFB, art. 102, *caput*), STJ – interpretação legal (CRFB, art. 105, III), salvo em matéria trabalhista, eleitoral e nos crimes militares; TST – interpretação legal em matéria trabalhista (CRFB, arts. 111-A, § 1º c/c CLT, arts. 702, II, ‘c’ e § 2º, ‘b’ e ‘c’ e CRFB, art. 114, I a IX); TSE – interpretação legal em matéria eleitoral (CRFB, art. 121 c/c Código Eleitoral, art. 22, II) e STM – interpretação legal envolvendo os crimes militares definidos em lei (CRFB, art. 124, *caput*).

⁸²⁰ ALEXY, 2001, p. 259.

⁸²¹ MITIDIERO, 2016, p. 102; WROBLÉWKI

⁸²² ZANETI JR., 2016, p. 184.

⁸²³ ALEXY, 2001, p. 259.

uma decorrência da igualdade⁸²⁴, do seu afastamento sem critério poderá resultar arbitrariedade⁸²⁵, improbidade⁸²⁶ ou prevaricação.

AARNIO salienta a relação da segurança jurídica com a ausência de arbitrariedade.

A menudo, la eliminación de la arbitrariedad ha sido entendida, *per definitionem*, como el contenido genuino de la certeza jurídica. Sin embargo, ésta es sólo una cara de la moneda. Recordemos qué es lo que la gente espera cuando pide certeza jurídica (sensu largo). La gente presupone que las decisiones no sólo no son arbitrarias sino también sustancialmente correctas. No es suficiente que las decisiones sean (muy) previsibles. Así, por ejemplo, en una dictadura, la práctica de los tribunales puede no ser arbitraria, es decir, el grado de previsibilidad puede realmente ser alto y, al mismo tiempo, cada decisión particular puede violar gravemente las más elementales exigencias de la justicia.

El aspecto sustancial de la certeza jurídica consta de dos elementos. Primero, toda decisión genuinamente jurídica tiene que estar en concordancia con el derecho válido. Esta es una precondition mínima de una decisión jurídica. Pero, aun así, las normas jurídicas no son completamente autónomas con respecto a las otras normas de la sociedad. Ellas reciben, al menos en parte, su propio contenido de las normas morales y de otras normas sociales. En cierto modo, las normas jurídicas y las otras normas actúan interconectadamente. Tomemos un ejemplo: en un cierto sector, la ley exige que todos los individuos sean tratados sobre una base de igualdad. En tanto tal, el texto de la ley no ofrece ninguna respuesta a la pregunta acerca de qué es la igualdad. Por lo tanto, el contenido de la ley depende de la interpretación y ésta, a su vez, requiere que se tomen en cuenta normas no jurídicas referidas a la igualdad. En este caso, la certeza jurídica contiene, a más de la eliminación de la arbitrariedad, dos aspectos: la decisión tiene que ser conforme a derecho y estar en concordancia con otras normas sociales no jurídicas⁸²⁷.

Com o uso de precedentes, passa a haver casos claros, nos quais não há dúvida sobre o direito aplicável a uma determinada matéria⁸²⁸, reduzindo o risco da arbitrariedade, que é especialmente visível na jurisdição constitucional, que exige, como salienta ALEX Y, a delimitação de valores constitucionais.

A tarefa de administrar a justiça segundo a lei às vezes pode exigir em particular que esses julgamentos de valor inerentes à ordem constitucional, mas que não têm nenhuma expressão ou apenas expressão imperfeita nos textos recentes de lei, devem ser revelados e realizados nas decisões atuais por um ato de cognição que inevitavelmente envolve um elemento discricionário. Os juízes devem se precaver contra arbitrariedades nesse processo; suas decisões têm de ser fundadas na argumentação racional⁸²⁹.

⁸²⁴ ÁVILA, 2011, p. 463.

⁸²⁵ A “Segurança jurídica, nessa acepção [no que pertine ao controle da interpretação e da aplicação do direito], é acima de tudo, **controle racional de arbitrariedade argumentativa**” (ÁVILA, 2011, p. 169, grifamos).

⁸²⁶ Como salienta ALEX Y, “não é razoável abandonar um ponto de vista até então aceito sem ter nenhum motivo” (ALEX Y, 2001, p. 140). “O ônus da prova compete sempre a quem quer mudar alguma coisa, regra de fato que em geral se traduz, em direito, em disposições precisas. De modo geral, **toda mudança deve ser justificada, seja ela uma mudança de comportamento ou de apreciação**” (PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 384).

⁸²⁷ AARNIO, Aulis. **Lo Racional como Razonable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 27.

⁸²⁸ ALEX Y, 2001, p. 21.

⁸²⁹ ALEX Y, 2001, p. 34.

As exigências centrais da segurança jurídica não são atingidas se as premissas da justificação forem escolhidas arbitrariamente⁸³⁰. Essas premissas são especialmente importantes para o controle do poder e da politização do Judiciário, pois os valores adotados pelo intérprete são parte integral do processo de interpretação, tendo um papel fundamental na atividade interpretativa⁸³¹.

Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA salienta que a sentença arbitrária desafia os próprios fundamentos do Estado de Direito, introduzindo um elemento autoritário em um dos Poderes do Estado, escapando ao controle da cidadania. Exemplos de sentença arbitrária seriam os casos em que o julgador ignora os fatos da causa; viola os princípios da demanda e do respeito à hierarquia, que exige obediência às cortes superiores; afronta a coisa julgada ou utiliza critérios de avaliação de prova científica completamente irrazoáveis⁸³². Todas essas hipóteses são passíveis de solução por meio de precedentes.

O primeiro caso pertine às regras sobre a relevância da prova para a própria delimitação da lide, sendo complexo demais para ser regulado em um único precedente, mas é, também, objeto de tratamento em um feixe de precedentes nos EUA⁸³³.

O segundo caso – violação a regras processuais e à competência funcional –, assim como o terceiro – afronta à coisa julgada – são, no CPC/15, facilmente corrigíveis por precedentes gerados em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que podem abranger tanto questão de ordem material quanto processual⁸³⁴, pois em ambos os casos pode haver necessidade do estabelecimento de critérios racionais para a atividade jurisdicional, assim como do estabelecimento de critérios padronizados para a solução isonômica das questões⁸³⁵.

O quarto caso, utilização de critérios de avaliação da prova científica, é objeto típico de precedente, tendo sido regulado, nos EUA, pelos índices de credibilidade da prova científica estabelecidos⁸³⁶ no caso *Daubert*⁸³⁷.

⁸³⁰ AARNIO, Aulis. Introduction. In. PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason**. New York: Springer, 2008, p. 1-12, especialmente p. 6.

⁸³¹ AARNIO, 2008, p. 9.

⁸³² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Sentença Arbitrária. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 204, p. 33-50, fev. 2012.

⁸³³ ROTHSTEIN, READER & CRUMP, 2012, *e-book*, capítulos 3, 4, 6, 7 e, especialmente, o capítulo 11.

⁸³⁴ CPC/15, art. 928, par. ún.

⁸³⁵ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, p. 877.

⁸³⁶ HAACK, 2014, *e-book*, posições 284, 290, 296, 308, 322, 359, 374, 565, 588, 841, 855, 863, 1256, 1536 e ss. e ROTHSTEIN, READER & CRUMP, 2012, *e-book*, capítulo 7, ponto 2.

⁸³⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc. United States Reports*. Washington: Suprema Corte, v. 509, p. 579, 1993. Disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/509/579.html>. Acesso em 24 mar. 2016.

PECZENIK salienta a relação intrínseca entre a interpretação e o exercício do poder, bem como a importância de sua determinação institucional.

The demand that legal interpretation, e.g., statutory interpretation, interpretation of precedents etc. promotes legal certainty, that is, results in the fact that **legal decisions follow a reasonable compromise between predictability and other moral considerations, can be explained by two factors, practical character of legal interpretation** (item 1 below) and **the connection of legal interpretation with the use of official power** (item 2).

1. Since **legal interpretation affects important decisions, it is natural that people expect that it not only follows the wording of the law but also the demands of morality**. Interpretation in general helps one (1) to obtain and communicate knowledge (theoretical interpretation) and (2) to influence people (practical interpretation). Theoretical interpretation occurs in literary criticism, historical research and the work of translators, actors, musicians etc. Practical interpretation characterises, first of all the law, theology and political ideologies.

2. **Practical importance of legal interpretation results from the fact that legal order is intimately connected with exercise of power**. The lawyer interprets authoritative texts, created by power-exercising institutions. Moreover, **the interpreter himself is a component of a power-exercising institution**⁸³⁸.

A função dos precedentes é exatamente a de atribuir a interpretação a intérpretes institucionais, quando essa envolva a delimitação de valores constitucionais, como na jurisdição constitucional.

2.2. Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR - e de Assunção de Competência - IACO - em matéria constitucional

2.2.1. Origem do IRDR e do IACO

O IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – foi desenvolvido com base no *Musterverfahren* alemão⁸³⁹, como expressamente reconhecido na Exposição de Motivos do CPC/15. O *Musterverfahren*, ou *processo modelo alemão*, foi desenvolvido como alternativa às demandas coletivas.

O primeiro autor a tratar do assunto foi Antônio do Passo Cabral, em 2007, no artigo intitulado *O Novo Procedimento-Modelo (Musterverfahren) Alemão: uma alternativa às ações coletivas*⁸⁴⁰, que foi desenvolvido como uma alternativa às *class actions* norte-americanas, utilizando a decisão em bloco que parte de um caso concreto entre contendores individuais, instaurando um incidente coletivo dentro de um processo individual.

⁸³⁸ PECZENIK, 2008, p. 27, grifou-se.

⁸³⁹ MEDINA, 2015, *e-book*, tópico I aos comentários ao art. 976.

⁸⁴⁰ CABRAL, Antônio do Passo. O Novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) Alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 147, p. 123-146, mai. 2007b.

Nessa técnica, preserva-se, dentro da multiplicidade, a identidade do particular, que é tratado como parte autônoma. Cinde-se a cognição, decidindo em sede de incidente apenas as questões comuns ao grupo, deixando eventuais particularidades concretas para decisão posterior. Em direito comparado adotam-se as técnicas da causa-piloto ou processo teste (em que uma causa é analisada e decidida antes, como ocorre na Inglaterra e na Áustria) e o procedimento-modelo alemão (inicialmente aprovado na forma de lei temporária, com vigência de 2005 até 2010⁸⁴¹, mas cujo sucesso tem produzido sucessivas prorrogações, estando hoje prevista sua vigência até 01 de novembro de 2020)⁸⁴².

O processo-modelo alemão estabelece uma esfera de decisão coletiva das questões comuns em litígios individuais, evitando os problemas teóricos e práticos das ações coletivas de tipo representativo. Na Alemanha, o procedimento abrange tanto questões de direito como aspectos fáticos comuns. Exige-se pelo menos 10 (dez) requerimentos sobre o mesmo tema para a admissão do incidente⁸⁴³.

A decisão quanto à instauração do *musterverfahren* é proferida pelo Juiz de primeiro grau e é irrecorrível, mas o seu julgamento é proferido pelo Tribunal Regional. Se a matéria for federal ou houver partes residentes em vários estados (*Länder*), por exigência da segurança jurídica, o julgamento é proferido por uma corte superior ou, havendo convênio entre os estados, pelo tribunal designado no convênio. Os interessados podem participar, recebendo o incidente no estado em que este se encontrar. A decisão fixa o entendimento sobre a questão comum, tendo o caráter de precedente, pois vincula os juízos, havendo discussão quanto à natureza dessa vinculação, se essa deriva dos efeitos da *coisa julgada* ou de *efeito vinculante*. Passo CABRAL defende a primeira posição⁸⁴⁴.

O IRDR foi pensado como o instrumento adequado para a solução eficiente para demandas repetitivas e padronizadas, reduzindo a pauta do Judiciário e garantindo a isonomia na solução, por meio da conferência à decisão de caráter vinculante, nos mesmos moldes da decisão proferida em uma ação direta de inconstitucionalidade⁸⁴⁵.

O IRDR foi criado como meio para separar as funções de controle e de definição do Direito, típicas das Cortes Supremas - tanto no exercício da Jurisdição Constitucional como

⁸⁴¹ CABRAL, 2007b.

⁸⁴² ALEMANHA. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – KapMuG)**. Bonn, 2016. Disponível em http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/kapmug_2012/gesamt.pdf. Acesso em 24 mar. 2016. KapMuG, § 28: A vigência desta lei expira em 01/nov/2020 (traduziu-se): “§ 28 Außerkrafttreten. Dieses Gesetz tritt am 1. November 2020 außer Kraft.”

⁸⁴³ CABRAL, 2007b.

⁸⁴⁴ CABRAL, 2007b; ALEMANHA. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. KaMuG, § 6 (6).

⁸⁴⁵ REICHELDT, 2015b, pp. 273-285.

na da Jurisdição Legal Federal -, da função de aplicação do Direito. Dessa forma, se já tiver sido admitido recurso repetitivo pela Corte Suprema o IRDR será tanto vedado (CPC, art. 976, § 4º) como completamente desnecessário⁸⁴⁶, pois a determinação do texto normativo por meio da promulgação da interpretação vigente já terá sido atribuída ao intérprete institucional responsável pela criação do precedente⁸⁴⁷.

O Incidente de Assunção de Competência – IACO – previsto no art. 947 do CPC/15 foi previsto para viabilizar a promulgação de precedente pelo intérprete institucional. Esse fixará a interpretação vigente sobre questão jurídica relevante, com grave repercussão social e sem caráter repetido (CPC/15, art. 947, *caput*), visando evitar a dispersão jurisprudencial geradora de insegurança, pressupondo, ao menos em tese, a possibilidade de divergência interpretativa sobre uma mesma questão jurídica⁸⁴⁸.

A finalidade precípua do IACO é tornar unívoca a aplicação do Direito, atribuindo a um órgão do Tribunal a promulgação do precedente que determina a interpretação vigente⁸⁴⁹. Trata-se de grande avanço em relação à previsão do § 1º do art. 555 do CPC/73⁸⁵⁰

A decisão vincula os órgãos fracionários do tribunal (art. 947, § 3º) e gera precedente vinculante (CPC/15, art. 927, III e 988, IV). Como todo precedente, sua função é obstar a irracionalidade e a arbitrariedade⁸⁵¹ e promover a isonomia⁸⁵², atuando de forma preventiva, o que permite que seja suscitado antes da configuração da divergência jurisprudencial⁸⁵³.

2.2.2. Função constitucional do IRDR e do IACO

O Instituto de Resolução de Demandas Repetitivas visa garantir a isonomia e a segurança jurídica, sendo uma das grandes apostas do CPC/15, na busca da viabilização da ordem em um Estado Democrático de Direito⁸⁵⁴, buscando a segurança jurídica por meio do uso de precedentes vinculantes, permitindo que os juízes conheçam o Direito que será

⁸⁴⁶ BUENO, 2015, pp.614-615.

⁸⁴⁷ NEVES, 2016, pp. 1.595-1.596.

⁸⁴⁸ BUENO, 2015, p. 593.

⁸⁴⁹ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. II, p. 566.

⁸⁵⁰ BUENO, 2015, p. 593.

⁸⁵¹ MARINONI, 2016, pp. 52 e 144.

⁸⁵² MITIDIERO, 2016, pp. 23 e ss., 94-95 e 100.

⁸⁵³ SILVA, Ricardo Alexandre da. Comentários aos arts. 947 a 950 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 1477-1.486, especialmente pp. 1.478-1.479.

⁸⁵⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Comentários aos arts. 976 a 987 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 1.526-1.534, especialmente pp. 1.526-1.527.

aplicado, ao invés de terem de reinventá-lo a cada nova aplicação, de modo distinto em cada comarca, variando conforme o Juiz e o Assessor⁸⁵⁵.

Trata-se do reconhecimento da existência de demandas massificadas, bem como da necessidade de sua regulação e controle racional para o tratamento uniforme das demandas repetitivas subjacentes⁸⁵⁶.

O direito não pode prescindir da forma, sob pena de perder o controle, a previsibilidade e a racionalidade. O regramento *ad hoc* das causas jurídicas, submetido às vicissitudes do momento, é reconhecido como causa de insegurança, fazendo com que o IRDR seja elogiado até mesmo pelos críticos do CPC/15⁸⁵⁷.

A ordem deriva de “*uma síntese de um princípio de ordenação e uma realidade a ser ordenada*”⁸⁵⁸. O princípio dá origem à forma jurídica, que incidirá sobre a situação concreta⁸⁵⁹, e “*a forma jurídica é ordem presente da vida de um povo, imposta pelo poder político*”⁸⁶⁰, sem a qual não há direito, mas arbitrariedade⁸⁶¹.

Como “*a verdade constitucional é o fator determinante de criação, interpretação e aplicação do direito*”⁸⁶² e “*o conteúdo da decisão é sempre polêmico*”⁸⁶³, a decisão judicial precisa ser controlada.

A jurisdição constitucional, tanto no seu aspecto material quanto no seu aspecto processual, envolve a regulação do poder por meio da forma. O processo correto é o meio termo entre o exagero da forma, com a perda da eficácia – formalismo excessivo – e o arbítrio judicial resultante do afastamento das formalidades indispensáveis enquanto meio para a limitação e a adequada regulação dos atos processuais⁸⁶⁴.

⁸⁵⁵ GIORGI JR., 2015b, p. 520.

⁸⁵⁶ VIAFORE, Daniele. Anotações aos artigos 976 a 987. In: Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio Grande do Sul. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Porto Alegre: Escola Superior de Advocacia do Rio Grande do Sul, 2015, p. 734-751, especialmente p. 737.

⁸⁵⁷ Daniel Amorim Assumpção Neves, forte crítico do CPC/15, reconhece, ao analisar o IRDR, o seu importante papel na promoção da isonomia e da segurança jurídica (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: artigo por artigo. De acordo com a Lei 13.256, de 04.02.2016 [que] altera o Novo CPC – Processo e julgamento do RE e REsp. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 1.594-1.595.

⁸⁵⁸ BARZOTTO, Luís Fernando. Filosofia e Constituição. In: MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira & NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. SP: Saraiva, 2010, pp. 617-653, especialmente p. 619.

⁸⁵⁹ BARZOTTO, 2010, p. 619.

⁸⁶⁰ BARZOTTO, 2010, p. 620, grifos constantes do original.

⁸⁶¹ BARZOTTO, 2010, pp. 620-621.

⁸⁶² BARZOTTO, 2010, p. 639.

⁸⁶³ BARZOTTO, 2010, p. 641.

⁸⁶⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 137, p. 7-31, jul. 2006.

A adequada utilização da forma constitui-se na garantia tanto da efetividade quanto da segurança jurídica, abrangendo tanto as formas externas quanto os métodos lógicos adotados para o julgamento⁸⁶⁵. Nesse aspecto o precedente torna-se um expediente especialmente útil para a delimitação de conceitos vagos⁸⁶⁶.

A decisão do IRDR e a do IACO, assim como do recurso extraordinário repetitivo (CPC/15, arts. 927, III; 928, II e 1.036 a 1.041), geram precedentes vinculantes (CPC/15, art. 988, IV). Seus acórdãos tinham, na redação originária do CPC/15, força de lei (CPC/15, art. 1.035, § 3º, II, revogado pela Lei nº 13.256/16)⁸⁶⁷, o que foi corretamente revogado pela Lei nº 13.256/16. Não é o acórdão que **tem força de lei**, mas **apenas a *ratio decidendi* do precedente**⁸⁶⁸. Assim, a repercussão geral deriva da *questão constitucional discutida* (art. 987, § 1º) e não de todo o acórdão, como constava na disposição revogada.

Nos IRDRs em matéria constitucional qualquer interessado referido nos incisos II (partes) e III (MP e Defensoria) do art. 977 do CPC/15, independentemente do seu domicílio e de sua causa individual tramitar na mesma unidade federativa em que foi julgado, originariamente, o IRDR⁸⁶⁹, poderá pedir ao STF a suspensão de todos os processos que tramitem no país e versem sobre a questão constitucional objeto do incidente (CPC/15, arts. 982, § 3º e 1.029, § 4º).

Ao contrário do IRDR, que julga apenas a questão jurídica, no IACO a competência para o julgamento do recurso, do reexame necessário ou da causa de competência originária é alterada em decorrência do incidente de assunção de competência. A causa (recurso, reexame, processo de competência originária) deverá conter *questão jurídica relevante*, com *grande repercussão social*, indicando a existência de *interesse público* na solução unívoca da questão⁸⁷⁰.

Havendo discussão sobre a constitucionalidade ou a interpretação constitucional de ato normativo a questão jurídica é sempre relevante e dificilmente deixará de ter grande relevância social, de forma que o IACO teria cabimento em praticamente todos os casos em que não couber o IRDR na jurisdição constitucional.

⁸⁶⁵ OLIVEIRA, C., 2006, pp. 7-31.

⁸⁶⁶ OLIVEIRA, C., 2010, pp. 269-270.

⁸⁶⁷ GIORGI JR., Romulo Ponticelli. Anotações aos artigos 1.029 a 1.041 do CPC. In. MELLO, Rafael Corte (org.); _____ (org.) & SILVA, Jaqueline Mielke (prefácio). **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Charleston, SC, EUA: Create Space Independent Publishing Platform, 2015c, p. 559-570, especialmente p. 563.

⁸⁶⁸ DIDIER JR., BRAGA & OLIVEIRA, 2015, v. 2, pp. 442-444.

⁸⁶⁹ SICA, Heitor Vítor Mendonça. Comentários aos arts. 1.029 a 1.035 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 1.612-1627, especialmente pp. 1615-1.616.

⁸⁷⁰ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. II, pp. 566-567.

O enquadramento de um determinado culto como religião para fins de proteção contra a discriminação, por exemplo, é uma questão cuja relevância atinge a segurança em todas as suas dimensões: jurídica, social, política e até militar. Juízes são seres humanos e, como tais, sujeitos a erros, alguns dos quais, entretanto, devem ser evitados. Entendimentos no sentido de que igrejas tenham de ter as características daquela seguida pelo julgador monocrático assemelham-se perigosamente às proferidas na época nazista⁸⁷¹, causando natural indignação por parte dos membros da igreja, especialmente quando esses pertencem a etnias que sofrem com a discriminação⁸⁷².

O critério escolhido pelo Juiz Federal da 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro, no processo 0004747-33.2014.4.02.5101, ao permitir a divulgação de vídeos que denigrem os fiéis de duas religiões afro-brasileiras, em decisão reformada pelo TRF da 2ª Região⁸⁷³, seria um típico caso de cabimento de IACO no agravo, para evitar futuras decisões no mesmo sentido.

⁸⁷¹ O nazismo foi fortemente incentivado, nos anos 1920, por escolas interpretativas decisionistas. (SCHEUERMAN, William E. Down on Law: The complicated legacy of the authoritarian jurist Carl Schmitt. **Boston Review**, Boston, EUA, p. 1, apr. 2001. Disponível em <http://new.bostonreview.net/BR26.2/scheuerman.html>. Acesso em 25 mar. 2016.)

⁸⁷² MIGALHAS. Intolerância Religiosa: Juiz diz que cultos afro-brasileiro não é religião. **Migalhas**, Rio de Janeiro, p. 1, 19. mai. 2014. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17.MI201113.21048-Juiz+diz+que+culto+afrobrasileiro+nao+e+religiao>. Acesso em 25 mar. 2016.

⁸⁷³ RIO DE JANEIRO E ESPÍRITO SANTO. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. 7ª TURMA ESPECIALIZADA. **Agravo de Instrumento nº 0101043-94.2014.4.02.0000**, Relator Desembargador Federal Reis Friede, julg. 28 ago. 2014. E-DJF2R 16/09/2014.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. VÍDEOS POTENCIALMENTE OFENSIVOS E FOMENTADORES DO ÓDIO, DA DISCRIMINAÇÃO E DA INTOLERÂNCIA CONTRA AS RELIGIÕES DE MATRIZES AFRICANAS. RETIRADA DA INTERNET. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO. ARMAZENAMENTO DOS RESPECTIVOS DADOS EM AMBIENTE SEGURO. MEDIDA DE CAUTELA. Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Ministério Público Federal em face da Decisão monocrática do MM. Juízo da 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro [...] Alega o Agravante que os vídeos elencados na inicial apresentam conteúdo preconceituoso, intolerante e discriminatório, caracterizando verdadeiro discurso de ódio contra as religiões de matrizes africanas. A liberdade religiosa, como modalidade da liberdade de expressão (manifestação do pensamento) e, especialmente, da liberdade de consciência (que abarca tanto a liberdade de ter como a de não ter religião), se encontra sujeita a limitações no que se refere ao exercício de outros direitos fundamentais e, sobretudo, à dignidade da pessoa humana, sendo certo que, em caso de conflito, deve-se proceder a uma cuidadosa ponderação entre os interesses envolvidos, observando-se, em todo e qualquer caso, o critério da proporcionalidade como norteador na busca da solução para o conflito apresentado. Se é correto afirmar que a prevalência de um direito sobre outro, em casos de conflito, se determina em razão das peculiaridades do caso concreto, não menos acertado é reconhecer que situações existem em que o conflito é apenas aparente, posto que a pretensão de uma das partes envolvidas não se inclui no âmbito de proteção do direito que evoca. É o que se observa em relação ao discurso de ódio (conjunto de manifestações de teor discriminatório e destinadas a incitar o ódio e até mesmo a violência), que constitui situação não abrangida pelo âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão. Verifica-se [...] que a veiculação de vídeos potencialmente ofensivos e fomentadores do ódio, da discriminação e da intolerância contra as religiões de matrizes africanas não corresponde ao legítimo exercício do direito à liberdade de expressão [...] está presente, também, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, na medida em que, a cada dia em que os vídeos permanecem disponíveis no site YOUTUBE, perpetuam-se as mensagens de ódio, discriminação, intolerância e violência [...] IX- Agravo de Instrumento e Agravo interno parcialmente providos.

Não é racional a admissão de entendimento diverso do atribuído pelo intérprete institucional, sob pena de violação direta à legalidade⁸⁷⁴.

Como a Constituição lida com os valores fundamentais do ordenamento, os riscos à segurança jurídica decorrentes de interpretações constitucionais dissonantes, mesmo em causas não repetitivas, são evidentes, especialmente quando interpretam textos de forma minoritária e criativa.

A adoção de precedentes no Brasil, longe de representar o ingresso do país no sistema do *common law*, nada mais é do que a necessária resposta do sistema jurídico à evolução da interpretação, estando em harmonia com a evolução da nossa tradição jurídica⁸⁷⁵. Ademais, o *stare decisis* não se confunde com o *common law*⁸⁷⁶. Essa evolução culminou, com o CPC/15, com a adoção de um sistema de precedentes - do qual fazem parte o IRDR e o IACO - para a promoção da previsibilidade e da segurança jurídica⁸⁷⁷.

2.2.3. Constitucionalidade do IRDR e do IACO em matéria constitucional

Analisando o IRDR brasileiro, REICHELTL defende a possibilidade do CPC/15 ter produzido uma mutação constitucional ao alterar a competência jurisdicional prevista na CRFB, tal como esta era compreendida até a entrada em vigor do Código⁸⁷⁸.

A conclusão é irrepreensível⁸⁷⁹. O entendimento de que o IRDR, o IACO ou as disposições do CPC/15 que dispõem sobre a vinculação aos precedentes seriam inconstitucionais⁸⁸⁰ deriva de três erros fundamentais.

Primeiro, salienta-se que **cabe à Constituição apenas a fixação das regras gerais sobre a competência**, que são especificadas pelas regras constantes nos Códigos de Processo.

⁸⁷⁴ SOUZA, Antônio Marcelo Pacheco. Anotações aos artigos 947 a 959 do CPC. In. MELLO, Rafael Corte (org.); GIORGI JR., Romulo Ponticelli (org.) & SILVA, Jaqueline Mielke (prefácio). **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Charleston, SC, EUA: Create Space Independent Publishing Platform, 2015, p. 503-506, especialmente p. 503.

⁸⁷⁵ DIDIER JR., Fredie & SOUZA, Marcos Seixas. O Respeito aos Precedentes como Diretriz Histórica do Direito Brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 2, p. 99-120, jul-dez 2015.

⁸⁷⁶ MEDINA, 2015, *e-book*, tópico III aos comentários ao art. 926.

⁸⁷⁷ FERNANDES, 2016, p. 1454; MEDINA, 2015, *e-book*, tópicos III e IV aos comentários ao art. 927.

⁸⁷⁸ REICHELTL, Luís Alberto. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro e o Redimensionamento do Papel Constitucionalmente Associado aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 248, p. 273-285, out. 2015b.

⁸⁷⁹ Apesar das inúmeras situações análogas na história brasileira recente (e.g. leis 9868 e 9882/99, 10.259/01 e 11.418/06) parte da doutrina insiste em afirmar que “Deve, conseqüentemente, ser considerado *inconstitucional* formalmente. [...] não cabe à *lei federal* definir a competência dos órgãos dos Tribunais [...]” (BUENO, 2015, p. 618)

⁸⁸⁰ Nesse sentido NEVES, 2016, p. 1.491, defendendo que a atribuição de feito vinculante depende de previsão constitucional expressa.

O CPC/15, por exemplo, adota o critério tripartite para disciplinar a competência, conjugando critérios objetivos, territoriais e funcionais⁸⁸¹, sendo a competência distribuída por meio de normas constitucionais, legais, regimentais (quanto à distribuição interna da competência nos tribunais, por meio dos seus regimentos internos) e até mesmo negociais (foro de eleição)⁸⁸².

Segundo, salienta-se que **normas como a do art. 27 da Lei 9.868/99**, que dispõe sobre a modulação de efeitos nas decisões de controle separado de constitucionalidade, **sequer seriam necessárias para a adoção dessa modalidade decisória. Trata-se, na realidade, de diretrizes interpretativas gerais**, derivando do própria princípio da razoabilidade⁸⁸³. Da mesma forma, a vinculação dos juízes ao Direito deriva da imparcialidade, que exige que o Judiciário solucione de forma racional e isonômica os casos concretos e evite a arbitrariedade⁸⁸⁴.

Terceiro, **as concepções declaratória e constitutiva da jurisdição, com o consequente enquadramento da vinculação à Lei (art. 5º, II e 37 da CRFB) ao seu texto (interpretado livremente conforme a visão política de cada Juiz) ou à interpretação vigente (promulgada pela Corte Suprema), não derivam diretamente do texto constitucional, mas da interpretação do conteúdo do Princípio da Legalidade**⁸⁸⁵.

A opção depende da prioridade concedida pelo jurista à margem de decisão conferida a si próprio, à custa da segurança jurídica, exigindo ou a opção clara pelo neoconstitucionalismo ou a utilização de argumentos positivistas centrados em textos aliados à interpretações minoritárias e criativas **ou à segurança jurídica, à custa da margem de decisão conferida a si próprio, aceitando que a vinculação aos precedentes nada mais é do que a vinculação à interpretação vigente** das leis e da Constituição tal como **promulgada pelos intérpretes institucionais**⁸⁸⁶.

Nos últimos vinte anos houve uma série de mutações constitucionais importantes no que pertine à competência dos tribunais e ao controle de constitucionalidade por via legal. Elencando apenas as mais importantes, teríamos as leis 9.868/99, que regulamentou o controle concentrado e institui, no seu art. 27, a modulação dos efeitos da decisão; a Lei 9882/99, que regulamentou a ADPF; a Lei 10.259/2001, que no art. 14, §§ 5º e 6º, introduziu a possibilidade da suspensão de todos os processos tramitando nos Juizados Especiais Federais no país sobre determinado tema e a retenção de recursos extraordinários, para aplicação

⁸⁸¹ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. II, pp. 60 e ss.

⁸⁸² DIDIER JR., 2015a, v. I, p. 198.

⁸⁸³ MENDES & BRANCO, 2015, p. 991.

⁸⁸⁴ MARINONI, 2016, pp. 129 e 149-150.

⁸⁸⁵ DIDIER JR., BRAGA & OLIVEIRA, 2015, pp. 467-468.

⁸⁸⁶ MITIDIERO, 2016, pp. 97-98.

posterior de precedente, trazendo caráter objetivo ao nosso processo, seguida do regramento dos recursos especial e extraordinário *representativos de controvérsia* ou repetitivos na Lei 11.418/2006⁸⁸⁷.

O CPC/15 constitui o resultado natural dessa evolução na direção da objetivação do processo brasileiro, separando com clareza as funções da jurisdição ordinária, atribuída às Cortes de Justiça e da jurisdição constitucional, atribuída às Cortes com função suprema⁸⁸⁸ (o STF) e da jurisdição federal (atribuída ao STJ, ao TST, ao TSE e ao STM, nas suas respectivas competências).

A adoção de um sistema de vinculação forte aos precedentes (CPC/15, arts. 489, § 1º, VI e art. 988, III e IV)⁸⁸⁹, ao lado da criação do IRDR e do IACO são a mais profunda alteração na história do direito brasileiro desde a proclamação da República.

A atribuição de efeito vinculante às decisões judiciais é o único meio de garantir a vigência do Princípio da Legalidade, mormente em um país no qual as leis são escritas sem a menor preocupação com a sua aplicação ou vigência, frequentemente voltadas à mera propaganda governamental, como se vê no contraste entre a legislação do SUS, que prevê atendimento domiciliar interdisciplinar e qualificado, enquanto faltam leitos hospitalares até para pacientes em estado grave; no contraste entre o tamanho das penas previstas em abstrato, no Código Penal, com o apenamento efetivo e, acima de tudo, pelo descumprimento institucional da legislação pelos litigantes de massa, a começar pelo próprio Estado⁸⁹⁰.

O IRDR e o IACO facilitam o estabelecimento de um efetivo Estado de Direito, criando-se regras isonômicas e criando critérios gerais para o gozo de direitos. Em casos excepcionais, como no caso de normas que criem obrigações estatais inviáveis no presente, esses incidentes permitem a fixação de um termo inicial futuro para a sua aplicação de forma igual para todos os que preencherem requisitos objetivos.

A relevância do IRDR na jurisdição constitucional brasileira – tanto na modalidade de controle como na de interpretação constitucional – é muito grande. Tanto o controle como a interpretação constitucional envolvem questões de direito. Em matéria constitucional, a aplicação do IRDR e do IACO exigirá a compatibilização de suas disposições com as do incidente de inconstitucionalidade e o art. 97 da CRFB, de forma que a competência será sempre do pleno ou do órgão especial do Tribunal, pelo menos nos Incidentes de Resolução

⁸⁸⁷ MENDES, 2010, pp. 318-319.

⁸⁸⁸ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, pp. 85-86.

⁸⁸⁹ MITIDIERO, 2016, p. 98.

⁸⁹⁰ Veja-se, acima, o item 1.2 – Da legislação meramente simbólica ao Estado de Direito, na segunda parte desse trabalho.

de Demandas Repetitivas e nos Incidentes de Assunção de Competência que versem sobre inconstitucionalidade.

O correto, entretanto, é a maior separação possível entre a jurisdição ordinária e a constitucional, em qualquer de suas formas – controle e interpretação -, atribuindo-se ao órgão especial do Tribunal a competência para o julgamento do IRDR e do IACO se a controvérsia tiver natureza constitucional⁸⁹¹. Esta, nos parece, seria a leitura da Súmula Vinculante nº 10 aplicada ao CPC/15.

Chama-se de inconstitucional o ato ou omissão do Poder Público que seja contrário à Constituição. Se a violação for perpetrada por ente privado não se fala em inconstitucionalidade, pois a técnica de controle é distinta⁸⁹².

Para o Estado temos a inconstitucionalidade e os remédios constitucionais, para os privados, atos antijurídicos, que podem dar ensejo à responsabilização penal (caso haja norma penal incriminadora), à responsabilização civil pelo ato ou omissão ilícita ou à tutela inibitória, que visa evitar o ato ilícito ou a sua reiteração.

Em se tratando de controle ou de interpretação constitucional de ato normativo, seu efeito quase sempre será repetitivo. Se, entretanto, a análise incidir sobre um ato de efeitos concretos, mesmo que tenha *nomen juris* de norma geral, esse será considerado um mero ato administrativo e controlado enquanto tal, pela via, por exemplo, do mandado de segurança e não do controle de constitucionalidade⁸⁹³.

Nos casos de aplicação típica de remédios constitucionais, a aplicação do IRDR será mais difícil, limitando-se às questões de direito, pois a legislação não previu dilação probatória comum nem o cabimento do IRDR para questões comuns de fato.

Salienta-se, entretanto, que a fronteira entre fato e direito é complexa, e embora “a parte da decisão que constitui precedente é, tão somente, aquela que trata de uma questão de direito”⁸⁹⁴, o precedente evidentemente caberá para a qualificação jurídica de fatos incontroversos, delimitando a quais grupos de fatos se aplica a uma determinada norma, reduzindo a sua vagueza.

É evidente, entretanto, a viabilidade da discussão da mesma questão de direito em processos envolvendo fatos distintos. Como salienta NEVES:

a diversidade de fatos apta a afastar o cabimento do incidente de resolução de demandas repetitivas deve ser aquela suficiente a influenciar a aplicação do

⁸⁹¹ VIAFORE, 2015, pp. 741-742.

⁸⁹² MENDES & BRANCO, 2015, pp. 1.045-1.046.

⁸⁹³ MENDES & BRANCO, 2015, pp. 1.166-1.169.

⁸⁹⁴ MARINONI, 2016, p. 88.

direito ao caso concreto, porque, havendo fatos diferentes de origem comum, deve ser cabível o incidente⁸⁹⁵.

Há inúmeras questões jurídicas aplicáveis a conjuntos fáticos amplamente heterogêneos. O IRDR será aplicável quanto a diversidade dos fatos não alterar a sua consequência jurídica. Por exemplo, a constitucionalidade da incidência da SELIC na correção do indébito tributário independe da natureza do crédito tributário, cabendo o IRDR nessa hipótese.

O caso complicará quando a discussão envolver exatamente a natureza jurídica dos fatos. Por exemplo, o caráter indenizatório, para fins de imposto de renda, dos juros moratórios incidentes sobre verbas recebidas acumuladamente em decorrência de ação trabalhista ajuizada no contexto de rescisão do contrato de trabalho não depende do *nomen juris* (salário, hora-extra, juros, aviso-prévio) da verba principal quando a ação trabalhista foi ajuizada após demissão⁸⁹⁶, mas pode depender dela se houver reintegração ou se a demissão ocorreu durante o processo trabalhista.

Nesses casos, o tribunal pode ignorar inicialmente as distinções, limitando-as posteriormente por meio de novos precedentes que façam o *distinguishing*, ou afirmar o precedente, conferindo-lhe expressamente uma extensão que torne juridicamente irrelevantes distinções como as acima.

2.3. Separação entre a jurisdição ordinária e a constitucional em matéria cível no novo CPC

O CPC/15 foi estruturado de duas ideias fundamentais: a busca da efetividade e da tempestividade da tutela jurisdicional e em prestar tutela ao direito material outorgando unidade ao ordenamento. Em suma, o processo é orientado à prestação de tutela ao direito material, tanto do ponto de vista das partes, gerando decisões adequadas, tempestivas e efetivas (tutela aos direitos) como da sociedade em geral, orientando institucionalmente as condutas por meio de precedentes (tutela ao direito)⁸⁹⁷.

A outorga de unidade ao ordenamento deriva de uma concepção fundamental: a da distinção entre norma e texto legislativo⁸⁹⁸, admitindo o caráter equívoco e vago dos atos normativos⁸⁹⁹, o caráter *adscripivo* da interpretação⁹⁰⁰ e a conseqüente necessidade de controle

⁸⁹⁵ NEVES, 2015, p. 1.594, grifou-se.

⁸⁹⁶ BRASIL. STJ, REsp 1.089.720, item 3 da ementa.

⁸⁹⁷ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, pp. 85-86.

⁸⁹⁸ ALEXY, 1993, pp. 71 e 535; MITIDIERO, 2016, p. 104; GRAU, 2006, p. 85.

⁸⁹⁹ GUASTINI, 2011, pp. 39 e 52-53; MARINONI; ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, p. 869.

do poder do intérprete, pois **a decisão não é um ato puramente lógico, envolvendo também a opção entre valores**⁹⁰¹.

Não é racional cumular a definição e o controle com a aplicação do Direito⁹⁰², nem na esfera constitucional – Jurisdição Constitucional -, nem na esfera legal – Jurisdição Federal. A definição e o controle do Direito pertinem, no sistema do CPC/15, às Cortes Supremas ou de Precedentes, enquanto a aplicação do Direito aos fatos *sub judice*, bem como a maturação (*ripeness*) da discussão das questões jurídicas, fornecendo propostas interpretativas às Cortes Supremas, pertencem às Cortes de Justiça⁹⁰³.

2.3.1. Jurisdição ordinária no novo CPC

A jurisdição ordinária é exercida pelas Cortes de Justiça, gênero no qual se incluem os Juízes de primeiro grau que compõem a justiça estadual, federal e do trabalho⁹⁰⁴, bem como os Tribunais de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais Regionais do Trabalho⁹⁰⁵.

A busca da decisão justa é tarefa tão somente das Cortes de Justiça, que se preocupam com a aplicação do direito aos casos concretos, contrapondo-se às Cortes Supremas ou de Precedentes, cuja preocupação não é com a justa aplicação do direito a um caso, mas com a interpretação adequada e isonômica, delimitada por meio de precedentes⁹⁰⁶. Às Cortes de Justiça compete a fase ordinária do processo, que visa à obtenção de uma decisão justa e a sua adequada e tempestiva efetivação⁹⁰⁷.

As Cortes de Justiça, exatamente por serem voltadas ao caso, têm enfoque retrospectivo, exercendo controle por meio de recursos ordinários sobre as causas decididas em primeira instância e, por meio de outros *recursos* como o agravo interno e de *técnicas processuais* como o prosseguimento do julgamento da apelação quando o resultado não for unânime (CPC/15, art. 942, que substituiu os embargos infringentes)⁹⁰⁸, sobre decisões de

⁹⁰⁰ MITIDIERO, 2016, p. 80; GUASTINI, 2010, cap. VI; ALEXY, 1993, pp. 48, 70-75, 80, 95-98.

⁹⁰¹ MITIDIERO, 2016, p. 85; GRAU, 2006, p. 55; ALEXY, 1993, pp. 407-408.

⁹⁰² REVERBEL, 2012, p. 74.

⁹⁰³ MITIDIERO, 2016, p. 145. MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. II, p. 545.

⁹⁰⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TRIBUNAL PLENO. **Res. 203/2016**, art. 3º, XXIII, XXV, XXVII; art. 7º, art. 8º e art. 15.

⁹⁰⁵ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. II, p. 74.

⁹⁰⁶ MITIDIERO, 2014, pp. 32-33.

⁹⁰⁷ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. II, p. 145.

⁹⁰⁸ HIDALGO, Daniela Boito Maurmann & ETCHEVERRY, Ana Luísa Martins. Anotações aos arts. 926 a 946. In. MELLO, Rafael Corte (org.); GIORGI JR., Romulo Ponticelli (org.) & SILVA, Jaqueline Mielke

órgãos monocráticos ou fracionários do próprio Tribunal, visando uniformizar a jurisprudência e buscar um mínimo de segurança jurídica provisória enquanto não se define o precedente na Corte Suprema⁹⁰⁹.

Outra importante função das Cortes de Justiça é a de amadurecer a discussão (*ripeness*) de teses jurídicas, fomentando o debate a respeito das interpretações viáveis⁹¹⁰. **Nas Cortes de Justiça a interpretação é o meio** necessário para a aplicação do Direito aos casos *sub judice* para a obtenção de uma decisão de mérito justa e efetiva para a tutela dos direitos das partes⁹¹¹.

A jurisdição ordinária envolve a aplicação do direito aos fatos, das normas infraconstitucionais às circunstâncias do caso, a tutela do direito da parte e a aplicação de uma decisão política fundamental⁹¹². Essas são as atribuições das Cortes de Justiça no CPC/15, tendo sido separadas com clareza da função das Cortes Supremas⁹¹³.

2.3.2. Jurisdição constitucional no novo CPC

A concepção dos tribunais superiores brasileiros como cortes supremas ou de vértice é uma das características fundamentais do CPC/15, reconhecendo-se expressamente a função normativa do Judiciário, exercida através da promulgação dos precedentes e das súmulas⁹¹⁴.

A função das Cortes Supremas é delimitar textos normativos, reduzindo sua ambiguidade, e determinar quais fatos são abrangidos pela norma objeto da *ratio decidendi*, reduzindo a vagueza da lei e outorgando a interpretação adequada ao direito por meio da formação de **precedentes**⁹¹⁵ **aprovados** pelo órgão julgador, **promulgados** pelo Relator e **publicados** pelo Tribunal.

Nas Cortes Supremas, a interpretação é o fim próprio da sua atividade de elaboração de precedentes e de tutela do Direito Objetivo⁹¹⁶. Devem conferir unidade ao

(prefácio). **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Charleston, SC, EUA: Create Space Independent Publishers Platform, 2015, p. 489-502, especialmente p. 500.

⁹⁰⁹ MITIDIERO, 2016, pp. 87 e 91.

⁹¹⁰ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. II, p. 545.

⁹¹¹ MITIDIERO, 2016, pp. 88-89.

⁹¹² GIORGI JR., 2015a, pp. 48-50.

⁹¹³ MITIDIERO, 2016, pp. 85-104 e 145-146.

⁹¹⁴ MACEDO, Elaine Harzheim. Anotações aos artigos 926 a 946. In: Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio Grande do Sul. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Porto Alegre: Escola Superior de Advocacia do Rio Grande do Sul, 2015, pp. 692-705, especialmente p. 694.

⁹¹⁵ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. II, p. 549.

⁹¹⁶ MITIDIERO, 2016, pp. 88-89.

Direito, solucionando casos que sirvam como precedentes para guiar a interpretação futura e evitar a insegurança jurídica⁹¹⁷ decorrente da arbitrariedade.

Sua atividade é **prospectiva**, pois buscam guiar as futuras decisões das Cortes de Justiça, assim como a atuação da Administração Pública e da sociedade civil⁹¹⁸.

Os precedentes são formados no STF, no STJ⁹¹⁹ e no TST⁹²⁰. Excepcionalmente, quando a discussão envolver normas estaduais e municipais interpretadas à luz da Constituição do Estado, o Tribunal de Justiça exercerá a função de Corte Suprema (CRFB, art. 125, § 2º).

A jurisdição constitucional envolve o controle do próprio Direito, o controle e a interpretação de atos normativos perante a Constituição e a aplicação de valores fundamentais⁹²¹. Todas essas funções pertinem às Cortes Supremas, tendo sido separadas, no CPC/15, das atribuições das Cortes de Justiça⁹²².

⁹¹⁷ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. II, p. 609.

⁹¹⁸ MITIDIERO, 2016, p. 91.

⁹¹⁹ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO afirmaram, em uma leitura inicial do CPC/15 (2015b, p. 609), que apenas o STF e o STJ formam precedentes.

⁹²⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TRIBUNAL PLENO. **Res. 203/2016**, art. 15. O atendimento à exigência legal de fundamentação das decisões judiciais (CPC, art. 489, § 1º) no Processo do Trabalho observará o seguinte:

I – Por força dos arts. 332 e 927 do CPC, adaptados ao Processo do Trabalho, para efeito dos incisos V e VI do § 1º do art. 489 considera-se “precedente” apenas:

- a) o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos (CLT, art. 896-B; CPC, art. 1.046, § 4º); [...]
- d) tese jurídica prevalecte em Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (CLT, art. 896, § 6º);
- e) decisão do plenário, do órgão especial ou de seção especializada competente para uniformizar a jurisprudência do tribunal a que o juiz estiver vinculado ou do Tribunal Superior do Trabalho.

⁹²¹ GIORGI JR., 2015a, pp. 48-50.

⁹²² MITIDIERO, 2016, pp. 85-104 e 145-146.

3. EVOLUÇÃO INTERPRETATIVA E PROCESSUAL

Savigny desenvolve sua metodologia sob o pressuposto de que tanto o Direito como os seus conceitos concretos poderiam ser comparados a um organismo⁹²³, tendo a organicidade do direito quatro funções: paralelo cientificista entre a evolução do direito e a biologia, caráter natural e espontâneo dos processos de produção normativa, natureza concreta e específica de cada ordenamento e unidade sistemática do Direito⁹²⁴.

Com a Jurisprudência dos Conceitos, o Direito é conduzido a uma abstração excessiva, centrada em regras da lógica formal, afastando-se completamente da realidade social⁹²⁵.

Chiovenda traz as ideias do Pandectismo para o processo, abstraindo a relação processual da natureza do direito material tutelado, adotando a visão cientificista-organista e a pirâmide de conceitos desenvolvida no século XIX como fica visível nos trechos abaixo:

Figuremos ser, como organismo social, tan nerviosamente celosos de la observancia de la Ley, que pongamos en movimiento, sin petición de la parte [...] un derecho cualquiera [...] Pero de este mundo imaginario escaparía la idea de acción, tomada aquí como el derecho de obrar correspondiente al particular para la defensa de aquel derecho no satisfecho. [...] La voluntad del particular no está frente a la voluntad colectiva simplemente como una condición de concretarse; ya que la voluntad colectiva aunque se haya hecho concreta sigue siendo, en cuanto a su satisfacción, [...] una voluntad condicionada [...] Existe, pues, en el particular “*el poder jurídico de convertir en incondicionada la voluntad de la ley respecto a su actuación*” o, en otros términos, “*el poder jurídico de realizar la condición para la actuación de la voluntad de la ley*”. Esto y no otra cosa entendemos que es la acción⁹²⁶.

Ahora bien, el derecho a la sentencia favorable, y, respectivamente, a la ejecución, al secuestro y actos similares de tutela jurídica, es lo que bajo el nombre de “derecho a la tutela jurídica” (*Rechtsschutzanspruch*) la moderna doctrina procesal germánica, por la autoridad especialmente de WACH ha puesto como uno de sus fundamentos⁹²⁷.

O Estado Social Contemporâneo necessita de um direito processual eficiente⁹²⁸, decorrência direta do reconhecimento, desde 1919, de funções assistenciais pelo Estado⁹²⁹. No ESC há Direitos Fundamentais de caráter positivo, que exigem ação estatal tempestiva. Os direitos fundamentais de segunda dimensão, por exemplo, envolvem o reconhecimento do direito a prestações sociais e à dimensão material da igualdade, bem como da insuficiência da igualdade formal em várias situações jurídicas no Estado Social Contemporâneo⁹³⁰.

⁹²³ LARENZ, 1997, p. 6 e 21-23.

⁹²⁴ CHIASSONI, 2009, pp. 185-186.

⁹²⁵ LARENZ, 1997, p. 24 e 28-29.

⁹²⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Ensayos de Derecho Procesal Civil** (1904). Tradução de Santiago Sentís Melendo da 3ª edição italiana, de 1930. Prólogo de Eduardo J. Couture. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America e Bosch, 1949, v. I, pp. 5-7, grifos do original.

⁹²⁷ CHIOVENDA, 1949, v. I, p. 14.

⁹²⁸ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. I, pp. 39, 84-85, 87, 124-125, 132-133, 156 e ss., 216, 219 e ss., 223 e ss. e 248; v. II, p. 754.

⁹²⁹ SOUZA JR., 2002a, p. 69.

⁹³⁰ SARLET, MARINONI & MITIDIERO, 2012, pp. 261-262.

Ademais, o processo, enquanto atividade jurídica, envolve a aplicação de normas, que depende de sua prévia interpretação. O Estado Social Contemporâneo caracteriza-se pela utilização, ao lado das normas-regras, de normas-princípio⁹³¹, viabilizando, por interpretações neoconstitucionalistas de textos normativos, decisões completamente arbitrárias, embasadas em direito internacional ou até no sentimento pessoal de justiça do Juiz ordinário⁹³².

A utilização concomitante de visões novecentistas tanto do processo como da interpretação e da aplicação do Direito inviabilizam tanto a obtenção de tutela adequada e tempestiva aos Direitos Fundamentais como a segurança jurídica.

3.1. Evolução processual

3.1.1. Vinculação de Chiovenda, de Carnelutti e da primeira fase de Calamandrei ao Estado Liberal Clássico

Com CHIOVENDA (1872-1937) a abstração da ação era completa, separando a tutela processual do direito a ser tutelado. Essa abstração, aliada à concepção declaratória da atividade jurisdicional⁹³³ manteve-se fiel ao positivismo clássico⁹³⁴, instrumentando o Estado Liberal Clássico.

O tempo do processo, para CHIOVENDA, não era visto como essencial, a execução provisória era extremamente excepcional e a tutela inibitória voltava-se basicamente contra o Juiz que autorizasse a execução provisória fora dos casos excepcionais⁹³⁵. O processo de conhecimento visava, independentemente da natureza do direito tutelado, à obtenção de uma mera declaração, pois

A grande divisão dos direitos em direitos *visantes a uma prestação e direitos potestativos* [...] corresponde [...] a partição das sentenças em sentenças de *condenação* e sentenças constitutivas. [...]

Num e noutro caso, deve a sentença certificar a existência do direito, como preparação à obtenção do bem; por isso, **a sentença de condenação e a constitutiva equivalem, antes e acima de tudo, a sentenças de declaração**⁹³⁶.

⁹³¹ SOUZA JR., 2002a, p. 113; ÁVILA, 2015, pp. 147-148.

⁹³² BARROSO, 2013, pp. 304-310.

⁹³³ CHIOVENDA, 1949, v. I, pp. 18-19.

⁹³⁴ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. I, pp. 40-42.

⁹³⁵ CHIOVENDA, 1949, v. III, pp. 79 e ss., 86 e ss.

⁹³⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução da 2ª edição italiana, de 1933, por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas de Enrico Tullio Liebman, com introdução de Alfredo Buzaid. São Paulo: Saraiva, 1965, v. I: Os conceitos fundamentais. A doutrina das ações, pp. 182-183.

Para CARNELUTTI (1879-1965), as *estructuras* eram determinadas pela *função*, de modo claro e unívoco na relação entre a função jurisdicional e a estrutura voltada ao processo de conhecimento, assim como entre a função executiva e a estrutura voltada ao processo de execução. Dessa forma, CARNELUTTI mantém tanto o caráter declaratório como abstrato do processo de conhecimento, ao menos como regra. Nas funções cautelar e imprópria, entretanto, estariam presentes tanto as estruturas de conhecimento como as de execução⁹³⁷.

Nas funções cautelar e imprópria CARNELUTTI aceita que as sentenças fossem dotadas de algum grau de eficácia imediata, como a que declara o sequestro ou a interdição, que pertenceriam ao processo de conhecimento, mas não ao jurisdicional. Isso demonstra que, para CARNELUTTI, sentenças que além de autossuficientes (como as declaratórias) produzissem mudanças no plano dos fatos não eram consideradas jurisdicionais⁹³⁸.

Nesse contexto, a visão de CARNELUTTI acerca da jurisdição, centrada em uma lenta cognição, seguida de execução apenas posterior, sob pena de desnaturar a atividade jurisdicional, como se pode ver nos trechos abaixo, é completamente inadequada no Estado Social Contemporâneo⁹³⁹.

Según la función, los tipos de proceso son tres: *jurisdiccional, ejecutivo y cautelar*, a los que cabe agregar un cuarto: el proceso *improprio*. Y como la función determina la estructura, es natural que cada uno de esos tipos tenga sus características estructurales. Pero si dichas características se consideran en conjunto, aparece que se diferencian según que el oficio actúe sobre el litigio para *conocer* o para *transformar* la realidad. Estos dos tipos reciben los nombres de proceso de *conocimiento* y de proceso de *ejecución*. [...] la cuádrupartición del proceso en *jurisdiccional, ejecutivo, cautelar y improprio* se refiere a la función, mientras que la bipartición en proceso de *conocimiento* y proceso de *ejecución* concierne a la estructura⁹⁴⁰.

O vínculo de CARNELUTTI com o cientificismo, próprio da Jurisprudência dos Conceitos, é visível na sua concepção do processo como uma realidade completamente separada da sociedade, de forma que o tempo de tramitação é pouco mais do que um elemento teórico. O objeto do interesse, assim como da lide, é definido com um bem⁹⁴¹, considerado em abstrato. A tutela jurisdicional independe, no processo de conhecimento carneluttiano, da natureza do bem. Em geral essa natureza não determina nem o tempo nem a forma da tutela, pois a separação do direito material e processual permanece quase absoluta.

Lo que yo pienso que se puede expresar correctamente diciendo que mientras en el proceso de conocimiento el bien, que constituye el objeto del litigio, por lo general queda fuera de él, cuando no deba servir de prueba; en cambio, forma siempre parte

⁹³⁷ CARNELUTTI, Francisco. **Sistema de Derecho Procesal Civil**. Tradução de Nicieto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944, v. II: Composición del Proceso, pp. 1-2, tópico 117.

⁹³⁸ CARNELUTTI, 1944. v. II, p. 2, tópico 117.

⁹³⁹ MARONINI, ARENHARDT & MITIDIERO, v. I, pp. 27-28.

⁹⁴⁰ CARNELUTTI, 1944, v. II, p. 1, tópico 117.

⁹⁴¹ CARNELUTTI, 1944, v. II, p. 7, tópico 121.

de él cuando el proceso es de ejecución; **en efecto, en el primer caso el juez no opera sobre este bien** e en el segundo sí⁹⁴².

As preocupações com o custo do processo resolvem-se, para CARNELUTTI, com o custeio estatal do Poder Judiciário permitindo, em casos excepcionais, o pagamento das custas no final do processo⁹⁴³, novamente ignorando as demandas próprias do Estado Social Contemporâneo.

CARNELUTTI insiste em afirmar o modelo de juiz de Montesquieu, denominando o julgador de *empregado judicial*, imaginando-o submetido não apenas a *controle de ponto* como à *subordinação* e ao *respeito aos seus imaginários superiores hierárquicos*⁹⁴⁴, criando uma caricatura onde o Juiz ordinário seria ainda mais fraco do que no *Espírito das Leis*. A irrealdade destas considerações é evidente, assim como o seu efeito: o fortalecimento da concepção liberal clássica de juiz e de ordenamento⁹⁴⁵.

A primeira fase da obra de CALAMANDREI (1889-1956) permanece presa à visão de Chiovenda, como fica visível na sua afirmação do caráter declaratório da atividade jurisdicional.

Sembra oportuno soffermaci um momento a considerare un pó da vicino la natura processuale delle sentenze pronunziate dai giudici di equità, allo scopo di dimonstrare come **esse, non diversamente dalle sentenze dei giudici giusdicenti, abbiano carattere prettamente dichiarativo e non costitutivo**. [...]

Le sentenze pronunziate dalle giurisdizioni di equità hanno perciò, a differenza dei lodi emessi dagli arbitri amichevoli compositori, carattere prettamente dichiarativo, in quanto non mirano a dare al rapporto giuridico un regolamento diverso da quello che esso aveva finora, **ma mirano soltanto ad accertare in qual modo, prima e fuori del proceso, il rapporto controverso si travava già regolato** da quei principi di equità naturale, ai quali il legislatore ha attribuito in quel campo forza obrigatoria di diritto positivo⁹⁴⁶.

3.1.2. A atualização do processo com a segunda fase de Calamandrei e com Satta, Tarello, Cappelletti e Taruffo.

Com o tempo, CALAMANDREI passa a admitir o caráter constitutivo da atividade jurisdicional e o poder dos juízes, assim como a necessidade do seu controle em um Estado Social Contemporâneo, como se nota nos seus últimos artigos, em que defende a separação entre as Cortes de Justiça, categoria na qual inclui, infelizmente, a Corte de Cassação Italiana,

⁹⁴² CARNELUTTI, 1944, v. II, p. 573, tópico 330, grifou-se.

⁹⁴³ CARNELUTTI, 1944, v. II, pp. 111 e ss., tópicos 167 e ss.; pp. 115 e ss., tópicos 170 e ss.

⁹⁴⁴ CARNELUTTI, 1944, v. II, pp. 377-378, tópicos 273 e 274.

⁹⁴⁵ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. I, pp. 42-44.

⁹⁴⁶ CALAMANDREI, Piero. Il Significato Costituzionale delle Giurisdizioni di Equità (1920). In: _____. **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1968a, p. 3-51, especialmente pp. 27 e 31, grifou-se.

e a Corte Constitucional, defendendo a separação entre o controle e a interpretação do direito, de um lado, e sua mera aplicação, de outro.

Tra le Corte costituzionale e gli organi dell'Autorità giudiziaria non basta infatti quel rispetto meramente negativo dei propri limiti di competenza [...]⁹⁴⁷.

Se a qualcuno venisse in mente, per una certa apparente simmetria di posizioni, di fare un parallelo tra il modo con cui la legge è presa in considerazione dalla Corte costituzionale e dalla Corte di cassazione, non sarebbe esatto dire che tanto alla Corte di cassazione quanto alla Corte costituzionale la legge si presenta come *thema decidendum* in astratto, colla sola differenza che la Corte costituzionale la giudica per annullarla, **mentre la Corte di cassazione la giudica per interpretarla, In realtà mentre la Corte costituzionale giudica per annullarla erga omnes, la Corte di Cassazione giudica la legge per interpretarla inter partes**: il che significa che la sua interpretazione, anche se è enunciata in forma di massima, deve per forza esse sempre aderente al caso concreto, mentre la Corte costituzionale deve ignorare il caso concreto, dal quale ormai la legge, quando è sottoposta al sindacato costituzionale, deve considerarsi avulsa. **La Corte di cassazione è chiamata a risolvere il problema della relazione che passa tra la legge e il caso concreto; la Corte costituzionale è chiamata a risolvere il problema della relazione che passa tra la legge e la Costituzione**, e il caso concreto serve soltanto a procurarle la *occasione iniziale* che le permette di venire a contatto con questo problema⁹⁴⁸.

Na mesma época SATTA (1902-1975) adotava posição intermediária entre as concepções declaratória e constitutiva da jurisdição, admitindo a insegurança decorrente da concepção declaratória.

Il principio [di legalità] infatti sarebbe ugualmente rispettato se dovesse prevalere la regola contraria del diritto libero, poiché in ogni caso il giudice non farebbe che dichiarare il diritto nel caso concreto, no già emarerebbe norme generali ed astratte. La regola significa solo che il giudice nel suo giudizio deve osservare come un dato ineliminabile la norma giuridica regolatrice del caso concreto [...]. Nel vincolo del giudice rispetto al diritto si riflette il vincolo della parte rispetto al diritto medesimo [...] Questa indagine [sul error in iudicando] [...] dipende infatti da [...] soluzione dei gravi e delicati problema intorno alla posizione del giudici di fronte a norme [...] Attraverso l'esercizio dell'azione si tende alla dichiarazione del diritto come norma, sia pure con riferimento al caso concreto, o si tende all'affermazione e dichiarazione del diritto soggettivo (che si postula) garantito da una norma? Ridotto in questi termini, il problema, per chi voglia attenersi alla realtà, e non sostituirla con una sovrastruttura concettuale, non ammette altra soluzione che la seconda. Da questa soluzione deriva l'importantissima conseguenza che la norma (rispetto al giudizio invocato) è un elemento costitutivo del fatto, più precisamente che il fatto costitutivo del diritto risulta da una norma, la cui esistenza è invocata come fatto, e dal fatto concreto particolare, che si assume rispondente a quello ipotizzato dalla norma⁹⁴⁹.

TARELLO (1934-1987) apontava, já em 1957, a crise da concepção tradicional da segurança jurídica centrada em textos normativos⁹⁵⁰, o problema da inflação legislativa⁹⁵¹, das

⁹⁴⁷ CALAMANDREI, Piero. Corte Costituzionale e Autorità Giudiziaria (1956). In. _____. **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1968b, p. 610-654, especialmente p. 610.

⁹⁴⁸ CALAMANDREI, 1968b, p. 623, grifou-se.

⁹⁴⁹ SATTA, Salvatore. **Commentario al Codice di Procedura Civile**. Milão: Francesco Vallardi, 1959, v. I: disposições gerais, pp. 439-440, grifou-se.

⁹⁵⁰ TARELLO, Giovanni. **Sul Problema della Crisi del Diritto**. Torino: G. Giappichelli, 1957, pp. 15 e 17.

⁹⁵¹ TARELLO, 1957, p. 16.

concepções metodológicas anacrônicas⁹⁵² e das relações entre o Direito e as posturas morais e sociais⁹⁵³.

TARELLO não apenas deixa clara a vagueza e a ambiguidade dos textos normativos, que são apenas o ponto de partida do intérprete⁹⁵⁴, bem como a fundamental diferença entre a atividade daquele que interpreta (atividade interpretativa – *interpretazione-attività*) e o resultado da interpretação (*interpretazione-prodotto*), bem como o poder do intérprete e a necessidade do seu controle e de maior atenção à fundamentação⁹⁵⁵, analisando a evolução do modelo de juiz, o papel fundamental da visão de Montesquieu no desenvolvimento do liberalismo⁹⁵⁶ e a obsolescência desse modelo em relação ao Estado Social Contemporâneo⁹⁵⁷.

CAPPELLETTI (1927-2004) analisou, em 1970, a incompatibilidade da cumulação da jurisdição ordinária com a constitucional e a viabilidade de sua separação com o uso do *stare decisis*⁹⁵⁸ e a necessidade de especial atenção à fundamentação e ao controle do poder do Juiz, em face do evidente caráter discricionário da sentença⁹⁵⁹.

TARUFFO (1943-) trabalha com a comparação entre os modelos de processo romano-germânico-canônico e do *common law*, demonstrando que a oralidade nunca foi o traço distintivo entre os dois, assim como a aproximação entre as concepções de *contraditório* nos dois sistemas, a redução da frequência do *trial* e a influência recíproca das ideias bem-sucedidas em cada sistema⁹⁶⁰.

TARUFFO demonstra a necessidade da ampliação dos poderes instrutórios do Juiz, com a admissão de uma postura mais ativa desse no processo e a demonstração do seu caráter democrático⁹⁶¹, bem como a progressiva generalização das *astreintes* e de outras formas de compulsão ao cumprimento do Direito como meio para a promoção da legalidade no *Welfare State*⁹⁶², bem como o papel proativo e normativo das Cortes Supremas, que se diferencia

⁹⁵² TARELLO, 1957, pp. 39 e ss..

⁹⁵³ TARELLO, 1957, pp. 45 e ss.

⁹⁵⁴ TARELLO, 1980, pp. 101 e ss.

⁹⁵⁵ TARELLO, 1980, pp. 39 e ss., 42 e ss., 67 e ss.

⁹⁵⁶ TARELLO, 1976, pp. 259 e ss.

⁹⁵⁷ TARELLO, 1974, pp. 475 e ss.

⁹⁵⁸ CAPPELLETTI, 1999, pp. 76-77.

⁹⁵⁹ CAPPELLETTI, 1962, pp. 193-194.

⁹⁶⁰ TARUFFO, Michelle. Aspectos Fundamentais do Processo Civil de *Civil Law* e de *Common Law* (2002). In: _____. **Processo Civil Comparado**. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013a, p. 11-34.

⁹⁶¹ TARUFFO, Michelle. Poderes Probatórios das Partes e do Juiz na Europa (2006). In: _____. **Processo Civil Comparado**. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013b, p. 57-84, especialmente pp. 71 e ss.

⁹⁶² TARUFFO, Michelle. A Atuação Executiva dos Direitos: Perfis Comparados (1989). In: _____. **Processo Civil Comparado**. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013c, p. 85-116, especialmente pp. 88-90, 93, 95-98, 102-106, 113-116.

claramente do papel desempenhado pela jurisdição ordinária, que deve vincular-se aos precedentes⁹⁶³.

3.2. Evolução da interpretação brasileira

Com a admissão do poder discricionário dos intérpretes – judiciais, administrativos e privados -, que é inevitável no Estado Social Contemporâneo, pois o próprio rol dos direitos fundamentais depende de interpretação⁹⁶⁴, a *adscrição* de sentido aos textos normativos necessita da técnica dos precedentes vinculantes, sob pena de ineficácia dos direitos, de insegurança jurídica e de falta de controle da argumentação⁹⁶⁵.

A partir de textos equívocos e vagos, a aprovação de precedentes cria normas claras, que permitem conhecer o direito vigente no país. Para isso, o precedente necessariamente precisa ser vinculante e valer independentemente da concordância do intérprete com suas razões, sob pena de tornar-se mero exemplo e liberar o julgador para atribuir aos textos as mais absurdas interpretações⁹⁶⁶.

Não tem sentido falar-se em precedente contrário à norma, pois ele é a norma⁹⁶⁷. Pode-se falar em precedente contrário ao texto da norma, mas deve-se lembrar que todo precedente será contrário ao texto da norma, quando esta for interpretada sob um viés político contrário ao da *ratio decidendi*, pois toda interpretação envolve delimitação e, conseqüentemente, opções políticas⁹⁶⁸.

A função do precedente é a de atribuir aos **intérpretes institucionalmente autorizados a delimitação geral de textos equívocos e vagos**, aprovando normas que permitam o conhecimento do direito vigente no país.

A tripartição tradicional e arcaica de poderes, além de descrever quais são os poderes estatais, busca orientar a separação das funções do Estado, criando o mito de que o Juiz poderia limitar-se à aplicação de normas preexistentes nos textos normativos, sem qualquer interpretação⁹⁶⁹.

⁹⁶³ TARUFFO, Michelle. As Funções das Cortes Supremas. Aspectos Gerais (2013). In. _____. **Processo Civil Comparado**. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013d, p. 117-139, especialmente pp. 118-121, 123, 125, 130, 132, 135 e 137.

⁹⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 21.

⁹⁶⁵ MITIDIERO, 2016, p. 15. ALEXY, 1993, p. 23, 32, 519-520, 523, 530, 532, 535-541.

⁹⁶⁶ MITIDIERO, 2016, pp. 36-37.

⁹⁶⁷ ALEXY, 1993, pp. 71 e 535. MITIDIERO, 2016, p. 104. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação / Aplicação do Direito** (2002). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 85.

⁹⁶⁸ GRAU, 2006, p. 55. ALEXY, 1993, pp. 407-408.

⁹⁶⁹ MITIDIERO, 2016, p. 51.

Na concepção clássica, a Lei é vista como uma manifestação do povo e uma forma de comunicação entre o Estado e a sociedade civil como um todo⁹⁷⁰. Reconhecendo a inevitabilidade da interpretação, os Tribunais de Cassação são criados como formas de censura da interpretação **em cada caso**, atuando como censor dos juízes⁹⁷¹, como se fosse praticável ou mesmo possível o controle de toda e qualquer interpretação individualmente realizada, desenhando completamente a função **prévia** de controle do direito realizada pelas cortes de precedentes.

Fiel à visão de que a Lei não deveria ser interpretada e que a segurança jurídica seria possível com base apenas nos textos normativos, a Escola da Exegese recusou-se a admitir qualquer papel geral à jurisprudência⁹⁷². O Brasil permaneceu tempo excessivo preso à visão decorrente da Escola da Exegese e da Jurisprudência dos conceitos, bem como à linhas superadas de interpretação.

A interpretação no Brasil tem cinco períodos: 1º) até 1924 temos a vinculação à Escola da Exegese; 2º) de 1924 até 1953 temos a vinculação à jurisprudência dos conceitos, temperada pela influência de Jhering, em uma visão claramente pré-kelseniana; 3º) de 1953 até 1978 temos a teoria tridimensional de Miguel Reale; 4º) de 1978 até 2002 temos a visão de Tércio Sampaio Ferraz Júnior e 5º) desde 2002, com Eros Roberto Grau, Humberto Ávila, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, temos o ingresso paulatino do Brasil na interpretação contemporânea.

3.2.1. Até 1924 - Primeira fase: vínculo à Escola da Exegese

A primeira fase da interpretação no Brasil é marcada pela adesão direta à Escola da Exegese e pela consequente ficção de que o Juiz era desprovido de poder. O minúsculo *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*, de Francisco de Paula Batista, é representativo do período⁹⁷³. A pouca importância concedida à disciplina reflete-se na extensão da obra. Em formato pequeno, o conteúdo é coberto em apenas 59 páginas (páginas 7 a 65, seguidas do índice).

⁹⁷⁰ MITIDIERO, 2016, p. 52.

⁹⁷¹ MITIDIERO, 2016, p. 53.

⁹⁷² MITIDIERO, 2016, p. 57 e BONNECASE, Julien. **L'École de l'Exegese em Droit Civil**: Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthode d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants. 2. ed. Paris : E. de Boccard, 1924, pp. 128, 131-132 e 137-138.

⁹⁷³ BATISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de Hermenêutica Jurídica para uso das Faculdades de Direito do Império**. 3. ed. Recife: Livraria Acadêmica, 1872.

A adesão da obra à escola da exegese é evidente tanto pela defesa de um único sentido verdadeiro como pela vedação à interpretação nos casos em que a lei fosse clara⁹⁷⁴. Embora refira Savigny, elenca apenas três elementos de interpretação: o gramatical, o lógico e o científico. Confunde-se novamente ao chamar de científica a interpretação sistemática e a histórica de Savigny e colocar a análise da posição do texto dentro da lei no elemento lógico⁹⁷⁵. A *vontade da lei* é identificada com o pensamento e as previsões do legislador, e o Juiz é visto como escravo da lei e, portanto, desprovido de discricionariedade⁹⁷⁶.

3.2.2. De 1924 a 1953 - Segunda fase: vínculo à Jurisprudência dos Conceitos com influência de Jhering e visão pré-kelseniana.

A segunda fase da interpretação no Brasil é marcada pela da vinculação à jurisprudência dos conceitos, temperada pela influência de Jhering, em uma visão claramente pré-kelseniana. O marco desta fase é a obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, de Carlos Maximiliano, publicada em 1925. Carlos Maximiliano demonstra que a interpretação até então aplicada no país não havia compreendido a obra de Savigny, limitando-se excessivamente ao texto e à vontade do legislador⁹⁷⁷.

Sua obra busca amenizar os exageros da Escola da Jurisprudência dos Conceitos, aplicando os ensinamentos de Rudolf von Jhering sobre a evolução sociológica do direito, além de diferenciar princípios e regras e salientar o absurdo do brocardo *in claris cessat interpretatio*⁹⁷⁸. Sistematiza os métodos gramatical ou filológico, lógico e sistemático e teleológico. Expõe a importância do direito comparado, das disposições contraditórias, dos elementos históricos, das circunstâncias e fatores sociais que deram causa à aprovação da Lei⁹⁷⁹. Utiliza a visão de Jhering sobre os fins do direito e fala da crítica da norma quanto a sua constitucionalidade⁹⁸⁰.

Pontes de Miranda é outro autor típico dessa segunda fase da interpretação do direito no Brasil. No seu *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, Pontes defende claramente que o direito deve aperfeiçoar-se com uma ordem axiomática de conceitos científicos, embora

⁹⁷⁴ BATISTA, F., 1872, pp. 7-8 e 30.

⁹⁷⁵ BATISTA, F., 1872, pp. 13-15.

⁹⁷⁶ BATISTA, F., 1872, p. 36 e 61.

⁹⁷⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito** (1924). 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. X.

⁹⁷⁸ MAXIMILIANO, 2001, pp. X, 1 e 27-32.

⁹⁷⁹ MAXIMILIANO, 2001, pp. 87-134.

⁹⁸⁰ MAXIMILIANO, 2001, pp. 6-7.

admita a função do Direito como processo de adaptação social⁹⁸¹. Seguindo à risca os ensinamentos da Jurisprudência dos Conceitos, Pontes defende que a legislação deveria ser mínima, limitando-se a revelar, ao invés de criar o direito⁹⁸². Embora admita o papel criador do julgador, limita-o ao caso concreto. Admite que a lei permanece apenas como projeto, mas atribui o término da tarefa ao saber científico e ao conhecimento da verdade única, a partir dos conceitos gerais, que permitem a apreensão da vontade objetiva da lei⁹⁸³.

Essa segunda fase da interpretação jurídica brasileira, que ainda é muito influente na doutrina e na jurisprudência, está presa à teoria declaratória, imaginando que o Juiz meramente declara, na sentença, a vontade da lei, sem qualquer margem discricionária, exceto para pequenas adaptações de uma regra jurídica. A norma estaria contida no texto da lei, cabendo ao Juiz meramente *declarar* seu sentido unívoco. Essa visão é anterior à admissão, por Hans Kelsen, da existência de uma moldura com várias possibilidades interpretativas:

O fato externo que, de conformidade com o seu significado objetivo, constitui um ato jurídico (lítico ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade. [...] O que transforma esse fato num ato jurídico (lítico ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser, tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo essa norma. **A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras, o juízo em que se enuncia que um ato ou conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa**⁹⁸⁴.

Para Kelsen, a decisão judicial tem claro caráter constitutivo, como fica claro no trecho abaixo.

Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simplesmente “descoberta” do direito ou juris-“dição” (“declaração” do direito) neste sentido declaratório. A descoberta do direito consiste apenas na determinação

⁹⁸¹ MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito** (1922). 2. ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1972, v. I: Introdução à Ciência do Direito, introdução e partes I: Os Problemas Fundamentais, pp. 304-305 e 310.

⁹⁸² MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito** (1922). 2. ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1972, v. II: Introdução à Ciência do Direito, partes II e III: Crítica da Explicação e Elaboração do Direito e Normas de Direito, pp. 92-93.

⁹⁸³ MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito** (1922). 2. ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1972, v. IV: Investigação Científica e Intervenção na Matéria Social, p. 59, 149, 151, 157 e 219.

⁹⁸⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** (1ª ed. alemã 1934. 2ª ed. alemã 1960). 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a. (Boa parte desta obra foi publicada anteriormente na Tese de Livre Docência de Kelsen, *Hauptprobleme des Staatslehre, entwilcklung aus des Lehre vom Rechtssätze* – Problemas fundamentais da Teoria do Estado, desenvolvimento da Teoria das Proposições Jurídicas -, 1ª ed. alemã 1911. 2. ed. alemã 1923), p. 4, grifou-se.

da norma geral a aplicar no caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo⁹⁸⁵.

A admissão da natureza constitutiva do ato jurisdicional tem como consequência inevitável a admissão da existência e da necessidade dos precedentes.

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através de sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão criar o chamado precedente judicial, quer dizer, quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos⁹⁸⁶.

O Brasil nunca chegou a aplicar a visão kelseniana. As duas primeiras vertentes de interpretação são pré-kelsenianas. A terceira, a visão de Miguel Reale, embora avance consideravelmente, pressupõe a possibilidade da *descoberta da única interpretação correta* e a quarta, a de Tércio Sampaio Ferraz Jr., abandona qualquer preocupação com a segurança jurídica. Por fim, a linha atual, de Eros Roberto Grau, Humberto Ávila, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, supera Kelsen ao admitir a força normativa das normas-princípio e viabilizar o moderno Estado Democrático de Direito.

3.2.3. De 1953 a 1978 - Terceira fase: Miguel Reale e sua visão tridimensional do Direito

A terceira fase da interpretação no Brasil inicia em 1953, com a publicação da 1ª edição da obra *Filosofia do Direito*, de Miguel Reale e a divulgação da sua Teoria Tridimensional do Direito. REALE admite a existência de múltiplas escolhas possíveis, mas defende haver apenas uma solução correta, que poderia ser encontrada pela lógica do razoável⁹⁸⁷.

REALE admite a moldura interpretativa, a identidade entre a norma e a interpretação do texto da lei e, implicitamente, a distinção entre texto de norma e norma, mas não admite a natureza constitutiva da jurisdição nem analisa a necessidade de precedentes, pois continua a supor que o Juiz buscará a interpretação correta, vista como única, caracterizando as demais como ideológicas.

Nem é demais observar que a interpretação das regras jurídicas envolve sempre um *processo de estimativas*, e, por conseguinte, a aplicação do *método dialético* que correlaciona os elementos fático e normativo⁹⁸⁸.

Interpretar o direito é trabalho axiológico, e não puramente lógico, como se desenrolassem as consequências das leis mercê de simples dedução. A sentença de um juiz é também um trabalho estimativo, de compreensão axiológica, e não simples silogismo [...] ⁹⁸⁹.

⁹⁸⁵ KELSEN, 1998a, p. 264.

⁹⁸⁶ KELSEN, 1998a, pp. 277-278.

⁹⁸⁷ ANDRADE, Christiano José de. **Hermenêutica Jurídica no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 106.

⁹⁸⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito** (1953). 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 152.

⁹⁸⁹ REALE, 1999, p. 252.

Conforme o conceito que se tenha da justiça, a Política e o Direito comportarão esta ou aquela outra interpretação⁹⁹⁰.

A ligação de REALE com a teoria declaratória transparece em sua insistência na possibilidade do próprio texto da lei limitar, *per si*, a interpretação. O Juiz, como todo e qualquer ser humano, tende a utilizar o poder até o ponto em que encontra um óbice vinculante. Ao ignorar os problemas oriundos da ficção da vinculação ao texto da Lei, REALE acaba liberando os julgadores para a prolação da decisão que mais lhes aprouver, pois a eles caberá decidir quando a lei é omissa ou está em conflito com a realidade social. Ademais, **o principal problema para a segurança jurídica no Estado Social Contemporâneo é a escolha da norma aplicável ao caso concreto e a sua delimitação geral, ambas inviáveis sem o recurso aos precedentes.**

Dizemos, assim, que uma regra ou uma norma, no seu sentido autêntico, é a sua interpretação nas circunstâncias históricas e sociais em que se encontra no momento o intérprete. Isto não quer dizer que sejamos partidários do Direito Livre. **A doutrina do Direito Livre confere ao juiz o poder de elaborar regras particulares para cada caso concreto, quando a lei lhe parecer omissa ou em conflito com a realidade social.**

A regra vigente deve ser sempre uma baliza ao comportamento do juiz que, no entanto, não pode deixar de valorar o conteúdo de regras segundo uma tábua de estimativas em vigor no seu tempo⁹⁹¹.

Dos pontos de vista da Filosofia do Direito e da Teoria do Estado, a visão tridimensional do Direito de Miguel Reale, que salienta a necessidade de analisar fatos – e a dimensão social do Direito-, valores – e a dimensão axiológica do Direito - e normas para compreender o ordenamento nada tem de ultrapassada. Sua visão sobre a interpretação, entretanto, ao ignorar o papel dos precedentes, é inadequada para o Estado Social Contemporâneo, especialmente após a segunda guerra mundial, com o desenvolvimento das Cortes Constitucionais.

3.2.4. De 1978 a 2002 - Quarta fase: Tércio Sampaio Ferraz Jr. e a semiótica

A quarta fase da interpretação brasileira inicia com a publicação da *Teoria da Norma*, de Tércio Sampaio Ferraz Jr., em 1978. Trata-se de uma obra marcada pelo ataque direto e frontal ao conceito da segurança jurídica, abrindo o caminho para as interpretações neoconstitucionalistas.

FERRAZ JR. utiliza os conceitos da semiótica para desconstruir a moldura de Kelsen, alegando não haver qualquer limite à interpretação e defendendo abertamente o que entende serem as “vantagens” da insegurança jurídica. Engajado no ataque frontal à obra de Kelsen,

⁹⁹⁰ REALE, 1999, p. 278.

⁹⁹¹ REALE, 1999, p. 583.

atribui ao jurista austríaco posições absurdas, utilizando suas conclusões para a defesa de um direito praticamente aleatório.

FERRAZ JR. utiliza os termos *validade* e *eficácia* em seus sentidos habituais no Brasil, que diferem fundamentalmente dos de Kelsen, e os utiliza para apontar aparentes contradições na sua obra⁹⁹². Para o jurista austríaco, por exemplo, “*a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade*”⁹⁹³, pois ambas dependem de interpretação, o que é ignorado por FERRAZ JR.

A utilização de conceitos fundamentais – nulidade, anulabilidade, vigência, validade, eficácia e efetividade – com sentidos variados, distintos e frequentemente opostos aos dos autores por ele referidos é uma constante na obra de FERRAZ JR., permitindo-lhe a desconstrução da segurança jurídica⁹⁹⁴ ao atacar diretamente a própria função da Constituição enquanto parâmetro de controle, pois entende que o confronto entre norma geral e particular não seria suficiente para a análise da validade⁹⁹⁵.

FERRAZ JR. ataca o uso dos planos da existência, validade e eficácia, identificando a validade constitucional na avaliação do que chama de efetividade – produção de efeitos na sociedade – desnaturando completamente a função e o parâmetro de controle de constitucionalidade⁹⁹⁶. A conclusão é a diluição do direito e da sua imperatividade em uma análise sociológica, admitindo aplicações distintas pelo que chama de *contrabalanço* de regulamentação, feito por cada intérprete (juiz, administrador ou cidadão), pois a sociedade teria meios de controle⁹⁹⁷. Identifica a imperatividade do direito com uma postura ideológica, apesar de salientar a ambiguidade do termo ideologia⁹⁹⁸.

3.2.5. Desde 2002 - Quinta fase: Interpretação brasileira contemporânea

Em 2002⁹⁹⁹, com a publicação de *Ensaio sobre Interpretação e Aplicação do Direito*, de Eros Roberto Grau, o Brasil ingressa finalmente na interpretação contemporânea, que

⁹⁹² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa (1978). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 97-100.

⁹⁹³ KELSEN, 1998a, p. 308.

⁹⁹⁴ FERRAZ JR., 2006 pp. 99 e ss.

⁹⁹⁵ FERRAZ JR., 2006, pp. 103-105.

⁹⁹⁶ FERRAZ JR., 2006, pp. 113 e ss.

⁹⁹⁷ FERRAZ JR., 2006, pp. 127, 131, 133 e ss. e 138-139.

⁹⁹⁸ FERRAZ JR., 2006, pp. 149-159.

⁹⁹⁹ Essa obra foi antecedida pelo ensaio crítico de J. J. Calmon de Passos, publicado em 2000, que, embora não verse sobre interpretação, adere claramente à linha contemporânea, como se percebe em várias partes de sua obra, e.g.: “O Direito é o que dele faz o processo de sua produção. Isso nos adverte que o Direito nunca é algo dado, pronto, preestabelecido ou pré-produzido, cuja fruição é possível mediante simples

admite claramente a distinção entre norma e texto de norma, a função constitutiva da decisão jurisdicional, a vigência e o papel dos princípios constitucionais e a necessidade de precedentes, pois toda interpretação envolve uma postura ideológica e exercício de poder, necessitando de controle.

Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico¹⁰⁰⁰.

[...] ainda que os princípios o vinculem, a neutralidade política do intérprete só existe nos livros¹⁰⁰¹.

A interpretação, destarte, é meio de expressão dos *conteúdos normativos* das disposições, meio através do qual pesquisamos as *normas* contidas nas *disposições*. [...] As normas, portanto, resultam da interpretação¹⁰⁰².

No ano seguinte – 2003 – Humberto Ávila publica sua *Teoria dos Princípios*, na qual salienta a importância dos princípios e a necessidade de sua observância conjunta com as regras, bem como de critérios de controle da interpretação.

A única hipótese de atribuir “prevalência” a um princípio constitucional em detrimento de uma regra constitucional seria a de ser constatada uma razão extraordinária que impedisse a aplicação da regra. [...] Rigorosamente, porém, seria mais correto falar em inexistência de conflito, pois não haveria duas normas finalmente aplicáveis, mas uma só, ao contrário do que aconteceria num autêntico conflito [...]¹⁰⁰³

O modelo ora apresentado demonstra que um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle do poder. E um sistema só de regras, aplicada de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos¹⁰⁰⁴.

Em 2011 Humberto Ávila publica obra fundamental para a compreensão da interpretação e do seu papel no Brasil, *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*, na qual elenca os elementos da segurança jurídica no Estado Social Contemporâneo. A segurança jurídica exigiria um direito cognoscível, estável, confiável e efetivo¹⁰⁰⁵. Como salienta ÁVILA:

[...] a segurança jurídica foi conceituada como uma norma-princípio que exige dos três Poderes a adoção de comportamentos que contribuem mais para a existência, em benefício dos contribuintes e na sua perspectiva, de um elevado estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade no Direito, **centrado na**

utilização do já feito e acabado. O Direito é produzido em cada ato de sua produção e subsiste com sua aplicação e somente é enquanto está sendo produzido ou aplicado” (PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 25). Calmon de PASSOS não pode, entretanto, ser entendido como o introdutor da moderna hermenêutica no Brasil, pois sua obra apresenta pontos contraditórios, ainda presos à vetusta visão declaratória do ato jurisdicional (PASSOS, 2000, p. 88).

¹⁰⁰⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação / Aplicação do Direito** (2002). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 40.

¹⁰⁰¹ GRAU, 2006, p. 55.

¹⁰⁰² GRAU, 2006, p. 85.

¹⁰⁰³ ÁVILA, 2015, p. 131.

¹⁰⁰⁴ ÁVILA, 2015, pp. 147-148.

¹⁰⁰⁵ ÁVILA, 2011, pp. 106-128.

controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstruídas de normas gerais e individuais [...]

[...] a segurança jurídica é um *princípio* que, exercendo várias funções eficazes e argumentativas relativamente a normas que lhe são *supra* e *infraordenadas*, serve de *pressuposto funcional* para a produção e para a aplicação do Direito, não podendo ser jamais integralmente afastado¹⁰⁰⁶.

Faltava o desenvolvimento, no direito brasileiro, do controle jurídico-racional das estruturas argumentativas no que pertine ao controle da fundamentação pela técnica dos precedentes. Esta tarefa foi iniciada Luiz Guilherme Marinoni, em 2010, com a obra *Precedentes Obrigatórios*, complementa por Daniel Mitidiero, em 2013, com *Cortes Superiores e Cortes Suprema* e, em 2016, com a obra *Precedentes: da Persuasão à Vinculação*.

Em 2010, em *Precedentes Obrigatórios*, MARINONI demonstrou a irracionalidade da decisão díspar em casos análogos e a necessidade do controle da fundamentação e da utilização de precedentes para a redução do arbítrio, a garantia da imparcialidade e a promoção da igualdade¹⁰⁰⁷. Em 2013, MITIDIERO demonstrou a superação da teoria declaratória da jurisdição, vinculada à visão de cortes superiores e às concepções de cassação e de controle caso a caso, demonstrando a necessidade da adoção do modelo de cortes supremas no Estado Social Contemporâneo¹⁰⁰⁸.

Em 2016, em *Precedentes: da Persuasão à Vinculação*, MITIDIERO aprofundou o estudo iniciado em *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, deixando claro que a admissão de que a norma é o fruto da interpretação exige a aceitação de precedentes vinculantes, pois a vinculação decorre da própria norma, assim como da autoridade do intérprete institucional, que cria normas gerais e abstratas ao determinar qual, dentre as várias normas possivelmente incidentes em uma determinada questão jurídica, regulamenta o caso e qual o seu conteúdo específico.

Devidamente distinguidas as funções das Cortes Supremas das Cortes de Justiça [...] fica fácil perceber que a função dessas Cortes de modo nenhum pode ser identificada com a de *uniformização*. E isso porque a uniformização pressupõe justamente *tornar uniforme algo que a princípio não o é*, o que exige atar a tarefa dessas Cortes à finalidade de controle de casos. [...] Quando se pensa no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça como cortes de interpretação e de precedentes, contudo, a partir do momento em que esses tribunais dão determinada interpretação, constitui *grave infelicidade ao direito* deixá-la de lado. [...] Devem [as cortes de precedentes] *dar unidade ao direito* a partir da solução de casos que sirvam como precedentes para **guiar a interpretação futura do direito** pelos demais juízes [...] uniformizar é tarefa das Cortes de Justiça¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁶ ÁVILA, 2011, pp. 659-660, grifou-se.

¹⁰⁰⁷ MARINONI, 2016, pp. 129 e 149-150.

¹⁰⁰⁸ MITIDIERO, 2014, pp. 32-33, 41, 55, 64 e 105.

¹⁰⁰⁹ MITIDIERO, 2016, p. 93.

Hoje em dia, técnicas que obtenham sucesso impõem-se pela racionalidade e cruzam fronteiras. Assim como na cultura e na ciência em geral, a cultura jurídica e a ciência do Direito adotam sofrem inevitável influência da evolução do conhecimento humano em geral e do conhecimento jurídico em especial¹⁰¹⁰. Dessa forma, da inevitável admissão da juridicidade da Constituição e dos princípios decorre uma maior amplitude de liberdade interpretativa, exigindo controle, sob pena de eliminação da segurança jurídica. Se a interpretação é evidentemente orientada política e ideologicamente¹⁰¹¹ e a norma é o resultado do processo interpretativo, o vínculo aos precedentes nada mais é do que o vínculo ao Direito.

3.2.6. Mutação constitucional e o CPC/15

O novo CPC, ao centrar a interpretação e a aplicação do texto constitucional no método de precedentes, provoca uma das mais profundas alterações no sistema constitucional brasileiro desde 1891. Trata-se de profunda mutação constitucional pela via da interpretação.

Como dizem Anna Cândida Ferraz e Cândido Rangel Dinamarco:

é possível afirmar **que todos os métodos interpretativos** examinados [gramatical, lógico – histórico, teleológico e sistemático – analógico, evolutivo, a construção constitucional, que inclui critérios de natureza política e os métodos modernos de interpretação constitucional – método integrativo ou científico-espiritual e o método interpretativo de concretização], cada qual dentro dos seus contornos e considerados os limites em que atuam, **podem ensejar mudanças constitucionais** de maior ou menor amplitude¹⁰¹².

Apesar da separação dos *Poderes* do Estado [...], a interpretação judicial tem sido apontada como instrumento de mutação constitucional [...] ¹⁰¹³.

Dessa forma, entendemos que foi, de fato, propiciada, pelo CPC/15 a oportunidade de uma profunda alteração nas características ideológicas que regem o sistema processual vigente em nosso país.

A efetivação desta mudança, entretanto, evidentemente não depende apenas do texto do novo Código. Embora haja precedentes vinculantes no Direito Brasileiro antes do CPC/15 (pelo menos no que pertine ao Controle Concentrado – CRFB, art. 102, § 2º e Lei 9.868/99,

¹⁰¹⁰ TARUFFO, Michele. Il Processo Civile di Civil Law e di Common Law: Aspetti Fondamentali. In: _____. **Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile**. Bologna: Il Mulino, 2002, pp. 67-97, especialmente pp. 91-92 e 96.

¹⁰¹¹ GRAU, 2006, p. 55. MITIDIERO, 2016, p. 73. REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 3, 22, 31, 67, 107, 111, 113 e ss. e 121.

¹⁰¹² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**: Mutações Constitucionais e Mutações Institucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 53, grifamos.

No mesmo sentido DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais**: Teoria e Prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 200.

¹⁰¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo** (1987). 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44.

art. 28, parágrafo único e Lei 9.882/99, art. 10, *caput* e § 3 e às Súmulas Vinculantes – CRFB, art. 103-A e Lei 11.417/2006, art. 2º, *caput* e § 3º), o uso de precedentes ainda é uma exceção.

A adoção de sistemas de precedentes em países vinculados ao sistema romano-germânico-canônico tem sido acompanhada de transformações culturais e de reformas institucionais que, com o tempo, viabilizam o pleno desenvolvimento dos efeitos vinculantes das decisões proferidas pelas Cortes Supremas¹⁰¹⁴.

Enquanto obra coletiva, é evidente que partes distintas do CPC/15 tem orientação ideológica variada. O Novo Código, enquanto norma, é um fenômeno sociológico, libertando-se da vontade dos seus criadores¹⁰¹⁵.

A interpretação harmônica e integrada do CPC/15 pressupõe o modelo de Corte Suprema

O modelo da Corte Suprema, nessa linha, assume como pressuposto teórico o Direito como uma prática argumentativa, cujo significado não preexiste precisamente ao momento de interpretação dos enunciados jurídicos e que demanda do intérprete uma série de individualizações, valorações e escolhas entre significados ao longo do processo interpretativo. Como o produto da interpretação pode ter mais de um significado, é tarefa da Corte Suprema *tutelar o Direito* não só pela *definição do significado mais adequado* que a ele deve ser dado mediante a *interpretação*, mas também velar pela própria *adequação do método empregado para interpretação*. O modelo de Corte Suprema, portanto, tutela o Direito tanto pela *definição do resultado da interpretação* (“*interpretazione-prodotto*”) como pela *atenção à adequação do processo interpretativo* (“*interpretazione-attività*”). Daí a compreensão da Corte Suprema como uma Corte voltada para *tutela do Direito* mediante a sua *adequada interpretação*¹⁰¹⁶.

Uma teoria jurídica que pressupõe que a *norma é a interpretação da norma*, que todos devem ser tratados de *forma isonômica* perante o Direito e que é preciso promover a *cognoscibilidade*, a *estabilidade*, a *confiabilidade* e a *efetividade* das normas como condição para que possa existir *liberdade de autodeterminação* não pode sustentar a inexistência de *precedentes vinculantes*¹⁰¹⁷.

O jurista brasileiro terá de abandonar a ficção do sentido unívoco da norma, que tem permitido a escolha arbitrária de qualquer conteúdo, utilizando textos de norma interpretados criativamente (ou pelo menos de forma distinta da adotada no STF e no STJ), como pretexto para justificar o puro e simples arbítrio (ou corrupção) e admitir a importância da interpretação.

O trecho abaixo, de Daniel MITIDIERO, é de uma clareza exemplar neste sentido.

¹⁰¹⁴ FERRERES COMELLA, Víctor. Sobre la Posible Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia. In. _____ & Xiol, Juan Antonio. **El Carácter Vinculante da la Jurisprudencia**. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 43-80, especialmente p. 43.

FERRERES COMELLA refere a Espanha, a França e a Alemanha como exemplos de países que fizeram estas transformações culturais e institucionais, salientando que a transição foi mais suave na Alemanha e mais conturbada na Espanha e na França. (2009, pp. 63-72 e 76 e ss).

¹⁰¹⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito** (1924). 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 15-16, § 23.

¹⁰¹⁶ MITIDIERO, 2014, p. 64, grifos do original.

¹⁰¹⁷ MITIDIERO, 2014, p. 105, grifos do original.

A superação do cognitivismo interpretativo e da figura do *juge inânime* na doutrina brasileira, porém, reconhecendo-se a *adscrição* de sentido na tarefa jurisdicional interpretativa *standard*, impõem que o problema da vinculação ao direito se coloque e resolva-se em outros termos¹⁰¹⁸.

No mesmo sentido, mas do ponto de vista da teoria da interpretação, leciona o italiano

Riccardo GUASTINI.

Las normas, o mejor dicho, las formulaciones normativas, pobrecitas, son inertes, no hacen nada: se dejan derogar, pero no se derogan por sí mismas. Como la hermosura no está en las cosas, sino en los ojos de quien mira, la derrotabilidad no está en las normas, sino en las actitudes de los interpretes. [...]

Interpretar los textos normativos (y, más aún, decidir controversias) no es conocer el derecho, sino contribuir a hacerlo. [...] En fin, describir el derecho no es interpretar los textos normativos, sino sobre todo dar cuenta de la **interpretación** “vigente”¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁸ MITIDIERO, 2016, p. 80, grifos do original.

¹⁰¹⁹ GUASTINI, 2010, cap. VI, grifamos.

4. MODELO DE CORTES SUPREMAS E SEGURANÇA JURÍDICA

Da concepção constitutiva da decisão jurisdicional¹⁰²⁰, adotada claramente no CPC/15¹⁰²¹, decorre naturalmente tanto o reconhecimento do precedente como fonte formal do direito como o seu caráter vinculante, pois a vinculação aos precedentes nada mais é do que uma decorrência natural do princípio da legalidade¹⁰²².

Do reconhecimento de que a norma decorre da interpretação¹⁰²³, bem como da necessidade da manutenção do véu da ignorância¹⁰²⁴, que exige que quem determine as consequências da norma, em abstrato, não conheça as circunstâncias do caso por ela abrangido e, vice-versa; quem conhece o caso e aplica a norma não determine o seu conteúdo¹⁰²⁵. O CPC/15 separa claramente, dessa forma, as funções das Cortes Supremas das atribuídas às Cortes de Justiça¹⁰²⁶.

As Cortes Supremas, ao delimitar textos normativos, determinam o direito vigente no país, com foco na busca de solução adequada para as questões jurídicas¹⁰²⁷. As Cortes de Justiça, vinculadas pelo *stare decisis*, aplicam normas gerais pré-estabelecidas, com foco na busca da solução justa, tempestiva, efetiva¹⁰²⁸ e equitativa¹⁰²⁹.

O *stare decisis* é um elemento **necessário**¹⁰³⁰ e, se aliado à produção de precedentes pelas Cortes Supremas, **suficiente para a separação entre a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária**¹⁰³¹, viabilizando a segurança jurídica no Estado Social Contemporâneo¹⁰³² e afastando interpretações excessivamente dissonantes das vigentes¹⁰³³, como tais **aprovadas** pelo órgão julgador competente, **promulgadas** pelo Relator¹⁰³⁴ e **publicadas** pela Corte Suprema.

¹⁰²⁰ ANDRADE, 1991, pp.254-255; ZANETI JR., 2016, pp. 283-286; MEDINA, 2015, e-book, tópico V aos comentários ao art. 1º e tópicos II e III aos comentários ao art. 927 do CPC.

¹⁰²¹ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, pp. 90 e 874-876; GIORGI JR., 2015b, p. 520.

¹⁰²² MARINONI, 2016, pp. 129 e 149-150; DIDIER JR., BRAGA & OLIVEIRA, 2015, pp. 467-468.

¹⁰²³ ALEXY, 1993, pp. 71 e 535; MITIDIERO, 2016, p. 104; GRAU, 2006, p.85.

¹⁰²⁴ VERMEULE, 2001, pp. 400-404, 409-411, 414, 424, 426-427, 429 e 431.

¹⁰²⁵ REVERBEL, 2012, p. 74.

¹⁰²⁶ MITIDIERO, 2016, pp. 85-104 e 145-146.

¹⁰²⁷ MACEDO, 2015, p. 694; MITIDIERO, 2016, pp. 88-89.

¹⁰²⁸ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. II, p. 145.

¹⁰²⁹ TASSARA, 1996, p. 483.

¹⁰³⁰ MITIDIERO, 2016, p. 94.

¹⁰³¹ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015b, v. II, p. 545; MITIDIERO, 2016, p. 145.

¹⁰³² MITIDIERO, 2016, pp. 97-98.

¹⁰³³ GUASTINI, 2010, e-book, cap VI; ALEXY, 1993, pp. 48, 70-75, 80, 95-98; MITIDIERO, 2016, p. 80.

¹⁰³⁴ A promulgação do precedente pelo Relator está implícita na noção de *enactement force* do precedente, de Dworkin, pois o Relator é o principal juiz do caso, sendo responsável pela redação da fundamentação à qual aderiu a maioria e, no Brasil, também pela Ementa. No trecho abaixo DWORKIN também deixa clara a distinção entre a norma contida no precedente promulgado e o texto normativo ambíguo e vago cuja interpretação lhe deu origem:

Sistemas de precedentes vinculantes, tal como o proposto pelo CPC/15, propiciam segurança jurídica¹⁰³⁵, pois fortalecem todos os seus quatro requisitos e dimensões¹⁰³⁶: **certeza**¹⁰³⁷, **estabilidade**¹⁰³⁸, **confiabilidade**¹⁰³⁹ e **efetividade**¹⁰⁴⁰.

O Direito passa a ser **certo**, tal como determinado pelo precedente; **estável**, pois a alteração de precedentes exige ampla análise, controle e divulgação, preferentemente sendo sinalizada por decisões anteriores¹⁰⁴¹; **confiável**¹⁰⁴², pois, como regra, reconhece-se a incidência do precedente objeto de distinção para o regramento dos fatos jurídicos anteriores à publicação da norma objeto do precedente que revogou o anterior¹⁰⁴³ e **efetivo** pois o conhecimento, a confiabilidade e a efetividade do Direito facilitam a exigência do direito, sua fiscalização e controle.

A separação entre a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária e o aprimoramento da segurança jurídica facilitam a aplicação do princípio da legalidade¹⁰⁴⁴, facilitando o controle da corrupção.

4.1. O Controle de constitucionalidade sem *stare decisis* como causa do neoconstitucionalismo

4.1.1. Irracionalidade institucional e politização do Judiciário

Entendemos que as instituições, além de permitirem o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da democracia, formam o cidadão e com ele todos os operadores do direito

“He [the Hercules Judge] might well acknowledge what could be called an enactment force of precedent. He will nevertheless find that when a precedent does have enactment force, its influence on later cases is not taken to be limited to that force. Judges and lawyers do not think that the force of precedents is exhausted, as a statute would be, by the linguistic particular phrase.” (DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 1978, p. 111).

¹⁰³⁵ [...] para que o Direito seja capaz de proporcionar uma sociedade livre, justa e igualitária (arts. 1º, III, 3º, I e 5º, *caput*, I e II, CF), é preciso resolver o problema central da vinculação do exercício do poder à ordem jurídica. *Esses objetivos, no entanto, só são alcançáveis em um sociedade pautada pela segurança jurídica* (MITIDIERO, 2016, p. 21). “*O precedente [...] passa a ser o derradeiro garante da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica no Estado Constitucional*” (MITIDIERO, 2016, pp. 97-98).

¹⁰³⁶ ÁVILA, 2011, p. 250.

¹⁰³⁷ DUQUE, 2014, p. 199: “A justiça exclui práticas arbitrárias e quanto maiores forem as oscilações jurisprudenciais, tanto maior será a insegurança jurídica daí decorrente”. MITIDIERO, 2016, p.

¹⁰³⁸ MITCHELL, 2011, p. 2; GERHARDT, 2008, *e-book*, posições 107, 122, 3050 e 3661; MELLO, P., 2012, v. III, p. 84; ZANETI JR., 2016, pp. 40 e ss.

¹⁰³⁹ MITIDIERO, 2014, p. 105.

¹⁰⁴⁰ BERKOWITZ, PISTOR & RICHARD, 2003, pp. 164-165 e 189.

¹⁰⁴¹ MARINONI, ARENHARDT & MITIDIERO, 2015c, pp. 875-876; CABRAL, 2013, pp. 13-48.

¹⁰⁴² MITIDIERO, 2016, pp. 139 e ss.

¹⁰⁴³ LOIBINGER, 1946, pp. 967-970.

¹⁰⁴⁴ SOUZA, A.; 2015, p. 503; DIDIER JR., BRAGA & OLIVEIRA, 2015, pp. 467-468.

e, quando desajustadas à realidade sócio-política, como no Brasil atual, geram irracionalidade, ineficiência e injustiça¹⁰⁴⁵.

Desta forma, a cumulação da Chefia de Estado, vinculada ao nível dos valores fundamental, constitucional ou da *auctoritas* com a Chefia de Governo, pertinente ao nível intermediário, ordinário, ou da *potestas* e com a Administração, que integra o nível infraconstitucional, judiciário ou da gestão, dificulta sobremaneira a separação entre a política e o Direito.

A confusão entre os níveis do ordenamento iniciou, no Brasil, em 1890, quando o art. 3º do Decreto nº 848, de 11/10/1890 transplantou inadequadamente o controle cumulado de constitucionalidade sem o seu complemento indispensável, o *stare decisis*. A correta compreensão de institutos do *common law* é difícil, pois “a diferença entre as duas famílias [do *Common Law* e do sistema romano-germânico], antes de ser jurídica, é sociológica”¹⁰⁴⁶.

A cumulação do controle americano-cumulado de constitucionalidade, próprio do *common law*, com o controle europeu-kelseniano-separado coloca nas mãos do julgador de primeiro grau tanto a jurisdição ordinária como a chamada “*jurisdição constitucional*”, politizando o Judiciário e retirando-lhe o caráter imparcial.

Esta cumulação gera seis grandes problemas: a criação de uma regra *ex post facto*, de uma norma casuísta e desigual, a avaliação ideológica do controle de constitucionalidade, o uso indevido da função normativa dos princípios constitucionais, a indevida intromissão no mérito administrativo e a produção de uma mutação inconstitucional desprovida de limites claros.

FULLER analisa oito modos de tornar um sistema jurídico inviável¹⁰⁴⁷:

- I) Decidir todos os casos com base em regras *ad hoc*;
- II) Falhar na publicidade das normas, tornando difícil a sua observância;
- III) Utilizar normas retroativas em excesso, ou seja, além dos raros casos em que elas são admitidas;
- IV) Falhar em tornar as regras compreensíveis;
- V) Estabelecer normas contraditórias;
- VI) Utilizar regras que requeiram uma conduta além das possibilidades das partes afetadas;

¹⁰⁴⁵ HORBACH, 2007, pp. 83, 84, 89 e 90.

¹⁰⁴⁶ SOUZA JR., 2002b, pp. 74-76.

¹⁰⁴⁷ FULLER, 1969, p. 39.

VII) Alterar as regras com frequência excessiva, inviabilizando a orientação da conduta por elas e

VIII) Incongruência entre as regras anunciadas e sua verdadeira administração e aplicação.

FULLER salienta que os problemas acima apontados são tão graves que uma falha completa em apenas uma das oito direções acima apontadas resulta em algo que sequer pode ser chamado de um sistema jurídico¹⁰⁴⁸.

A criação de regras *ex post facto* pode importar em todas as falhas acima.

A menos que o STF vincule o controle cumulado ao *stare decisis*, acreditamos, como leciona SOUZA JR., que outras mudanças, destinadas a corrigir problemas, gerarão novas dificuldades, exigindo sucessivas adaptações e gerando novas irracionalidades, até que a causa – a inadequação das próprias instituições – seja resolvida¹⁰⁴⁹.

O problema reside na adoção, pelo Brasil, de um modelo misto de controle de constitucionalidade, aliado ao transplante institucional inadequado, permitindo o controle sem *stare decisis*.

4.1.2. Definição e características do neoconstitucionalismo

Humberto Ávila define o neoconstitucionalismo conforme segue.

Nesse quadro, o ponto zero [para a definição e a compreensão do neoconstitucionalismo] estaria na positivação e na aplicação, exclusiva ou preponderante, dos princípios no lugar das regras. Da preferência normativa ou teórica por determinado tipo de norma (os princípios) decorreria um método diferente de aplicação (a ponderação), do qual, por sua vez, adviria tanto a preponderância de uma perspectiva distinta de avaliação (individual e concreta), quanto o predomínio de uma dimensão específica da justiça (a particular), os quais, por seu turno, conduziriam à dominância de um dos Poderes (o Judiciário) e de uma das fontes (a Constituição)¹⁰⁵⁰.

Pode-se afirmar, dando seguimento ao raciocínio ora desenvolvido, que o “neoconstitucionalismo” [...] possui, dentre outros que poderiam ser mencionados, quatro fundamentos: o normativo (“da regra ao princípio”); o metodológico (“da

¹⁰⁴⁸ FULLER, 1969, p. 39.

¹⁰⁴⁹ O próprio Min. Gilmar Mendes reconhece que as medidas adotadas para a redução da crise numérica dos processos por meio do efeito vinculante das decisões pode causar outra crise numérica, a das reclamações, simplesmente deslocando o problema (MENDES, 2010, p. 330): “*Parece abusivo, nesse contexto, que se admita a reclamação sem que se envidem esforços para a solução da controvérsia no âmbito administrativo. Aqui reside um dos pontos mais delicados e mais relevantes do novo sistema inaugurado pela Emenda Constitucional n. 45/2004. É que não se pode substituir a crise numérica, ocasionada pelo recurso extraordinário, pela multiplicação de reclamações [...] A Súmula Vinculante somente será eficaz para reduzir a crise do Supremo Tribunal Federal e das instâncias ordinárias se puder ser adotada em tempo social e politicamente adequado [...]*”.

¹⁰⁵⁰ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 2. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>, acesso em 06 fev. 2016.

subsunção à ponderação”); o axiológico (“da justiça geral à justiça particular”) e o organizacional (“do Poder Legislativo ao Poder Judiciário”)¹⁰⁵¹.

O neoconstitucionalismo relaciona-se a movimentos ideológicos, em especial o do Direito Alternativo, que Carlos Aurélio Mota de Souza define abaixo.

O que dizer dessa *visão parcial* do Direito [o movimento do Direito Alternativo], surgida apenas há uma década na doutrina jurídica brasileira, e inexistente no mundo jurídico latino-americano? [...]

Quando o funcionário público, qualquer que seja seu escalão e grau de autoridade, assume a parcela de poder de que foi investido por um dos Poderes estatais, e a transforma em algo próprio, de seu, olvidando que deve exercê-la *em função* de alguns cidadãos ou de muitos, e somente para eles; quando, portanto, não entende o poder como força instrumental para atingir um fim, que é o *bem particular* de um cidadão (seus direitos subjetivos legítimos) ou o *bem comum* de uma maioria (os direitos civis de uma categoria) ou mesmo da *totalidade* dos brasileiros (nas declarações positivas ou negativas de constitucionalidade), o exercício do poder público não passa de arbitrariedade e abuso daquele poder, merecendo desprezo ou censura [...]

O princípio da *autonomia* no exercício das funções públicas, em especial a judicante, não é absoluto, antes sofre limitações bem definidas, contrárias a qualquer usurpação, para garantia da integração do ordenamento jurídico e, portanto, da ordem social¹⁰⁵².

A *praxis* indeterminada de ideias políticas na aplicação do Direito transforma os operadores do Direito, de servidores em árbitros discricionários da Justiça, o que constitui uma violência ao próprio ordenamento, levando ao nihilismo jurídico ou anarquia do Direito¹⁰⁵³.

O Direito, em especial o brasileiro, parece ser o único campo do conhecimento onde um indivíduo isolado – um Juiz ordinário - pode não apenas sustentar uma posição contrária à defendida pela academia, pelo governo e pela unanimidade dos profissionais de maior hierarquia e experiência na sua área – os ministros do STF – como ainda pretender impor o seu entendimento isolado, que pode inclusive ser desequilibrado, às partes.

Exemplificando a visão neoconstitucionalista, Luís Roberto Barroso entende que

o objeto da interpretação constitucional é a determinação dos significados das normas [...] Essa interpretação pode assumir duas modalidades: a) a da aplicação direta da norma constitucional, para reger uma situação jurídica, por exemplo: a aposentadoria de um funcionário, o reconhecimento de uma imunidade tributária [...] b) ou a de uma operação de controle de constitucionalidade. [...]

Conceitos como os de igualdade, moralidade, função social da propriedade, justiça social, bem comum, dignidade da pessoa humana, dentre outros, conferem ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade¹⁰⁵⁴.

A judicialização da política é vista como fato indiscutível, decorrente da estruturação político-institucional brasileira.

¹⁰⁵¹ ÁVILA, 2009, p. 3.

¹⁰⁵² SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: LTr, 1996, p. 256.

¹⁰⁵³ SOUZA, C., 1996, p. 269.

¹⁰⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 100-102.

A ascensão do Judiciário deu lugar a uma crescente judicialização da vida e a alguns momentos de ativismo judicial. Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário. [...]

A judicialização ampla, portanto, é um *fato*, uma circunstância decorrente do desenho institucional brasileiro, e não uma opção política do Judiciário¹⁰⁵⁵.

Embora se admita a existência de falhas institucionais, estas não são relacionadas com os principais problemas políticos brasileiros, vendo-se o Judiciário como um órgão destinado a suprir as falhas dos demais, que, por serem eleitos em um sistema falho, são vistos como carentes de legitimidade, invertendo a problemática decorrente do Judiciário carecer de legitimidade democrática para alterar as opções votadas pela maioria.

Em suma, para o neoconstitucionalismo o poder do julgador ordinário não apresenta limite algum, excetuada, como veremos abaixo, a possibilidade do administrador, analisando ele mesmo a Constituição, decidir desobedecer às ordens judiciais. A motivação pode ser ideológica, pois o Juiz não apenas pode ter preferências políticas como manifestá-las e impô-las na sentença. O Juiz deve prestar contas apenas ao seu sentimento social, que não se confunde com a opinião pública, pois é completamente subjetivo. O mérito político também pode ser sindicado judicialmente. Em suma, passa-se da discricionariedade para o arbítrio, como fica clara na exposição de BARROSO.

Eventuais preferências políticas do juiz são contidas não apenas por sua subordinação aos sentidos mínimos das normas constitucionais e legais, como também por fatores extrajudiciais, entre os quais se podem destacar: a interação com outros atores políticos e institucionais, a perspectiva de cumprimento efetivo da decisão, as circunstâncias internas dos órgãos colegiados e a opinião pública¹⁰⁵⁶.

De fato, a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social¹⁰⁵⁷.

Embora deva ser transparente e prestar contas à sociedade, o Judiciário não pode ser escravo da opinião pública. Muitas vezes, a decisão mais correta e justa não é a mais popular¹⁰⁵⁸.

O modelo ideológico coloca ênfase nas preferências políticas pessoais do juiz como fator determinante das decisões judiciais. [...] O presente trabalho desenvolveu-se sobre a crença de que nenhum dos três modelos [legalista, ideológico e estratégico] prevalece em sua pureza¹⁰⁵⁹.

Um dos traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário¹⁰⁶⁰.

A experiência demonstra que os valores pessoais e a ideologia do intérprete desempenham, tenha ele consciência ou não, papel decisivo nas conclusões a que chega¹⁰⁶¹.

A razão pública e a vontade popular – o direito e a política, se possível com maiúscula – são os dois polos do eixo em torno do qual o constitucionalismo democrático executa seu movimento de rotação¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁵ BARROSO, 2013, pp. 39-40.

¹⁰⁵⁶ BARROSO, 2013, p. 269.

¹⁰⁵⁷ BARROSO, 2013, p. 278.

¹⁰⁵⁸ BARROSO, 2013, p. 279.

¹⁰⁵⁹ BARROSO, 2013, p. 280.

¹⁰⁶⁰ BARROSO, 2013, p. 281.

¹⁰⁶¹ BARROSO, 2013, p. 282.

¹⁰⁶² BARROSO, 2013, p. 283.

O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda, assim, em princípio da constitucionalidade. [...]

Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa¹⁰⁶³.

Se não encontrar elementos para fundamentar sua decisão nem no direito pátrio infraconstitucional, nem no direito constitucional, o recurso ao direito internacional é visto como normal para os neoconstitucionalistas.

Na medida em que a dignidade humana se tornou uma categoria jurídica, é preciso dotá-la de conteúdos mínimos [...] A primeira tarefa que se impõe é afastá-la de doutrinas abrangentes, totalizadoras, que expressem uma visão unitária do mundo, como as religiões ou as ideologias cerradas. A perdição da ideia da dignidade seria sua utilização para legitimar posições moralistas ou perfeccionistas, com sua intolerância e seu autoritarismo. Como consequência, na determinação dos conteúdos mínimos da dignidade, deve-se fazer uma opção, em primeiro lugar, pela *laicidade*. [...] A dignidade deve ser delineada com o máximo de *neutralidade política* possível, com elementos que possam ser compartilhados por liberais, conservadores ou socialistas¹⁰⁶⁴.

Será inevitável algum grau de ambição civilizatória, para reformar práticas e costumes de violência, opressão sexual e tirania [...] Para tais propósitos – definir conteúdos laicos, politicamente neutros e universalizáveis há um manancial de documentos internacionais que podem servir de base, a começar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) [...] Seu conteúdo foi densificado em outros atos internacionais, indiscutivelmente vinculantes do ponto de vista jurídico - ao contrário da DUDH, tradicionalmente vista como um documento meramente programático, ou *soft law* – como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 16.12.1966¹⁰⁶⁵.

Se a decisão do Juiz neoconstitucionalista, tomada previamente, saliente-se, à escolha do material legislativo que teoricamente o condicionaria, não puder ser fundamentada nem no direito internacional nem no direito comparado de nenhum país do planeta, o julgador poderá utilizar o seu sentimento jurídico de justiça como fundamento de sua decisão, Nesse caso é evidente a ausência de quaisquer limitações. Se o Juiz encontrar, na sua análise interna, com seus fundamentos metafísicos não constantes da sentença, direitos desconhecidos em qualquer ordenamento, a partir do seu estudo pessoal dos Direitos Fundamentais, deverá garanti-los, para o progresso do ordenamento.

[Os elementos essenciais à dignidade humana] No plano filosófico, trata-se do elemento ontológico da dignidade, ligada à natureza do ser [...] Trata-se de um valor objetivo, que independe das circunstâncias pessoais de cada um [...] No Plano jurídico, o valor intrínseco da pessoa humana impõe a inviolabilidade de sua dignidade e está na origem de uma série de direitos fundamentais. O primeiro deles, em uma ordem natural, é o *direito à vida* [...] Em segundo lugar, o *direito à igualdade* [...] Do valor intrínseco resulta, também, o *direito à integridade física* [...] E, por fim, o *direito à integridade moral ou psíquica*¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶³ BARROSO, 2013, p. 223.

¹⁰⁶⁴ BARROSO, 2013, p. 304.

¹⁰⁶⁵ BARROSO, 2013, p. 305.

¹⁰⁶⁶ BARROSO, 2013, pp. 306-308.

O direito ao mínimo existencial não é, como regra, referido expressamente em documentos constitucionais ou internacionais, mas sua estrutura constitucional tem sido amplamente reconhecida¹⁰⁶⁷.

O ideal da vida boa, um dos temas mais complexos na filosofia pura, discutido há pelo menos vinte e cinco séculos, havendo uma constelação de conceitos contrapostos¹⁰⁶⁸, admitindo-se a dependência dessa visão da concepção política subjacente à visão de mundo de cada um¹⁰⁶⁹, é visto como um dos focos na determinação dos Direitos Fundamentais, principalmente do mais abstrato de todos, a dignidade da pessoa humana.

O terceiro e último conteúdo [da dignidade da pessoa humana] – a dignidade como *valor comunitário*, também referida como dignidade como heteronomia – abriga o seu elemento social. [...] seus ideais de *vida boa*¹⁰⁷⁰.

O conceito de dignidade como valor comunitário funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la. [...] A dignidade como valor comunitário destina-se à promover objetivos diversos, entre os quais se destacam: a) a proteção do próprio indivíduo contra atos autorreferentes; b) a proteção de direitos de terceiros; e c) a proteção de valores sociais, inclusive a solidariedade. [...] Em relação à dignidade como valor comunitário, é preciso ter especial cuidado para alguns graves riscos envolvidos, que incluem: a) o emprego da expressão como rótulo justificador de políticas paternalistas; b) o enfraquecimento de direitos fundamentais em seu embate com as “razões de Estado”; e c) problemas práticos e institucionais na definição dos valores compartilhados pela comunidade, com os perigos do moralismo e da tirania da maioria¹⁰⁷¹.

Os Direitos Fundamentais, inclusive os inéditos, descobertos pelo julgador ordinário diante de oposição do Pleno do STF e do STJ, assim como da Presidência da República e do Legislativo e, portanto, carentes de regulamentação e de duvidosa existência, são concretizados pela aplicação direta da norma constitucional recém descoberta. Barroso admite, entretanto, a necessidade de fundamentar essas decisões polêmicas, assim como da conveniência de esperar pelo Legislativo, na maior parte dos casos.

O problema, salienta-se não é a evidente ausência de garantia aos Direitos Fundamentais em todos os países do terceiro mundo e no Brasil em especial, mas a sua concretização arbitrária e *ad hoc* em cada comarca. Este problema é resolvido pelo uso de precedentes, que destoa, entretanto, da visão neoconstitucionalista.

A eficácia *direta* significa a possibilidade de se extrair uma regra do núcleo essencial do princípio, permitindo a sua aplicação mediante subsunção. [...] São conteúdos mínimos da dignidade o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário. O *valor intrínseco* é o elemento ontológico da dignidade. [...] A *autonomia da vontade* é o elemento ético da dignidade humana [...] O *valor comunitário* é o elemento social da dignidade humana¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁷ BARROSO, 2013, p. 310.

¹⁰⁶⁸ TAYLOR, Charles. **A Secular Age**. Cambridge, MA, USA, Harvard University Press, 2007, p. 113, livro eletrônico.

¹⁰⁶⁹ NUSSBAUM, Martha. **Upheavals of Thought: the intelligence of emotions**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001, posições 5829 a 5833, livro eletrônico.

¹⁰⁷⁰ BARROSO, 2013, p. 312

¹⁰⁷¹ BARROSO, 2013, pp. 312-313.

¹⁰⁷² BARROSO, 2013, pp. 326-7.

A imposição coercitiva de valores sociais – em geral, pelo legislador; eventualmente, pelo juiz -, em nome dessa dimensão comunitária da dignidade, nunca será uma providência banal, exigindo fundamentação consistente. [...] A dignidade do indivíduo jamais poderá ser suprimida, seja por ação própria ou de terceiros¹⁰⁷³.

Enquanto expressão de uma determinada forma de concreção de valores constitucionais, a lei, ao ser aprovada pelo parlamento, é dotada de uma dignidade especial¹⁰⁷⁴, que é também especialmente relevante enquanto instrumento de interpretação do texto constitucional¹⁰⁷⁵, pois a “*interpretação conforme a constituição das leis é, por conseguinte, em sua repercussão sobre a interpretação constitucional, interpretação conforme à lei da Constituição*”¹⁰⁷⁶.

A criação de regras diretamente a partir do texto constitucional, aplicando princípios em sua função normativa¹⁰⁷⁷, é muito delicada e especialmente nociva quando estes princípios constitucionais tem uma baixa densidade normativa.

Barroso, como todo o movimento neoconstitucionalista, reconhece o caráter político das normas constitucionais, mas não vê problema na sua aplicação e interpretação pelo Juiz ordinário, pois, como leciona Luis Fernando BARZOTTO,

o movimento neoconstitucionalista vê o juiz não como o aplicador da lei, que busca resolver o mero caso concreto, dentro dos limites impostos pela realidade, mas como alguém que busca resolver os problemas existentes na sociedade, aplicando o que entende como ideal¹⁰⁷⁸.

O neoconstitucionalismo, ao buscar o ideal de forma alienada da realidade sócio-político-econômica, esquece a realidade, sustentando posições que, se aplicadas ao conjunto da sociedade, são inexequíveis.

Em sua origem histórica, a ideia de dignidade, *dignitas*, esteve associada à de *status*, [...] tinha uma conotação aristocrática [...] Já agora é possível aspirar – com alguma dose de visionarismo – que a ideia de dignidade volte ao seu sentido original, com ligeira alteração. Dignidade passaria a significar a posição mais elevada, merecedora de distinção, respeito e máximo de direitos reconhecida à generalidade das pessoas. Vale dizer: no futuro, todos serão nobres. E como o desejo é ilimitado, mais à frente ainda, vão querer ser deuses¹⁰⁷⁹.

O neoconstitucionalismo, aqui exposto na visão de Luis Roberto Barroso, além de reconhecer o caráter político das normas constitucionais, admite a escolha (pela vontade do Juiz) de critérios normativos, inclusive quanto à interpretação de critérios morais abertos.

¹⁰⁷³ BARROSO, 2013, p. 315.

¹⁰⁷⁴ FERRERES COMELLA, 1997, p. 36.

¹⁰⁷⁵ FERRERES COMELLA, 1997, p. 38.

¹⁰⁷⁶ HESSE, 1998, p. 75.

¹⁰⁷⁷ MARTINS FILHO, Ives Gandra. Os Princípios Jurídicos e sua Densidade Normativa. **Justiça & Cidadania**, Rio de Janeiro, n. 145, pp. 16-20, set. 2012, especialmente p. 18.

¹⁰⁷⁸ BARZOTTO, Luis Fernando. Aulas de filosofia do direito no curso de pós-graduação da UFRGS no segundo semestre de 2012.

¹⁰⁷⁹ BARROSO, 2013, p. 328, referindo troca de ideias entre o autor e Roberto Mangabeira Unger.

As normas constitucionais são políticas quanto à sua origem, quanto ao seu objeto e quanto aos resultados de sua aplicação¹⁰⁸⁰.

Tanto a criação como a aplicação do direito dependem de um sujeito, seja o legislador ou o intérprete. [...] E a jurisdição, que é a interpretação final do direito aplicável, expressará, em maior ou menor intensidade, a compreensão particular do juiz ou do tribunal acerca do sentido das normas¹⁰⁸¹.

Direito é, certamente, diferente da política. Mas não é possível ignorar que a linha divisória entre ambos, que existe inquestionavelmente, nem sempre é nítida, e certamente não é fixa. [...] Há praticamente consenso, na doutrina contemporânea, de que a interpretação e a aplicação do direito envolvem elementos cognitivos e volitivos¹⁰⁸².

Em uma multiplicidade de hipóteses, é o juiz quem faz a escolha do resultado, à luz de suas intuições, personalidade, preferências e preconceitos. Em linha análoga, mas dando proeminência absoluta ao elemento político, a teoria crítica, no mundo romano-germânico, e os *critical legal studies*, nos Estados Unidos, sustentaram que as decisões judiciais não passam de escolhas políticas, encobertas por um discurso que procura exibir neutralidade¹⁰⁸³.

A necessidade e a utilidade de regras gerais condicionando julgamentos foi reconhecida já no século XIII por Tomás de Aquino, que salientava que os legisladores julgam mais universalmente e prevendo o futuro, enquanto os juízes julgam casos presentes, podendo deixar-se levar pelo amor, pelo ódio, ou por interesses¹⁰⁸⁴.

A escolha da premissa maior da subsunção pelo legislador visa evitar exatamente estes vícios da decisão, sendo uma *conditio sine que non* da imparcialidade, pois, como salienta REVERBEL:

A lei não faz acepção de pessoas. Por natureza é *geral, impessoal e abstrata*. Pensa o legislador em uma situação genérica, que atinja um grupo de pessoas, abstratamente considerado. [...] A função *executiva* do juiz *individualiza* a *generalidade* da lei, *personifica* o que era *impessoal* e *concretiza* o que era abstrato. A *função executiva ordinária* excede sua circunscrição aplicativa quando o juiz deixa de aplicar a lei declarando-a inconstitucional à luz dos princípios que constrói no caso concreto. Ao agir assim, existe a *personificação*, a *individualização*, mas não existe a *concretização* da lei¹⁰⁸⁵.

No caso de regras infraconstitucionais, os princípios constitucionais de fato servem para interpretar, bloquear e integrar as regras infraconstitucionais existentes. Os princípios constitucionais, no entanto, só exercem a sua função de bloqueio, destinada a afastar a regra legal, quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada. O aplicador só pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional quando ela for inconstitucional, ou quando sua aplicação for irrazoável, por ser o caso concreto extraordinário. Ele não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese¹⁰⁸⁶.

4.1.3. A ausência de *stare decisis* como *conditio sine qua non* para o neoconstitucionalismo

¹⁰⁸⁰ BARROSO, 1996, p. 104.

¹⁰⁸¹ BARROSO, 2013, p. 259.

¹⁰⁸² BARROSO, 2013, p. 258.

¹⁰⁸³ BARROSO, 2013, pp. 266-267.

¹⁰⁸⁴ AQUINO, São Tomás de. **Tratado da Lei**. Porto: Res Jurídica, [1992], p. 63. (Título original: De Legibus, In Quatuor Articulis Divisa, texto integrante da Summa Theologica)

¹⁰⁸⁵ REVERBEL, 2012, p. 57.

¹⁰⁸⁶ ÁVILA, 2009, p. 6.

Como salienta Marinoni “*O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei*”¹⁰⁸⁷, o que nos leva ao problema do neoconstitucionalismo, pois o Juiz de primeiro grau pode acreditar na possibilidade de ajustar o ordenamento à sua visão, simplesmente desconsiderando o que foi decidido tanto pela STF como pelo STJ.

L. G. Marinoni demonstra a irracionalidade da ausência de precedentes na generalidade dos casos do direito brasileiro, como se pode ver no trecho abaixo.

Embora as decisões, no sistema brasileiro, troquem livremente de sinal e não respeitem os julgados das Cortes superiores, deve-se assinalar que isso constitui uma patologia ou um equívoco que, infelizmente, arraigou-se em nossa tradição jurídica. O respeito ao passado é inerente a qualquer tipo de sistema e natural a qualquer espécie de poder¹⁰⁸⁸.

A irracionalidade institucional gera inefetividade na prestação jurisdicional brasileira, e esta provoca tanto a morosidade, que prejudica a efetividade dos direitos fundamentais¹⁰⁸⁹, como ineficácia geral do processo.

O chamado neoconstitucionalismo abandona a técnica da subsunção, preferindo aplicar princípios constitucionais, abandonando as regras e generalizando a ponderação. A justiça é vista sob o prisma particular e a separação dos poderes esquecida em favor da preponderância do Judiciário.

Os efeitos prejudiciais desse movimento são reconhecidos por Lênio STRECK:

[...] Falar de *neoconstitucionalismo* significa ir além de um constitucionalismo de feições liberais [...] em direção a um constitucionalismo compromissório, de feições dirigentes [...]

Dessarte, passadas mais de duas décadas da Constituição da 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse *neoconstitucionalismo* acabaram por provocar condições patológicas, que em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira “neoconstitucionalista”, defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo¹⁰⁹⁰.

No caso de regras constitucionais, os princípios não podem dar ensejo ao seu afastamento, pois estão no mesmo plano hierárquico¹⁰⁹¹. Mesmo em se tratando de normas-regra infraconstitucionais os princípios, ressalvados casos excepcionais, não podem afastá-las.

¹⁰⁸⁷ MARINONI, 2016, pp. 56-57.

¹⁰⁸⁸ MARINONI, 2016, p. 86.

¹⁰⁸⁹ MARINONI; ARENHARD & MITIDIERO, 2015b, v. I, p. 220.

¹⁰⁹⁰ STRECK, Lênio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. In. _____; Rocha, Leonel Severo & ENGELMANN, Wilson (orgs.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS MESTRADO e DOUTORADO n. 10**. Porto Alegre: Do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS. 2013, posição 3542 a 3550, livro eletrônico.

¹⁰⁹¹ ÁVILA, 2009, p. 5.

No caso de regras infraconstitucionais, os princípios constitucionais de fato servem para interpretar, bloquear e integrar as regras infraconstitucionais existentes. Os princípios constitucionais, no entanto, só exercem a sua função de bloqueio, destinada a afastar a regra legal, quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada.

O aplicador só pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional quando ela for inconstitucional, ou quando sua aplicação for irrazoável, por ser o caso concreto extraordinário. Ele não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese¹⁰⁹².

O neoconstitucionalismo ordinariza a Constituição, perdendo-se a noção dos fins próximos e últimos¹⁰⁹³. O neoconstitucionalismo atribui poder ilimitado – e consequentemente antidemocrático – ao julgador ordinário, pois “*é mais fácil ao intérprete centrar-se nos princípios e aplicar, per saltum, diretamente a constituição, do que colmatar lacunas e ajustar as contendas sociais que lhes são submetidas*”¹⁰⁹⁴.

Nenhuma das principais características do *neoconstitucionalismo*, como a ordinarização da Constituição, com evidente violação dos níveis do ordenamento; a aplicação de princípios constitucionais sem atenção à posição do STF e do STJ; o afastamento de normas-regra por critério pessoal e a motivação política, é viável em um sistema que adote o *stare decisis* na jurisdição constitucional.

Admitindo esse ponto, **Barroso**, após criticar a adoção de escolhas políticas pelos representantes eleitos, **admite expressamente que a judicialização da política decorre do controle cumulado de constitucionalidade usado no Brasil, sem *stare decisis*.**

Aqui se chega ao ponto crucial: o problema brasileiro atual não é excesso de judicialização, mas escassez de boa política¹⁰⁹⁵.

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes¹⁰⁹⁶.

No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana [...] e a matriz europeia¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹² ÁVILA, 2009, p. 6.

¹⁰⁹³ REVERBEL, 2012, pp. 54-55.

¹⁰⁹⁴ REVERBEL, 2012, p. 55.

¹⁰⁹⁵ BARROSO, 2013, p. 42.

¹⁰⁹⁶ BARROSO, 2013, p. 233.

¹⁰⁹⁷ BARROSO, 2013, p. 244.

O neoconstitucionalismo defende a alteração do papel do juiz, que **não mais decide vinculado à lei, escolhendo politicamente os valores a serem utilizados para complementar os princípios** que serão aplicados ao caso concreto.

As premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. [...] quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis¹⁰⁹⁸.

4.2. Separação entre a Jurisdição Constitucional e Ordinária e Controle da Corrupção

4.2.1. *Stare Decisis* e controle da corrupção

O sistema jurídico brasileiro tem sido descrito internacionalmente como ineficiente no controle da corrupção, tanto pela impunidade como pela imposição de barreiras adicionais às ações propostas por ONGs no controle da corrupção, vedando, por exemplo, o ajuizamento de ações de improbidade¹⁰⁹⁹, pois a legitimidade ativa é limitada ao MP e à Pessoa Jurídica afetada¹¹⁰⁰.

A permissão do ajuizamento de ações individuais para anular atos públicos, como a ação popular, exatamente por ser individual, dificulta a intensa participação popular no controle da corrupção que seria viabilizada pelo ajuizamento de ações assemelhadas por ONGs¹¹⁰¹.

Com o CPC/15, a definição de critérios interpretativos da improbidade administrativa¹¹⁰² serão objeto de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, nos quais

¹⁰⁹⁸ BARROSO, 2013, p. 198.

¹⁰⁹⁹ STEPHENSON, Matthew C. Standing Doctrine and Anticorruption Litigation: a survey. **Legal Remedies for Grand Corruption**, Open Society Foundations, NY, EUA, feb. 2016, p. 1-20, especialmente p. 16. Disponível em <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/legal-remedies-2-20160202.pdf>. Acesso em 27 mar. 2016. O artigo relaciona as conclusões do grupo de pesquisa internacional sobre controle da corrupção tomadas na sua reunião no Seminário de Ética, Direito e Conflitos Armados, na Universidade de Oxford, em junho de 2014, coordenado pelo autor, que ministra Direito Administrativo e Controle da Corrupção na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard.

¹¹⁰⁰ BRASIL. **Lei 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016s. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm. Acesso em 27 mar. 2016, art. 17, *caput*: “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar”.

¹¹⁰¹ STEPHENSON, 2016, p. 17.

¹¹⁰² OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**: má gestão pública, corrupção e ineficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 91-92: “Sob um ponto de vista geral, pode-se

se permite a manifestação de *pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia* (CPC/15, art. 983, *caput*), o que viabilizará a participação tanto de ONGs como de partidos políticos de oposição, cujo interesse no controle da corrupção governamental é evidente. A amplitude do debate é análoga à existente nas ações de controle separado de constitucionalidade¹¹⁰³.

O combate à corrupção, no Brasil anterior à adoção do *stare decisis* pelo CPC/15, encontrava três obstáculos na identificação e na punição dos culpados, todos decorrentes da mescla entre as jurisdições constitucional e ordinária.

A identificação do culpado, tanto na esfera administrativa como na penal, envolve a identificação da prova da materialidade, de indícios de autoria e a viabilidade da prova do elemento subjetivo exigido em um tipo não prescrito¹¹⁰⁴. Havendo interpretações dissonantes acerca da norma impugnada, a materialidade pode ser de difícil configuração. Os indícios de autoria e a viabilidade da comprovação do elemento subjetivo exigem difícil investigação, frequentemente exigindo a gravação de conversas telefônicas nas quais haja praticamente uma confissão.

Havendo precedentes regulando a matéria, a alteração do quadro é completa. A identificação da materialidade pode ser imediata, envolvendo a realização de conduta descrita como ilícita na *ratio decidendi*. A autoria será claramente comprovada pela realização da conduta (e.g. contratação de servidor detentor de cargo em comissão para cargo no qual já há candidato aprovado em concurso¹¹⁰⁵, afastamento de providência exigida em lei, gerando

deixar bem assentado que a moral administrativa engloba a funcionalidade da boa-fé objetiva, mas nela não se esgota, avançando em outros domínios funcionais, para estabelecer consequências mais abrangentes, inclusive do ponto de vista da teoria geral do direito, na medida em que permite uma funcionalidade mais aberta tanto às fontes jurídica quanto à interpretação, dando espaços mais livres de configuração das normas aos operadores. Talvez aí resida a essência da moralidade administrativa: reconfigurar a teoria das fontes do direito administrativo e permitir espaços mais amplos aos intérpretes, na leitura do sistema passivo do ordenamento jurídico”.

¹¹⁰³ BAHIA, 2016, pp. 1.531-1.532.

¹¹⁰⁴ OLIVEIRA, E., 2008, pp. 91 e ss.

¹¹⁰⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.346.814/SE**. Julg. 18 set. 2014, DJe 10 out. 2014, Relator Min. Herman Benjamin.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO REGIMENTAL. DOSIMETRIA.

SANÇÃO. INSTÂNCIA ORDINÁRIA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Cuida-se na origem de **Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público objetivando a condenação do recorrido por contratação sem realização de concurso público**, quando exercia a chefia do Executivo municipal. DOLO

2. O Juiz de 1º Grau, quanto à existência do dolo, assim consignou na sentença: "é até imoral a alegação defensiva de que formalmente a contratação foi legal, ou que o réu nada sabia a respeito. Como imaginar um ato de nomeação privativo do Executivo, sem que ele tenha conhecimento? [...]"

3. O Tribunal a quo confirma a sentença no que concerne à presença do dolo: "**resta flagrantemente evidenciada a má-fé do administrador, consubstanciada na contratação para exercício de cargo em comissão de Agente de Saúde, quando, todavia, aludida função não se refere ao desempenho das**

prejuízo) e a comprovação, ao menos na esfera administrativa, será quase sempre possível, pois a improbidade, quando gera danos ao erário (Lei 8.429/92, art. 10), necessita da comprovação tão somente de culpa¹¹⁰⁶.

A própria análise da culpa tem ganho, atualmente, com a teoria da imputação objetiva, um foco mais seguro, reduzindo a margem de incerteza. Assim, haverá claro indicativo de culpa quando a conduta tiver relação causal com a geração ilícita de risco ao bem jurídico¹¹⁰⁷.

Na própria esfera penal, embora a interpretação dominante dificulte o combate à corrupção passiva ao considerar que o flagrante provocado por policial que, no exercício de suas funções, oferece propina¹¹⁰⁸ é vedado no direito brasileiro por configurar crime impossível (CP, art. 17)¹¹⁰⁹, a ausência de referência ao flagrante no texto do art. 17 do CP¹¹¹⁰ facilita o emprego da técnica da distinção.

atribuições de chefia direção ou assessoramento, mostrando-se como instrumento de **burlar a legislação** e os ditames constitucionais para proceder à contratação sem a prévia realização de concurso público". (fl. 501-502, grifo acrescentado). DOSIMETRIA DAS SANÇÕES

4. Com relação à dosimetria das sanções, a sentença dispõe ainda: "constatada a improbidade administrativa pelo prejuízo ao erário e por flagrante violação de princípios que regem a Administração Pública, é de rigor a imposição das citadas sanções ao réu, resguardando-se legalidade, impessoalidade e moralidade administrativas e os interesses de toda sociedade." (fl. 357).

5. No mais, relativamente a essa mesma questão, o Tribunal de origem corrobora o que foi fixado na sentença: "No caso em discussão, as sanções de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 03 (três) anos, proibição de contratar com o Poder Público pelo mesmo período, e proibição de receber incentivos fiscais pelo prazo de 03 (três) anos, mostram-se consentâneas com ato praticado, diante da ofensa aos Princípios da Administração Pública. Além disso, **a cominação de multa representa um caráter punitivo, mostrando-se razoável e eficiente a quantia aplicada - duas vezes o valor do dano, correspondente ao que foi percebido pela servidora, no período da contratação -**, para punir inescusável conduta do agente político e coibir práticas futuras no mesmo sentido." (fl. 509). [...] (grifou-se)

¹¹⁰⁶ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 112.873/PR**. Julg. 04 fev. 2016. DJe 17 fev. 2016. Relatora Ministra Regina Helena Costa, item I da Ementa:

I - A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual o elemento subjetivo é essencial à configuração da improbidade, exigindo-se dolo para que se configurem as hipóteses típicas dos arts. 9º e 11, ou pelo menos culpa, nas hipóteses do art. 10, todos da Lei 8.429/92.

¹¹⁰⁷ GRECO, Luís. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 25.

¹¹⁰⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 1.087-1.088.

¹¹⁰⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 145**. Brasília: Imprensa Nacional, 1964, p. 82: "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação".

BITENCOURT, 2002, p. 52: "*Flagrante provocado*. Neste, o delinquente é *impelido* à prática do delito por um *agente provocador* (normalmente um agente policial). Isso ocorre, por exemplo, quando a autoridade policial, pretendendo punir o delinquente, arma-lhe uma cilada. O agente, sem saber, participa de uma *encenação teatral*. O agente não tem qualquer possibilidade de êxito (crime impossível).

No mesmo sentido BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira**. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 435-437.

¹¹¹⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940** (Código Penal). Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016r. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 28 mar. 2016, art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

Assim, o STF validou o flagrante provocado não pela, mas *a pedido* da polícia, do MP e do Judiciário *por civil, não integrante dos quadros policiais*, permitindo a prisão em flagrante, vários dias após o cometimento de delito em estado de continuidade delitiva, pelo Senador Delcídio do Amaral, impedindo o uso do Estado como instrumento de crime¹¹¹¹.

O corrupto está, ademais, em relação simbiótica com o agente corruptor, pois necessita do incentivo fornecido por este. O incentivo deriva de quatro variáveis: grau de desordem institucional, de monopólio do poder, de discricionariedade e de impunidade¹¹¹².

Ao contribuir para a separação da jurisdição ordinária da constitucional, os precedentes aprimoram as instituições, reduzem monopólios de poder, conferem à decisão judicial o grau de discricionariedade adequado, dificultando decisões arbitrárias, tornando o direito previsível¹¹¹³ e facilitando a identificação e a punição tanto do corrupto e, em menor escala (por depender de investigação para a sua identificação), do corruptor. Decisões irracionais contrárias a precedentes amplamente aceitos tendem a ser reformadas com rapidez e recursos defendendo posições absurdas tendem a ser vistos como abusivos e a expor o decisor¹¹¹⁴, reduzindo o incentivo para ambos os partícipes.

O patrimonialismo brasileiro distorceu, no passado, a interpretação do nosso direito penal e processual penal, gerando tratamento diferenciado indevido¹¹¹⁵, que pode, deve e tem sido corrigido por meio de precedentes que restabelecem o tratamento isonômico.

4.2.2. Precedente e controle do dolo e da imparcialidade

Em 1972, analisando a função política do Judiciário brasileiro, Aliomar BALEEIRO, então presidente do STF, comparou a jurisdição constitucional brasileira à Corte de John Marshall, devido à incerteza institucional e afirmou que a construção da visão institucional não cabia apenas aos onze ministros, mas a todos os juristas brasileiros¹¹¹⁶. Com o CPC/15 e a

¹¹¹¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Cautelar nº 4.039**. Julg. 24 nov. 2015. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/De12848compilado.htm. Acesso em 28 mar. 2016, itens 15 e 16, pp. 201-203.

¹¹¹² GIMENO JUBERO, Miguel Ángel. Algunas Cuestiones sobre la Responsabilidad Penal del Juez. In. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. **La Responsabilidad Personal del Juez**. Madri, 2009, pp. 79-80.

¹¹¹³ PECZENIK, 2008, p. 272; MITIDIERO, 2016, p. 96.

¹¹¹⁴ SÍCOLI, Juliana. Abuso no Direito de Recorrer. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 162, p. 231-254, mar. e abr. 2015.

¹¹¹⁵ SCHILLING, Flávia. A Corrupção e os Dilemas do Judiciário. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, p. 203-215, jul. a set. 1998.

¹¹¹⁶ BALEEIRO, Aliomar. A Função Política do Judiciário (1972). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 756, p. 731-745, out. 1998.

separação entre a jurisdição constitucional e a ordinária, poderemos definir com maior clareza os limites entre a política e o Direito e aprimorar a função institucional das Cortes Supremas.

O afastamento do precedente gera um especial ônus argumentativo, que viabiliza a comprovação do uso correto e racional do poder¹¹¹⁷. Se irrazoável, o afastamento do precedente pode configurar parcialidade¹¹¹⁸ ou até improbidade¹¹¹⁹.

Em casos verdadeiramente absurdos, como a autorização judicial de ataque a religiões afro-brasileiras¹¹²⁰ ou do recolhimento de menina de 15 (quinze) anos de idade em presídio masculino, em cela com 30 (trinta) homens¹¹²¹, o ônus da fundamentação tem de ser excepcional. A prática indevida de ato de ofício, para a satisfação de interesse ou sentimento pessoal, configura o núcleo do elemento subjetivo do tipo do crime de prevaricação (CP, art. 319)¹¹²², assim como configura improbidade administrativa, no mínimo, por violação ao princípio da impessoalidade, por “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele pretendido, na regra de competência”¹¹²³.

A técnica do precedente permite o combate às formas atuais com que os ilícitos são cometidos, adaptando-se interpretações criadas há décadas e claramente inadequadas para o combate ao crime e à corrupção institucionalizados na estrutura governamental brasileira.

Assim, o STF entendeu, na ação penal 470, conhecida como *mensalão*, que a tradicional fórmula de Metzger que determina a ciência, pelo agente, quanto aos elementos do dolo, aliada à lição de Belling da necessidade de compreensão dos elementos normativos do tipo, não soluciona a questão da análise do vínculo da conduta com o benefício, na

¹¹¹⁷ ALEXY, 2001, p. 259.

¹¹¹⁸ ÁVILA, 2011, p. 169; ALEXY, 2001, p. 140; PERELMAN, 1997, p. 384.

¹¹¹⁹ Em sentido contrário, defendendo que o juiz ordinário não tem limite algum na adoção de entendimento contrário às leis, aos precedentes e às Súmulas Vinculantes (ARMELIN, Roberto & FONTES, João Roberto Egydio Piza. A Reforma do Estado e o Judiciário: em busca da eficácia social da prestação jurisdicional. Uma reflexão sobre o controle externo do Judiciário e o efeito vinculante das Súmulas dos Tribunais Superiores, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 91, p. 179-202, jul. a set. 1998).

Data máxima vênia da posição defendida por ARMELIN & FONTES no artigo acima, a equiparação da prisão do juiz gaúcho Alcides de Mendonça Lima, na República Velha, em 1896, deriva de um governo ditatorial e da ausência de garantias para a magistratura estadual (NEQUETE, 1973, v. II, p. 20-22) e não de preocupações com precedentes ou com a igualdade, de forma que a equiparação feita pelos autores no seu artigo parece claramente incorreta.

¹¹²⁰ MIGALHAS, 2014, p. 1; RIO DE JANEIRO E ESPÍRITO SANTO, 2014.

¹¹²¹ MADEIRO, Carlos. No Pará, juíza que mandou menina de 15 anos para cela com 30 homens é promovida. **Universo On Line** (UOL), Maceió, 03 out. 2013 16h 08. Disponível em <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/10/03/no-para-juiza-que-mandou-menina-de-15-anos-para-cela-com-30-homens-e-promovida.htm>. Acesso em 28 mar. 2016.

¹¹²² BITTENCOURT, 2002, p. 1.091.

¹¹²³ Lei 8.429/92, art. 11, I; OSÓRIO, 2007, pp. 392-394.

interpretação da corrupção passiva, pois o autor do suborno pode não saber quando e em qual ato de ofício ele foi beneficiado¹¹²⁴.

¹¹²⁴ QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas Considerações sobre os Crimes de Corrupção Ativa e Passiva. A propósito do julgamento do “Mensalão” (APN 470/MG do STF). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 106, p.181-214, jan. a mar. 2014.

CONCLUSÃO

A mudança do CPC/15 é extremamente profunda. **Alteram-se o modelo de juiz** (do modelo liberal do Juiz desprovido de poder, de Montesquieu, para o Juiz contemporâneo, que aplica o direito de um Estado onde convivem normas-regra e normas-princípio, que intervém na economia e que necessita de tutela adequada e tempestiva para os Direitos Fundamentais, podendo conferir dinamismo ao ônus probatório, compelir as partes com *astreintes*), o **modelo de processo** (do modelo liberal com elementos do modelo autoritário para o modelo cooperativo), **a visão da sentença** (rompe-se com a dogma da unicidade da sentença), **do tempo do processo** (que agora não é mais atribuído sempre ao autor) e da **importância da fundamentação** (decorrência direta do reconhecimento do poder discricionário do juiz).

Todas essas alterações derivam do abandono da pretensão da vinculação à textos normativos, que tem viabilizado a adoção de interpretações diametralmente opostas à do STF sem qualquer preocupação com a fundamentação adequada, além de gerarem a indevida sobreposição das jurisdições ordinária e constitucional, **pela adoção clara da técnica da vinculação geral aos precedentes**, ampliando tendência inaugurada em 1993 e adotando o *stare decisis*, na forma que será esclarecida pelo STF, nos termos do disposto, principalmente, nos arts. 489, § 1º, VI e 988, III e IV do CPC/15 **e da consequente separação entre as funções das Cortes Supremas e das Cortes de Justiça**.

A utilização de precedentes contribuirá para a sincronia entre a legislação processual e a Constituição, conferirá maior racionalidade às nossas instituições, especialmente ao controle e à interpretação constitucionais, propiciará uma evolução interpretativa que complementarará a evolução processual do CPC/15, aprimorará a segurança jurídica, dificultará interpretações neoconstitucionalistas - que dependem da ausência de *stare decisis* - e viabilizará um maior controle da corrupção.

O mais importante, talvez, é a viabilização da condição mínima para o estabelecimento de uma democracia constitucional contemporânea: o aperfeiçoamento da obediência à legalidade, tanto pelo Estado como pelos demais litigantes habituais. O uso da legislação como elemento de propaganda governamental, tanto internamente como na esfera internacional, aprovando normas sem preocupação com sua viabilidade, assim como o uso indiscriminado de regulamentos ilegais tornam indispensável o recurso a precedentes para a delimitação, inclusive temporal, das espécies normativas – primárias e secundárias -, vigentes no Brasil.

O CPC/15 é a mais profunda alteração legislativa na história republicana brasileira. Apenas o último dos efeitos acima referidos, a viabilização da legalidade e o seu reflexo na harmonia das instituições e na separação e no controle do poder, já seriam suficientes para o reconhecimento da importância da mudança defendida pelo CPC/15. Salienta-se, entretanto, que o próprio Código de Processo Civil depende de interpretação, da qual participam ativamente a doutrina e a jurisprudência, principalmente por seu efeito sobre os precedentes das Cortes Supremas.

Por fim, em resposta àqueles que imaginam que precedentes não seriam suficientes para garantir a obediência ao Direito no Brasil, em face tanto da nossa cultura como dos nossos julgadores, salienta-se que a maior parte dos nossos juízes não contraria as normas vigentes.

Se nas modernas democracias europeias as alterações do ordenamento jurídico decorrentes do advento do Estado Social Contemporâneo levaram ao reconhecimento da ambiguidade e da vagueza dos textos normativos e do caráter constitutivo das decisões judiciais, assim como da necessidade da implementação de sistemas de precedentes, no Brasil esse panorama é agravado pela baixíssima qualidade dos textos normativos.

Ditaduras e democracias instáveis costumam resistir às medidas que incrementem a eficácia do ordenamento, produzindo várias centenas de textos normativos minúsculos, levando a ambiguidade e a vagueza a níveis inimagináveis em países desenvolvidos. O raciocínio desse tipo de círculo vicioso é de fácil entendimento: instituições políticas extrativistas impõem poucas restrições ao exercício do poder, de modo que praticamente inexistem instituições capazes de cercear o uso e o abuso do poder¹¹²⁵.

A relação entre a extensão – e o detalhamento – do ato normativo e a vinculação dos juízes é evidente, já tendo sido demonstrada estatisticamente em estudo envolvendo as justiças federal e estadual norte-americana¹¹²⁶.

Para demonstrar com clareza as falhas da legislação brasileira serão analisados dois grupos de textos normativos (prescrição em matéria tributária e furto e roubo), comparando sua redação em quatro países: Brasil, EUA, Espanha e França.

¹¹²⁵ ACEMOGLU, Daron & ROBINSON, James A. The Vicious Circle: how institutions that create poverty generate negative feedback loops and endure. In: _____. **Why Nations Fail: the origins of power, prosperity and poverty**. New York: Crown, 2012a, cap. 12. (livro eletrônico).

¹¹²⁶ RADAZZO, Kirk A. & WATERMAN, Richard W. **Checking the Courts: Law, Ideology, and Contingent Discretion**. Albany, NY, EUA: State University of New York, 2014, *e-book*, posições 1845 e ss. (Sunny series in American Constitutionalism).

A prescrição em matéria tributária, no CTN brasileiro, é objeto do art. 174, cujos quatro incisos tem a pretensão de regulamentar a totalidade das hipóteses de interrupção da prescrição do direito tributário brasileiro. **São apenas 81 (oitenta e uma palavras).**

Importante salientar que nenhuma das principais discussões jurisprudenciais que ocupa nossos tribunais¹¹²⁷ na discussão do trâmite dos cerca de 36 milhões de execuções fiscais em tramitação no país¹¹²⁸ encontra solução no texto legal.

O CTN, no art. 174, par. ún., IV, sequer menciona o parcelamento como causa interruptiva, evidentemente não se preocupando com o momento do recomeço do curso do prazo prescricional decorrente de sua rescisão.

A comparação com os EUA demonstra a completa diferença de qualidade entre a legislação tributária brasileira e a norte-americana. O equivalente norte-americano do nosso CTN é a seção 26 do US Code. A prescrição (*statute of limitations*) é objeto de várias disposições esparsas (e.g. §354, (2) (C) (ii) (III); § 355 (e) (4) (E); § 547 (f); § 860 (h); 982 (e); § 1.042, (f); § 1.233, (h) (2); § 1.505 (1) e várias dezenas de outras disposições específicas). Há disposições específicas cobrindo a maior parte das situações. **Apenas as regras gerais sobre a prescrição sobre a cobrança (§ 6.501-6.533) tem 35.908 palavras.** Há disposições específicas para a maior parte das situações, reduzindo incertezas.

É evidente que parte desta diferença deriva da própria natureza da legislação – *statute* – no *common law*, que lida com peculiaridades, deixando as grandes definições jurídicas para os precedentes, **mas nada justifica o laconismo excessivo da legislação brasileira,** como ficará claro com a comparação com a legislação de outros países vinculados ao sistema romano-germânico.

O CTN espanhol (*Ley General Tributaria*), por exemplo, regula o prazo prescricional e sua interrupção nos seus artigos 66 a 70, totalizando 1.638 palavras. Embora sem o detalhamento do seu equivalente norte-americano, o CTN Espanhol prevê a forma do cômputo em uma série de hipóteses de tramitação judicial e administrativa.

¹¹²⁷ Termo *a quo* para o cômputo da prescrição intercorrente decorrente de parcelamento rescindido: ato de exclusão, data do último pagamento ou data em que ocorreu o vencimento da terceira parcela em aberto; duração da prescrição intercorrente na execução fiscal: cinco ou seis anos; termo *a quo* para a prescrição do direito ao redirecionamento da execução contra o sócio-gerente: data da citação da sociedade, data da dissolução irregular, data do conhecimento, pela Fazenda Nacional, da dissolução irregular (posição dominante) ou último ato executivo contra a sociedade; termo *a quo* da interrupção do prazo prescricional: despacho que determina a citação (para as execuções ajuizadas desde 09/06/2005, quando entrou em vigor a LC 118/05), citação efetiva (para as execuções ajuizadas antes de 09/06/2005), ou data do ajuizamento etc.

¹¹²⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2015.** Brasília, 2015, p. 43.

O CTN francês (*Code General des Impôts*), embora extremamente detalhado, lembrando, em suas 2010 páginas, o CTN federal norte-americano (a seção 26 do US Code, correspondente ao CTN Federal norte-americano, tem 6.546 páginas), não regula, por falta de espaço, a prescrição, remetendo a sua regulação (art. 167 bis, 5, VI) à Lei de Execuções Fiscais francesa (*Livre de Procedures Fiscales*), com 255 páginas de extensão, que regulamenta a prescrição no seu capítulo IV, arts. 168 a 189 e a prescrição intercorrente nos arts. 274 a 275A. **A matéria é regulada em 4.288 palavras.**

Façamos uma rápida comparação

País	Nº de palavras para regulamentar a prescrição tributária
Brasil	81
Espanha	1.638
França	4.288
EUA	35.908

A análise da legislação brasileira pertinente ao furto e ao roubo demonstra um panorama um pouco melhor para o Brasil. O furto (CP, art. 155), o furto de coisa comum (CP, art. 156) e o roubo (CP, art. 157), são definidos e regulados em **509 palavras**, quase sete vezes mais que as utilizadas para a prescrição tributária, mas permanece a lacuna sobre os grandes temas discutidos em nossos tribunais, pois **o Código Penal não regula a aplicação do princípio da insignificância**, gerando incerteza quanto aos valores, aos crimes e às circunstâncias para a sua apreciação, **limita-se a distinguir furto e roubo pela expressão “mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”**, omitindo-se sobre o **momento** da violência caracterizadora do roubo ou do concurso de crimes e do **grau** da violência que integra o tipo do roubo, novamente gerando incerteza.

O furto e o roubo, nos EUA, normalmente são crimes estaduais, regulados pelos Códigos Penais de cada estado, de forma que o CP Federal norte-americano não regulamenta a totalidade das situações. O CP federal norte-americano (US Code, seção 18), com 1.426 páginas, regula o furto nos seus §§ 641-670 e o roubo nos seus §§ 2.111-2.119. **A matéria é regulada em 23.361 palavras.**

O Código Penal Espanhol regula o furto nos seus arts. 234 a 236 e o roubo nos arts. 237 a 242. Embora a extensão seja de pouco mais de duas vezes a brasileira, regulando o tema em apenas **1.163 palavras**, o texto é de uma clareza cristalina, diferenciando a pena conforme o montante furtado, sua importância relativa para a vítima, a conduta do autor, os locais equiparados a residência, além de regular com precisão o momento em que a violência integra o tipo do roubo (art. 237), os casos em que o furto é equiparado ao roubo (art. 238) e os

roubos em casas habitadas, além de fornecer, em uma série de hipóteses, critérios para a fixação da pena na metade inferior ou superior.

O Código Penal Francês dispõe sobre o furto (*vol*) e o roubo (*vol qualifié*) nos seus arts. 311-1 311-16, utilizando **1.915 palavras** para regular a matéria, especificando penas distintas conforme a natureza do crime, a existência e a espécie de violência, o valor e a importância do objeto entre outros aspectos.

Façamos uma rápida comparação

País N° de palavras para regulamentar o furto e o roubo

Brasil 509

Espanha 1.163

França 1.915

EUA 23.361

Como o direito legislado brasileiro é extremamente lacunoso e vago, a incerteza é inevitável, tornando a determinação do direito por meio de precedentes indispensável.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. **Lo Racional como Razonable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- _____. Introduction. In. PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason**. New York: Springer, 2008, p. 1-12.
- ABN STUDY PARTNER. **Dean's Law Dictionary**. Stephens City, VA, EUA, 2014, livro eletrônico.
- ACEMOGLU, Daron & ROBINSON, James A. The Virtuous Circle: how institutions that encourage prosperity create positive feedbacks loops that prevent the efforts by elites to undermine them. In. _____. **Why Nations Fail**: the origins of power, prosperity and poverty. New York: Crown, 2012, cap. 11, livro eletrônico.
- _____. The Vicious Circle: how institutions that create poverty generate negative feedbacks loops and endure. In. _____. **Why Nations Fail**: the origins of power, prosperity and poverty. New York: Crown, 2012a, cap. 12. (livro eletrônico).
- ACKERMANN, Bruce. The New Separation of Powers. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, USA, v. 113, n. 3, p. 633-729, jan. 2000. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1342285>. Acesso em 10 jan. 2016.
- AGUIRRE, Marcos Roberto de Lima. **A Proposta do Federalismo no Brasil**: o debate entre a centralização e a descentralização no século XIX. 2012. 100f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.
- ALEMANHA. CORTE CONSTITUCIONAL. Volkswagenprivatisierung. **RECHTSPRECHUNG (JULGADOS DA CORTE CONSTITUCIONAL)**, Bonn, v. 12, p. 354, 17 mai 1961. Disponível em <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=BVerfGE%2012,%20354>. Acesso em 31 jan. 2016.
- ALEMANHA. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – KapMuG)**. Bonn, 2016. Disponível em http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/kapmug_2012/gesamt.pdf. Acesso em 24 mar. 2016.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- _____. **Teoria da Argumentação Jurídica** (1978). Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALVARADO ANDRADE, Jesús María. **Aproximación a la Tensión Constitución y Libertad em Venezuela**: brevíssima aproximación histórica. Caracas, [2010?]. Disponível em

http://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/APROXIMACI%C3%92N%2520A%2520LA%2520TENSI%C3%92N%2520CONSTITUCI%C3%93N%2520Y%2520LIBERTAD%2520EN%2520VENEZUELA%2520_VERSI%C3%93N%2520DEFINITIVA_%5B1%5D.pdf. Acesso em 23 mar. 2016.

AMARAL JR., José Levi Mello do. Sobre a Organização de Poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 868, Fev. 2008.

ANDRADE, Christiano José de. **Hermenêutica Jurídica no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. **O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

AQUINO, São Tomás de. **Tratado da Lei**. Porto: Res Jurídica, [1992]. (Título original: De Legibus, In Quatuor Articulis Divisa, texto integrante da Summa Theologica)

ARENHARDT, Sérgio Cruz. **A Tutela Coletiva de Interesses Individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. Prefácio de Remo Caponi. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

AREOSA, João Carlos. Comentários aos arts. 1.045 a 248 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 1.658-1666.

ARMELIN, Roberto & FONTES, João Roberto Egydio Piza. A Reforma do Estado e o Judiciário: em busca da eficácia social da prestação jurisdicional. Uma reflexão sobre o controle externo do Judiciário e o efeito vinculante das Súmulas dos Tribunais Superiores, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 91, p. 179-202, jul. a set. 1998.

ASSIS, Carlos Augusto de. Comentários aos arts. 236 a 248 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 400-425.

ATRIA, Fernando. **On Law and Legal Reasoning**. Oxford, UK e Portland, OR, EUA: Hart, 2001.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>, acesso em 06 fev. 2016.

_____. **Segurança Jurídica**: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos (2003). 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Comentários aos arts. 976 a 987 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 1.526-1.534.
- BALEEIRO, Aliomar. A Função Política do Judiciário (1972). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 756, p. 731-745, out. 1998.
- BARRON, Jerome A. & DIENES, C. Thomas. **Constitutional Law** (1986). 7th ed. St. Paul, MN, USA, 2009, livro eletrônico.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BARZOTTO, Luis Fernando. **A Democracia na Constituição**. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.
- _____. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart (1998). 2. ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2007.
- _____. Filosofia e Constituição. In. MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira & NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. SP: Saraiva, 2010, pp. 617-653.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BATISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de Hermenêutica Jurídica para uso das Faculdades de Direito do Império**. 3. ed. Recife: Livraria Acadêmica, 1872.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BERKOWITZ, Daniel; PISTOR, Katharina & RICHARD, Jean-François. The Transplant Effect. **The American Journal of Comparative Law**, Ann Arbor, MI, USA, v. 51, n. 1, p. 163-203, winter 2003. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/3649143>. Acesso em 20 jan 2016.
- BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**: The Supreme Court at the Bar of Politics (1962). 2nd. ed. New Haven, CT, USA: Yale University Press, 1986.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **Teoria Geral do Delito**: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira. Coimbra: Almedina, 2007
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado** (1967). 10. ed. São Paulo, 2015.

BONNECASE, Julien. **L'École de l'Exegese em Droit Civil**: Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthode d'apres la profession de foi de ses plus illustres representants. 2. ed. Paris: E. de Boccard, 1924.

BOROCHOFF, Elise. Lower Court Compliance with Supreme Court Remands. **Touro Law Review**, Central Islip, NY, USA, v. 24, n. 4, p. 849-906, jun. 2013. Disponível em <http://digitalcommons.tourolaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1261&context=lawreview>. Acesso em 31 jan. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890**. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016a. Disponível em <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/129395/decreto-848-90>. Acesso em 23 jan. 2016.

_____. **Constituição (1891)**. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016b. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 21 jan. 2016.

_____. **Constituição (1934)**. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016c. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 21 jan. 2016.

_____. **Constituição (1937)**. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016d. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 21 jan. 2016.

_____. **Constituição (1946)**. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016e. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm, acesso em 24 jan. 2016.

_____. **Constituição (1967)**. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016f. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 21 jan. 2016.

_____. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016g. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 20 jan 2016.

_____. **Constituição (1988)**. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016h. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 27 jan. 2016.

- _____. **Emenda Constitucional nº 3 à Constituição de 1988.** Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016i. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm. Acesso em 27 jan. 2016.
- _____. **Emenda Constitucional nº 45 à Constituição de 1988.** Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016j. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm. Acesso em 27 jan. 2016.
- _____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC/73 ou Código Buzaid).** Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016k. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em 27 jan. 2016.
- _____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (CPC/15).** Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016l. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 27 jan. 2016.
- _____. **Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016m. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acesso em 27 jan. 2016.
- _____. **Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016n. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm. Acesso em 27 jan. 2016.
- _____. **Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.** Dispõe sobre o Cadastro dos créditos não quitados de órgãos e entidades e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016o. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10522compilado.htm. Acesso em 20 mar. 2016.
- _____. **Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006.** Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016p. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm. Acesso em 27 jan. 2016.
- _____. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Casa

Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016q. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em 20 mar.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940** (Código Penal). Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016r. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 28 mar. 2016, art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

_____. **Lei 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016s. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm. Acesso em 27 mar. 2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Apelação Cível nº 373**. Decisão proferida em 09/11/1898.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 477.554**, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 26/08/2011.

_____. **Ag. Reg. na Ação Rescisória 2.370/CE**. Julg. 22/10/2015. DJe 11/11/2015. Rel. Min. Teori Zavascki.

_____. **Recurso extraordinário nº 614.406**. Julg. 23/10/2014, maioria, DJe 26/11/2014.

_____. **Súmula 145**. Brasília: Imprensa Nacional, 1964, p. 82.

_____. **Ação Cautelar nº 4.039**. Julg. 24 nov. 2015. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 28 mar. 2016.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.089.720**. Julg. 10/10/2012, maioria, DJe 28/11/2012.

_____. **Recurso Especial nº 1.227.133**. Julg. 28/09/2011, maioria, DJe 19/11/2011.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.346.814/SE**. Julg. 18 set. 2014, DJe 10 out. 2014, Relator Min. Herman Benjamin.

_____. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 112.873/PR**. Julg. 04 fev. 2016. DJe 17 fev. 2016. Relatora Ministra Regina Helena Costa.

BRASIL. REGIÃO SUDESTE. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Agravo de Instrumento nº 0005010-78.2015.4.03.0000. Relator Des. Fed. Hélio Nogueira. São Paulo. E-DJF3 07/07/2015.

- BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BÜLLOW, Oskar. **Gesetz und Richteramt**. Leipzig: Dunker & Humblot, 1885. (Cópia eletrônica facsimile editada e vendida pelo *google books*).
- BUTELER, Alfonso. Sobre las causas y los efectos de la corrupción: el papel del Derecho. In. DELPIZAZZO, Carlos E. & LEAL, Rogerio Gesta (coords.). **Ética Pública y Patologías Corruptivas**. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2014, p. 203-218, especialmente p. 215.
- CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e Impartialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 149, p. 339-364, jul. 2007a.
- _____. O Novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) Alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 147, p. 123-146, mai. 2007b.
- _____. A Técnica do Julgamento-Alerta na Mudança da Jurisprudência Consolidada. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 221, p. 13-48, jul. 2013.
- CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional** (1955). 6. ed., revista e ampliada por Miguel Galvão Teles, Coimbra: Almedina, 2010, t. I.
- CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945, Tomo I: História y Legislaciones, v. 2.
- _____. Il Significato Costituzionale delle Giurisdizioni di Equità (1920). In. _____. **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1968a, p. 3-51.
- _____. Corte Costituzionale e Autorità Giudiziaria (1956). In. _____. **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1968b, p. 610-654.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado** (1970). 2. ed., reimpr. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- _____. Ideologie nel diritto processuale. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milão, ano XVI, 1962, p. 193-219.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Derecho Procesal Civil**. Tradução de Nicieto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944, v. II: Composición del Proceso, v. II.
- _____. Instituições do Processo Civil (1941). Tradução da 5ª edição italiana por Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, 3v.
- CARP, Robert A.; STIDHAM, Ronald & MANNING, Kenneth L. **Judicial Process in America**. 9th ed. Thousand Oaks, California: SAGE, 2014, e-book.
- CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Do Advogado, 2010.

- CARVALHO, Fabiano. Comentários aos arts. 139 a 148 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 243-261.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CASERTA, Marco. **Giovanni Tarello**: teorie, ideologie e metagiurisprudenza. Napoli: Scintifique Italiane, 2001.
- CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **Tratados dos Impostos**. Estudo Theorico e Prático. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910.
- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações acerca da redução da maioria penal. **Revista dos Tribunais Nordeste**, São Paulo, v. 2, p. 117-134, nov-dez/2013.
- CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'Interpretazione Giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007.
- _____. **L'Indirizzo Analitico nella Filosofia del Diritto**: Da Bentham a Kelsen. Torino: G. Giappichelli, 2009.
- _____. Las Cláusulas Generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, v. 21, p. 89-106, 2011.
- _____. La Interpretación de la Ley: Teorías Lingüísticas, Juegos Interpretativos, Máximas Griceanas. In. _____. **Desencantos para abogados realistas**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2012a, posições 182 e 281, livro eletrônico.
- _____. The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In. BUSTAMANTE, Thomas & PULIDO, Carlos Bernal (eds.). **On the Philosophy of Precedent**: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009. Stuttgart: Franz Steiner, 2012b, v. III, p. 13-33.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Processal Civil** (Tradução da segunda edição italiana por E. Gómez Orbaneja. Madrid: Revista de Derecho Privado. A 1ª edição italiana é de 1934), 1936, v. I: Conceptos Fundamentales e la Doctrina de las Acciones.
- _____. **Ensayos de Derecho Procesal Civil** (1904). Tradução de Santiago Sentís Melendo da 3ª edição italiana, de 1930. Prólogo de Eduardo J. Couture. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America e Bosch, 1949, v. I.
- _____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução da 2ª edição italiana, de 1933, por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas de Enrico Tullio Liebman, com introdução de Alfredo Buzaid. São Paulo: Saraiva, 1965, v. I: Os conceitos fundamentais. A doutrina das ações.

- COLOMBO, Juliano. Anotações aos arts. 269 a 293. In. MELLO, Rafael Corte (org.); GIORGI JR., Romulo Ponticelli (org.) & SILVA, Jaqueline Mielke (prefácio). **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Charleston, SC, EUA: Create Space Independent Publishers Platform, 2015, p. 144 a 153.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. **La Garanzia Costituzionale dell’Azione ed il Processo Civile**. Padova: CEDAM, 1970.
- CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. Comentários aos arts. 489 a 496 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 787-803.
- CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. **INEQUITY INDICATORS OF THE NATIONAL TAX SYSTEM: Observation Report nº 2**. 2. ed. Brasília, 2011. Disponível em <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais-1/catalogo/conselhos/conselho-de-desenvolvimento-economico-e-social/relatorios/inequity-indicators-of-the-national-tax-system-observation-report-no-2-indicadores-de-iniquidad-del-sistema-nacional-de-impuestos-informe-de-observacion-no-2/view>. Acesso em 8 fev. 2016.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2014: justiça estadual**. Brasília, 2014a.
- _____. **Justiça em números 2014: justiça federal**. Brasília, 2014b.
- _____. **Justiça em números 2015**. Brasília, 2015.
- CROSS, Frank B. & LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. **Minnesota Law Review**. v. 91, jun/2007, p. 1752-1784.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Comentários aos arts. 1036 a 1041 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 1-27.
- CURY, Renato José. Comentários aos arts. 85 a 87 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 151-159.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DIDIER JR., Fredie. Formação do Precedente e *Amicus Curiae* no Direito Imperial Brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876, **Revista de Processo**, v. 220, p. 407-421, jun. 2013.
- _____. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015a, v. I: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2: Teoria da Prova,

- Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela, pp. 442-443 e 451.
- DIDIER JR., Fredie & SOUZA, Marcos Seixas. O Respeito aos Precedentes como Diretriz Histórica do Direito Brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 2, p. 99-120, jul-dez 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo** (1987). 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DORIA, A. de Sampaio. **Princípios Constitucionales**. São Paulo, 1926.
- DOTTI, Rogéria. Comentários aos arts. 305 a 248 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 511-523.
- DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Driiwirkung** dos Direitos Fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. **Curso de Direitos Fundamentais: Teoria e Prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 1978.
- _____. **Law's Empire**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986.
- _____. Ronald Dworkin Replies. In. BURLEY, Justine (ed.). **Dworkin and his critics: with replies by Dworkin**. Malden, MA, USA: Blackwell, 2004, p. 339-395.
- EASTERBROOK, Frank H. Preface. In. SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan A. **Reading Law: the interpretation of legal texts**. St. Paul, MN, USA: Thomson West, 2012, livro eletrônico.
- EDLIN, Douglas. “Judicial Review” sem uma constituição escrita. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**. Porto Alegre, v. 10, n. 1, p. 3-33, 2015. Tradução de Romulo Ponticelli Giorgi Júnior. Disponível em <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/54636>. Acesso em 28 jan. 2016.
- ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Do Advogado, 2007.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. The Propeller Genesee Chief v. Fitzhugh. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 53, p. 443, 1851. Disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/53/443.html>. Acesso em 31 jan. 2016.

- _____. Gelpcke v. Dubuque. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 68, p. 175, 1863. Disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/68/175.html>. Acesso em 31 jan. 2016.
- _____. Baker v. Carr. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 369, p. 186, 1962. Disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=369&page=186>>. Acesso em 27 jan. 2016.
- _____. Reed v. Reed. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 404, p. 71, 1971. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/71/case.html>. Acesso em 31 jan. 2016.
- _____. Roe v. Wade. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 410, p. 113 e ss., 1973. Disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>. Acesso em 29 jan. 2016.
- _____. Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 509, p. 579, 1993. Disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/509/579.html>. Acesso em 24 mar. 2016.
- _____. Raines v. Bird. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 521, p. 811, 1997. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/811/>. Acesso em 31 jan. 2016.
- _____. Clinton v. City of New York. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 524, p. 417, 1998. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/524/417/>. Acesso em 31 jan. 2016.
- _____. Vieth et al. v. Jubelirer, PRESIDENT OF THE PENNSYLVANIA SENATE, et. al. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 541, p. 278, 2004. Disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=541&page=278#278>>. Acesso em 27 jan 2016.
- FALLON JR., Richard H. The Meaning of Legal “Meaning” and Its Implications for Theories of Legal Interpretation. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 82, n. 3, p. 1235-1308, summer 2015.
- FELONIUK, Wagner Silveira. **A Constituição de Cádiz e sua Influência no Brasil**. Porto Alegre: DM, 2015.
- FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. Comentários aos arts. 926 a 928 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 1.449-1.455.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La Jurisdicción Constitucional en España. In. GARCIA BELAUNDE, Domingo & _____ (coords.). **La Jurisdicción Constitucional en**

Iberoamérica. Madrid: Dyckinson; Jurídicas Lima: Lima; Jurídica E. Esteva: Montevideú; Jurídica Venezolana: Caracas, 1997, pp. 625-709.

_____. **La Obsolescencia de la Bipolaridad “Modelo Americano – Modelo Europeo Kelseniano” Como Critério Analítico del Control de Constitucionalidad y la Búsqueda de una Nueva Tipología Explicativa.** Córdoba, Argentina, 2002, disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060359>>, acesso em 28/12/2015.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Institucionais.** São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa (1978).** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERRERES COMELLA, Víctor. **Justicia Constitucional y Democracia.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

_____. Las Consecuencias de Centralizar el Control de Constitucionalidad de la Ley en un Tribunal Especial. Algunas Reflexiones Acerca del Activismo Judicial. **SELA (Seminário en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers.** [S.l.: s.n.], 2004, *paper* 40, disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/40/>, acesso em 28 jan. 2016.

_____. Sobre la Posible Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia. In. _____ & Xiol, Juan Antonio. **El Carácter Vinculante da la Jurisprudencia.** Madrid: Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 43-80.

FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais.** São Leopoldo: UNISINOS, 2007.

FRANÇA. **Constituição de 1958.** Paris: Le Service Public de la Diffusion du Droit. Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Constitution-du-4-octobre-1958>>, acesso em 03 dez. 2011.

_____. **Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.** Version consolidée au 20 avril 2011. Paris: Le Service Public de la Diffusion du Droit. Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000705065&fastPos=1&fastReqId=1608164790&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>>, acesso em 03 dez. 2011.

FRANCO, Alberto Silva et al. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. I.

FRATE, Paolo Alvazzi dal. **L’Inpretazione Autentica nel XVIII secolo: Divieto di interpretatio e “riferimento al legislatore” nell’iluminismo giuridico.** Torino: G. Giappichelli, 2000.

_____. **Giurisprudenza e Référé Législatif in Francia nel Periodo Rivoluzionario e Napoleonico.** Torino: G. Giappichelli, 2005.

FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, vol. 92, n. 2, Dec. 1978, pp. 353-409, disponível em <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1340368?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21101310094827>, acesso em 20/11/2011.

_____. **Morality of Law**. 2. ed. New Haven e London: 1969.

FUX, Luiz et al. Exposição de Motivos do Anteprojeto. In: MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GADAMER, Hans. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica (1986). Tradução de Paulo Meurer. Revisão de Ênio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. O que é a verdade? (1957). In: _____. **Verdade e Método II**: complementos e índice. Tradução Ênio Paulo Giachini. Revisão Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002a, p. 57-71.

_____. Entre fenomenologia e dialética – Tentativa de uma autocrítica (1985). In: _____. **Verdade e Método II**: complementos e índice. Tradução Ênio Paulo Giachini. Revisão Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002b, p. 9-34.

_____. A história do conceito como filosofia (1970). In: _____. **Verdade e Método II**: complementos e índice. Tradução Ênio Paulo Giachini. Revisão Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002c, p. 94-111.

_____. Retórica e Hermenêutica (1976). In: _____. **Verdade e Método II**: complementos e índice. Tradução Ênio Paulo Giachini. Revisão Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002d, p. 321-339.

_____. Texto e Interpretação (1983). In: _____. **Verdade e Método II**: complementos e índice. Tradução Ênio Paulo Giachini. Revisão Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002e, p. 381-418.

GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. New York, NY, USA, 2008, livro eletrônico.

GIMENO JUBERO, Miguel Ángel. Algunas Cuestiones sobre la Responsabilidad Penal del Juez. In. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. **La Responsabilidad Personal del Juez**. Madri, 2009.

GINSBURG, Ruth Bader. Foreword to the third edition. In. KOMMERS, Donald P. & MILLER, Russell A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany** (1989). Tradução da parte doutrinária do texto da terceira edição alemã, publicada no mesmo ano da edição inglesa – 2012 -, assim como da maior parte dos acórdãos referidos, pelos próprios autores. Alguns acórdãos foram traduzidos por Mark Hepner, Peggy Fiebig, Matthias Schmidt, Catriona Thomas, Albert Wimmer e Hedwig Weiland, este último chefe do Departamento de tradução para o inglês do BVerfG. 3rd. ed. London: Duke University Press, 2012, livro eletrônico.

- GIORDANI, Mário Curtis. **Iniciação ao Direito Romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.
- GIORGI JR., Romulo Ponticelli. Origem e Evolução da Duplicidade. In. SOUZA JR., Cezar Saldanha (org.) **Inter-relações entre o Processo Administrativo o Judicial (em Matéria Fiscal) a partir da Identificação de Contenciosos cuja Solução Deveria ser Tentada Previamente na Esfera Administrativa**. Brasília: CNJ, 2011a, vol. II: Da Pesquisa Jus-Doutrinária Comparada, pp. 12-35. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ufrgs_edital1_2009.pdf>. Acesso em 13 mar 2016.
- _____. Os Dados Empíricos e a Doutrina. In. SOUZA JR., Cezar Saldanha (org.) **Inter-relações entre o Processo Administrativo o Judicial (em Matéria Fiscal) a partir da Identificação de Contenciosos cuja Solução Deveria ser Tentada Previamente na Esfera Administrativa**. Brasília: CNJ, 2011b, vol. II: Da Pesquisa Jus-Doutrinária Comparada, p. 155-178. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ufrgs_edital1_2009.pdf>. Acesso em 20 mar 2016.
- _____. **Controle de constitucionalidade pelo juiz de primeiro grau**. Charleston, SC, USA: Create Space Independent Publishing Platform, 2015a.
- _____. Anotações aos artigos 976 a 993 do CPC. In. MELLO, Rafael Corte (org.); _____ (org.) & SILVA, Jaqueline Mielke (prefácio). **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Charleston, SC, EUA: Create Space Independent Publishing Platform, 2015b, p. 520-529.
- _____. Anotações aos artigos 1.029 a 1.041 do CPC. In. MELLO, Rafael Corte (org.); _____ (org.) & SILVA, Jaqueline Mielke (prefácio). **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Charleston, SC, EUA: Create Space Independent Publishing Platform, 2015c, p. 559-570.
- GORLA, Gino. Giurisprudenza. In. **Enciclopedia del Diritto**. Milão: Giuffrè, 1970, v. XIX, p. 489-510.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação / Aplicação do Direito** (2002). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GRECO, Luís. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.
- GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- _____. **Nuevos Estudios sobre la Interpretación**. Tradução e apresentação de Diego Moreno Cruz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, e-book. (Serie de Teoria Jurídica y Filosofía del Derecho n° 55)

- _____. **Interpretare e argomentare**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2011.
- _____. Il Realismo Giuridico Redefinito. **European Constitutionality Review**, Slovenia, n. 19, p. 97-111, 2013. Disponível em <https://revus.revues.org/2400>. Acesso em 02 jan. 2016.
- HAACK, Susan. **Defending Science – Within Reason: Between Scientism and Cynicism**. Amherst, New York: Prometheus, 2007, livro eletrônico.
- _____. **Evidence Matters: Science, Proof and Truth in the Law**. New York, NY, USA: Cambridge University Press, 2014, livro eletrônico.
- HÄBERLE, Peter. **Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional** (1995). Tradução de Urbano Carvelli da 2ª edição alemã, de 2001. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.
- HARVARD LAW REVIEW. Developments in Law: Access to Courts. **Harvard Law Review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 122, pp. 1150-1216, 2009a. Disponível em <http://harvardlawreview.org/2009/05/developments-in-the-law-ae-access-to-courts/>. Acesso em 28 jan. 2016.
- HASEN, Richard L. End of the Dialogue? Political Polarization, The Supreme Court, and Congress. **Southern California Law Review**. Los Angeles, CA, USA, v. 86, p. 205-262, 2012-2013.
- HECLO, Hugh. **On Thinking Institutionally**. Boulder; London: Paradigm, 2008.
- HERGET, James E. Unearthing the Origins of a Radical Idea: The Case of Legal Indeterminacy. **American Journal of Legal History**, Philadelphia, PA, USA, v. XXXIX, p. 59-70, especialmente pp. 67-70, 1995. Disponível em <http://ajlh.oxfordjournals.org/content/39/1/59>. Acesso em 10 dez. 2015.
- HERVADA, Javier. **O que é o Direito?: a moderna resposta do realismo jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.
- _____. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998 [Título original Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995].
- _____. Limites da Mutação Constitucional. Tradução Inocêncio Mártires Coelho. In: _____. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 147-171.

- HIDALGO, Daniela Boito Maurmann & ETCHEVERRY, Ana Luísa Martins. Anotações aos arts. 926 a 946. In. MELLO, Rafael Corte (org.); GIORGI JR., Romulo Ponticelli (org.) & SILVA, Jaqueline Mielke (prefácio). **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Charleston, SC, EUA: Create Space Independent Publishers Platform, 2015, p. 489-502.
- HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 96, v. 859, p. 81-91, mai. 2007.
- INTERNAL REVENUE SERVICES. **Overview of the Tax Gap for the Tax Year 2006**. IRS, Office of Research: 2012.
- ISRAEL, Jerold H. & LA FAVE, Wayne R. **Criminal Procedure: Constitutional Limitations** (1971). 8th ed. St. Paul, MN, USA, 2014.
- JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado** (1ª ed. alemã 1911, 3ª ed. alemã 1914). México: FCE, 2000. (Título original: Allgemeine Staatslehre, tradução e prólogo de Fernando de los Ríos).
- JIMÉNEZ, Juan Pablo; PODESTÁ, Andréa & SABAINI, Juan Carlos Gómez. **Tax Gap and Equity in Latin America and the Caribbean**. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH e UN/ECLAC (ONU/CEPAL): Eschborn, Alemanha, 2010.
- KANE, Mary Kay. **Civil Procedure**. 6th ed., St. Paul., MN, USA: West, 2007, livro eletrônico.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** (1ª ed. alemã 1934. 2ª ed. alemã 1960). 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a. (Boa parte desta obra foi publicada anteriormente na Tese de Livre Docência de Kelsen, *Hauptprobleme des Staatslehre, entwicklung aus des Lehre vom Rechtssätze* – Problemas fundamentais da Teoria do Estado, desenvolvimento da Teoria das Proposições Jurídicas -, 1ª ed. alemã 1911. 2. ed. alemã 1923).
- _____. **Teoria Geral do Direito e do Estado** (1ª ed., Berlin, 1925. 2ª ed., Harvard, 1945). São Paulo: Martins Fontes, 1998b.
- _____. **A Democracia** (1ª ed. alemã 1920. 2ª ed. alemã 1929). Tradução Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. **Jurisdição Constitucional** (1929). São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KEMPIN JR, Frederick G. Precedent and Stare Decisis: The Critical Years, 1800 to 1850. **The American Journal of Legal History**, Philadelphia, PA, USA, v. 3, n. 1, p. 28-54, jan. 1959. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/844141>. Acesso em 7 set. 2015.
- KLEIMAN, Mark A. R. **When Brute Force Fails: How to have less crime and less punishment**. Princeton, NJ, USA: Princeton University Press, 2009, livro eletrônico.

- KLENNER, Hermann. Savigny's research program of the historical school of law and its intellectual impact in 19th century Berlin. **The American Journal of Comparative Law**, v. 37, p. 67-80, 1989.
- KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- KOCHEM, Ronaldo. Anotações aos artigos 139 a 164 do CPC. In. MELLO, Rafael Corte (org.); GIORGI JR., Romulo Ponticelli (org.) & SILVA, Jaqueline Mielke (prefácio). **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Charleston, SC, EUA: Create Space Independent Publishing Platform, 2015, p. 86-100.
- KOMMERS, Donald P. & MILLER, Russell A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**: with a new foreword by Justice Ruth Bader Ginsburg (1989). Tradução da parte doutrinária do texto da terceira edição alemã, publicada no mesmo ano da edição inglesa – 2012 –, assim como da maior parte dos acórdãos referidos, pelos próprios autores. Alguns acórdãos foram traduzidos por Mark Hepner, Peggy Fiebig, Matthias Schmidt, Catriona Thomas, Albert Wimmer e Hedwig Weiland, este último chefe do Departamento de tradução para o inglês do BVerfG. 3rd. ed. London: Duke University Press, 2012, livro eletrônico.
- KOSCHAKER, Paul. **Europa y el Derecho Romano**. Trad. José Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.
- LAPORTA, Francisco J. La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia y la Lógica del Precedente. In. COMELLA, Víctor Ferreres & Xiol, Juan Antonio. **El Carácter Vinculante da la Jurisprudencia**. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 11-42.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LASPRO, Oreste Nestor Souza. Comentários aos arts. 332 e 333 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 551-556.
- LEAL, Roger Stiefelmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LEVINSON, Daryl J. Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment. **Harvard Law Review**. Cambridge, Massachusetts, USA, v. 124, p. 657-746, jan. 2011. Disponível em <<http://harvardlawreview.org/2011/01/parchment-and-politics-the-positive-puzzle-of-constitutional-commitment/>>. Acesso em 30 jan 2016.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução** (1946). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970. (Título original: Verfassungslehre, Tübingen, J. C. Mohr, 1959, à qual foi juntada a monografia do mesmo autor intitulada Über Wesen, Technik und Grenzen der

- Verfassungsänderung*, Berlin, Walter de Gruyter, 1961, tradução de Alfredo Gallego Anibitarte).
- LOIBINGER, C. Sumner. Precedent in Past and Present Legal Systems. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, MI, USA, v. 44, n. 6, p. 955-996, jun. 1946. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1283471>. Acesso em 7 set. 2015.
- LUIG, Klaus. The everlasting universality of Roman Law through the eyes of Rudolf von Jhering (1818-1892). **Fundamina**, n. 2, p. 11-27, 1996.
- MACEDO, Elaine Harzheim. Anotações aos artigos 926 a 946. In. Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio Grande do Sul. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Porto Alegre: Escola Superior de Advocacia do Rio Grande do Sul, 2015, pp. 692-705.
- MADEIRO, Carlos. No Pará, juíza que mandou menina de 15 anos para cela com 30 homens é promovida. **Universo On Line** (UOL), Maceió, 03 out. 2013 16h 08. Disponível em <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/10/03/no-para-juiza-que-mandou-menina-de-15-anos-para-cela-com-30-homens-e-promovida.htm>. Acesso em 28 mar. 2016.
- MALBERG, Raymond Carré de. **Contribution à la Théorie Générale de l'État** (1922). Paris: Dalloz, 2004.
- MANNING, John F. Separation of Powers as Ordinary Interpretation. **Harvard Law Review**, Cambridge, Massachusetts, v. 124, p. 1939-2040, jun. 2011. Disponível em <http://harvardlawreview.org/2011/06/separation-of-powers-as-ordinary-interpretation/>. Acesso em 05 mar. 2016.
- MARCO, Anelise Rigo de & MELLO, Rafael Corte. Anotações aos artigos 994 a 1026 do CPC. In. MELLO, Rafael Corte (org.); GIORGI JR., Romulo Ponticelli (org.) & SILVA, Jaqueline Mielke (prefácio). **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Charleston, SC, EUA: Create Space Independent Publishing Platform, 2015b, p. 530-556.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**: Justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. **Julgamento nas Cortes Supremas**: Precedente e Decisão do Recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. **Precedentes Obrigatórios** (2010). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz & MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a.
- _____. **Novo Curso de Processo Civil**. 1. Edição em e-book, baseada na 1ª edição impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015b, 3v: v. I: Teoria do Processo Civil; v. II: Tutela dos direitos mediante o procedimento comum; v. III: Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados.

- _____. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015c.
- MARTINS, Ângela Vidal da Silva. **A Moralidade do Direito como Condição de Liberdade em Lon Fuller**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.
- MARTINS, Leonardo. Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. In. _____ (org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Konrad Adenauer, 2005a, pp. 33-126, organizador da coletânea original Jürgen Schwabe, tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2241/4.pdf>. Acesso em 31 jan. 2016.
- _____ (org.). Excertos da GrundGesetz (GG) e da Lei Orgânica do TCF (BVerGG). In. _____ (org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Konrad Adenauer, 2005b, pp. 952-976, organizador da coletânea original Jürgen Schwabe, tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2241/42.pdf>. Acesso em 31 jan. 2016.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra. Os Princípios Jurídicos e sua Densidade Normativa. **Justiça & Cidadania**, Rio de Janeiro, n. 145, pp. 16-20, set. 2012.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Commentários à Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.
- _____. **Hermenêutica e Aplicação do Direito** (1924). 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MCILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: Ancient and Modern**. Indianapolis: Liberty Fund, 2007. (texto da 2ª edição, revisada, de 1947. A primeira edição é de 1940. O livro recolhe seis palestras ministradas pelo autor no ano letivo 1938-39).
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas. 2ª. ed. em *e-book* baseada na 3ª edição impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. The Role of Precedent as a Filter for Argumentation. In. BUSTAMANTE, Thomas & PULIDO, Carlos Bernal (eds.). **On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy**, Beijing, 2009. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, v. III, p. 83-102.
- MELLO, Rafael Corte. Cortes de Vértice: o sentido unívoco e a (ins)estabilidade. In. MACEDO, Elaine Harzheim & HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (orgs.). **Jurisdição, Direito Material e Processo**: Os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do Direito. Porto Alegre: Do Advogado, 2015a, p. 213-227.

- _____. Anotações aos arts. 1º a 15. In. _____ (org.); GIORGI JR., Romulo Ponticelli (org.) & SILVA, Jaqueline Mielke (prefácio). **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Charleston, SC, EUA: Create Space Independent Publishers Platform, 2015b, p. 15 a 21.
- _____. Anotações ao art. 311. In. _____ (org.); GIORGI JR., Romulo Ponticelli (org.) & SILVA, Jaqueline Mielke (prefácio). **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Charleston, SC, EUA: Create Space Independent Publishers Platform, 2015c, p. 166 a 168.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra; _____ & NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. SP: Saraiva, 2010, pp. 305-378.
- _____ & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MERRIAM-WEBSTER. **Merriam-Webster's Dictionary of Law**. 3. ed. para o Kindle. Springfield, MA, EUA, 2011, livro eletrônico.
- MIGALHAS. Intolerância Religiosa: Juiz diz que culto afro-brasileiro não é religião. **Migalhas**, Rio de Janeiro, p. 1, 19. mai. 2014. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI201113,21048-Juiz+diz+que+culto+afrobrasileiro+nao+e+religiao>. Acesso em 25 mar. 2016.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra, 1991, tomo II: Constituição e Inconstitucionalidade.
- MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito** (1922). 2. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1972, v. I: Introdução à Ciência do Direito, introdução e partes I: Os Problemas Fundamentais.
- _____. **Sistema de Ciência Positiva do Direito** (1922). 2. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1972, v. II: Introdução à Ciência do Direito, partes II e III: Crítica da Explicação e Elaboração do Direito e Normas de Direito.
- _____. **Sistema de Ciência Positiva do Direito** (1922). 2. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1972, v. IV: Investigação Científica e Intervenção na Matéria Social.
- _____. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I, de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, tomo V.
- MITCHELL, Jonathan F. Stare Decisis and Constitutional Text. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, MI, USA, v. 110, n. 1, p. 1-68, out. 2011. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/23054207>. Acesso em 7 set. 2015.
- MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**, São Paulo, ano. 35, n. 183, p. 165-194, 2010.

_____. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente** (2013). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos** (2009). 1. ed. em e-book, baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a, parte I, capítulo 1.

_____. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **De L'Esprit des Loix**. Ou du rapport que les Loix doivent avoir avec la Constitution de chaque gouvernement, les moeurs, le climat, la religion, le commerce, &c. à quoi l'auteur a ajouté Des recherches nouvelles sur les Loix romaines, touchant les sucessions, sur les Loix Françoise, & sur les Loix féodales. 2. ed. Corrigida pelo autor. Geneve: Barrilot & Fils, 1749, disponível em <http://books.google.fr/books/download/De_l_esprit_des_loix_ou_Du_rapport_que_l.pdf?id=q4UAAAAQAAJ&hl=pt-BR&capid=AFLRE70-xPUypTWfXwsfb5_nmwJ_xkTCrsc0DYAvUx1HDOJBAdyts01RSK45EMBJxZAEkBATCGrwPa5ZE8kNzrz9akvWqOwmcw&continue=http://books.google.fr/books/download/De_l_esprit_des_loix_ou_Du_rapport_que_l.pdf%3Fid%3D_q4UAAAAQAAJ%26hl%3Dpt-BR%26output%3Dpdf>, acesso em 1 nov. 2015.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MÜLLER, Friedrich, **Discours de La Méthode Juridique**. Paris: PUF, 1996. (Título original Juristische Methodik, Berlin: Duncker & Humblot, 1993, tradução e prefácio do Prof. Olivier Juanjan).

NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário do Brasil a Partir da Independência**. Porto Alegre: Sulina; AJURIS, 1973, v. II: República.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil: inovações, alterações e supressões comentadas**. São Paulo: Método, 2015, *e-book*.

_____. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: artigo por artigo. De acordo com a Lei 13.256, de 04.02.2016 [que] altera o Novo CPC – Processo e julgamento do RE e REsp. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUSSBAUM, Martha. **Upheavals of Thought: the intelligence of emotions**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001, livro eletrônico.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 137, p. 7-31, jul. 2006.

_____. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

- OPINIÃO E NOTÍCIA. **Para Lula, sistema de saúde do Brasil é quase perfeito.** [s.l.], 2006. Disponível em <http://opiniaoenoticia.com.br/sem-categoria/para-lula-sistema-de-saude-do-brasil-e-quase-perfeito/>. Acesso em 20 mar. 2016.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PARTIDO DOS TRABALHADORES. **A Saúde do DF está na UTI! Nessa mesma UTI faltam leitos para os pacientes em estado grave.** Brasília, 2016. Disponível em <http://www.ptdf.org.br/novo/a-saude-do-df-esta-na-uti-nessa-mesma-uti-faltam-leitos-para-os-pacientes-em-estado-grave/>. Acesso em 20 mar. 2016.
- PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason.** Dordrecht, Holanda: Springer, 2008.
- PERELMAN, Chaim. **Retóricas.** Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- PETERS, Christopher J. & DEVINS, Neal. Alexander Bickel and the New Judicial Minimalism. In. WARD, Kenneth & CASTILLO, Cecilia R. (eds.). **The Judiciary and American Democracy: Alexander Bickell, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory.** Albany, NY, USA: State of New York University Press, 2005, livro eletrônico.
- PICARDI, Nicola. Notas sobre o precedente judicial. Tradução de Hermes Zaneti Jr. In. _____. **Jurisdição e Processo.** Organização e revisão técnica da tradução por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 145-155.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo.** 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. Comentários aos arts. 520 a 248 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado.** São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 854-862.
- POSTEMA, Gerald J. Integrity: Justice in Workclothes. In. BURLEY, Justine (ed.). **Dworkin and his Critics: with replies by Dworkin.** Malden, MA, USA: Blackwell, 2004, p. 291-318.
- POUND, Roscoe. **The Spirit of the Common Law.** Cambridge, MA, EUA: Marshall Jones, 1921.
- PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. **Relatório de Gestão Exercício 2014.** Brasília, 2015. Disponível em http://www.pgfn.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/relatorio-de-gestao/Relatorio_Gestao_2014.pdf. Acesso em 8 de fev. 2016.
- PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. **Relatório de Gestão Exercício 2011.** Brasília, 2012. Disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/aceso-a->

[informacao/institucional/relatorio-de-gestao/Relatorio_Gestao_2014.pdf](#). Acesso em 8 de fev. 2016.

- QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas Considerações sobre os Crimes de Corrupção Ativa e Passiva. A propósito do julgamento do “Mensalão” (APN 470/MG do STF). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 106, p.181-214, jan. a mar. 2014.
- RADAZZO, Kirk A. & WATERMAN, Richard W. **Checking the Courts: Law, Ideology, and Contingent Discretion**. Albany, NY, EUA: State University of New York, 2014, *e-book*. (Suny series in American Constitutionalism).
- RAMOS, Vitor de Paula. Anotações aos arts. 369 a 404. In. MELLO, Rafael Corte (org.); GIORGI JR., Romulo Ponticelli (org.) & SILVA, Jaqueline Mielke (prefácio). **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Charleston, SC, EUA: Create Space Independent Publishers Platform, 2015, p. 200 a 217.
- _____. Comentários aos arts. 369 a 380 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 606-613.
- RATZINGER, Joseph. **Escatologia: La muerte y la vida eterna**. Barcelona: Herder, 2012, livro eletrônico.
- RAZ, Joseph. Speaking with one Voice: On Dworkinian Integrity and Coherence. In. BURLEY, Justine (ed.). **Dworkin and his critics: with replies by Dworkin**. Malden, MA, USA: Blackwell, 2004, p. 285-290.
- REALE, Giovanni & ANTISERI, Dario. **História da Filosofia** (1997). São Paulo: Paulus, 2006, v. 7: de Freud à atualidade. Tradução de Ivo Storniolo.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito** (1953). 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Instrução Normativa nº 1.500, de 29 de outubro de 2014. Brasília, 2014. Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=57670&visao=anotado>. Acesso em 20 mar. 2016.
- REHBINDER, Manfred. **Sociología del Derecho**. Tradução de Gregório Robles Morchón. Madri: Pirâmide, 1981.
- REICHELDT, Luis Alberto. A duração do processo, o julgamento do recurso extraordinário dotado de repercussão geral e a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 193, p. 131-150, mar. 2011.
- _____. O Direito Fundamental das Partes à Imparcialidade do Juiz no Direito Processual Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 227, p. 105-122, 2014.
- _____. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil e a concretização do direito fundamental ao processo justo. In. RUBIN, Fernando &

- _____. (orgs.). **Grandes temas no novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Do Advogado, 2015a, p. 149-168.
- _____. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro e o Redimensionamento do Papel Constitucionalmente Associado aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 248, p. 273-285, out. 2015b.
- _____ & SALDANHA, Leonardo Tricot. **Os novos contornos da atividade jurisdicional e o enfrentamento de políticas de direito material**. Porto Alegre: UNIRITTER, 2012.
- REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Íbero-América**. Porto Alegre: Brejo Bibliobureau, 2012.
- _____. **A Revolução Federalista e o Ideário Parlamentarista**. 2014. 217f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- RIO DE JANEIRO E ESPÍRITO SANTO. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. 7ª TURMA ESPECIALIZADA. **Agravo de Instrumento nº 0101043-94.2014.4.02.0000**, Relator Desembargador Federal Reis Friede, julg. 28 ago. 2014. E-DJF2R 16/09/2014.
- ROTHSTEIN, Paul F.; RAEDER, Myrna S. & CRUMP, David. **Evidence**. 6th ed. St. Paul, MN, USA: West, 2012, livro eletrônico.
- SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e Democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Do Advogado, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme & Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SATTA, Salvatore. **Commentario al Codice di Procedura Civile**. Milão: Francesco Vallardi, 1959, v. I: disposições gerais.
- SCALIA, Antonin. The Rule of Law as a Law of Rules. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, EUA, v. 56, n. 4, p. 1175-1188, outono de 1989. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1599672?origin=JSTOR-pdf>. Acesso em 20 mar. 2016.
- _____. A doutrina do *Standing* como um elemento fundamental da separação de poderes. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 1-34, 2014. Tradução, introdução e notas de Romulo Ponticelli Giorgi Júnior. Disponível em <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/48231/31245>. Acesso em 02 nov. 2014.
- _____ & GARNER, Bryan A. **Reading Law: the interpretation of legal texts**. St. Paul, MN, USA: Thomson West, 2012, livro eletrônico.

- SCHAMBECK, Herbert. Hans Kelsen – Leben und Werk Gedanken zu Seinem 40. Todestag. **The Lawyer Quarterly**, Praga, v. 4, p. 265-282 Praga TLQ 4/2013
- SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge, Massachusetts, EUA, 2009.
- SCHEUERMAN, William E. Down on Law: The complicated legacy of the authoritarian jurist Carl Schmitt. **Boston Review**, Boston, p. 1, apr. 2001. Disponível em <http://new.bostonreview.net/BR26.2/scheuerman.html>. Acesso em 25 mar. 2016.
- SCHILLING, Flávia. A Corrupção e os Dilemas do Judiciário. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, p. 203-215, jul. a set. 1998.
- SCHLAICH, Klaus. **Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen**. Ein Studienbuch. München: Beck, 2001.
- SCHMITT, Rogério. **Partidos Políticos no Brasil (1945-2000)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- SEVERO, Álvaro Vinicius Paranhos. Anotações aos arts. 485 a 508. In. MELLO, Rafael Corte (org.); GIORGI JR., Romulo Ponticelli (org.) & SILVA, Jaqueline Mielke (prefácio). **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Charleston, SC, EUA: Create Space Independent Publishers Platform, 2015, p. 244 a 255.
- SHETREET, Shimon & TURENNE, Sophie. **Judges on Trial: the independence and accountability of the English Judiciary**. 2nd ed. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2013, e-book.
- SICA, Heitor Vítor Mendonça. Comentários aos arts. 1.029 a 1.035 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 1.612-1627.
- SÍCOLI, Juliana. Abuso no Direito de Recorrer. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 162, p. 231-254, mar. e abr. 2015.
- SILVA, J. Resende. **A Repressão do Contrabando**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1923.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SILVA, Ricardo Alexandre da. Comentários aos arts. 947 a 950 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 1477-1.486.
- SOUZA, Antônio Marcelo Pacheco. Anotações aos artigos 947 a 959 do CPC. In. MELLO, Rafael Corte (org.); GIORGI JR., Romulo Ponticelli (org.) & SILVA, Jaqueline Mielke (prefácio). **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Charleston, SC, EUA: Create Space Independent Publishing Platform, 2015, p. 503-506.

- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996.
- SOUZA JR., Cezar Saldanha. **Consenso e Tipos de Estado no Ocidente**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002a.
- _____. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e Seus Modelos Básicos**. Porto Alegre, do autor, 2002b.
- _____. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. **Cadernos do PPGDIR/UFRGS**, n. III, p. 7-18, mar. 2005.
- _____. Regimes Políticos. In. MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira & NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. SP: Saraiva, 2010, pp. 555-616.
- _____ & REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova visão dos poderes políticos (2002)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- STEPHENSON, Matthew C. “When the Devil Turns...”: The Political Foundations of Independent Judicial Review. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 32, n. 1, p. 59-89, jan. 2003.
- _____. Standing Doctrine and Anticorruption Litigation: a survey. **Legal Remedies for Grand Corruption**, Open Society Foundations, NY, EUA, feb. 2016, p. 1-20. Disponível em <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/legal-remedies-2-20160202.pdf>. Acesso em 27 mar. 2016. O artigo relaciona as conclusões do grupo de pesquisa internacional sobre controle da corrupção tomadas na sua reunião no Seminário de Ética, Direito e Conflitos Armados, na Universidade de Oxford, em junho de 2014, coordenado pelo autor, que ministra Direito Administrativo e Controle da Corrupção na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard.
- STRAUSS, Leo. **Natural Right and History: a cogente examination of the most significant issues in modern political and social philosophy**. Chicago: University of Chicago, 1965.
- STRECK, Lênio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. In. _____; Rocha, Leonel Severo & ENGELMANN, Wilson (orgs.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS MESTRADO e DOUTORADO n. 10**. Porto Alegre: Do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS. 2013, livro eletrônico.
- _____ & MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2014, livro eletrônico.
- STUNTZ, William J. **The Collapse of American Criminal Justice**. Cambridge, MA, USA: Harvard University Press, livro eletrônico, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo**: versão atualizada até 30/04/2015. Brasília, 2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/constituicao.PDF>. Acesso em 20 mar. 2016.

TARELLO, Giovanni. **Sul Problema della Crisi del Diritto**. Torino: G. Giappichelli, 1957.

_____. **Diritto, enunciati, usi**: Studi di teoria e metateoria del diritto. Bologna: Il Mulino, 1974.

_____. **Storia della cultura giuridica moderna**: Assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Il Mulino, 1976.

_____. **L'Interpretazione della Legge**. Milano: Giuffrè, 1980.

_____. **Dottrine del processo civile**: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Il Mulino, 1989.

TARUFFO, Michele. Aspectos Fundamentais do Processo Civil de *Civil Law* e de *Common Law* (2002). In: _____. **Processo Civil Comparado**. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013a, p. 11-34.

_____. Poderes Probatórios das Partes e do Juiz na Europa (2006). In: _____. **Processo Civil Comparado**. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013b, p. 57-84.

_____. A Atuação Executiva dos Direitos: Perfis Comparados (1989). In: _____. **Processo Civil Comparado**. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013c, p. 85-116.

_____. As Funções das Cortes Supremas. Aspectos Gerais (2013). In: _____. **Processo Civil Comparado**. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013d, p. 117-139.

_____. **A Motivação da Sentença Cível**. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TASSARA, Andrés Ollero. **¿Tiene Razón el Derecho?** Entre método científico y voluntad política. Madrid: Congreso de los Diputados, 1996.

TAYLOR, Charles. **A Secular Age**. Cambridge, MA, USA, Harvard University Press, 2007, livro eletrônico.

TELLES, Lúcio Feres da Silva. A intangibilidade da maioria penal estabelecida na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 92, p. 233-244, jul-se/2015.

TESSER, André Luiz Bäuml. Comentários aos arts. 300 a 304 do CPC. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 501-510.

- THE WORLD JUSTICE PROJECT (WJP). **Rule of Law Index 2014**. Washington, 2014. Disponível em http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/wjp_rule_of_law_index_2014_report.pdf. Acesso em 20 dez. 2014.
- TRIBE, Laurence & MATZ, Joshua. **Uncertain Justice: The Roberts Court and the Constitution**. New York, NY, USA: Henry Holt and Co., 2014, livro eletrônico.
- TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TRIBUNAL PLENO. **Resolução nº 203, de 15 de março de 2016**. Edita a Instrução Normativa nº 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Brasília, 2016. Disponível em <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acesso em 18 mar. 2016.
- TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974.
- VERMEULE, Adrian. Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law. **Yale Law Journal**. New Haven: Yale Law Journal, v. 111, pp. 399-433, oct. 2001. Disponível em <http://www.yalelawjournal.org/essay/veil-of-ignorance-rules-in-constitutional-law>. Acesso em 30 jan. 2016.
- _____. System Effects and the Constitution. In. The Supreme Court: 2008 Term. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, USA, v. 123, pp. 4-72, especialmente p. 72, nov. 2009. Disponível em <http://www.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vermeule09.pdf>. Acesso em 31 jan 2016.
- VIAFORE, Daniele. Anotações aos artigos 976 a 987. In. Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio Grande do Sul. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Porto Alegre: Escola Superior de Advocacia do Rio Grande do Sul, 2015, p. 734-751.
- VICENTE, Fabrizio Matteucci. Comentários aos arts. 276 a 283 do CPC. In. CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 457-477.
- WALDRON, Jeremy. Freeman's defence of Judicial Review. **Law and Philosophy**, Dordrecht, Holanda, v. 13, n. 1, p-27-41. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/3504975>. Acesso em 25 out. 2014.
- _____. The Rule of Law as Theater of Debate. In. BURLEY, Justine (ed.). **Dworkin and his Critics: with replies by Dworkin**. Malden, MA, USA: Blackwell, 2004, p. 319-336.
- WILSON, James G. Taking Stare Decisis Seriously. **The Journal Jurisprudence**, Melbourne, Victoria, Australia, v. 10, p. 327-382, 2011. Disponível em http://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1249&context=fac_articles. Acesso e 31 jan. 2016.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **The Judicial Application of Law**. Dordrecht, Holanda: Springer Science and Business, B. V., 1992.

WROBLÉSKI, Stephano. **Número de fiscais do trabalho despenca e MPT aciona justiça para garantir contratações**. São Paulo: Repórter Brasil, 2014. Disponível em <http://reporterbrasil.org.br/2014/06/numero-de-fiscais-do-trabalho-despenca-e-mpt-aciona-justica-para-garantir-contratacoes/>. Acesso em 20 mar. 2016.

ZANETI JR., Hermes. **A Constitucionalização do Processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: teoria dos precedentes formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.