

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL UNINTER

GENILMA PEREIRA DE MOURA

**PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA QUESTÃO DE IGUALDADE E SEGURANÇA
JURÍDICA**

CURITIBA

2021

GENILMA PEREIRA DE MOURA

**PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA QUESTÃO DE IGUALDADE E SEGURANÇA
JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário Internacional Uninter.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Estefânia Maria de Queiroz Barboza

CURITIBA

2021

*À Maria Laura de Moura, minha
amada sobrinha e afilhada.*

AGRADECIMENTOS

A minha orientadora Prof.^a Dr.^a Estefânia Maria de Queiroz Barboza, que na orientação deste trabalho não poupou esforços na indicação das melhores doutrinas, sempre agraciando com o seu vasto e rico conhecimento, sendo a minha influência intelectual e exemplo em pesquisa acadêmica. Ainda, à Prof.^a Estefânia, pela sensibilidade inigualável e compreensão com os momentos de adversidades inesperadas.

Aos meus pais, irmãs e irmão, pelos preciosos ensinamentos de resiliência, força desmedida e lealdade.

Agradeço também a minha irmã Lucinete, que com seu carinho e diligência me motivou a seguir.

À Maria Laura e ao Mateus, por entenderem os momentos em que fomos privados de estarmos juntos.

À Amanda, que mesmo adotando posicionamento diverso quanto à aplicação dos precedentes não poupou esforços em realizar preciosas leituras do meu trabalho.

A todos os colegas e amigos, que contribuíram com palavras de apoio e entusiasmo.

E, por fim, a Deus, por nunca me deixar desistir.

Ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, e não tivesse amor, seria como o metal que soa ou como o sino que tine.

E ainda que tivesse o dom da profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda a fé, de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse amor, nada seria (...).

(Bíblia Sagrada – I Coríntios 13)

RESUMO

Este estudo tem por objetivo principal analisar se a aplicação dos precedentes pelo Poder Judiciário brasileiro, em especial o Supremo Tribunal Federal traz ou poderá trazer igualdade e segurança jurídica na Jurisdição Constitucional brasileira diante do tratamento de direitos com caráter aberto, mais complexo e com conteúdo moral. Primeiramente discorre sobre as dimensões de igualdade e segurança jurídica na Constituição Federal de 1988 e a aplicação pelos tribunais brasileiros. Na sequência é realizado um estudo sobre a aproximação do sistema do *civil law* com o do *common law*. Após é analisado a doutrina do *stare decisis* de um sistema *Common Law*, e os conceitos de *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*. Na sequência analisa-se o tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277, para o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo com a equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões heteroafetivas, bem como, verifica-se o tratamento dado pelo STF no caso da presunção de inocência constatando que as decisões pragmáticas são antagônicas à igualdade e a segurança jurídica. Por fim, a partir da leitura do direito como integridade de Dworkin, propõe a adoção da doutrina do *stare decisis* que aplique o princípio da integridade e o romance em cadeias, pelo Poder Judiciário, para concretização da igualdade e segurança jurídica através de suas decisões. Para a realização desta pesquisa utiliza-se o método dedutivo e as técnicas de pesquisa bibliográfica, jurimétrica, legislativa e jurisprudencial. Desta forma, percebe-se a importância desta investigação para o meio científico, principalmente por conta do déficit que o Brasil apresenta em estudos avançados sobre a aplicação dos precedentes que abrace a integridade do direito como pressuposto para a segurança jurídica e igualdade na jurisdição constitucional brasileira.

Palavras-chave: Precedentes. *Stare decisis*. Integridade. Supremo Tribunal Federal. Igualdade e Segurança Jurídica.

ABSTRACT

The main objective of this study is to analyze whether the application of precedents by the Brazilian Judiciary, especially the Federal Supreme Court, brings or can bring equality and legal certainty in the Brazilian Constitutional Jurisdiction in the face of the treatment of rights with an open, more complex character and with moral content. First, it discusses the dimensions of equality and legal security in the Federal Constitution of 1988 and its application by Brazilian courts. Afterwards, a study is carried out on the approximation of the Civil Law system with that of the Common Law. Afterwards, the doctrine of stare decisis of a Common Law system is analyzed, and the concepts of ratio decidendi, obtaining dictum, distinguishing and overruling. Next, we analyze the treatment given by the Federal Supreme Court, in the Allegation of Non-Compliance with a Fundamental Precept No. 132 and in the Direct Action of Unconstitutionality No. 4277, for the recognition of unions between people of the same sex with the equivalence of homoaffective stable unions to unions heteroaffective, as well as the treatment given by the STF in the case of presumption of innocence, noting that pragmatic decisions are antagonistic to legal equality and security. Finally, from the reading of law as integrity by Dworkin, it proposes the adoption of the doctrine of stare decisis that applies the principle of integrity and romance in chains, by the Judiciary, to achieve equality and legal certainty through its decisions. To carry out this research, the deductive method and the techniques of bibliographic, legal, legislative and jurisprudential research are used. In this way, the importance of this investigation for the scientific community is perceived, mainly due to the deficit that Brazil presents in advanced studies on the application of precedents that apply the integrity of the law, allowing legal certainty and equality in the Brazilian constitutional jurisdiction.

Keywords: Precedents. Stare decisis. Integrity. Supreme Court. Equality and Legal Security.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - IRDR por tribunal.....	61
Gráfico 2 - Número de incidentes por área do direito.....	62
Gráfico 3 - Assuntos mais recorrentes por tipo de incidente na justiça do trabalho.....	63
Gráfico 4 - Incidentes por TRTs.....	63
Gráfico 5 - TRT22 - IRDR anual.....	64

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	DIMENSÕES DE IGUALDADE E SEGURANÇA JURÍDICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	11
2.1	IGUALDADE COMO OBJETIVO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	11
2.2	SEGURANÇA JURÍDICA COMO ESCOPO PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	20
2.3	A IGUALDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	28
3	DOCTRINA DOS PRECEDENTES	39
3.1	APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS DE <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i> NO <i>JUDICIAL REVIEW</i>	40
3.1.1	A expansão do <i>Judicial Review</i>	40
3.1.2	A repercussão geral trazida pela Emenda Constitucional n.º 45 do ano de 2004 e o Código de Processo Civil de 2015.....	56
3.2	A DOCTRINA DO <i>STARE DECISIS</i>	67
3.2.1	<i>Treat like cases alike</i>	68
3.2.2	<i>A Ratio Decidendi</i> e <i>Obter Dictum</i> de um precedente	75
3.2.3	Superação e distinção dos precedentes: <i>overruling</i> e <i>distinguishing</i>	83
4	PRECEDENTES JUDICIAIS E O DIREITO COMO INTEGRIDADE: GARANTIA DE IGUALDADE E DE SEGURANÇA JURÍDICA	90
4.1	A IGUALDADE DE CONSIDERAÇÃO E RESPEITO E A SEGURANÇA JURÍDICA A PARTIR DA DECISÃO DO STF QUE EQUIPAROU AS RELAÇÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO ÀS UNIÕES ESTÁVEIS ENTRE HOMENS E MULHERES	91
4.2	DECISÕES PRAGMÁTICAS COMO ANTAGÔNICAS À IGUALDADE E À SEGURANÇA JURÍDICA	104
4.3	DIREITO COMO INTEGRIDADE COMO PROPOSTA PARA O PODER JUDICIÁRIO ALCANÇAR A IGUALDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA.....	119
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	133
	REFERÊNCIAS	135

1 INTRODUÇÃO

O sistema judiciário brasileiro possui fundamentação no tradicional sistema romano-germânico, no contexto do positivismo jurídico, seguindo a tradição do *civil law*, ou seja, tendo a lei como principal e imediata fonte de Direito, utilizando-a como fundamento para a resolução de litígios.

No sistema *civil law*, a segurança jurídica deve ser garantida pela codificação do Direito. Ou seja, os códigos e sua intenção de completude proporcionam a garantia da segurança, certeza e previsibilidade das relações jurídicas. Nesta conjuntura, o juiz estaria limitado a uma interpretação meramente mecanicista da lei.

A partir da segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra Mundial e a revolução dos direitos humanos e consequente judicialização da política, vislumbra-se o aumento das atividades assumidas pelo Poder Judiciário e, consequentemente, o aumento da sua função de interpretação, por intermédio do controle de constitucionalidade.

Em âmbito nacional, tem-se a Constituição Federal de 1988, que assegura direitos fundamentais, em concomitância ao âmbito internacional, como garante dos direitos humanos, passando a tratar de direitos com caráter aberto, mais complexos, extensos e com conteúdo moral, prejudicando, desta maneira, a interpretação mecanicista pautada apenas na lei.

Nesta dimensão, a intervenção do Poder Judiciário – o qual não é eleito pelo povo – não está somente na aplicação e interpretação dos direitos fundamentais, mas também em decisões de conteúdo político. Logo, torna-se evidente a existência de uma transferência de parte do poder político do parlamento para os tribunais, em especial quando se trata de questões morais com sobre as quais não se consegue chegar a um consenso, bem como, existência de transferência de custo político para os tribunais nas questões mais controvertidas, em que assumir uma posição pode implicar em perda de voto.

Diante desses desafios, o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a jurisdição constitucional, tem a necessidade de emitir decisões em casos difíceis que envolvam questões políticas, morais e econômicas, as quais não estão vinculadas a seus precedentes. Entretanto, o caráter aberto dos direitos humanos e fundamentais abre grande margem para que o STF acabe por analisar situações semelhantes ou idênticas, chegando-se, no entanto, a decisões distintas, mediante argumentos consequencialistas,

gerando assim insegurança jurídica diante de uma certa imprevisibilidade e violação ao princípio da igualdade.

Nesse diapasão, faz-se necessário estudo para analisar se a aplicação de um sistema de precedentes pelo Poder Judiciário brasileiro, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, trazem ou poderá trazer segurança jurídica e igualdade para a jurisdição constitucional.

Sendo assim, diante da aproximação dos sistemas de *civil law* e *common Law*, é aventada a possibilidade de adoção do *stare decisis* que aplique o direito como integridade e o romance em cadeias, no âmbito da jurisdição constitucional para concretização da segurança jurídica e da igualdade.

No item 2, referente ao primeiro capítulo, busca-se analisar as dimensões de igualdade e segurança jurídica na Constituição Federal brasileira de 1988, bem como as demais implicações sobre a conceituação desses temas e aspectos legais de aplicação, assim como repercussões de igualdade e segurança jurídica pelos tribunais brasileiros.

Ressalta-se ainda a fundamentalidade da igualdade como objetivo das decisões judiciais, assim como a da segurança jurídica como escopo do ordenamento para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Na sequência, no item 3, referente ao segundo capítulo propõe-se à análise da aproximação do sistema do *civil law* com o do *common law*, mediante as seguintes causas: a expansão do *judicial review*, gerada pela proteção dos Direitos Humanos, pela positivação na Constituição ou ratificação dos tratados internacionais, e pela judicialização da política; e a repercussão geral incluída no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, e o Código de Processo Civil, de 2015, enfatizando a aplicação do IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas), mediante uma análise jurimétrica no campo do direito do trabalho, uma vez que se utiliza do CPC como fonte supletiva.

Neste mesmo capítulo, será analisada a doutrina do *stare decisis* de um sistema *common law*, esclarecendo os conceitos fundamentais para o seu reconhecimento: *a ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*. Importante deixar claro que não se trata de um estudo de direito comparado, mas sim de uma análise possibilitada pelo fato destes sistemas possuírem como base ideológica em comum o controle de constitucionalidade fundamentado nos direitos humanos.

No item 4, referente ao terceiro capítulo, analisa-se o tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277, para o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo – com a equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões heteroafetivas, bem como as demais implicações desse reconhecimento –, demonstrando a aplicação dos precedentes quando das decisões de casos iguais ou semelhantes, como na adoção e no regime sucessório entre pessoas do mesmo sexo.

Ainda neste capítulo, também serão tratados os diversos e contraditórios entendimentos dados pelo Supremo Tribunal Federal em relação à presunção de inocência (CF, artigo 5.º, LVII), autorizando ou não a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ressaltando que as decisões pragmáticas são antagônicas à igualdade e à segurança jurídica.

Por fim, no mesmo capítulo terceiro, apresenta-se como proposta para o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal a construção de um sistema de precedentes com a adoção da doutrina do *stare decisis*, por meio da aplicação do direito como integridade e do romance em cadeias, para a garantia da segurança jurídica e o princípio da igualdade – direitos estes já identificados como sendo o cerne para o bom desenvolvimento do Estado Democrático de Direito garantido na Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, a fim de atingir o objetivo proposto, utiliza-se o método dedutivo e as técnicas de pesquisa bibliográfica usando a doutrina de renome nacional e internacional, a pesquisa legislativa, a pesquisa jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e análise jurimétrica mediante dados obtidos no endereço eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. Também se realiza estudo de caso, no que diz respeito ao reconhecimento jurídico da união estável e/ou casamento de pessoas do mesmo sexo no Brasil e a garantia da presunção de inocência.

Desde já, é necessário afirmar que o objetivo deste trabalho é analisar se a aplicação dos precedentes vinculantes, a partir da concepção do direito como integridade, pelo Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, poderá trazer igualdade e segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira.

2 DIMENSÕES DE IGUALDADE E SEGURANÇA JURÍDICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Neste capítulo, será discutido a importância da igualdade e da segurança jurídica na Constituição Federal brasileira de 1988, bem como as demais implicações sobre a conceituação desses temas.

A Constituição Federal de 1988, permeada pelos efeitos da revolução dos direitos humanos da metade do século XX, apresenta, para além de outros previstos em seu artigo 1.º, a igualdade e a segurança jurídica como princípios fundantes do Estado Constitucional brasileiro. Mais que isso, já no preâmbulo, estabelece que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático destinado a assegurar a segurança e a igualdade, como valor supremo da sociedade.

No entanto, no Brasil, nos últimos anos, diante de tais direitos de caráter aberto e com conteúdo moral assegurados pela Constituição, passou a existir um crescimento da preocupação no que diz respeito à forma como os juízes decidem as lides. Sobretudo, o modo como os Ministros decidem os casos, principalmente aqueles que possuem grande repercussão moral ou política na comunidade, gerando, muitas vezes, a violação da igualdade e da segurança jurídica. E, por esse motivo, é que no item 1.3 serão analisados aspectos formas legais de aplicação e repercussões da igualdade e segurança jurídica pelos tribunais brasileiros.

2.1 IGUALDADE COMO OBJETIVO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A igualdade encontra-se atrelada à concepção de justiça conforme viés filosófico do pensamento grego clássico, representado por Aristóteles, quem preconiza o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida de sua desigualdade.¹

Para além dessa conexão com a justiça, a igualdade passou a ser fundamento essencial para o Direito Constitucional contemporâneo, estando presente nas primeiras declarações de direitos, com sua inclusão nas cartas constitucionais desde o constitucionalismo de matriz liberal burguesa.² Vale lembrar que a Declaração

¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 103-127.

² SARLET, Ingo Wolfgang; SALES, Gabrielle Bezerra. Igualdade como proibição de discriminação e direito à (e dever de) inclusão: o acesso ao ensino superior e a regulamentação do Estatuto

Francesa de 1789, em seu artigo 1.º, assegurou que "os homens nascem e são livres e iguais em direitos e as distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum".³

No entanto, é importante considerar que essa ideia de igualdade, para os liberais do século XVIII, estendia-se apenas ao âmbito jurídico e não alcançava uma dimensão democratizante como o nome do documento sugeria.

Nesse sentido está o pensamento de Canotilho, ao atestar que o princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do direito constitucional moderno, que alcançou a máxima expansão no segundo pós-guerra através de sua inclusão no sistema internacional de proteção dos direitos humanos.⁴

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, por sua vez, no artigo 1.º, seguindo o mesmo feito da Declaração Francesa, afirma que "todas as pessoas nascem livres e iguais em direitos". Para além, no artigo 7.º, constatando o que hoje chamamos de igualdade material, é assegurada a igualdade de proteção perante a lei, sem que haja qualquer distinção; em outras palavras, todos possuem o direito a um tratamento igual contra qualquer discriminação que infrinja a Declaração.

Tem-se a defesa e reconhecimento de uma igualdade justa que implica um juízo e um critério de valoração, de forma que haja a afirmação de que a igualdade é assegurada quando os indivíduos ou as situações iguais não são tratadas como desiguais de forma arbitrária, ou seja, a desigualdade de tratamento não é arbitrária.⁵

O Brasil não apresenta uma exceção a essa regra, sendo que a Carta Imperial de 1824, no seu artigo 179 inciso XIII, replicou o enunciado da Declaração Francesa que já assegurava que "a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um". A partir daqui, todas as Constituições brasileiras contemplaram a igualdade perante a lei.⁶

Brasileiro das Pessoas com Deficiência. **RDU**, Porto Alegre, v. 14, n. 78, p. 200, nov./dez. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/14944>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

³ DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO – 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores%C3%A0cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 17 maio 2021.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 426-432.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 428.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 601.

Contudo, é na Constituição de 1988, totalmente influenciada pelos ditames da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que o princípio e o direito à igualdade obtiveram ampla alteração quanto ao seu significado e alcance. Até mesmo no tocante à sua disposição que já aparece no seu preâmbulo como escopo do Estado Democrático de Direito.

A igualdade aparece

[...] no texto constitucional tanto como princípio estruturante do próprio Estado Democrático de Direito quanto na condição de norma impositiva de tarefas para o Estado, refere-se o artigo 3.º, que, no âmbito dos objetivos fundamentais (com destaque para os incisos III e IV), elenca a redução das desigualdades regionais e a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, cor etc..

Ainda, e, de forma principal, a igualdade é componente determinante no rol de direitos fundamentais.⁷

Recepcionando a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Constituição Federal do Brasil em seu artigo 1.º inciso III, estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, bem como, como um princípio que rege a ordem econômica e a família. Nesse intento, a moralidade da dignidade consiste em duas pretensões, saber: a primeira é a de que todo ser humano tem igual (não se cogita a ideia de medidas diferentes de dignidade) e inerente (não enquanto homem ou mulher, mas pelo fato de ser um ser humano) dignidade; e a segunda dimensão retrata que essa dignidade, inerente a todos os seres humanos, tem condão normativo, logo, todos devem respeitá-la.⁸

Para Dworkin, a realização da dignidade da pessoa humana é condicionada à efetivação da igualdade, em conjunto e de forma interdependente com a liberdade. A igualdade está relacionada ao que o autor chama de *the principle of intrinsic value* (o princípio do valor intrínseco), e a liberdade, está relacionada, ao *the principle of personal responsibility* (o princípio da responsabilidade pessoal).⁹

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 605.

⁸ BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. Edição Kindle. p. 3357-3372.

⁹ DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?: principles for a new political debate**. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 9.

Nesse sentido, citando Dworkin, Barboza explica que o princípio do valor intrínseco significa que cada vida humana tem o direito de alcançar o sucesso e conseqüentemente não estar submetida ao fracasso. Tal fato se refere a um valor objetivo e não subjetivo, uma vez que o sucesso e o fracasso são os motivadores para a busca da realização dos anseios do homem. Nesse diapasão, o princípio da responsabilidade pessoal deixa claro que cada indivíduo possui o encargo de realizar esse sucesso na sua própria vida, discernindo o que seria bom pra si mesmo.¹⁰

A liberdade e a igualdade, na concepção de Dworkin, são conceitos construídos mediante interpretação, isto é, diferentes intérpretes significam diferentes compreensões sobre o sentido dos valores. Tais valores são construídos e reconstruídos mediante o ato de interpretação, recaindo sobre eles o intento de quem está realizando tal ato, com foco no seu melhor sentido democrático. Não obstante exista diferentes compreensões, existe uma base comum (moral) de discussão, a genuína divergência.¹¹

Chueri reafirma que a verdade moral defendida por Dworkin não é vazia, pois tem como base os valores defendidos na forma isolada de cada um e na unidade:

[...] convencidos (ou não) de que os valores como a liberdade e a igualdade são objetivamente verdadeiros ao levantarem uma reivindicação moral, temos que a verdade moral de que Dworkin fala não é uma verdade vazia e se suporta não só nos valores defendidos isoladamente, mas sobretudo (e aqui o principal argumento do justice for Hedgehogs) na unidade de tais valores. Daí a necessidade de compreender a liberdade, a igualdade, a dignidade, e outros valores fundamentais de uma comunidade democrática como conceitos interpretativos.¹²

Além disso, a dignidade da pessoa humana proporciona unidade e integridade ao sistema, uma vez que ela é vista como princípio moral universal que gera unidade de sentido ao demais direitos que dela decorrem. Nesse sentido, existe materialidade dos direitos fundamentais nas duas dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que os direitos que decorrem e buscam realizá-lo podem ser

¹⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 113.

¹¹ CHUEIRI, Vera Karam de. Liberdade e igualdade: a unidade do valor. In: BARRETO, Vicente de Paulo; SCHWARTZ, Francisco Carlos Duarte Germano (Orgs.). **Direito da sociedade policontextural.** Curitiba: Appris, 2013. p. 129.

¹² CHUEIRI, Vera Karam de. Liberdade e igualdade: a unidade do valor. In: BARRETO, Vicente de Paulo; SCHWARTZ, Francisco Carlos Duarte Germano (Orgs.). **Direito da sociedade policontextural.** Curitiba: Appris, 2013. p. 132.

considerados materialmente fundamentais, independente se possuem uma origem meramente formal.¹³

Barboza é enfática ao afirmar que "a fundamentalidade que caracteriza materialmente os direitos humanos ou fundamentais, como ligada à dignidade da pessoa humana, tanto nos sistemas de *common law* quanto nos sistemas de *civil law*, tem fundamentação moral", defendendo a leitura moral desses direitos como sendo a mais apropriada para o exercício da Jurisdição Constitucional.¹⁴

Ademais, a fundamentalidade material dos direitos humanos está intrinsecamente ligada ao conteúdo material desses direitos que os caracteriza como sendo fundamentais e parâmetros a serem seguidos por todas as áreas do governo. Nesse sentido são as palavras de Barboza:

Assim, do ponto de vista formal os direitos humanos encontrar-se-iam enunciados em documentos internacionais, enquanto os direitos fundamentais estariam positivados em Constituições nacionais. Entretanto, o que se quer defender é que o que caracteriza sua fundamentalidade ou humanidade é dotado de conteúdo moral.¹⁵

Ao analisarmos o tema do aborto, considerando a afirmação de que a proibição de tal ato é errada, vem à tona uma questão moral, com verdades que não são meramente especulativas e de caráter subjetivos. Trata-se de uma questão interpretativa que busca verificar qual análise seria melhor ou qual seria moralmente (e não moralista) correta. Nesse sentido, a defesa da mulher e de sua autonomia é feita de forma a reconhecer que sua vida tem igual valor comparado à vida de um homem e que seria livre para escolher o melhor para si e qual modelo de vida seria o responsável pelo sucesso de sua existência.¹⁶

¹³ BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. Edição Kindle. p. 3394-3397.

¹⁴ BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. Edição Kindle. p. 3394-3397.

¹⁵ BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. Edição Kindle. p. 3394-3397.

¹⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; CHUEIRI, Vera Karam de. **Por uma leitura moral dos "domínios da vida"**: uma interpretação não moralista sobre o aborto. Centro de Estudos da Constituição, 2018. p. 362-363. Disponível em: <https://www.academia.edu/40383806/POR_UMA_LEITURA_MORAL_DOS_DOM%C3%8DNIOS_DA_VIDA_UMA_INTERPRETA%C3%87%C3%83O_N%C3%83O_MORALISTA_SOBRE_O_ABORTO>. Acesso em: 10 maio 2021.

Defende-se que a garantia da igualdade para todos os seres humanos constitui o requisito primordial para respeito da dignidade da pessoa humana, a qual está consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Portanto, é vedado o tratamento discriminatório e arbitrário, não sendo admitidas a escravidão, a discriminação racial e a perseguição por religião, sexo, cor, raça etc.¹⁷

Neste intento é que a Constituição Federal do Brasil de 1988 além de assegurar a dignidade da pessoa humana (em seu artigo 1.º inciso III), também, não se limitou a assegurar um direito geral a igualdade no seu artigo 5.º, *caput*. Ocorre que, no decorrer do texto constitucional, estabeleceram-se vários imperativos para um tratamento igualitário e proibições de ações e atos discriminatórias, como, por exemplo, a vedação de diferenças salariais por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (artigo 7.º, inciso III), igualdade entre homens e mulheres (art. 5.º, I), acesso igualitário e universal a bens e serviços em matéria de saúde (art. 196 *caput*) e etc.¹⁸

Ainda, para além de uma cláusula geral de igualdade, a Constituição Federal consignou o dever de promoção política de ações afirmativas com o intento de compensação de "desigualdades fáticas", como, o artigo 37, VIII que estipula a necessidade de reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência.¹⁹

Ressalta-se que qualquer discriminação que não é adequada à Constituição é inconstitucional, existindo duas maneiras de adentrar nesta inconstitucionalidade. A primeira se refere a conceder benefício de forma válida a um grupo, discriminando-os favoravelmente em prejuízo de outros grupos em igual situação, o que impede um tratamento igualitário entre os grupos. Contudo, o ato é constitucional ao ceder o benefício a quem o fez, sendo que declará-lo inconstitucional significaria a remoção de direitos verdadeiramente outorgados. A solução, nesse caso, estaria em conferir o benefício aos discriminados que o solicitarem pela via judicial. A segunda maneira surge ao se conferir obrigação, dever, ônus e sanção a pessoas, discriminando-as em

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.104-105.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 605.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 606.

face de outras pessoas na mesma condição. Aqui, a solução estaria na declaração de inconstitucionalidade.²⁰

Assim, afirma José Afonso da Silva:

[...] uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia. O ato é, contudo, constitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos tribunais. Como, então, resolver a inconstitucionalidade da discriminação? Precisamente estendendo o benefício aos discriminados que o solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso. Tal ato é insuscetível de declaração genérica de inconstitucionalidade por via de ação direta [...].

A outra forma de inconstitucionalidade revela-se em se impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis [...]. mas aqui, ao contrário, a solução da desigualdade de tratamento não está em estender a situação jurídica em detrimento a todos, pois não é constitucionalmente admissível impor constrangimentos por essa via. Aqui a solução está na declaração de inconstitucionalidade do ato discriminatório em relação a quantos solicitarem ao Poder Judiciário, cabendo também a ação direta de inconstitucionalidade por qualquer das pessoas indicadas no art. 103.²¹

Na perspectiva de Robert Alexy, o direito à igualdade pode ser estruturado com base em duas assertivas. A primeira afirma que o tratamento igual se impõe, no caso de não existir razão suficiente que autorize um tratamento diferenciado. A segunda afirma que o tratamento desigual se impõe, no caso de não existir razão suficiente que autorize um tratamento igual.²²

Constata-se, ainda, que a Carta Magna de 1988 busca a realização de uma igualdade material e não meramente formal. Nessa perspectiva, para entender a evolução do princípio e direito a igualdade, dessa passagem de entendimento de igualdade formal para igualdade material, é necessário a identificação de três fases, quais sejam:

²⁰ SILVA, José Afonso. Teoria dos direitos fundamentais do homem. In: **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.228-229.

²¹ SILVA, José Afonso. Teoria dos direitos fundamentais do homem. In: **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 228-229.

²² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 401.

a) a igualdade compreendida como igualdade de todos perante a lei, em que a igualdade também implica a afirmação da prevalência da lei; b) a igualdade compreendida como proibição de discriminação de qualquer natureza; c) igualdade como igualdade da própria lei, portanto, uma igualdade "na" lei.²³

Há, ainda, uma segunda fase na sua compreensão na seara jurídico-constitucional, com a aplicação de critérios justos para justificar determinados tratamentos desiguais.²⁴

A terceira fase da concepção material da igualdade figura no domínio do constitucionalismo moderno, pugnando por uma igualdade social ou de fato de forma a existir uma compensação das desigualdades sociais, econômicas e culturais. As três dimensões da igualdade, as quais integram a igualdade formal e material, conduziram a reconstrução do conceito de igualdade e do seu "significado em termos jurídico-constitucionais", também, passou a ser disposto na constituição um princípio e também como um direito geral de igualdade, na sua dupla dimensão formal e material,

[...] quando prevê diversas cláusulas especiais de igualdade, ademais de contar com normas definidoras de deveres estatais (e mesmo da sociedade) no que diz com a superação das desigualdades fáticas e promotoras da inclusão social, econômica, política e cultural.²⁵

Para Sarlet, quanto mais se fala em cumprir as exigências estritas, postas por cláusulas especiais de igualdade, maior será a obrigação do legislador e a possibilidade e necessidade de correção via atuação do Judiciário. Tal fato ocorre no âmbito das relações de trabalho, nas quais imperam normas que proíbem a discriminação (por exemplo, art. 7.º, XXX e XXXI da CF), bem como, pela disparidade

²³ SARLET, Ingo Wolfgang; SALES, Gabrielle Bezerra. Igualdade como proibição de discriminação e direito à (e dever de) inclusão: o acesso ao ensino superior e a regulamentação do Estatuto Brasileiro das Pessoas com Deficiência. **RDU**, Porto Alegre, v. 14, n. 78, p. 203, nov./dez. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/14944>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; SALES, Gabrielle Bezerra. Igualdade como proibição de discriminação e direito à (e dever de) inclusão: o acesso ao ensino superior e a regulamentação do Estatuto Brasileiro das Pessoas com Deficiência. **RDU**, Porto Alegre, v. 14, n. 78, p. 204-205, nov./dez. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/14944>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; SALES, Gabrielle Bezerra. Igualdade como proibição de discriminação e direito à (e dever de) inclusão: o acesso ao ensino superior e a regulamentação do Estatuto Brasileiro das Pessoas com Deficiência. **RDU**, Porto Alegre, v. 14, n. 78, p. 205, nov./dez. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/14944>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

de poder econômico, com a igualdade de gênero, igualdade dos filhos e dos cônjuges, entre outros.²⁶

O referido autor chama atenção ainda para a diferenciação entre o princípio (e direito) geral de igualdade e as cláusulas especiais de igualdade. O legislador e demais órgãos do Estado estão vinculados de forma bem mais intensa às proibições especiais do que ao princípio geral, significando uma maior limitação aos poderes. Ademais, a argumentação para justificar o tratamento desigual deverá ser bem mais alta de forma a constatar que a diferenciação terá um motivo muito mais excepcional e atenderá uma finalidade justificada e legitimada pela Constituição.²⁷

Nesse viés é que se encontra a afirmação de que o elemento discriminatório não é independente em face da finalidade do ato:

O elemento discriminatório (como em geral se dá na metódica de aplicação da igualdade) não é autônomo em face da finalidade do ato (finalidade que deve ser sempre constitucionalmente legítima e justificada) do qual resulta um tratamento desigual, de modo que se deverá guardar uma relação lógica e racional com a finalidade, como, por exemplo, no caso de edital de concurso público para as funções de salva-vidas, que exige destreza em termos de natação e um certo nível de vigor atlético.²⁸

Cabe ressaltar que, dentro de uma concepção material, a igualdade, pode se apresentar como uma exigência de igualdade de oportunidades, com a perspectiva de concretizar uma concorrência livre e equilibrada na política, social e econômica. Não significa o abandono de aplicação de uma igualdade jurídica de modo que esta deve ser conciliada com a igualdade fática existindo com considerações mútuas e com ponderações pertinentes.²⁹

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; SALES, Gabrielle Bezerra. Igualdade como proibição de discriminação e direito à (e dever de) inclusão: o acesso ao ensino superior e a regulamentação do Estatuto Brasileiro das Pessoas com Deficiência. **RDU**, Porto Alegre, v. 14, n. 78, p. 207, nov./dez. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/14944>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; SALES, Gabrielle Bezerra. Igualdade como proibição de discriminação e direito à (e dever de) inclusão: o acesso ao ensino superior e a regulamentação do Estatuto Brasileiro das Pessoas com Deficiência. **RDU**, Porto Alegre, v. 14, n. 78, p. 208, nov./dez. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/14944>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; SALES, Gabrielle Bezerra. Igualdade como proibição de discriminação e direito à (e dever de) inclusão: o acesso ao ensino superior e a regulamentação do Estatuto Brasileiro das Pessoas com Deficiência. **RDU**, Porto Alegre, v. 14, n. 78, p. 208, nov./dez. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/14944>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Instituto Brasileiro de Direito Público**, Salvador, n. 21, p. 209, 2010. Disponível em: <<https://www.olibat.com.br/documentos/SARLET.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2021.

Desse modo, a jurisdição constitucional, especialmente nos casos complexos, deve ser realizada de forma que utilize a igualdade como objetivo das decisões judiciais, mediante interpretação que atenda todas as suas concepções constitucionais enquanto direito e princípio abstrato e possa ser utilizada pelo órgão julgador como uma qualidade de segurança jurídica, no sentido de tratar os casos semelhantes de forma semelhante, como veremos a seguir.

2.2 SEGURANÇA JURÍDICA COMO ESCOPO PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A segurança está presente na vida humana servindo como uma previsibilidade necessária para o planejamento e condução das atividades do ser humano. Este, para viver em sociedade, necessita de regras, bem como, necessita de proteção quando confia nessas regras. Por tal concepção o princípio da segurança jurídica é elemento fundamental para a constituição de um Estado de Direito.³⁰ A segurança jurídica é almejada nas mais diversas áreas do direito, "desde contratos, família, até questões empresariais, trabalhistas e tributárias".³¹

Nos sistemas de *civil law*, a segurança jurídica foi pensada para ser garantida pela codificação do direito. Os códigos e sua intenção de completude, por sua vez, proporcionariam a ideia de garantia de segurança, certeza e previsibilidade das relações jurídicas. Isto é, há um juiz limitado a lei com uma interpretação meramente mecanicista.³²

Por outro lado, nos sistemas de *common law*, a procura da segurança jurídica não estava baseada na ideia de completude do sistema, ou seja, não estava baseada na lei, mas, sim, no sistema de precedentes judiciais com a busca de uma racionalidade para garantir a coerência das decisões, mostrando que os juízes se

³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p.252. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.176.

³¹ BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. Edição Kindle. p. 6196.

³² BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. Edição Kindle. p. 6200.

mantinham limitados pela doutrina do *stare decisis* que constituía o respeito aos precedentes, devendo segui-los, distingui-los ou revogá-los, mas jamais ignorá-los.³³

Vale destacar que o Poder Judiciário brasileiro possui base no sistema romano-germânico e se desenvolveu no contexto do positivismo jurídico com um sistema de tradição da *civil law*, que tem na lei a principal fonte de direito.

Ademais, o direito escrito da Constituição do Brasil de 1988 apresenta a segurança como princípio fundante do Estado Constitucional brasileiro, estabelecendo, logo no preâmbulo, que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático destinado a assegurar a segurança e a igualdade, como valores supremos da sociedade brasileira.

Assim como a igualdade, a fundamentalidade da segurança está prevista no *caput* do artigo 5.º da Carta Magna, como direito fundamental do cidadão. Ainda, o inciso XXXVI do artigo 5.º da CF reconhece o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada que não poderão ser prejudicados pela lei.

No título relativo aos "Direitos e Garantias Fundamentais", a Constituição Federal não só prevê o direito fundamental à segurança, como também estabelece uma série de garantias, isto é, de instrumentos que asseguram os direitos. Em vários âmbitos normativos, institui numerosas garantias e limitações ao exercício do poder para realização da segurança, como, por exemplo, a legalidade (art. 5.º, II, e art. 150, I), o devido processo legal (art. 5.º, LIV e LV), a irretroatividade (art. 150, III, "a") e a anterioridade (art. 150, III, "b").

No mesmo sentido, a Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro afirma em seu artigo 6.º *caput* e seus parágrafos, que "a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada". O parágrafo primeiro informa o ato jurídico perfeito como sendo aquele "já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou". Já o parágrafo segundo define como direito adquirido "os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem". E o parágrafo terceiro define a coisa julgada como "a decisão judicial que não cabe mais recurso".

³³ BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. Edição Kindle. p. 6204-6207.

No tocante a atuação estatal, Canotilho afirma que esta é indispensável para a proteção da confiança e a segurança jurídica de forma a resguardar os cidadãos das mudanças legais, que são necessárias para o desenvolvimento social.³⁴

Reale aduz que, para o estudo do tema "segurança", é necessário observar a existência de "algo de subjetivo, um sentimento, a atitude psicológica dos sujeitos perante o complexo de regras estabelecidas como expressão genérica e objetiva da segurança mesma".³⁵

O autor aponta ser necessária a distinção entre o "sentimento de segurança", ou seja, entre o estado de espírito dos indivíduos e dos grupos na intenção de usufruir de um complexo de garantias, e este complexo como tal, como conjunto de providências instrumentais capazes de fazer gerar e proteger aquele estado de espírito de tranquilidade e concórdia.³⁶

Nessa esteira, Reale apresenta a certeza como sendo algo inseparável da segurança, formando uma 'díade' intrínseca:

[...] se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina espírito de revolta.³⁷

Corroborando com esta afirmação, Canotilho explica que a certeza do direito e a segurança jurídica fazem parte da própria edificação de um Estado Constitucional liberal, que, ao vincular a função estatal com as leis, está realizando a proteção da liberdade e da Economia.³⁸

Veja-se que a segurança jurídica se desenvolve em torno de dois temas primordiais, a estabilidade e a previsibilidade:

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995. p. 375.

³⁵ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 86.

³⁶ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 86.

³⁷ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 87.

³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p.252. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.105.

(1) estabilidade ou eficácia ex post da segurança jurídica: uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estaduais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes. (2) previsibilidade ou eficácia ex ante do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.³⁹

A previsibilidade é, enfim, uma qualidade almejada diante da segurança jurídica. Os cidadãos buscam programar suas ações baseadas no que está disciplinado juridicamente, uma vez que possuem previsão quanto a suas consequências.

Dessa forma é que se pode afirmar que a segurança jurídica não se realiza quando os tribunais inferiores decidem de forma diferente ao que foi decidido nos tribunais superiores ou quando, no mesmo tribunal, as câmaras decidem de forma divergente entre si, ou até mesmo quando o próprio tribunal superior viola sua própria prática e seus próprios precedentes. Ainda, cabe ressaltar, que essas decisões judiciais somente trazem segurança jurídica se também respeitarem o princípio da igualdade, pois não existe segurança jurídica com decisões conflitantes sobre assuntos e fatos exatamente idênticos. A igualdade, afinal, apresenta-se como base da segurança jurídica.⁴⁰

Por conta do princípio do Estado Democrático de Direito, os valores da certeza jurídica, da estabilidade jurídica e da previsibilidade – quanto à aplicação do direito – estão interligados. "Tais valores ou princípios constitucionais justificariam a prática de respeito aos precedentes, quer sejam meramente interpretativos, como nos países ligados a tradição *civil law*, quer vinculantes, como nos países de tradição *common law*".⁴¹

Nesse sentido, pode-se afirmar que, "em qualquer sistema jurídico, há uma tendência de os Tribunais darem certo peso aos precedentes, podendo ser justificado

³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995. p.380.

⁴⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 204.

⁴¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 204.

pela necessidade de estabilidade e previsibilidade tanto no direito quanto das decisões judiciais", gerando uma maior segurança jurídica.⁴²

É certo que a certeza e a segurança jurídica são também requisitadas nos sistemas de tradição *common law*. Contudo, existem três diferenças em relação ao sistema *civil law*.

No *common law*, a certeza e a previsibilidade são encaradas por um viés de desempenho mais funcional, sendo que, apesar de compreender que o cidadão tem o direito de realizar um planejamento com conhecimento das consequências de forma prévia, tal fato não é absoluto. Nesse sistema, a decisão judicial tem força de lei e a segurança e a previsibilidade são argumentos utilizados para favorecer a aplicação da *stare decisis*.⁴³

Por outro lado, no *civil law*, a certeza e a previsibilidade são vistas como um dogma e a decisão judicial não possui força de lei. Destarte, a segurança e a previsibilidade não são argumentos favoráveis para justificar a aplicação da *stare decisis no próprio sistema civil law*.⁴⁴

Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto identificam o princípio da segurança jurídica mediante duas dimensões que são complementares entre si, uma de natureza objetiva e outra subjetiva.

A dimensão objetiva trata dos limites à retroação, procura proteger o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, conforme disposto no art. 5.º, XXXVI da CF. A dimensão subjetiva abrange a proteção e a confiança dos indivíduos em relação a atos, procedimentos e condutas derivadas da atuação estatal.⁴⁵

⁴² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 204.

⁴³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 206..

⁴⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 206.

⁴⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Mutação constitucional e segurança jurídica: entre mudança e permanência. **Revista Unisinos**, v. 7, n. 2, p. 142, maio/ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.04/4721>>. Acesso em: 10 maio 2021.

A correção estrutural de responsabilidade do legislativo e a correção funcional de responsabilidade do Executivo e do Judiciário, fazem parte das exigências objetivas. Já as exigências subjetivas se caracterizam pelas garantias estruturais (lei) e funcionais (jurisdição) da segurança objetiva e estão nas situações pessoais, autorizando o cidadão a ter um conhecimento antecipado das consequências jurídicas dos seus atos, tem-se aqui a previsibilidade ou calculabilidade.⁴⁶

Para Humberto Ávila, o termo mais correto é calculabilidade e não previsibilidade, de tal forma que a segurança jurídica se tem uma alta capacidade de previsão das consequências jurídicas de atos ou fatos pela maioria das pessoas, em larga medida, de forma a antecipar escolhas interpretativas e implicações normativas de normas jurídicas, conhecendo de forma antecipada o campo de discricionariedade existente nos atos do Estado.⁴⁷

Ao analisar a dimensão objetiva, ou seja, a previsibilidade, chega-se a duas perspectivas: a "segurança de orientação" e a "segurança de aplicação". A segurança de orientação é a segurança exigida por meio do direito, ou seja, é a exigência de existência de lei elaborada pelo poder legislativo, considerando a realidade dos fatos sociais e que essa norma tenha existência anterior ao fato e que seja estável; isto é, é necessária a existência da tipicidade, da irretroatividade e da anterioridade da lei.⁴⁸

Na dimensão objetiva, em face principalmente da tipicidade da norma, não há espaço para a discricionariedade. O Poder Legislativo deve exercer sua função de forma clara, evitando legislar cláusulas com exigências que permitam interpretações arbitrárias do poder público. Contudo, na existência de normas inconsistentes, não é permitido "interpretações mutantes" que gerem surpresa aos jurisdicionados, não sendo permitido nem mesmo aquelas interpretações que estão mascaradas por um suposto motivo nobre. Por outro lado, a segurança de aplicação advém do correto cumprimento da norma jurídica por seus destinatários, especialmente pelo órgão

⁴⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Mutação constitucional e segurança jurídica: entre mudança e permanência. **Revista Unisinos**, v. 7, n. 2, p. 142, maio/ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.04/4721>>. Acesso em: 10 maio 2021.

⁴⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realiza o no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2012. p.132.

⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Muta o constitucional e segurança jurídica: entre mudança e permanência. **Revista Unisinos**, v. 7, n. 2, p. 142-143, maio/ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.04/4721>>. Acesso em: 10 maio 2021.

responsável por sua aplicação que deve usar o método da racionalidade para controle desse campo de decisão do Poder Público.⁴⁹

A dimensão subjetiva com o princípio da confiança não se aplica apenas ao âmbito administrativo, incide também nas demais funções estatais, em especial na atuação jurisdicional. Com isso, é defendida a proteção dos cidadãos diante das mutações na jurisprudência dos tribunais que poderiam alterar as situações de vantagem para situações desvantajosas dos destinatários daquela regra que foi interpretada. Clève, assegura que o cidadão tem o direito de confiar, também, na continuidade de determinadas linhas de pensamento jurisprudencial para, em concordância com elas, regular suas ações.⁵⁰

No que se trata de jurisprudência, a confiança tem o objetivo de resguardar os fatos anteriores, pelo fato de proibir que se adote entendimento daquele que vinha sendo adotado de forma reiterada, mas que, à mercê de uma atualização, enseja uma mudança de orientação.⁵¹

Em relação à vinculação entre a igualdade e segurança jurídica, é perceptível mediante a constatação de que a igualdade é a base da segurança jurídica. Esta não pode ser adquirida apenas com a coisa julgada, com a imutabilidade das decisões, na lei ou na aplicação pelo juiz. Para além, o princípio da igualdade como qualidade da segurança jurídica deve prevalecer perante o órgão julgador de forma a tratar casos semelhantes de modo semelhante (*treat like cases alike*).⁵²

Os tribunais adquirem uma uniformidade do Direito mediante a manutenção de uma "uniformidade da sua interpretação e na aplicação quando do julgamento dos casos, por ser um requisito do próprio Estado Constitucional de Direito" tanto no

⁴⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Mutações constitucionais e segurança jurídica: entre mudança e permanência. **Revista Unisinos**, v. 7, n. 2, p. 142-143, maio/ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.04/4721>>. Acesso em: 10 maio 2021.

⁵⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Mutações constitucionais e segurança jurídica: entre mudança e permanência. **Revista Unisinos**, v. 7, n. 2, p. 143-144, maio/ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.04/4721>>. Acesso em: 10 maio 2021.

⁵¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Mutações constitucionais e segurança jurídica: entre mudança e permanência. **Revista Unisinos**, v. 7, n. 2, p. 144, maio/ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.04/4721>>. Acesso em: 10 maio 2021.

⁵² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 206.

que se refere à igualdade formal quanto à igualdade material, "não sendo admitido que o direito seja interpretado de maneiras diferentes em casos similares", e, portanto, não podendo o cidadão ser surpreendido por decisão diferente da já julgada, sob pena de violação ao princípio da segurança e ao princípio da igualdade.⁵³

Barboza deixa evidente que não se trata de uma aceitação "estrita ou cega aos precedentes". Contudo, os cidadãos têm direito a serem tratados com "igual consideração e respeito", devendo, o julgador, emitir uma decisão clara, inteligível e não contraditória, baseada não necessariamente no precedente ou na sua *ratio*, mas nos princípios que a fundamentaram. Ou seja, a segurança jurídica é adquirida mediante a uniformidade, previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais e não apenas de uma lei que se faz permanente.⁵⁴

Nesse contexto, a segurança jurídica será garantida mediante a utilização da doutrina do *stare decisis* a partir de uma ideia de direito como integridade, tanto para os casos fáceis quanto para os casos difíceis com matérias que envolvam grande apelo popular por estarem imbuídos com questões morais, políticas etc.

Dworkin afirma que no direito como integridade "as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade".⁵⁵

Nesse intento é que apresenta a proposta para que o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, mesmo que esteja enfrentando um caso novo, sendo ele difícil ou não, em considerar o que já foi construído a respeito dos direitos envolvidos naquele caso e a "partir da construção histórica, moral, social e jurisprudencial do direito, enfrentar e fundamentar sua nova decisão".⁵⁶

⁵³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 207.

⁵⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 207.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.272

⁵⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 212.

Tal atuação vem de encontro com a defesa de que a segurança e estabilidade propostos "não estarão na certeza ou previsibilidade da decisão em si, mas na certeza de que os juízes e Ministros julgarão de acordo a integridade, ou seja, assumindo uma coerente e defensável visão dos direitos e deveres que as pessoas têm, o que é possível na adoção da doutrina do *stare decisis*", podendo "aplicar um precedente, revogá-lo ou distingui-lo, mas nunca ignorá-lo".⁵⁷

2.3 A IGUALDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Como já ressaltado alhures, o Poder Judiciário brasileiro possui base no sistema romano-germânico e se desenvolveu no contexto do positivismo jurídico com um sistema de tradição da *civil law*, que tem na lei a principal fonte de direito.

No sistema *civil law*, a segurança jurídica das relações é garantida pelos códigos e sua intenção de completude estando presente a figura do juiz limitado a lei com uma interpretação meramente mecanicista.

Contudo, a partir da segunda metade do século XX, após à segunda guerra mundial e com a revolução dos direitos humanos e conseqüente judicialização da política, verifica-se que o judiciário assume um novo papel interpretativo.⁵⁸

⁵⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 212.

⁵⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 200- 201.

Diante dessa realidade de garantia dos direitos humanos em âmbito internacional e com a Constituição Federal de 1988, que assegura os direitos fundamentais em âmbito nacional – os quais possuem caráter aberto com conteúdo moral –, não é mais possível aceitar uma interpretação meramente mecanicista.

Essa nova situação causa insegurança jurídica para o ordenamento jurídico brasileiro, pois não há limites predefinidos para atividade interpretativa do juiz. O sistema brasileiro deixa uma grande parte para interpretação do judiciário, não havendo uma vinculação dos tribunais a seus próprios precedentes e nem aos precedentes dos tribunais superiores, o que ocasiona a existência de decisões diferentes para casos semelhantes.⁵⁹

Tal fato atesta a insegurança jurídica mediante a imprevisibilidade de ser tratado de maneira igual nos casos semelhantes ou idênticos. Caracteriza-se mediante a grande margem de interpretação do juiz que, diante da Constituição Federal e suas garantias fundamentais – bem como, diante da garantia dos direitos humanos –, busca aplicar em cada caso o correlato direito, fazendo uma análise individual sem vinculação a decisões anteriores.

Nessa dimensão, o Brasil, nos últimos anos, viu-se frente a um aumento na preocupação com a maneira como os juízes, em especial os Ministros, decidem os litígios, dos fáceis aos mais complexos, diante de uma interpretação cada vez mais ampla, baseada em direitos fundamentais abstratos, conceitos abertos e direitos não escritos. Dessa forma, acabam sendo acionados, cada vez mais, em questões políticas e de realização de políticas públicas, tradicionalmente resolvidos pelo poder legislativo e executivo.⁶⁰

Essa preocupação com a forma como os juízes decidem os casos no Brasil assume seu ápice com o Código de Processo Civil, no qual constam os precedentes como fonte primária para compreensão do Direito, estipulando uma estrutura de precedentes e instrumentos específicos (artigos 311, II; 489; 496, § 4.º; 926; 927;

⁵⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011.

⁶⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. É importante o modo como os juízes decidem os casos? **Empório do Direito**, 2017. p. 1. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/e-importante-o-modo-como-os-juizes-decidem-os-casos-por-estefania-maria-de-queiroz-barboza>>. Acesso em: 20 maio 2021.

988; 1042) para obtenção de uniformidade de jurisprudência e consequente coerência das decisões nas diversas instâncias judiciais.⁶¹

Agravando ainda mais as inquietações quanto a atuação do judiciário brasileiro, encontra-se posicionamento como o de Marinoni que afirma a submissão deste poder à igualdade "apenas no que diz respeito ao tratamento igualitário das partes no interior do processo. A base constituída por um sistema *civil law* não está vinculado ao princípio da igualdade no momento mais importante de sua atuação, ou seja, no momento da decisão".⁶²

Nesse sentido a igualdade diante da jurisdição possui como espécies a igualdade no processo e a igualdade ao processo. O primeiro trata-se de igualdade no tratamento que pode ser percebida quando a lei confere tratamento igualitário as partes no sentido de possuírem as mesmas oportunidades de ações no processo, destaca-se o direito ao contraditório, preconizados no artigo 9.º e 10.º do Código de Processo Civil brasileiro.⁶³

O segundo, a igualdade ao processo, trata-se da igualdade ao acesso a jurisdição e igualdade de procedimentos e técnicas processuais. Nesse tocante, tem-se os juizados especiais criado pela Lei n.º 9.099 do ano de 1995. Caracteriza-se por um tratamento individualizado àqueles que possuem dificuldades financeiras para arcar com as custas do processo. Inclui-se, também, os procedimentos especiais que são utilizados para determinadas situações conforme a particularidade do caso concreto, como, por exemplo, a antecipação da tutela para garantir a prestação jurisdicional quando existe receio de dano (artigo 300 CPC/2015).⁶⁴

O devido processo legal, justo e igualitário, além de previsão constitucional, possui previsão na lei infraconstitucional e o artigo 7.º do Código de Processo Civil assevera que as partes devem ser tratadas de forma igualitária em relação ao

⁶¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. É importante o modo como os juízes decidem os casos? **Empório do Direito**, 2017. p. 1. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/e-importante-o-modo-como-os-juizes-decidem-os-casos-por-estefania-maria-de-queiroz-barboza>>. Acesso em: 20 maio 2021.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p. 107.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p. 108.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p.108-109.

exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções.

Diante dessa constatação das espécies de igualdade na jurisdição processual civil, percebe-se uma notável lacuna no que diz respeito à igualdade nas decisões judiciais. O acesso e a participação no processo com tratamentos igualitários somente possuem sentido com a necessidade de uma decisão racional e justa que seja legitimada pelo seu conteúdo com base no sistema e não apenas no discurso do juiz, ou seja, a legitimação da jurisdição depende da legitimação da decisão.⁶⁵

Vendo a decisão como fruto do sistema judicial e não como mera prestação atribuída a um juiz – singularmente considerado –, torna-se inevitável constatar que a racionalidade da decisão está ancorada no sistema e não apenas no discurso do juiz que a proferiu. Assim, por exemplo, não há racionalidade na decisão que atribui à lei federal interpretação distinta da que lhe foi dada pelo órgão jurisdicional incumbido pela Constituição Federal de zelar pela unidade do direito federal. É preciso frisar que não se deve confundir direito ao processo justo com direito à decisão racional e justa. O direito ao processo justo é satisfeito com a realização de direitos fundamentais de natureza processual, como o direito à efetividade da tutela jurisdicional e o direito ao contraditório. Mas a legitimação da jurisdição não depende apenas da observância destes direitos nem pode ser alcançada somente pelo procedimento em contraditório e adequado ao direito material, sendo aí imprescindível pensar em uma legitimação pelo conteúdo da decisão. Note-se que o procedimento pode ser legítimo à luz dos direitos fundamentais processuais e, ainda assim, produzir decisão descompromissada com a substância das normas constitucionais. O contraditório legitima o procedimento como meio, porém não se presta a garantir o ajuste da decisão ao conteúdo dos direitos fundamentais. Afirma-se, diante disso, que a legitimação da jurisdição depende da legitimidade da decisão.⁶⁶

Oportuno destacar que os Juizados Especiais são um exemplo de igualdade de acesso à justiça, na medida em que permitem aos cidadãos a busca por resolução das lides de forma rápida, gratuita e sem procedimentos complexos. Entretanto, esse órgão do poder judiciário também é disseminador de insegurança jurídica e violação da igualdade quando não atua conforme seus precedentes ou de seus tribunais superiores.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p.108-109.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p. 109-110.

Nesse sentido, cita-se o RI 0003763-49.2019.8.16.0025⁶⁷, que majorou *quantum* indenizatório mediante a adoção de entendimento já consolidado da Turma Recursal:

RECURSOS INOMINADOS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE DENUNCIÇÃO À LIDE NÃO TORNA OS JUIZADOS ESPECIAIS INCOMPETENTES PARA O PROCESSAMENTO DA CAUSA. CONTRATO CELEBRADO POR TERCEIROS. FRAUDE. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO BANCO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 479 DO STJ. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. QUANTUM FIXADO EM R\$ 4.000,00 (QUATRO MIL REAIS) QUE COMPORTA MAJORAÇÃO PARA R\$ 8.000,00 (OITO MIL REAIS). OBSERVÂNCIA AOS PARÂMETROS ADOTADOS POR ESTA TURMA RECURSAL. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. Recurso do autor conhecido e provido. Recurso dos réus conhecido e desprovido.

O acórdão deixa evidente a necessidade de majoração do *quantum* indenizatório diante da aplicação dos precedentes já adotados pela Turma Recursal ao fazer ênfase na adoção dos mesmos parâmetros que já eram adotados para casos análogos, fixando a indenização em valores mais altos do que aquele fixado na sentença de primeiro grau.

A referida jurisprudência retrata uma matéria corriqueira das lides que são de competências dos juizados especiais cíveis e que demandam uma decisão fácil, e não complexa. Apesar disso, tal decisão não atendeu a coerência e a previsibilidade por não acompanhar o Tribunal Superior – cujo entendimento já estava consolidado.

Vale assegurar que a legitimidade democrática da jurisdição constitucional não trata somente sobre o tipo de poder que esses tribunais devem ter, mas também, sobre como eles de fato exercem tal poder (suas práticas de decisões e argumentações). Fato que representa um elemento fundamental de sua autoridade e credibilidade institucional mediante as teorias do discurso e da argumentação jurídica.⁶⁸

⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. RI 0003763-49.2019.8.16.0025 Araucária. Relator: Nestario da Silva Queiroz. Julgamento: 14/06/2021. Órgão Julgador: 1.ª Turma Recursal. Publicação: Dj 14/06/2021. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000015350691/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0003763-49.2019.8.16.0025>>. Acesso em: 20 out. 2021. não entendi, fica assim mesmo???

⁶⁸ VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. 415 f. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2015. p. 6-17. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinoVale.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2020.

Outra questão importante a ser considerada é a existência de um déficit na teoria da argumentação jurídica, por ela estar focada no raciocínio judicial desenvolvido de forma monocrática⁶⁹, sendo que, no primeiro grau de jurisdição, todas as decisões são proferidas de forma monocrática. Em segundo grau de jurisdição, todavia, o acórdão é composto por várias decisões (votos) individuais, sendo ainda permitido, mesmo em sede de órgãos colegiados, como o STF, a decisão monocrática de um Ministro por força do artigo do inciso V, artigo 21 do Regimento Interno do STF e demais aplicáveis.

Para Dworkin, o uso do termo "juiz Hercules" para designar a ideia de um juiz com capacidade sobre humanas, capaz de atender todas as exigências normativas com uma interpretação solitária mediante uma relação entre sujeito e objeto, deve ser superado, a fim de que haja uma busca das necessárias relações intersubjetivas entre magistrados.⁷⁰

Nessa senda, William Soares Pugliese afirma que

[...] a decisão judicial é, por um lado, uma técnica processual para a decisão de questões incidentais ou finais de um processo. Mas, por outro lado, ela se torna produto e vetor da argumentação jurídica dos tribunais, carregada de efeitos decorrentes da proposta de transformação destas em precedentes.⁷¹

É importante ressaltar que, para a jurisdição constitucional nos Estados Constitucionais, é necessária a convivência com os direitos das minorias que são elevados como direitos fundamentais na Constituição, sendo que tal fato enseja um aparente conflito entre democracia e constitucionalismo (entre jurisdição constitucional e o princípio democrático).

Para aqueles que defendem a democracia procedimental, o cumprimento do procedimento democrático é suficiente para atingir um resultado justo. Por outro lado, aqueles que defendem o constitucionalismo "como técnica específica de limitação

⁶⁹ VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. 415 f. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2015. p. 12. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁷¹ PUGLIESE, William Soares. **A ratio da jurisprudência**: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade. 310 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 52. Disponível em: <<https://educapes.capes.gov.br/handle/1884/43756>>. Acesso em: 1.º abr. 2020.

do poder com fins garantísticos", afirmam que somente a existência de procedimentos não garantem resultados justos, sendo necessários os direitos fundamentais expressos em uma Constituição rígida que funcione como limites materiais para a deliberação do poder judiciário.⁷²

A tempo, cabe ressaltar a decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, em pedido liminar no HC 146.815⁷³, que reconheceu a impossibilidade do cumprimento da pena de prisão imediatamente após a prisão de segunda instância, suspendendo o início da execução provisória da pena a qual o paciente foi condenado nos autos da Ação Penal 10352-75.2012.4.01.3801, da 3.^a Vara Federal da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG.

A decisão proferida pelo Ministro, além de se tratar de uma decisão monocrática, foi totalmente contrária ao precedente do STF reconhecido no HC 126.292/SP⁷⁴ que constatou a não violação ao princípio constitucional da presunção da inocência no caso da execução provisória da sentença já confirmada em sede de apelação, ainda que sujeita a recurso especial e extraordinário.

Ainda, a decisão monocrática foi, também, oposta ao entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal na Súmula 691.⁷⁵ O ministro afasta a incidência da referida Súmula afirmando que o rigor de tal entendimento estava sendo abrandado em outros julgamentos da corte em hipóteses excepcionais, como, por exemplo, nos casos em que seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal.

Nota-se que, na decisão monocrática, o Ministro chega a ressaltar o entendimento predominante do HC 126.292/SP. Contudo, manteve seu entendimento da impossibilidade da execução provisória da sentença já confirmada em sede de Apelação, com pendência de recurso, demonstrando a que não estava adstrito a

⁷² BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 24-25.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 146815 MG. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 17/02/2016. Órgão Julgador: Decisão monocrática. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 1.º out. 2021.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292 SP 8620448-89-2015.1.00.000. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 17/02/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-100 17/05/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 1.º out. 2021.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 691: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula691/false>>. Acesso em: 20 out. 2021.

limites predefinidos ou a manutenção da coerência com a decisão anterior e estando totalmente desvinculado da previsibilidade.

Ainda, verifica-se que não existe qualquer preocupação em vinculação com decisões anteriores para tratar os cidadãos com igual consideração em casos semelhantes ou idênticos, de forma a constatar a insegurança jurídica pela não aplicação do precedente disposto no HC 126.292/SP. Cabe mencionar, por ora, que o referido HC será analisado de forma mais apurada no item 4 deste trabalho.

Certo é que, independentemente de uma teoria do discurso ou da argumentação, a legitimidade da jurisdição depende do conteúdo da decisão, ou seja, do direito fundamental por ela defendida que não deve ter interpretação diversa para casos iguais ou diversa da interpretação dada pelo tribunal competente de dar sentido às normas constitucionais.

Chama-se atenção para o fato de que o juiz, ao proferir a decisão de um caso, não é apenas "a boca da lei", não é um juiz Hércules com capacidade sobre humana, para atender todas as exigências normativas com uma interpretação solitária mediante uma relação entre sujeito e objeto. Na verdade, tal concepção deve ser superada para a busca das necessárias relações intersubjetivas entre magistrados.⁷⁶

Deve-se reconhecer que os juízes realizam interpretações e que tal atitude exige o estudo da igualdade nas suas decisões tendo em vista que o ato da interpretação deve estar atrelado à igualdade para ser uma decisão justa diante do fato de que o texto da lei é indeterminado, podendo resultar em vários significados diferentes.

Esse reconhecimento da possibilidade de interpretações pelo juízes devido às abstração e generalidades dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição escrita, bem como o reconhecimento dos princípios abstratos e a existência de uma constituição não escrita significou para o Brasil, no âmbito do direito processual, uma época de decodificação. O código, com ideia de uniformidade, generalização e completude, foi perdendo espaço para os procedimentos especiais usados como instrumentos "para atender as situações jurídicas carentes de tutela".⁷⁷

É perceptível que esse aumento de procedimentos e técnicas significa o aumento do poder do juiz, bem como o aumento das possibilidades de resoluções

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 272.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p. 113.

para as demandas judiciais; ou seja, maiores chances de uma mesma situação litigiosa obter diferentes soluções mediante a decisão.

A constatação de que as leis envelhecem e se esgotam tornou evidente a necessidade de essa conter espaços que possibilitem os juízes a realizarem adaptações conforme as características e valores de cada época. Portanto, tem-se a noção de cláusulas gerais como uma técnica legislativa.⁷⁸

Marinoni é enfático ao afirmar que as cláusulas gerais têm base na premissa de que a lei é apenas um elemento que contribui para a construção judicial do direito. Tem-se aqui a extinção definitiva da ideia de completude da lei:

Note-se, desde logo, que a técnica das cláusulas gerais, peculiar aos Códigos da contemporaneidade, funda-se na premissa de que a lei pode ser apenas elemento que colabora para a construção judicial do direito. Portanto, tal técnica não só faz ruir a ideia de completude dos compêndios legislativos, definidos exclusivamente a partir da técnica casuística, como demonstra a insuficiência da lei, aplicada à base de subsunção, para a solução dos variados casos litigiosos concretos. Com isso, inquestionavelmente confere maior subjetividade ao juiz, dando-lhe poder para construir a decisão a partir de elementos que não estão presentes no tecido normativo. A passagem da técnica casuística, em que a aplicação da norma se dá por subsunção, para a técnica das cláusulas gerais, em face da qual se exige um raciocínio judicial muito mais complexo e sofisticado, faz ver a necessidade de insistir na igualdade perante as decisões judiciais.⁷⁹

Embora a interpretação da lei sempre deva considerar o texto constitucional, nem sempre o juiz está diante de um caso difícil. Porém, quando isso ocorre, o espaço de interpretação do juiz torna-se muito mais amplo, aumentando o risco de subjetividade das decisões judiciais. Isso vincula a legitimidade da prestação jurisdicional à sua precisa justificação com razões adequadas e racionais.⁸⁰

Diante dos casos difíceis e da conseqüente amplitude de interpretação é que a Suprema Corte busca-se valer das cláusulas gerais para criar norma jurídica do caso concreto, de forma a atender os critérios de igualdade.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p. 113.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p. 114.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p. 118.

O Federalista n.º 78 afirma que não se trata de superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Mas de superioridade do poder do povo, sendo que sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias.⁸¹

De forma comparada, cabe ressaltar o caso emblemático da Suprema Corte dos Estados Unidos, *Lawrence x Texas*, mais do que qualquer outra decisão na história, pressupôs e avançou uma teoria da liberdade substantiva, explicitamente baseada na igualdade. A "liberdade" de que a Tribuna se referia tanto à dignidade e respeito à igualdade quanto à liberdade de ação, não deixando dúvidas de que estava protegendo a mesma liberdade e dignidade, não de indivíduos atomísticos arrancados de seus contextos sociais, mas de pessoas que se relacionam e interagem umas com as outras.⁸²

No Brasil, um caso que condiz com a repercussão do princípio da igualdade na concepção de proibição de uma discriminação arbitrária foi apreciado pelo STF no RE 646.721/RS julgado em 10/05/2017, atestando que é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1790 do Código Civil de 2002.

A referida decisão foi tomada mediante a adoção dos princípios abstratos de liberdade e igualdade que determinaram a *ratio decidendi* do precedente da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277 que reconheceu, com eficácia *erga omnes*, a inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico, aplicando-se à união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras da união estável heteroafetiva.

No caso em tela, verifica-se a adoção do precedente e a manutenção da coerência nas decisões judiciais como uma forma de garantia da segurança jurídica dos cidadãos e da estabilidade e previsibilidade das relações sociais.

⁸¹ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel, 2009. p. 472.

⁸² TRIBE, Laurence H. *Lawrence V. Texas: The fundamental Right that dare not speak its name*. **Havard Law Review**, v. 117, n. 6, p. 1893-1955, 2004. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/4093306>>. Acesso em: 10 maio 21.

Importante ressaltar que os precedentes referidos serão estudados no item 4 desta dissertação, mas, por ora, é importante constatar que é um exemplo de situação que apenas pode ser resolvido mediante dedicada interpretação da norma à luz da Constituição pelo Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, comprovando a imprescindível necessidade de se estabelecer uma norma jurídica ou um precedente com alcance geral.

Convém notar que há de fato uma insegurança jurídica e violação ao princípio da igualdade diante da falta de vinculação dos juízes aos seus precedentes; dessa forma, fica evidente que a segurança jurídica e a Igualdade, sendo fundamentos para um estado democrático de direito, devem ser resguardadas pelos juízes, especialmente pelos Ministros, quando das decisões, mesmo estando diante dos casos complexos.

3 DOUTRINA DOS PRECEDENTES

Este capítulo propõe a análise dos parâmetros e causas que evidenciam a aproximação do sistema do *civil law* com o sistema do *common law*.

É certo que a cultura influencia, de forma essencial, as tradições legais e, por isso, estudar-se-ão muito mais essas tradições do que propriamente os sistemas. Assim, ao se tratar de tradições legais, podem-se indicar características em comum entre essas tradições.⁸³

O Poder Judiciário brasileiro, que possui base na tradição romano-germânico e que se desenvolveu no contexto do positivismo jurídico com um sistema de tradição da *civil law*, além de outros países, viu-se submetido aos efeitos da aproximação com o sistema *common law* no âmbito da jurisdição constitucional com a expansão do *judicial review* (controle de constitucionalidade) mediante o uso dos seguintes parâmetros materiais: os direitos humanos e as Constituições supremas (com um grande catálogo de direitos fundamentais) que, por possuírem caráter aberto e conteúdo moral, significaram a elevação do papel do Judiciário para garantia das suas próprias proteções.

Será analisado, também, como causas de aproximação do sistema *civil law* e *common law*, o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 e o instrumento da Repercussão Geral, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal.

Com o intuito de confirmar a importância do CPC/2015 para a inserção de um sistema de precedentes no Brasil, será analisado o IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) com uma análise jurimétrica feita no campo do direito do trabalho, de forma a atestar a aplicação dos precedentes nesse ramo especial do direito, uma vez que se utiliza do CPC como fonte supletiva e, conseqüentemente, fica evidente a aproximação com o sistema *common law*.

Por fim, será analisada a doutrina do *stare decisis* de um sistema *common law*, esclarecendo os conceitos fundamentais para o seu reconhecimento: *a ratio decidendi*, o *obiter dictum*, o *distinguishing* e o *overruling*.

⁸³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 27.

3.1 APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW* NO *JUDICIAL REVIEW*

Pode-se citar como causa ou parâmetro para constatação da aproximação dos sistemas sistema *civil law e common law*:

- 1) a expansão do *judicial review* gerada pela proteção dos Direitos Humanos, mediante positivação na Constituição ou por ratificação dos tratados internacionais, e pela judicialização da política.

Neste tópico, será abordada a questão da leitura moral da Constituição realizada pelo STF ao decidir os casos difíceis em sede de controle de constitucionalidade.

- 2) a Repercussão Geral incluída no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004.
- 3) o Código de Processo Civil de 2015, enfatizando a aplicação do IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) no campo do direito do trabalho.

3.1.1 A expansão do *Judicial Review*

A partir da segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, com a revolução dos direitos humanos e a judicialização da política, verifica-se que o Judiciário assumiu um novo papel interpretativo. Primordialmente, nos países de tradição *civil law*, é que se nota uma mudança no papel do Estado que, até então, detinha no parlamento a figura máxima de autoridade e passa a prever o *judicial review* sob competência do Poder Judiciário como forma de limitação das maiorias e do legislativo.⁸⁴

Enquanto a Segunda Guerra Mundial representou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra veio a representar o resgate com a ética e o esforço para reconstrução dos direitos humanos banalizados durante a guerra. Assim, o Estado de Direito, até então vigente, era meramente formal com a violação dos direitos

⁸⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 200- 201.

humanos, sob justificativa de estar compatível com a lei, como, por exemplo, o regime nazista que ganhou força e apoio na legalidade.⁸⁵

Nesse contexto, os países europeus, em virtude da má experiência do holocausto, buscaram uma nova concepção de direito para limitar as maiorias do Parlamento, de forma a garantir os direitos das minorias e assim, efetivamente, proteger os direitos humanos. Da mesma forma, os países da América Latina, saindo de regimes ditatoriais, atribuíram supremacia às novas Constituições e aos direitos humanos nelas positivados.⁸⁶

Nesse sentido, a ideia de supremacia constitucional adotada pelos Estados Unidos foi compartilhada por vários países, principalmente nessa segunda metade do século XX, com a preocupação mundial com a proteção dos direitos humanos. Muitos países passaram a adotar declarações de direitos fundamentais que são parâmetros para o controle de constitucionalidade. Até mesmo países com tradição *common law* adotaram instrumentos de direitos fundamentais como norte para o controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos pelos Tribunais. Tem-se, aqui, a ideia de supremacia da Constituição – e não do Parlamento –, figurando como a Carta Suprema que irá representar a vontade do povo, diferente das leis que representam a vontade dos seus representantes.⁸⁷

Importante, diante disso, fazer um adendo para esclarecer que a Constituição americana não descreve uma previsão do *judicial review* e nem mesmo, a competência da Suprema Corte para realizá-lo. Contudo, tal direito foi constituído pela decisão do caso *Marbury v. Madison*⁸⁸, em 1803, sendo que, a partir desse momento, a Suprema Corte passa a ser aceita como legítima para o *judicial review*.

⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 9-10.

⁸⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 107.

⁸⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 41; 76.

⁸⁸ No ano de 1801, John Adams, o presidente do país na época, estava chegando ao fim de seu mandato e indicou alguns juízes que eram aliados ao seu partido para ocupar cargos disponíveis no judiciário federal, e dentre os indicados encontrava-se William Marbury. Ocorreu que não houve tempo hábil para Marbury iniciar no novo cargo, pois Thomas Jefferson que era em tese contra John Adams politicamente, tomou posse como presidente, nomeando James Madison como Secretário de Estado. Madison quando analisou a situação das nomeações realizadas por Adam,

Pois bem, no pós-guerra os direitos humanos passaram a funcionar como um referencial ético para orientar a comunidade internacional. As novas Constituições incorporaram os valores morais, políticos e sociais ao positivarem os direitos humanos nos sistemas internos como direitos fundamentais, fazendo um reencontro do direito com a moral.⁸⁹

Do mesmo modo, a dignidade humana foi colocada nas Constituições de diversos países ocidentais como "paradigma e referencial ético, um verdadeiro super princípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo".⁹⁰

Nessa dimensão, verifica-se a passagem de Estado de Direito para o Estado Constitucional, atribuindo aos direitos fundamentais a supremacia do ponto de vista substancial, consagrando a passagem da supremacia da lei para a supremacia da Constituição.⁹¹

Nota-se que o surgimento das Constituições democráticas limita o poder político, bem como protege um extenso rol de direitos contra as maiorias, alçando a dignidade da pessoa humana como valor supremo:

percebeu que a maioria dos juízes não tinham recebido a carta de nomeação e por tal fato resolveu cancelar o ato do ex-presidente pois o ato não estaria completo. Marbury não conformado com a decisão de Madison, protocolou um pedido na Suprema Corte, writ of mandamus, previsto no Judiciary Act, para que as nomeações do ex-presidente fossem mantidas pelo novo presidente, pois acreditava que havia um direito potestativo de se tornar um magistrado. Assim o nome do caso: Marbury vs. Madison. O Executivo foi citado para que apresentasse defesa, porém nada fez. John Marshall que já havia sido Secretário de Estado no governo de Adam, e neste momento ocupava o cargo de presidente da Suprema Corte, se viu em uma situação completamente difícil de se resolver. Se ordenasse que Jefferson empossasse Marbury, não teria como implementar o comando; a Suprema Corte seria desmoralizada. Se desse razão a Jefferson, sem que ele tivesse se defendido, pareceria temeroso, fraco; a Suprema Corte sairia da contenda desmoralizada também. Foi então que em 1803 Marshall com sua grande habilidade reconheceu que Marbury tinha direito a nomeação da magistratura vez que tratava de preencher interesse público. Contudo, ainda fundamentou sua decisão de que o dispositivo que Marbury utilizou para fundamentar seu pedido, tratava se de dispositivo inconstitucional, ou seja, era nulo, portanto a Suprema Corte não tinha legitimidade para apreciar o pedido de Marbury. Na interpretação de Marbury, o Judiciary Act não se encontrava de acordo com a Constituição, e como Marshall entendia pela hierarquia das normas constitucionais, as normas infralegais que não estivessem em consonância com a Constituição não teriam validade, logo, declarou o artigo do Judiciary Act que Marbury utilizou, como inconstitucional, realizando pela primeira vez o controle de constitucionalidade e o primeiro precedente nos Estados Unidos.

⁸⁹ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 84.

⁹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 12.

⁹¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 63-65.

Esse movimento aparece como resposta ao desrespeito aos mais fundamentais dos direitos dos homens, cometidos durante a Segunda Guerra Mundial. Desse modo é que surgem, no pós-guerra, as Constituições Democráticas. Para limitar o poder político, os novos documentos constitucionais apresentam instituições, processos e normas constitucionais com largo rol de direitos fundamentais protegidos contra as maiorias eventuais, estabelecendo a dignidade da pessoa humana como valor supremo a ser respeitado por todos os órgãos do governo, incluindo aí o Parlamento. Ou seja, as novas constituições estabelecem novos arranjos legais tendo como pilares igual consideração e respeito entre os cidadãos e a dignidade da pessoa humana.⁹²

No sistema constitucional, sob a lógica de proteção dos direitos humanos, o controle de constitucionalidade deve ser realizado pelas Cortes e pelos Tribunais, de forma a resguardar e defender os princípios constitucionais e direitos fundamentais contra as leis e ações do Estado, eventualmente incompatíveis com as Cartas Constitucionais. Essa possibilidade de dar um significado, ou interpretar os direitos humanos, reflete a grande autoridade atribuída aos tribunais constitucionais por meio *do judicial review*.

Verifica-se, portanto, a necessidade da aplicação direta da Constituição nas situações de vida da sociedade e conseqüentemente exigindo uma atuação interpretativa do Poder Judiciário. Este é chamado para o enfrentamento de questões com conteúdo políticos e morais relacionados aos direitos humanos ou fundamentais, que só existirão quando do julgamento dos casos concretos e quando da sua efetivação.

Percebe-se aqui uma contrariedade à lógica do positivismo da tradição *civil law*, adotado pelo Brasil, que presume que a norma a ser adotada no caso sempre estará no texto legal, vinculando o Judiciário a uma atuação meramente mecanicista.

Essa lógica positivista é alterada de forma substancial com o caráter aberto e abstrato das normas constitucionais, de forma que o Brasil, por ter adotado o constitucionalismo como forma de proteção dos direitos fundamentais, aproxima-se do *common law*, terá o judiciário como competente para realização do controle de constitucionalidade apresentando o "significado aos direitos conforme o contexto histórico, político, social, moral e jurídico da sociedade naquele determinado momento

⁹² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 65.

da sociedade. Assim, conclui, que a norma, portanto, não existe no texto, mas apenas no caso concreto".⁹³

Para Barroso, o que passa a existir no Brasil, mesmo sendo país de direito romano-germânico que adota o sistema do *civil law*, é uma tendência à valorização da jurisprudência, por meio do avanço do Controle concentrado de constitucionalidade; a valorização da jurisprudência, por meio das normas infraconstitucionais, que sucessivamente modificam o Código de Processo Civil de 1973, e a criação de um novo sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro mediante a Lei n.º 13.105/2015.⁹⁴

Para Barboza, no Brasil, por conta do artigo 5.º, parágrafo 2.º, pode-se falar de um controle de constitucionalidade e um controle de convencionalidade, conquanto aqui se tenha o entendimento que os tratados e convenções de direitos humanos fazem parte do pacote de constitucionalidade, que, por sua vez, funciona como parâmetro material para o controle de constitucionalidade. Ainda, cabe enfatizar, nos países em que não existe uma Constituição escrita, como a Inglaterra, cujo controle é de convencionalidade, a previsão dos direitos humanos, em tratados internacionais ou em lei ordinária, tem sido suficiente para garantir o desempenho do Poder Judiciário em assegurar que as leis do Parlamento estejam compatíveis com esses Direitos.⁹⁵

Além do que acabamos de analisar, ou seja, a expansão do *judicial review* motivada pela proteção dos direitos humanos positivados na Constituição ou ratificados por tratados internacionais, existe ainda outro fator determinante da expansão do *judicial review*: a judicialização da política.

Esse movimento evidencia a existência de transferência de parte do poder político do parlamento para os tribunais, naquelas questões morais que não conseguiram chegar a um consenso e também como forma de transferência de custo político para

⁹³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 74.

⁹⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro.** p. 7. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

⁹⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 87.

os tribunais nas questões mais controvertidas, em que assumir uma posição pode implicar em perda de voto.

Cabe aprofundar nesses dois movimentos que evidenciam a içada do Poder Judiciário mediante novas atribuições e atuações diversas ao que, até então, tenha sido visto no ordenamento jurídico.

No Brasil, onde a Constituição reflete a vontade do povo, os Tribunais, cada vez mais, vem sendo acionados para julgarem questões ligadas a políticas e não somente questões ligadas ao significado dos direitos humanos. O Judiciário é acionado para resolver questões sobre aborto, políticas públicas nas mais diversas áreas, união homoafetiva, processo eleitoral etc. Existe uma transferência das decisões de competência do parlamento ou executivo para as Cortes Judiciais, bem como tem-se a ampliação dos métodos judiciais de decisões que ultrapassa os tribunais.⁹⁶

Ainda, nota-se que nos países de tradição *civil law*, como no Brasil, há um aumento significativo de legislação diante dessa percepção de que o Direito passa a ter cada vez mais domínio nas relações sociais, com a judicialização crescente das condutas sociais.⁹⁷

Dessa forma, o que se percebe é o aumento significativo de textos jurídicos e a existência de novos produtores do direito, principalmente no âmbito internacional, tendo em vista que os tratados internacionais geram efeitos internos com a sua recepção. O Judiciário é acionado a todo momento para resolver conflitos sociais, como os que envolvem casos de saúde, em especial acerca do dever do Estado em fornecer medicamentos. O Judiciário, nesse sentido, assume o papel de "super-herói" como se fosse da sua responsabilidade a resolução de todos os problemas sociais.

Ao tratar da Judicialização, o autor Hirschl⁹⁸ trata das três faces da política judicializada, aduzindo que, de forma mais abstrata, a judicialização da política se refere à disseminação de discursos, jargões, regras e processos jurídicos na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas. O segundo, e

⁹⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 75.

⁹⁷ CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno.** Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 126.

⁹⁸ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 251, p. 142-148, 2009.

mais concreto, aspecto da judicialização da política é a expansão da competência de tribunais e juízes quanto à definição de políticas públicas, principalmente por meio de decisões envolvendo direitos constitucionais e à remarcação judicial dos limites entre órgãos do Estado (separação de poderes, federalismo).

Nesse sentido, enquanto o primeiro tipo de judicialização pode ser descrito como "judicialização das relações sociais", a judicialização do segundo tipo foca principalmente na justiça processual e a equidade formal em processos decisórios. Outro aspecto da segunda face da judicialização é a promoção de justiça processual por meio do controle judicial de atos administrativos.

Na terceira classe emergente de judicialização da política, tem-se o emprego de tribunais e juízes para lidar com o que podemos chamar de "mega-política": controvérsias políticas centrais que definem (e, muitas vezes, dividem) comunidades inteiras. A diferença entre a segunda e a terceira fase da judicialização é sutil, mas de grande importância. Encontram-se, em certa medida, na distinção qualitativa entre questões: primariamente, de um lado, as de justiça processual; de outro, os dilemas morais substantivos ou controvérsias políticas essenciais enfrentadas por toda a nação. Em outras palavras, parece haver uma diferença entre a importância política da judicialização, da elaboração de políticas públicas e a importância política da judicialização da mega-política.⁹⁹

Como qualquer outra instituição política, tribunais constitucionais não operam em um vácuo institucional ou ideológico. Do mesmo modo, quanto mais disfuncionais ou paralisados forem o sistema político e suas instituições decisórias em uma dada comunidade organizada como Estado de direito, mais provável será a presença de um Poder Judiciário expansivo.¹⁰⁰ É nesse tipo de contexto que o Judiciário tem mais legitimidade e mais apoio da opinião pública do que virtualmente todas as outras instituições políticas.¹⁰¹

Hirschl atesta que, percebendo a crucial importância política do Judiciário, atores políticos em outros países do novo constitucionalismo, optaram por estreitar seu controle sobre o processo de indicação de juízes. A transferência de questões

⁹⁹ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 251, p. 170-173, 2009.

¹⁰⁰ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 251, p. 165-179, 2009.

¹⁰¹ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 251, p. 165-170, 2009.

fundamentais sobre identidades coletivas para os tribunais raramente leva a decisões contrárias aos interesses dos atores que optaram pela delegação de poder às instituições judiciais.¹⁰²

Entretanto, o autor concluiu que a judicialização da política se estendeu muito além da, hoje corrente, judicialização da elaboração de políticas públicas, através da jurisprudência sobre justiça processual ou sobre direitos, para englobar também a mega-política, bem como processos e resultados eleitorais, a justiça transicional, a legitimidade de regimes, as prerrogativas do Executivo, as identidades coletivas e os processos de construção nacional. Logo, a prática é igualmente problemática do ponto de vista da democracia representativa, afinal, a função primária das legislaturas é enfrentar e resolver problemas, e não os delegar a outros. Ainda, a existência de uma Corte constitucional ativa e não deferente aos poderes eleitos é condição necessária, mas não suficiente, para o ativismo judicial sistemático e para a judicialização da mega-política.¹⁰³

Para Rogerio Arantes, a adoção de um Estado Democrático de Direito trouxe a "necessidade de juízes e árbitros legítimos" para resolver conflitos entre a sociedade e o governo e entre os poderes do próprio Estado. Tal papel coube principalmente ao Poder Judiciário.¹⁰⁴

O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos. A nova arquitetura institucional adquire seu contorno mais forte com o exercício do controle da constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou.¹⁰⁵

¹⁰² HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 251, p. 170-173, 2009.

¹⁰³ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 251, p. 170-173, 2009.

¹⁰⁴ ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83, 1999. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/8jDHGNxzhXGZ5RJbmBcW3Jm/?lang=pt>>. Acesso em: 17 jul. 2021.

¹⁰⁵ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n.2, p. 41, nov. 2007. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ts/a/Gm5Cm5Tv3br63xgNvJZX4wL/?lang=pt&format=pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

Nesse sentido, é possível perceber que, no Brasil, aconteceu uma grande aproximação da justiça com a população por meio dos juizados especiais disciplinados pela Lei n.º 9.099 de 1995

[...] nos quais o acesso independe de contratação de advogado e por meio de legislações especiais que asseguram as minorias como Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, Lei Maria da Penha. Tais fatos significaram a existência de processos com sentenças proferidas sobre questões sociais, inclusive que envolvam políticas públicas.¹⁰⁶

Ao escrever o texto "A judicialização da política e das relações sociais no Brasil", Luiz Werneck Vianna faz uma pesquisa aprofundada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, por meio de uma análise amostral de 1.935 Adins ajuizadas no período de 1988 a 2005, analisando sobre sua distribuição, partes, motivação, origem do diploma legal contestado, categorias dos direitos envolvidos e classe temática das normas questionadas, âmbito de aplicação, etc. Nesse estudo, atestou que as ADIs funcionaram como mecanismo de defesa das minorias e também como um instrumento estratégico de governo, sendo que, no período informado, 60% das ADIs trataram do tema de Administração Pública e 12.6% trataram sobre Políticas Tributárias. O autor afirma que ao Judiciário foi incumbido o dever de efetuar um controle sobre a vontade do Estado, tendo sido adotado um modelo de controle abstrato da constitucionalidade das leis. O Poder Constituinte de 1988, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal (STF), órgão máximo do Judiciário, o dever de realizar esse controle, sendo a última e definitiva fonte de interpretação constitucional das normas com o objetivo de dar uniformidade ao ordenamento jurídico. Essa uniformização das decisões é exercida pelo STF quando existir o ajuizamento de uma ação própria que questionará se a lei infraconstitucional está em desacordo a Constituição Federal.¹⁰⁷

A Constituição brasileira de 1988, por sua vez, extinguiu os elementos autoritários do regime militar, afirmou os princípios e as instituições do liberalismo

¹⁰⁶ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n.2, p. 41, nov. 2007. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ts/a/Gm5Cm5Tv3br63xgNvJZX4wL/?lang=pt&format=pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

¹⁰⁷ VIANNA, Luiz Werneck. A judicialização da política no Brasil. In: VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alive Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 47-70.

político, estabeleceu os direitos civis da cidadania, concedeu configuração institucional à democracia política e instituiu mecanismos para uma gestão pública mais eficiente. Foi ela também que ampliou a representação funcional (recriando o Ministério Público), consagrou o instituto das Ações Cíveis Públicas e o tema do acesso à Justiça e, sobretudo, admitiu a sociedade civil organizada como intérpretes da Constituição.¹⁰⁸

Cabe, neste momento, conforme já constatado no decorrer desse texto, atestar que, no Brasil, por atribuição da Constituição, o controle de constitucionalidade se dá, principalmente, por mecanismos jurisdicionais, pelos modelos difuso-concreto e concentrado-abstrato.

É importante ressaltar que o Poder Judiciário é o responsável principal pelo controle de constitucionalidade, mas não é o único que realiza tal controle, tendo em vista o princípio da separação dos poderes. De forma incomum, acontecem meios de controle de constitucionalidade na via legislativa e política, através do chamado Controle Político. Existe a possibilidade de prevenção de positividade de uma norma inconstitucional: é o que faz o presidente da república ao deixar de sancionar um projeto de lei por inconstitucionalidade.¹⁰⁹

O controle difuso-concreto é caracterizado pelo poder, dado a todo e qualquer juiz ou tribunal, de realizar, no caso concreto, a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição. No controle abstrato, verifica-se que a análise recai sob o ato normativo em si e não em seu uso em um caso concreto. Tal controle é voltado unicamente à análise da constitucionalidade da norma, sendo o STF o órgão responsável para analisar e julgar as ações, e, não possuindo interesse apenas das partes, as decisões terão efeitos *erga omnes*.¹¹⁰

¹⁰⁸ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n.2, p. 42, nov. 2007. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ts/a/Gm5Cm5Tv3br63xgNvJZX4wL/?lang=pt&format=pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

¹⁰⁹ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e direito internacional**: cedências no Brasil e no mundo globalizado. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 77.

¹¹⁰ Para Marinoni o controle difuso e concentrado só pode ser separado quando se apresentam de forma autônomas. Se o controle de constitucionalidade é deferido aos juízes em face de todo e qualquer caso, inexistindo previsão de via direta, o controle é difuso, porém incidental. Por outro lado, se o controle é conservado nas mãos da Corte Suprema o controle é concentrado, mas exercido na forma principal. Isso quer dizer nos sistemas que os juízes exercem o controle de constitucionalidade em qualquer caso, este controle também pode ser deferido a suprema corte mediante via direta, existindo o controle difuso decorrentes da forma incidental e principal (MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1021).

O controle concentrado-abstrato se dará por meio de ações específicas, quais sejam: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica – ADI ou ADIn (art. 102, inc. I, a, CF/88); b) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva – ADIn Interventiva (art. 36, inc. III, CF/88); c) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADIn por Omissão (art. 103, § 2.º); d) Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADECON ou ADC (art. 102, inc. I, a, *in fine*, CF/88); e) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (art. 102, § 1.º, CF/88).

Visto isso, cabe tratar sobre a fundamentalidade material dos direitos humanos que deve estar ligada à dignidade da pessoa humana e tem fundamentação moral. Barboza defende que a leitura moral desses direitos é a mais adequada para jurisdição constitucional, ressaltando que esse conteúdo moral não está somente presente no texto constitucional escrito, mas, também, na constituição invisível e nos princípios constitucionais não escritos, sendo que este é resultado do trabalho interpretativo da jurisdição constitucional que deve identificar e dar conteúdo.¹¹¹

Ao tratar da fundamentalidade material dos direitos humanos, trata-se, por consequência, do conteúdo material desses direitos, os quais possuem, como ponto de conexão, a dignidade da pessoa humana, a qual os caracteriza como sendo fundamentais e supremos, funcionando como limitador e exemplo a ser seguido pelo governo.¹¹²

A Constituição Federal de 1988, já em seu artigo 1.º, inciso III dispõe que o Brasil, Estado Democrático de Direito tem como fundamento à dignidade da pessoa humana. Tal princípio é posto como substrato principal do ordenamento jurídico.

O Constituinte reconhece que o Estado existe em função da pessoa humana e compõe a finalidade maior do Estado, não podendo ser tratado como um mero elemento da atividade estatal. É certo que a dignidade não é tratada apenas no art. 1.º, inciso III da CF, mas também é posta em outros dispositivos: o artigo 170 dispõe que a ordem economia deve assegurar a todos uma existência digna; o

¹¹¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica:** reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 107; 130.

¹¹² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica:** reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 108.

artigo 226, § 6.º fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana; o artigo 227, *caput* assegura ao adolescente e a criança o direito à dignidade.

Para Sarlet, o conceito de dignidade humana está em constante processo de construção e desenvolvimento. Com isso, não pode ser considerado conceitualmente de forma fixa, pois se visualiza uma variedade de valores na sociedade contemporânea. Contudo, o autor formula um conceito destacando, dentre outros, a sua dimensão positiva e negativa, apresentando-o como qualidade intrínseca e distintiva de cada indivíduo enquanto ser humano.

Assim, sendo temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹¹³

O fundamento da dignidade abrange todos os setores do ordenamento jurídico. Essa é a causa da dificuldade ao buscar desenhar, do ponto de vista hermenêutico, seus limites e contornos, existindo um risco de uma generalização absoluta. Adotada ao extremo, essa atitude hermenêutica acaba por atribuir um nível de abstração, tornando inviável sua aplicação. Para que se tenha consequência jurídica lógica e pertinente, é necessária uma retomada aos postulados filosóficos, que, a partir de Kant, orienta o conceito de dignidade como valor intrínseco ao ser humano.¹¹⁴

Segundo Moraes, ao considerar que a humanidade das pessoas vem da racionalidade, dotadas de livre arbítrio e da capacidade de viver em sociedade, será desumano tudo que diminuir a pessoa à categoria de objeto. Nesses termos, o substrato material da dignidade pode ser desdobrado em quatro postulados:

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

¹¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 118-119.

I) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, II) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; III) é dotado de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo ela, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social.¹¹⁵

No caso concreto, quando há conflito de princípios hierarquicamente iguais, é necessário sempre fazer uma ponderação de forma que a dignidade humana seja respeitada. O princípio da igualdade, para atribuir ao homem sua dignidade, deve ser aplicado de forma a perceber as diferenças entre as classes, as especificidades e vulnerabilidades de determinada categoria, como, por exemplo, os locatários e locadores. Ainda, nas relações privadas nas quais possa ocorrer conflito entre uma relação subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, a primeira deve predominar, confirmando assim os princípios constitucionais que enfatizam a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, evidencia Moraes:

Por outro lado, tampouco há que se falar exclusivamente em "direitos" (subjetivos) da personalidade, mesmo se atípicos, porque a personalidade humana não se realiza apenas através de direitos subjetivos, mas sim através de uma complexidade de situações jurídicas subjetivas, que podem se apresentar, como já referido, sob as mais diversas configurações: como poder jurídico, como direito potestativo [...]. Houve um tempo em que o princípio da igualdade correspondia à ideia de que "todos são iguais perante a lei". O Direito do Trabalho foi o primeiro grande ramo jurídico a subverter esta regra, [...]. Depois, verificou-se que outras categorias de sujeitos, como a dos locatários e a dos consumidores, tampouco se encontravam em igualdade de condições com os locadores e com os produtores ou fornecedores; logo a eles também não bastava a regra de ouro da igualdade perante a lei. Tornou necessário que a lei protegesse de modo especial, dada a sua peculiar condição na relação jurídica [...].

Mas não é só: o atual ordenamento jurídico, em vigor desde a promulgação da Constituição federal de 5 de outubro de 1988, garante tutela especial e privilegiada toda e qualquer pessoa humana, em suas relações extrapatrimoniais, ao estabelecer como princípio fundamental, ao lado da soberania e da cidadania, a dignidade humana. Como regra geral daí decorrente, pode-se dizer que, em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, dessa forma, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como valor cardeal do sistema.

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 119.

[...] Quando o objeto da tutela é a pessoa humana, a perspectiva deve necessariamente ser outra; torna-se imperativo lógico reconhecer, em razão da especial natureza do interesse protegido, que a pessoa constitui, ao mesmo tempo, o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação jurídica.¹¹⁶

Embora os direitos fundamentais encontrem seu fundamento na dignidade da pessoa humana, não há como identificar que existe um Direito Fundamental à dignidade. Esta, como valor intrínseco do ser humano, não poderá ser ela própria outorgada pelo ordenamento jurídico. Ao falar em Direito, a dignidade está se referindo, de fato, em direito de reconhecimento, respeito, proteção, desenvolvimento e promoção da dignidade. Assim, a dignidade da pessoa humana não é um direito fundamental quando a consideramos no sentido estrito de um direito a dignidade como concessão. A dignidade é considerada princípio fundamental, forma norma jurídica – positiva dotada de status constitucional. Essa qualidade de princípio basilar vincula toda a ordem jurídica.¹¹⁷

Para Barboza, a Constituição de 1988, ao definir um ideal político de sociedade justa e fraterna, dispõe, em seu título I de II, "Dos Direitos Fundamentais", um conjunto de direitos e princípios fundamentais, sendo que alguns são concretos, outros mais abstratos e outros com um grau de abstração quase ilimitado, como é o caso da Dignidade da Pessoa Humana. Ainda, ressalta que o parágrafo 2.º do artigo 5.º, recepciona que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela dotados ou dos Tratados Internacionais recepcionados. Essa cláusula de abertura para os direitos humanos reconhece direitos morais.¹¹⁸

Fica evidente que muitos dos direitos fundamentais caracterizam conceitos morais, como a dignidade da pessoa humana, vida, liberdade, igualdade, devido processo legal, segurança jurídica etc. Ronald Dworkin atesta que os direitos humanos e fundamentais devem ser compreendidos como direitos que possuem

¹¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 144-145.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 72.

¹¹⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 124.

conteúdo moral em oposição ao Estado, pois "têm apelo à conceitos morais e não à uma formulação de concepções específicas".¹¹⁹

Nota-se que o Supremo Tribunal Federal vem utilizando uma leitura moral da Constituição em casos emblemáticos. A título de exemplo, tem-se o julgamento do HC 124.306¹²⁰, julgado em 09 de agosto de 2016, que definiu o dever de interpretar o tipo penal do aborto conforme a Constituição, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre.

¹¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 231-234.

¹²⁰ Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a 2 igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 124306 RJ 9998493-51.2014.1.00.0000. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 09/08/2016. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe-052 17/03/2017).

O caso versa sobre pedido de revogação de prisão preventiva decretada contra os impetrantes, presos em flagrante, devido à suposta prática de crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha, descritos nos arts. 124 e 288 do Código Penal. Nos autos do *habeas corpus*, os pacientes alegaram inexistentes os requisitos necessários para a decretação de prisão cautelar, pois não demonstrado o risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

Com o voto do Ministro Roberto Barroso, a 1.^a Turma da corte, por maioria, entendeu que a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação não poderia ser equiparada ao aborto.

O Ministro Barroso assumiu uma leitura expressamente moral da Constituição, ao afirmar que a criminalização da interrupção voluntária da gestação atinge gravemente diversos direitos fundamentais das mulheres, com reflexos inevitáveis sobre a dignidade humana. O pressuposto do argumento apresentado foi de que a mulher que se encontra diante dessa decisão trágica não precisa que o Estado torne a sua vida ainda pior, processando-a criminalmente. Coerentemente, se a conduta da mulher é legítima, não há sentido em se incriminar o profissional de saúde que a viabilizou.

A decisão ressalta que a obrigação imposta pelo Estado, de manter uma gestação indesejada, retira o direito de a mulher fazer suas escolhas morais. Na medida em que as mulheres suportam o ônus integral da gravidez e os homens não engravidam, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

Logo, a decisão deixa evidente que a criminalização do aborto significaria a violação à autonomia da mulher, ao direito à integridade física e psíquica, aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, à igualdade de gênero, ocorrendo, ainda, a discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres.

Ainda, o Ministro Barroso informa que a criminalização significaria a violação do princípio da proporcionalidade. Isso porque o meio usado não se mostra adequado para proteger o bem jurídico tutelado, já que diversas pesquisas demonstraram que a proibição não diminui o número de abortos, mas apenas impedem que eles ocorram de maneira segura. Afirmou, ainda, a possibilidade de o Estado evitar a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos aos direitos das mulheres do que a criminalização, tais como educação sexual, programas de planejamento familiar, distribuição de contraceptivos e assistência especializada à

mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas. Por fim, afirmou que a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais para o sistema de saúde muito superiores aos benefícios da criminalização.

Verifica-se, no caso em análise, sem fazer alusão se a decisão está compatível ou não aos seus precedentes, uma leitura moral por parte da Suprema Corte diante dos fundamentos dos Ministros.

É justamente o caráter abstrato e aberto dos direitos fundamentais que exige da jurisdição constitucional uma leitura moral para que possa lhes dar significado quando de sua aplicação prática. A leitura moral a ser feita deve buscar a "moralidade política e constitucional da comunidade brasileira, o que é possível com a leitura de sua história, de sua cultura e de seus precedentes judiciais".¹²¹

3.1.2 A repercussão geral trazida pela Emenda Constitucional n.º 45 do ano de 2004 e o Código de Processo Civil de 2015

A Emenda Constitucional n.º 45/2004 foi responsável por uma mudança significativa no âmbito do recurso extraordinário, fixando que, para a sua admissibilidade, é imprescindível a alegação e a demonstração da "repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso" (art. 102, § 3.º, da CF/1988).

A repercussão geral possui o encargo de autorizar a seleção dos recursos que devem ser conhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, permitindo-lhe, assim, "o desempenho da missão de outorga de unidade ao direito mediante a compreensão da Constituição".¹²²

Antes da fixação da repercussão geral, tinha-se como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário a arguição de relevância (art. 119, III, alíneas "a" e "d" c/c § 1.º, CRFB de 1967, com a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969 c/c arts. 325, I a XI e 327, § 1.º, RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental n.º 2, de 1985).

¹²¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica:** reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 128.

¹²² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p. 303-304.

A arguição de relevância e a repercussão geral são distintas. Enquanto a arguição de relevância funcionava como um instituto inclusivo, para possibilitar o conhecimento de um ou outro recurso extraordinário a *priori* incabível, a repercussão geral tem o objetivo de excluir do conhecimento do Supremo Tribunal Federal controvérsias que assim não se caracterizem. Enquanto a arguição de relevância era apreciada em sessão secreta, dispensando fundamentação e estando centrada no conceito de relevância, a repercussão, deve ser analisada em sessão pública com motivação estando centrada na transcendência da questão debatida.¹²³

A repercussão geral é sinônimo de relevância e transcendência, logo, para sua configuração, devem estar presentes os seguintes requisitos: "A questão debatida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na causa".¹²⁴

Nesse sentido, o art. 1.035, *caput*, do CPC dispõe que "o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral". De acordo com o § 1.º do art. 1.035, "para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo". E, nos termos do § 3.º do mesmo artigo:

[...] haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:
I) contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; II) tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos; III) tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

Para Marinoni, o instituto da repercussão geral, ao destacar a importância das questões constitucionais com relevância e transcendência e, demonstrando a importância do Supremo Tribunal Federal para garantia da unidade do direito, "deu

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. A repercussão geral no recurso extraordinário. **Repercussão Geral**, v. 10, n. 92, p. 17, set. 2020. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/180192>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. A repercussão geral no recurso extraordinário. **Repercussão Geral**, v. 10, n. 92, p. 18, set. 2020. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/180192>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

nova ênfase à imprescindibilidade de se ter as decisões da Suprema Corte como precedentes constitucionais dotados de eficácia vinculante".¹²⁵

No tocante ao Código de Processo Civil de 2015, verifica-se que este é o responsável pela previsão legal quanto a necessidade de observância de precedentes, com objetivo de estabilizar a jurisprudência e imprimir efetividade ao processo, ao atribuir efeitos obrigatórios e gerais aos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em recursos extraordinários e especiais repetitivos (art. CPC/2015, art. 988, *caput* e § 5.^{o126}), aos acórdãos produzidos pelos demais tribunais, em incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC/2015, art. 928 e art. 976 a 978) e em incidente de assunção de competência (CPC/2015, art. 947).

Assim, com a vigência do novo Código de Processo Civil, os precedentes ganharam maior relevância, sendo que as decisões reiteradas em casos julgados em instâncias superiores devem ser observadas pelas demais instâncias, como precedente, sob pena de cassação do entendimento divergente através de reclamação.¹²⁷

Sobre o novo CPC de 2015, Barroso e Mello citam:

Nele se instituiu um sistema amplo de precedentes vinculantes, prevendo-se a possibilidade de produção de julgados com tal eficácia não apenas pelos tribunais superiores, mas igualmente pelos tribunais de segundo grau. Nessa linha, o art. 927 do novo Código definiu, como entendimentos a serem obrigatoriamente observados pelas demais instâncias: (I) as súmulas vinculantes, (II) as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado da constitucionalidade, (III) os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, (IV) os julgados dos tribunais proferidos em incidente de resolução de demanda repetitiva e (V) em incidente de assunção de competência, (VI) os enunciados da súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ e (VII) as orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes de segundo grau.¹²⁸

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p. 305.

¹²⁶ CPC/2015, art. 988, *caput* e § 5.^o: "Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...]"

§ 5.^o É inadmissível a reclamação:

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias."

¹²⁷ A reclamação é ação originária proposta diretamente perante a corte que teve o precedente desrespeitado. Tem escopo de preservar a competência dos tribunais e garantir o comando das suas decisões.

¹²⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica**: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. p. 11-12. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

Nos institutos mostrados acima, dois deles não eram previstos anteriormente, a saber: os incidentes de resolução de demanda repetitiva e de assunção de competência.

Ataíde Jr. cita que a prática dos precedentes "se volta a solucionar com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia as demandas de massa, as causas repetitivas, ou melhor, as causas cuja relevância ultrapassa os interesses subjetivos das partes".¹²⁹

Já na visão de Barroso, o artigo 927 do CPC, no que tange aos incidentes de resolução de demanda repetitiva, foi uma das maiores novidades trazidas. "O incidente de resolução de demanda repetitiva corresponde a um procedimento especial para julgamento de caso repetitivo que pode ser instaurado em segundo grau de jurisdição".¹³⁰ Ou seja, em análise aos artigos 976 a 987 do CPC/2015, a finalidade do instituto é para que, quando instaurada uma determinada jurisprudência sobre certa questão, seja viável que os tribunais de segunda instância decidam todos os casos seguintes, em sua maioria de forma igual.

A Lei n.º 13.105/2015, quando indica vários artigos que suscitam a obrigatoriedade de observância aos precedentes com o objetivo de estabilizar a jurisprudência e imprimir efetividade ao processo, institui o incidente de demandas repetitivas.¹³¹

O IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas), por sua vez, é uma inovação prevista no Novo Código de Processo Civil, com o intuito de uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.¹³²

¹²⁹ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC**. O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos. Coordenação de Fredie Didier e Antonio Adonias Aguiar Bastos. Salvador: Juspodivm, 2012.

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. p. 12. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

¹³¹ Nesse sentido atribuiu efeitos obrigatórios e gerais aos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em recursos extraordinários e especiais repetitivos (art. CPC/2015, art. 988, *caput* e § 5.º), em incidente de assunção de competência (CPC/2015, art. 947) e, o que é nosso objeto de estudo, aos acórdãos produzidos pelos demais tribunais, em incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC/2015, art. 928 e art. 976 a 978). As decisões reiteradas em casos julgados em instâncias superiores devem ser observadas pelas demais instâncias, como precedente, sob pena de cassação do entendimento divergente através de reclamação. Esta é ação originária proposta diretamente perante a corte que teve o precedente desrespeitado. Tem escopo de preservar a competência dos tribunais e garantir o comando das suas decisões.

¹³² "Art. 976 do CPC. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica."

Nessa dimensão, Cambi e Fogaça ressaltam que o intuito desse incidente é impedir o aparecimento de decisões contrárias, por meio de uma definição prévia de uma tese jurídica compartilhada por diversas ações individuais repetitivas, a qual deverá ser adotada nos demais casos.¹³³

Com o artigo 978 do CPC, tem-se que a competência funcional é exclusiva da segunda instância para apreciar o incidente. Contudo, Didier defende que nada, no texto, impede o incidente em Tribunal Superior.¹³⁴

Neste momento, vamos analisar de forma mais detalhada a aplicação do IRDR no campo do Direito do Trabalho, o qual possui diversas matérias passíveis de serem objeto deste incidente, a exemplo da competência material da Justiça do Trabalho; regimes de jornada laboral; cumulação de gratificações ou de adicionais de remuneração; responsabilidade subsidiária; divisor de horas extras; validade de cláusulas estabelecidas em normas coletivas etc.¹³⁵

A escolha por tal ramo do Direito, em exclusão aos demais, se justifica pela significativa reforma da Consolidação das Leis Trabalhistas ocorrida no ano de 2017 pela lei 13.467 que gerou varias Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

Nesse sentido, a pretensa análise é importante para demonstrar que o IRDR se destacou como mecanismo de uniformização de decisões e conseqüente propulsor de segurança jurídica, evitando, sem excluir, a utilização da ADI no tocante ao controle de constitucionalidade de matérias trabalhistas mediante definição prévia de tese jurídica compartilhada por diversas demandas repetitivas.

Importante ressaltar que o Enunciado 91 da FPPC afirma que, se a finalidade do IRDR é propiciar isonomia e segurança jurídica, coadjuvados pela efetividade, pela celeridade, pela coerência, pela previsibilidade e, acrescente-se, pela eficiência da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*), seu manejo na esfera judiciária laboral impõe-se como medida reconhecidamente benéfica.

¹³³ FOGAÇA, Mateus Vargas; CAMBI, Eduardo. Incidente de resolução e demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 243, p. 342, 2015.

¹³⁴ DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária e querella nulitatis, incidentes de competência originária de tribunal. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 630-631.

¹³⁵ DUARTE, Bento Herculano. Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): natureza, finalidade, pressupostos, pontos controvertidos e aplicação na justiça do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 1, p. 214-215, jan./mar. 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/106415/2017_duarte_bento_incidente_resolucao.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 dez. 2019.

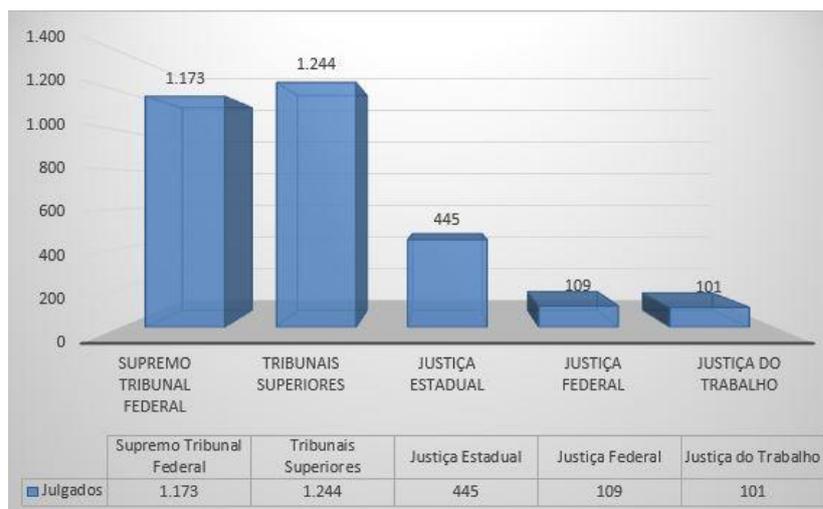
Nesse sentido, fica evidente que os conflitos trabalhistas constituem lugares comuns para a ocorrência de casos idênticos e, conseqüentemente, para o surgimento de demandas repetitivas.¹³⁶

Como exposto, em matéria trabalhista os incidentes de resolução de demandas repetitivas ocupam papel primordial com intuito de uniformização da jurisprudência e busca da segurança jurídica. Nesse sentido, busca-se, a seguir, demonstrar de forma quantitativa a abrangência do instituto do incidente de demandas na Justiça do Trabalho.

Para tanto, faz-se uma pesquisa em números, disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Tribunal Superior do Trabalho, buscando delimitar o período de início de vigência do CPC, ou seja, o ano de 2015 até o ano de 2020.

Primeiramente, cabe demonstrar os incidentes por Tribunal entre 2018 e 2020 nas mais diversas matérias:

Gráfico 1 - IRDR por tribunal



Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios CNJ**. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDR Graficos>. Acesso em: 12 jan. 2020.

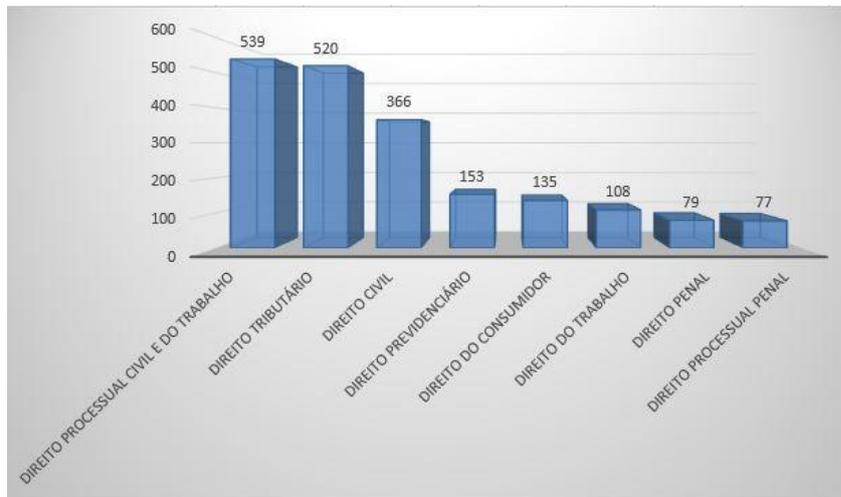
Nota-se que, no Supremo Tribunal Federal, constam 1.173 temas de repercussão geral apreciados em comparação a 101 casos na Justiça do Trabalho.

¹³⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1324.

Nos Tribunais Superiores, são 1.244 temas de recursos especiais repetitivos admitidos (excluem-se da conta os cancelados, desafetados e não admitidos). Na Justiça Federal, somam-se 109 temas já julgados, enquanto a Justiça do Trabalho apreciou 101 temas de recursos de revista repetitivos, sendo cinco julgados e 11 pendentes de apreciação de mérito. São dois incidentes de assunção de competência propostos, um inadmitido e outro recebido e ainda pendente de julgamento.

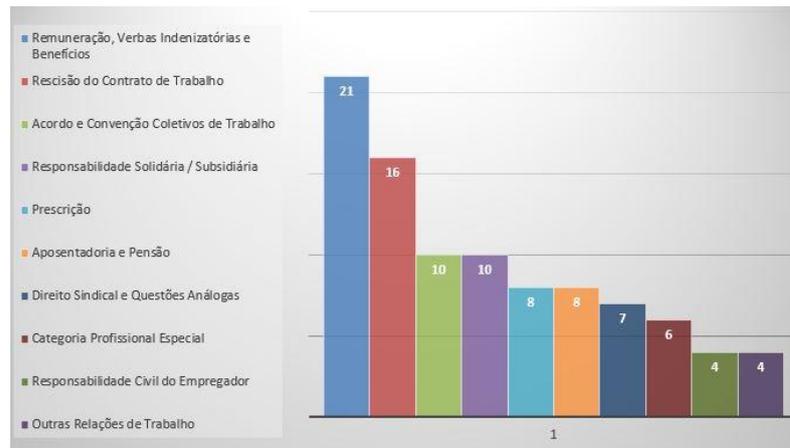
O gráfico 2 evidencia que em se tratando de número de incidentes por área do direito, o direito processual civil e o direito do trabalho dispara na frente com 539 incidentes apreciados, logo depois vem o direito tributário com 520 incidentes e o direito civil, com 366 incidentes julgados.

Gráfico 2 - Número de incidentes por área do direito



Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios CNJ**. Disponível em: <https://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDR Graficos>. Acesso em: 12 jan. 2020.

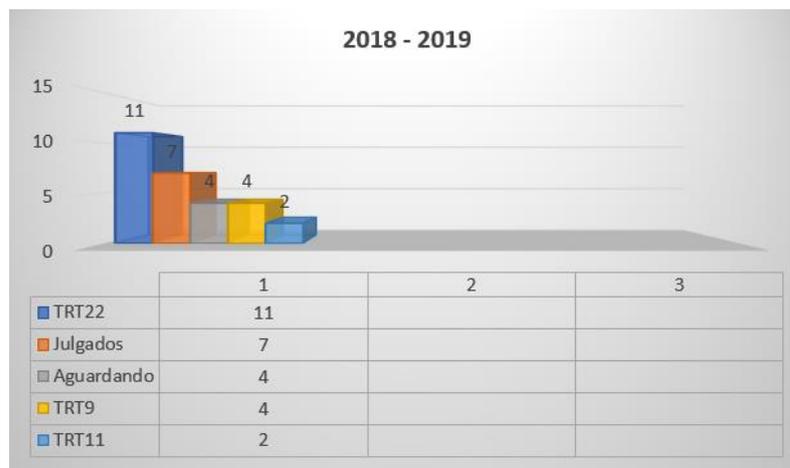
O direito do trabalho, com 539 incidentes apreciados, possui como os dez assuntos mais recorrentes, e gerador de precedentes judiciais, a remuneração, verbas indenizatórias e benefícios, rescisão de contrato de trabalho, acordo e convenção coletiva trabalho. Veja-se:

Gráfico 3 - Assuntos mais recorrentes por tipo de incidente na justiça do trabalho

Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios CNJ**. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDR Graficos>. Acesso em: 12 jan. 2020.

Nota-se que lidera o "ranking" o tema acerca de remuneração, verbas indenizatórias e benefícios com 21 incidentes. Na sequência, tem-se a rescisão do contrato de trabalho com 16 incidentes, em seguida, o acordo e convenção coletivos de trabalho e responsabilidade solidária ou subsidiária com 10 incidentes dentre outros.

Já, ao analisar o gráfico 4, verifica-se que o Tribunal do Trabalho da 22.^a região possui o maior índice de incidentes de demandas repetitivas:

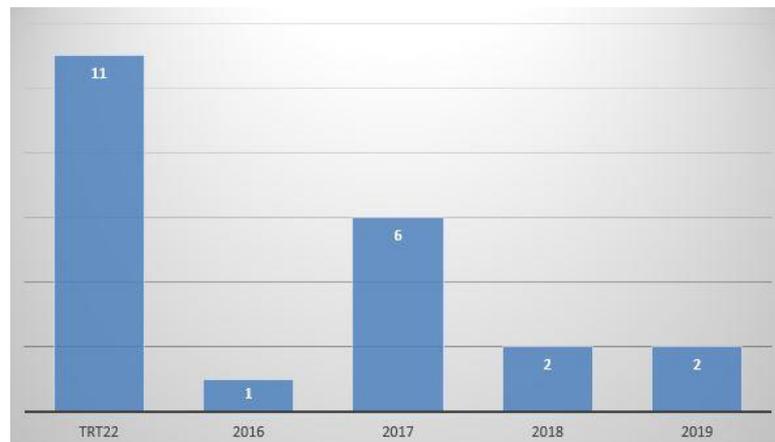
Gráfico 4 - Incidentes por TRTs

Fonte: Elaboração própria baseado nos dados do Tribunal Regional do Trabalho da 22.^a Região (2018/2019) Disponível em: <<http://www.trt22.jus.br/porta/noticias/tribunal-regional-do-trabalho-do-piaui-e-o-mais-produtivo-do-brasil-de-acordo-com-relatorio-do-cnj/>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

Nota-se que o TRT 22 possui 11 incidentes instaurados, dos quais sete já tiveram o mérito julgado e quatro aguardam decisão. O TRT9 encontra-se com quatro IRDRs admitidos e o TRT11 como o menor número de incidentes de demandas repetitivas por tribunal do trabalho, isto é, apenas dois incidentes.

O ano de 2017 foi aquele que abarcou o maior número de incidentes por demandas repetitivas no âmbito do TRT 22, com seis incidentes.

Gráfico 5 - TRT22 - IRDR anual



Fonte: Elaboração própria baseado nos dados do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região (2018/2019) Disponível em: <<http://www.trt22.jus.br/portal/noticias/tribunal-regional-do-trabalho-do-piaui-e-o-mais-produtivo-do-brasil-de-acordo-com-relatorio-do-cnj/>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

O Tribunal Regional do Trabalho da 22.ª Região – Piauí (TRT/PI), apresenta um dos maiores índices de IRDR dentro da esfera trabalhista, tendo seis incidentes apreciados em 2017, caindo para dois incidentes em 2018 e dois em 2019, num total de 11 desde 2016.

Tendo em vista que o Tribunal Regional da 22.ª Região é aquele que possui o maior índice de incidentes de demandas repetitivas, analisa-se o primeiro Recurso de Revista Repetitivo 0080394-98.2016.5.22.0000 desse tribunal:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). CODEVASF. PROMOÇÕES POR MERECIMENTO (SEGUNDO PADRÃO SALARIAL). 1.ª e 2.ª TURMAS DESTES REGIONAL. POSICIONAMENTO DÍSPARES. JUÍZO POSITIVO DE ADMISSIBILIDADE. O art. 981 do NCPC estabelece que "o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976." Por sua vez, o processamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) só tem viabilidade quando preenchidos os seguintes requisitos: 1) efetiva repetição de processos; 2) existência de controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

3) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; 4) inexistência de recurso já afetado para definição de tese sobre a questão em um dos tribunais superiores; e 5) pendência de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária em relação à causa principal que originar o incidente. No caso, a parte indicou a relação de processos demonstrando satisfatoriamente a repetição de demandas, esmiuçando, outrossim, o dissenso pretoriano local sobre a necessidade de disponibilidade financeira para a concessão de promoções por merecimento (segundo padrão salarial), cuja dissidência tem natureza unicamente jurídica, e que a jurisprudência, em determinados feitos, segue viés interpretativo em prol da empresa e, noutros casos, julga em favor da parte trabalhadora, o que possivelmente atenta contra a isonomia e segurança jurídica. Numa análise perfunctória própria deste momento, vislumbra-se que a delimitação é suficiente ao processamento do incidente, até porque não se tem notícia de recurso nos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal objetivando a definição de tese respeitadamente à querela.¹³⁷

O Incidente em análise foi ajuizado pela CODEVASF (Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba), sob o argumento da "existência de dissenso jurisprudencial entre as Turmas deste TRT, envolvendo a temática promoções por merecimento (segundo padrão salarial), sobre a necessidade de disponibilidade de recursos financeiros".¹³⁸

A CODEVASF colacionou uma relação de processos, cujas demandas repetitivas demonstraram-se satisfatórias para o colegiado, o qual, por sua vez, fez menção até mesmo ao Recurso Ordinário de n.º 0003175-37.2015.5.22.0002, sobre o qual não houve julgamento.¹³⁹

A análise realizada pelos desembargadores é categórica, vislumbrando a delimitação do tema em questão, sendo esta determinante para o processamento do

¹³⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 22.ª Região. Recurso de Revista Repetitivo 0080394-98.2016.5.22.0000. Requerente: Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba, Requerido: 1.ª e 2.ª Turmas da TRT 22.ª Relator: Fausto Lustosa Neto. Julgamento: 14/12/2016. Disponível em: <<https://trt-22.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661125403/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-803949820165220000/inteiro-teor661125430?ref=serp>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

¹³⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 22.ª Região. Recurso de Revista Repetitivo 0080394-98.2016.5.22.0000. Requerente: Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba, Requerido: 1.ª e 2.ª Turmas da TRT 22.ª Relator: Fausto Lustosa Neto. Julgamento: 14/12/2016. Disponível em: <<https://trt-22.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661125403/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-803949820165220000/inteiro-teor661125430?ref=serp>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

¹³⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 22.ª Região. Recurso de Revista Repetitivo 0080394-98.2016.5.22.0000. Requerente: Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba, Requerido: 1.ª e 2.ª Turmas da TRT 22.ª Relator: Fausto Lustosa Neto. Julgamento: 14/12/2016. Disponível em: <<https://trt-22.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661125403/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-803949820165220000/inteiro-teor661125430?ref=serp>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

incidente, bem como a ausência nos Tribunais Superiores, de qualquer recurso que sirva de comparação para a temática discutida.

Nesse sentido, por unanimidade de votos, os desembargadores do TRT 22.^a região, admitem o incidente de demandas repetitivas ajuizada pela CODEVASF em consonância com as promoções por merecimento, sendo preenchidos todos os requisitos elucidados nos artigos 976 a 986 do CPC, que regem os incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR), quais sejam:

- 1) efetiva repetição de processos; 2) existência de controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; 3) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; 4) inexistência de recurso já afetado para definição de tese sobre a questão em um dos tribunais superiores; e 5) pendência de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária em relação à causa principal que originar o incidente.¹⁴⁰

Sendo assim, atendendo aos pressupostos de admissibilidade elencados no artigo art. 976 do CPC, procedeu-se com a suspensão dos processos que tramitavam no TRT que abordavam a temática promoções por merecimento no âmbito da CODEVASF, bem com a comunicação a todos os órgãos da Justiça do Trabalho do Piauí.

Em 12/07/2017, o Incidente foi provido com a tese prevalecente de que as promoções por merecimento, referentes ao segundo padrão salarial do pessoal da CODEVASF (Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba), devem observar o adimplemento de todos os pressupostos objetivos e subjetivos estampados no Plano de Cargos e Salários e demais normas regulamentares, entre eles, o critério de disponibilidade financeira.

Diante dessa análise da área trabalhista, fica nítido que o Código de Processo Civil, em especial com os incidentes de demandas repetitivas, apresenta-se como uma consequência da aproximação do sistema *civil law* e *common law* ao vincular a segurança jurídica e igualdade por meio da uniformização e estabilização das decisões judiciais.

¹⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 22.^a Região. Recurso de Revista Repetitivo 0080394-98.2016.5.22.0000. Requerente: Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba, Requerido: 1.^a e 2.^a Turmas da TRT 22.^a Relator: Fausto Lustosa Neto. Julgamento: 14/12/2016. Disponível em: <<https://trt-22.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661125403/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-803949820165220000/inteiro-teor661125430?ref=serp>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

Nessa mesma senda, está o processo do trabalho por aplicar de forma supletiva o Código de Processo Civil, possibilitando a uniformização da jurisprudência mediante o IRDR. Resta claro, afinal que tal instrumento vem sendo utilizado de forma usual nos Tribunais.

Assim, a inegável insegurança jurídica e desigualdade atribuída à jurisdição constitucional brasileira, dadas as diferentes decisões do Poder Judiciário, possuem no IRDR uma oportunidade de vinculação às decisões já tomadas anteriormente em casos semelhantes, ou seja, a seus precedentes.

3.2 A DOUTRINA DO *STARE DECISIS*

Como exposto anteriormente, a revolução dos direitos humanos, associada à opção pelo constitucionalismo por vários países, alçou os direitos humanos ao posto de núcleo do debate jurídico, passando para o judiciário a competência sobre questões de conteúdo moral e político. Nesse cenário, a interpretação do juiz baseada apenas na norma escrita não é mais suficiente, uma vez que o intérprete não se apresenta mais como um mero revelador de um conteúdo preexistente da lei.

Diante desse contexto é que se faz necessário analisar quais serão os limites para a interpretação judicial dos direitos humanos. Em função disso, neste tópico, será estudada a doutrina do *stare decisis* que foi desenvolvida em um sistema de *common law* para proporcionar segurança jurídica ao sistema.

Vale mencionar que a doutrina do *stare decisis* estuda o uso dos precedentes, o que significa dizer que as decisões das cortes superiores passam a ter caráter vinculante para todos os órgãos inferiores de uma jurisdição, bem como para a própria Corte Superior, na qual adota-se o respeito aos precedentes para casos semelhantes (*treat like cases alike*). O instituto *stare decisis* possui um importante e complexo papel na construção dos precedentes nos Estados Unidos e não está previsto de forma expressa na Constituição daquele país.

Ademais, serão analisados os quatro elementos constitutivos da doutrina do *stare decisis* para o sistema *common law*: a *ratio decidendi*, o *obiter dictum*, o *distinguishing* e o *overruling*.

3.2.1 *Treat like cases alike*

A doutrina do *stare decisis* alude à necessidade de respeito às decisões judiciais precedentes que solucionaram problemas semelhantes (*treat like cases alike*), nos quais os fatos materiais importantes eram os mesmos.

Embora o juiz possa criar a norma jurídica do caso, é preciso impedir que haja uma multiplicidade de normas jurídicas para casos iguais, gerando insegurança e desigualdade. Aplica-se aí, literalmente, a máxima do *common law*, no sentido de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma (*treat like cases alike*).¹⁴¹

Pode-se falar que o *stare decisis* possui duas variações definidas em vertical e horizontal. A primeira faz a exigência de que os tribunais inferiores acompanhem os tribunais superiores, justificado pela ideia de melhor organização entre os juízes e da ideia de que os juízes dos tribunais superiores têm maior experiência. O segundo exige que a Corte siga seus próprios precedentes, justificando, para aqueles que tratam o direito como integridade e se comprometem com a história de sua comunidade, que um Tribunal que não possui preocupação com a integridade de seus processos de decisão não necessitaria distinguir ou rejeitar seus precedentes, bastaria apenas ignorá-los.¹⁴²

No que diz respeito à "força obrigatória dos precedentes, é possível dizer que estes têm caráter coercitivo, em que pese não existir uma sanção jurídica a respeito".¹⁴³

Na Inglaterra, por exemplo, os precedentes têm uma alta natureza coercitiva, devido às normas de precedentes (*rules of precedente*) sendo que os princípios adotados na decisão não são somente informativos. A partir de 1966, com o receio de que uma rígida aderência aos precedentes pudesse gerar injustiça, a *House*

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p. 160.

¹⁴² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 1268-169; HERSHOVITZ, Scott. Integrity and Stare decisis. In: HERSHOVITZ, Scott (Ed.) *Exploring Law's Empire*. New York: Oxford University Press, 2008, p.103-104.

¹⁴³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 170.

of Lords teria a possibilidade de decidir seu precedente vinculante, podendo, em alguns casos, anular suas próprias decisões. Atualmente, a doutrina inglesa do precedente está em constante mudança, sendo que todas as Cortes estão vinculadas às suas prévias decisões, com exceção a *House of Lords*.¹⁴⁴

Já nos Estados Unidos, a doutrina dos precedentes foi construída pelo entendimento de que decisões judiciais têm força de lei e devem ser respeitadas pelas partes envolvidas no caso, pelo governo, pelo público, pelo advogado e pelos tribunais. Dois casos emblemáticos iniciaram a discussão quanto a aplicação da teoria *stare decisis*.¹⁴⁵

Para Schauer, os precedentes, especialmente os precedentes judiciais, vêm ordenadamente, com fatos selecionados e linguagem autorizada, sendo que lidar com o uso de precedentes passados exige, portanto, lidar com a presença das palavras do anterior tomador de decisão que podem ter força autoritária, o que Dworkin chama de "força de precedência promulgada". De maneira mais abrangente, atesta que até as descrições não-canônicas de um tomador de decisão anterior canalizam a maneira pela qual o presente vê essas decisões passadas, enquanto as palavras do passado dizem como visualizar as ações do passado, continua sendo difícil isolar e mensurar o quanto do efeito de uma decisão passada é atribuível ao que um tribunal passado fez e não ao que ele disse.¹⁴⁶

¹⁴⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica:** reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 171-172.

¹⁴⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica:** reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 173.

¹⁴⁶ "The precedents of the past, especially judicial precedents, come neatly packaged, with selected facts and authoritative language. Dealing with the use of past precedents thus requires dealing with the presence of the previous decisionmaker's words. These words may themselves have authoritative force, what Ronald Dworkin calls the "enactment force of precedent," and thus we often find it difficult to disentangle the effect of a past decision from the effect caused by its accompanying words. More pervasively, even a previous decisionmaker's noncanonical descriptions channel the way in which the present views those past decisions. So long as the words of the past tell us how to view the deeds of the past, it remains difficult to isolate how much of the effect of a past decision is attributable to what a past court has done rather than to what it has said." (SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, v. 39, n. 3, p. 573, 1987. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1228760>>. Acesso em: 25 jan. 2021).

Schauer defende que o raciocínio a partir do precedente, seja olhando para o passado ou para o futuro, pressupõe a capacidade de identificar o precedente relevante. Não há dois eventos exatamente iguais para que uma decisão seja precedente para outra, não é necessário que os fatos dos casos anteriores e posteriores sejam absolutamente idênticos, se assim fosse nada seria um precedente para qualquer outra coisa.¹⁴⁷

O autor argumenta, portanto, a necessidade de deixar o domínio da identidade absoluta. No entanto, quando realizado, fica claro que a relevância de um precedente anterior depende de como foi caracterizado os fatos surgidos no caso anterior, sendo comum que essas caracterizações sejam, inevitavelmente, carregadas de teoria. Para avaliar o que é um precedente é necessário determinar as semelhanças relevantes entre os dois eventos. Por sua vez, deve-se extrair essa determinação de algum outro padrão organizador, especificando quais semelhanças são importantes e quais podem ser ignoradas com segurança.¹⁴⁸

Como ilustração, Schauer, cita que o julgamento de determinação de responsabilidade por ato ilícito com base na propriedade de um cachorro preto é precedente para um julgamento sobre o proprietário de um cachorro marrom, mas não para um julgamento sobre o proprietário de um carro preto. Ainda, por exemplo, a decisão dos pais de deixar uma filha usar sapatos de salto alto aos treze anos de

¹⁴⁷ "Reasoning from precedent, whether looking back to the past or ahead to the future, presupposes an ability to identify the relevant precedente. [...] No two events are exactly alike. For a decision to be precedent for another decision does not require that the facts of the earlier and the later cases be absolutely identical. Were that required, nothing would be a precedent for anything else. We must therefore leave the realm of absolute identity. Once we do so, however, it is clear that the relevance of an earlier precedent depends upon how we characterize the facts arising in the earlier case. It is a commonplace that these characterizations are inevitably theory-laden. In order to assess what is a precedent for what, we must engage in some determination of the relevant similarities between the two events. In turn, we must extract this determination from some other organizing standard specifying which similarities are important and which we can safely ignore." (SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, v. 39, n. 3, p. 576-577, 1987. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1228760>>. Acesso em: 25 jan. 2021).

¹⁴⁸ "Reasoning from precedent, whether looking back to the past or ahead to the future, presupposes an ability to identify the relevant precedente. [...] No two events are exactly alike. For a decision to be precedent for another decision does not require that the facts of the earlier and the later cases be absolutely identical. Were that required, nothing would be a precedent for anything else. We must therefore leave the realm of absolute identity. Once we do so, however, it is clear that the relevance of an earlier precedent depends upon how we characterize the facts arising in the earlier case. It is a commonplace that these characterizations are inevitably theory-laden. In order to assess what is a precedent for what, we must engage in some determination of the relevant similarities between the two events. In turn, we must extract this determination from some other organizing standard specifying which similarities are important and which we can safely ignore." (SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, v. 39, n. 3, p. 576-57, 1987. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1228760>>. Acesso em: 25 jan. 2021).

idade dificilmente é precedente quando um filho pede que lhe seja permitido usar sapatos de salto alto nessa idade. Mas a decisão dos pais de deixar a filha ficar acordada até as dez horas será justificadamente invocada pelo filho quando ele atingir a mesma idade.¹⁴⁹

Evidencia-se que Easterbrook atesta que o estoque de precedentes é produzido por gerações de juizes que lutam com perguntas difíceis que estudam os problemas e registram suas conclusões. Os precedentes descentralizam a tomada de decisões e permitem que cada juiz se baseie na sabedoria dos outros, sendo que em um mundo em que as perguntas surgem mais rapidamente do que as informações necessárias para fornecer respostas, isso é um benefício. O precedente não apenas economiza informações, mas também reduz conclusões idiossincráticas, submetendo o trabalho de cada juiz ao teste de congruência com as conclusões daqueles que enfrentam o mesmo problema. Isso aumenta tanto a chance de o tribunal estar certo quanto a probabilidade de que casos semelhantes surgidos contemporaneamente sejam tratados da mesma maneira por diferentes juizes.¹⁵⁰

Desse modo o precedente poderá ser instável, sendo que os juizes geralmente decidem casos com base em previsões sobre os efeitos da regra legal. A possibilidade de examinar esses efeitos e, conseqüentemente, melhorar o tratamento do caso anterior torna o precedente instável. Contudo, tal instabilidade deve acontecer desde que se possa focar a atenção dos juizes e levar ao caso o cuidado necessário para garantir que as informações excedam as informações dos juizes que agiram anteriormente.¹⁵¹

De forma elucidativa, Schauer apresenta, como argumentos para justificar a relevância da aplicação do precedente: a Justiça (igualdade), previsibilidade, eficácia, fortalecimento da instituição de tomada de decisão e estabilidade.

¹⁴⁹ "A parent's decision to let a daughter wear high-heeled shoes at the age of thirteen is scarcely precedent when a son then asks to be permitted to wear high-heeled shoes at that age. But a parent's decision to let that daughter stay up until ten o'clock will be relied upon justifiably by the son when he reaches the same age. A judgment finding tort liability based on the ownership of a black dog is precedent for a judgment regarding the owner of a brown dog, but not for a judgment regarding the owner of a black car." (SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, v. 39, n. 3, p. 576-577, 1987. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1228760>>. Acesso em: 25 jan. 2021).

¹⁵⁰ EASTERBROOK, Frank H. Stability and Reliability in judicial decisions. **Cornell Law Review**, v. 73, n. 2, p. 423, 1987-1988. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

¹⁵¹ EASTERBROOK, Frank H. Stability and Reliability in judicial decisions. **Cornell Law Review**, v. 73, n. 2, p. 423, 1987-1988. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

Nesses termos, pode-se concluir que deixar de tratar casos semelhantes da mesma forma é arbitrário e, conseqüentemente, injusto, logo significa violar o direito fundamental à igualdade. Alcança-se a imparcialidade através de regras de tomada de decisão projetadas para obter a consistência em uma série de decisões, sendo que, quando esta consistência está entre os indivíduos ao mesmo tempo, expressa-se como regra decisória a "igualdade". Igualdade e precedente são, portanto, respectivamente, os ramos espaciais e temporais do mesmo princípio normativo de maior consistência.

A ideia de justiça forma a base do pensamento sobre moralidade. Tal pensamento pode ser expresso via universalidade kantiana, como também a partir das decisões que as pessoas tomariam se envoltas em um véu rawlsiano de ignorância sobre suas próprias circunstâncias ou, simplesmente, sintetizada "*as The Golden Rule, the principle emerges that decisions that are not consistent are, for that reason, unfair, unjust, or simply wrong*".¹⁵²

A igualdade perante a lei, a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais podem ser vistas como questões moralmente aceitas e também, como direitos fundamentais como no caso do Brasil. Esses valores possuem um aspecto instrumental, e a prática de respeito aos precedentes também se justifica diante da garantia de resultados como: eficiência da justiça no sentido de economia do trabalho dos juízes; eficiência nos interesses das partes, no sentido de confiabilidade do que já foi decidido; evitar litígios que não são necessários por já existirem decisões sobre o assunto.¹⁵³

Ademais, a previsibilidade é importante argumento para a adoção dos precedentes. A capacidade de prever o que o tomador da decisão irá fazer auxilia no planejamento da vida dos indivíduos, os quais não terão que prever apenas o desconhecido. Contudo, é importante ressaltar que a força do argumento da previsibilidade, mesmo que persuasivo em abstrato, mudará por vários fatores, pois seu peso não pode ser generalizado em todos os ambientes decisórios, especialmente

¹⁵² "como A Regra de Ouro, surge o princípio de que decisões que não são consistentes são, por esse motivo, injustas ou simplesmente erradas. (SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, v. 39, n. 3, p. 596, 1987. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1228760>>. Acesso em: 25 jan. 2021).

¹⁵³ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MORAWSKI, Lech; RUIZ MIGUEL, Alfonso. Rationales for Precedent. In: Mac CORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (Ed.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 487-488.

onde o precedente a ser seguido não é, de fato, o melhor resultado. Assim, Schauer afirma que, no seu entendimento, o valor da previsibilidade é realmente uma questão de equilibrar o ganho esperado com a perda esperada.¹⁵⁴

Já a eficácia na tomada de decisões está relacionada à eficiência. Esse argumento baseia-se no fato de que um regime de precedente permite menos reconsideração de questões já consideradas do que um sistema que não contém nenhuma regra de precedente. Quando existe uma similaridade real, tem-se a permissão para um tomador de decisão contar com a conclusão do tomador de decisão semelhante sobre um caso semelhante. Tendo encontrado os fatos nos casos instantâneos similares a alguma decisão do passado, o tomador de decisão instantâneo não precisa ir mais longe, porque o sistema de precedentes pressupõe que o mesmo resultado teria sido alcançado, ainda que o tomador de decisão instantâneo recomeçasse.¹⁵⁵

Cabe ressaltar que a eficiência foi uma das grandes justificadoras para reforma do Código de Processo Civil do Brasil, com a ideia de impedir recursos para os Tribunais Superiores, bem como reduzir o número de ações e recursos pendentes de julgamento no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, embora a eficiência seja utilizada como justificadora, Barboza ressalta que tal argumento não se sustenta, pois, em um sistema de precedentes os juízes utilizam parte do seu tempo para estudar as decisões anteriores, bem como, a eficiência no *stare decisis* deve estar vinculada à sociedade e não para os juízes ou judiciário. Os argumentos pragmáticos, ou seja, consequencialistas, não justificam a aplicação obrigatória dos precedentes de forma que a melhor tese para a utilização da doutrina do *stare decisis* é o direito como integridade.¹⁵⁶

Dessa maneira, no âmbito horizontal, para que o Tribunal Superior possa ser vinculado à suas próprias decisões, justifica-se a aplicação do direito como integridade.

¹⁵⁴ SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, v. 39, n. 3, p. 597-598, 1987. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1228760>>. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹⁵⁵ SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, v. 39, n. 3, p. 599, 1987. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1228760>>. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹⁵⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 181-182.

Nesse caso, a justiça e a eficiência podem ser resultadas da prática da integridade no *stare decisis*, mas não como objetivos em si mesmo:

Até porque a integridade não é reduzida a consistência ou coerência das decisões, no sentido de serem seguidas, de modo que um juiz que decide com integridade não vai necessariamente tratar casos semelhantes da mesma maneira. A integridade, em alguns casos, será justamente a razão para separar o fato do precedente de seu fundamento teórico previamente anunciado – um exemplo pode ser quando a corte determina que a ratio gerada numa decisão anterior é, de fato, diferente da que se tinha pensado tivesse sido produzida – ou mesmo quando partindo de um precedente, se chega a grandes mudanças, quando teorias enunciadas no passado são identificadas como erros.¹⁵⁷

Ao tratar do argumento do fortalecimento da instituição de tomada de decisão, Schauer afirma que a subordinação da variação decisória e do tomador de decisão aumentará o poder da instituição decisória. Se a consistência interna fortalece a credibilidade externa, minimizar a inconsistência interna, ao padronizar decisões em um ambiente de tomada de decisão, geralmente pode fortalecer esse ambiente de tomada de decisão como instituição.¹⁵⁸

Outrossim, os argumentos baseados nos valores de confiança, previsibilidade e eficiência decisória compartilham um foco na estabilidade por causa da própria estabilidade. Isso porque a extensão em que a estabilidade será promovida é, em grande parte, uma função do tamanho dos agrupamentos empregados em um domínio de decisão.

Ao se referir a estabilidade, Schauer é enfático ao afirmar que não existe uma resposta universal para saber se a estabilidade é uma coisa boa, se uma decisão de acordo com o precedente é uma coisa boa. A estabilidade pode ser incompreensível em termos abstratos, mas, na realidade, a estabilidade ocorre apenas ao renunciar à flexibilidade para explorar completamente os cantos mais profundos dos eventos que estão diante de nós. Se esse preço vale à pena, variará de acordo com os propósitos a serem atendidos em um domínio decisório, e não nos aproximamos de conhecê-los, entendendo a relação entre estabilidade e tamanho categorial. Ainda assim, o foco

¹⁵⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 183.

¹⁵⁸ SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, v. 39, n.. 3, p. 600, 1987. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1228760>>. Acesso em: 25 jan. 2021.

nesse relacionamento é valioso, porque permite ver com mais clareza como a estabilidade é alcançada e que tipo de preço deve-se pagar para obtê-la.¹⁵⁹

Sobre a estabilidade, Easterbrook afirma que não é preciso muito argumento para demonstrar que a pronta alteração das regras constitucionais torna menos previsíveis os efeitos dos estatutos. Para o autor, a anulação constitucional depende mais de julgamentos morais e prudenciais do que de estritamente legais. Do lado legal, podemos dizer que uma determinada regra foi erodida, mas a erosão geralmente marca um problema moral ou de prudência. Ele concluiu, então, que o papel de precedente deve ser semelhante para todas as decisões de interpretação de textos, no sentido de dificultar a revisão da interpretação constitucional, e esse precedente pode ser uma influência desestabilizadora e estabilizadora.¹⁶⁰

Portanto, fica evidente que a doutrina da *stare decisis* busca garantir vários princípios como a igualdade, a segurança jurídica, a uniformidade e a previsibilidade do direito.

Nas tradições romano germânicas, busca-se assegurar tais valores nos códigos, na lei. Por outro lado, o sistema de tradição *common law* buscou garantir tais valores pela doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios, cujo objetivo era a proteção do princípio da igualdade pelo princípio do *treat like cases alike*.

De tal forma, urge ressaltar que não é todo conteúdo do precedente que se torna vinculante, mas sua *ratio decidendi* que deve ser encontrada no caso anterior.

3.2.2 A *Ratio Decidendi* e *Obiter Dictum* de um precedente

Para saber o significado de um precedente – o que não é uma tarefa simples – existem várias possibilidades, sendo necessário se debruçar na busca das razões pelas quais se decidiu e descobrir quais os motivos determinantes da decisão que vinculam os casos seguintes.

Nesse sentido, Duxbury explica que a razão de decidir não pode ser confundida com a fundamentação de uma decisão. Isto porque a razão de decidir encontra-se na fundamentação, pois o raciocínio jurídico (*judicial reasoning*) pode ter

¹⁵⁹ SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, v. 39, n. 3, p. 602, 1987. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1228760>>. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹⁶⁰ EASTERBROOK, Frank H. Stability and Reliability in judicial decisions. **Cornell Law Review**, v. 73, n. 2, p. 432-433, 1987-1988. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

um papel importante para a *ratio*, a qual, todavia, é mais que o raciocínio. Ademais, no interior de diversos casos, existirão raciocínios judiciais que não fazem parte da *ratio*: uma *obter dicta*.¹⁶¹

A *ratio decidendi* dos casos relatados é a verdadeira fonte do precedente. Se alguma informação foi embutida na decisão, mas não foi necessária para decidir o caso, então não tem a mesma força vinculante, embora possa ter efeitos persuasivos em decisões futuras.¹⁶²

Cabe ressaltar que não existe no *common law* uma definição ou método capaz de permitir a identificação exata da *ratio decidendi*. Contudo, é necessário ressaltar duas teses que buscam explicá-las, a de *Wambaugh* e de *Goodhart*.¹⁶³

De antemão, informa-se que a tese de *Wambaugh* é considerada como falha para doutrina contemporânea do *common law*, sendo que a base aceita pelo *common law* para todas as investigações acerca da *ratio decidendi* é o método de *Goodhart* apresentado em ensaio intitulado "*Determining the ratio decidendi of a case*", publicado no *Yale Law Journal*, em dezembro de 1930.¹⁶⁴

Wambaugh afirma que, para constituir a *ratio decidendi*, é necessário constatar que, quando da inversão do sentido da proposição tomada pela corte, a sua decisão não pode ser a mesma. O jurista informa que o teste deve ser realizado de forma que, no primeiro, seja definida a suposta proposição de direito; em seguida, deve-se inserir na proposição uma palavra que inverta o seu significado. Continuando o teste, é necessário perguntar se, caso a Corte houvesse admitido a nova proposição e a tivesse tomado em conta no seu raciocínio, a decisão teria sido a mesma. Só existirá o precedente se a resposta for negativa, ou seja, a decisão não pode ser a mesma. A tese de *Wambaugh* não é válida quando o caso se baseia em dois fundamentos, que,

¹⁶¹ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 67.

¹⁶² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 185-186.

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p. 159.

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p. 160.

de forma isolada, podem conduzir a solução igual, ou seja, as decisões sempre seriam *obter dicta*, já que nenhum dos fundamentos seria necessário para a decisão.¹⁶⁵

Já Goodhart refere-se a *ratio decidendi* como "*principle of a case*". Define o autor que o precedente é a parte da decisão que vincula Tribunais de mesma hierarquia ou Tribunais inferiores, ou seja, consiste naquela parte cujo enunciado contém a razão ou o princípio que determinou a decisão da Corte. Esse princípio que fundamenta e que constitui o único elemento autoritário, formando um precedente é considerado *ratio decidendi*.¹⁶⁶

Aduz ainda o jurista que não existe necessidade de analisar as opiniões dos juízes, uma vez que a preocupação deve estar concentrada nos fatos e na conclusão. Assim, o primeiro e mais essencial passo na determinação do princípio de um caso é, portanto, apurar os fatos relevantes em que o juiz baseou sua conclusão.¹⁶⁷

Nessa dimensão, a tarefa na análise de um caso não é expor os fatos e a conclusão, mas declarar os fatos relevantes vistos pelo juiz e sua conclusão com base neles; afinal, é pela escolha dos fatos materiais que o juiz cria a lei. Um amontoado dos fatos é apresentado ao juiz que escolhe aqueles que considera materiais e rejeita aqueles que são imateriais; depois, baseia sua conclusão sobre os materiais. Verifica-se que ignorar essa escolha significa a perda de todo o argumento, haja vista que o sistema de precedentes ficaria sem sentido apenas se sua conclusão for aceita, mas não sua visão dos fatos.¹⁶⁸

Para explicar o que é *ratio decidendi* de uma lide, Goodhart, apresenta dois princípios e ressalta a título de exemplo: em um certo caso, o tribunal considera que os fatos A, B e C existem. Exclui então o fato A como imaterial, e nos fatos B e C chega à conclusão X. Ao verificar qual é a *ratio decidendi* desse caso, é necessário considerar que como primeiro princípio que em qualquer caso futuro em que os fatos sejam A, B e C, o tribunal deve chegar à conclusão X e, como segundo princípio, deve considerar que a qualquer caso futuro em que os fatos sejam B e C, o tribunal

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p. 160.

¹⁶⁶ GOODHART, Artur L. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 2, p. 164, dez. 1930. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/790205>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

¹⁶⁷ GOODHART, Artur L. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 2, p. 167-168 dez. 1930. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/790205>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

¹⁶⁸ GOODHART, Artur L. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 2, p. 169, dez. 1930. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/790205>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

deve alcançar conclusão X. No segundo caso, a ausência do fato A não afeta o resultado, pois o fato de A é considerado imaterial, portanto, cria um princípio quando determina quais são os materiais e quais são os fatos imateriais, em que baseia sua decisão.¹⁶⁹

Tendo estabelecido o princípio de um caso e excluído todos os *dictas*, o passo final é determinar se é ou não um precedente obrigatório para algum caso posterior em que os fatos sejam *prima facie* semelhantes. Isso envolve uma análise dupla, sendo que primeiro deve-se declarar os fatos relevantes no caso precedente e depois tentar encontrar aqueles que são materiais no segundo. Se são idênticos, o primeiro caso é um precedente obrigatório para o segundo, e o tribunal deve chegar à mesma conclusão, tal qual aconteceu no primeiro. Se o primeiro caso não possuir material fato ou contiver outros adicionais não encontrados no segundo, portanto, não é um precedente direto.¹⁷⁰

De forma conclusiva, Goodhart, resume em 10 itens as regras para encontrar o princípio de um caso: (1) O princípio de um caso não se encontra nas razões indicadas na opinião. (2) O princípio não se encontra no Estado de direito estabelecido na opinião. (3) O princípio não é necessariamente encontrado por uma consideração de todos os fatos verificáveis do caso e da decisão do juiz. (4) O princípio do caso é encontrado levando em consideração (a) os fatos tratados pelo juiz como material e (b) sua decisão com base neles. (5) Para encontrar o princípio, é também necessário estabelecer quais fatos foram considerados irrelevantes pelo juiz, pois princípio pode depender tanto da exclusão quanto da inclusão. As regras para descobrir quais fatos são materiais e quais fatos são imateriais como visto pelo juiz são as seguintes. (1) Todos os fatos de pessoa, hora, local, tipo e quantidade são imateriais, a menos que indicados como materiais. (2) Se não houver opinião, ou a opinião não der fatos, então todos os outros fatos no registro devem ser tratados como materiais. (3) Se houver uma opinião, os fatos conforme declarados na opinião são conclusivos e não podem ser contrariadas pelo registro. (4) Se a opinião omitir um fato que consta do registro,

¹⁶⁹ GOODHART, Artur L. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 2, p. 179, dez. 1930. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/790205>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

¹⁷⁰ GOODHART, Artur L. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 2, p. 180-181, dez. 1930. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/790205>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

isso pode ser devido à (a) supervisão ou (b) a um fato imaterial⁽⁵⁾ Todos os fatos que o juiz declara especificamente são iminentes e o material deve ser considerado imaterial (6) Todos os fatos que o juiz implica implicitamente como imateriais devem ser considerados imateriais. (7) Todos os fatos que o juiz especificamente declara serem materiais devem ser considerados materiais. (8) Se a opinião não distingue entre fatos materiais e imateriais, todos os fatos expostos devem ser considerados materiais. (9) Se, em um caso, existem várias opiniões que concordam com o resultado, mas diferem quanto aos fatos relevantes, o princípio do caso é limitado, de modo a ajustar-se à soma de todos os fatos materiais mantidos pelos vários juízes. (10) Uma conclusão baseada em um fato hipotético é um ditado. Por fato hipotético, entende-se qualquer fato cuja existência não tenha sido determinada ou aceita pelo juiz.¹⁷¹

Assim, a *ratio decidendi* poderá ser encontrada nas razões e fundamentos gerais das decisões judiciais, os quais devem ser retirados a partir das peculiaridades do caso concreto, sendo que, ao ser considerada de forma abstrata, tem força normativa, vinculando os casos futuros mediante os princípios implícitos que a fundamentaram.¹⁷²

Para Marshall, apesar da dificuldade de identificar a *ratio decidendi*, não significa que ela não pode ser realizada, pois os juízes e advogados experientes são capazes de operar o sistema de precedentes.¹⁷³ Desse modo, analisando a tese do autor, Barboza define que todo precedente é a ilustração do princípio, uma vez que a única parte do precedente que tem força obrigatória é a sua *ratio decidendi*.¹⁷⁴

Considerando a conceituação feita acima, verifica-se que a *obiter dicta* é obtida mediante exclusão de forma que tudo que não for *ratio* será *dicta*. Nesse sentido,

¹⁷¹ GOODHART, Artur L. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 2, p. 182-183, dez. 1930. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/790205>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

¹⁷² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 190.

¹⁷³ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedente. In: Mac CORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (Ed.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 505-511.

¹⁷⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 190.

Marshal assevera que uma *dicta* pode ser relevante a algum ponto específico do caso, mas não ao caso na sua integralidade, logo, não existe desprezo a *obiter dicta*.¹⁷⁵

Cabe considerar que, no tocante ao modelo de decisão adotada pelos Tribunais Constitucionais, a adoção do modelo *seriatim* proporciona maior importância a *ratio decidendi* de cada juiz, individualmente considerada, para a técnica dos precedentes. Tal fato dificulta a identificação de uma *ratio* prevalecente para as decisões.

Tal modelo corresponde à tradição dos órgãos judiciais colegiados do *common law*. Contudo, conforme afirma André Rufino do Vale, talvez seja a prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal do Brasil o exemplo mais fiel desse modelo ao proferir suas decisões em sessões deliberativas públicas

[...] marcadas pela sucessão ordenada dos pronunciamentos orais individuais de cada magistrado, dotados de sua própria *ratio decidendi*, que são posteriormente apresentados ao público em formato de texto composto (o denominado acórdão), o qual agrega todos os votos e os debates orais em sua íntegra.¹⁷⁶

Diferente do modelo de decisão *per curiam*, que privilegia a apresentação do resultado da deliberação como "opinião do tribunal" em texto único, o modelo de decisão *seriatim* se caracteriza pela junção das teses defendidas por cada membro do colegiado, cujos votos são expostos em série, em um texto composto. O objetivo não é produzir um texto final com uma única *ratio decidendi* que representa a posição do colegiado, mas que cada membro do tribunal possa expor sua decisão individual, que geralmente é precedida por um discurso para apresentar publicamente sua própria argumentação e seu julgamento individual do caso. Nesse modelo de decisão *seriatim*, a tarefa de definição, com precisão, do fundamento determinante da decisão do tribunal, fica bastante complicada, podendo ser realizada pela extração do "mínimo comum" entre os distintos argumentos individuais.¹⁷⁷

¹⁷⁵ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedente. In: Mac CORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (Ed.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 516.

¹⁷⁶ VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. 415 f. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2015. p. 116. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2020.

¹⁷⁷ VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. 415 f. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2015. p. 115. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2020.

Para Do Vale, o acórdão não consubstancia uma unidade textual que dispõe de modo inequívoco as razões de decidir (*ratio decidendi*) do colegiado, considerado em sua totalidade. Na verdade, o acórdão apresenta um formato peculiar realizando uma junção de todos os membros do colegiado, seguindo uma estrutura que apresenta a Ementa, o relatório, a íntegra de todos os votos dos Ministros, seguindo a ordem de votação, a qual se inicia pelo Relator e prossegue em ordem crescente de antiguidade.¹⁷⁸

O acórdão, com o modelo *seriatim de publicação das decisões*, apresenta-se com texto muito longo e fragmentado, caracterizando-se por um aglomerado de votos que não existe distinção entre votos vencedores, votos vencidos, votos divergentes e votos concorrentes. Tal modelo contém um déficit de racionalidade em relação aos modelos *per curiam* quanto à forma de apresentação pública do resultado da deliberação do tribunal.

Na medida em que não enseja a formação de um texto único que, como nos modelos *per curiam*, contenha um corpo unitário com a *ratio decidendi* da decisão do órgão colegiado considerado em sua totalidade, o acórdão não oferece um modelo de formatação textual que permita ao tribunal demonstrar de forma clara e racional os fundamentos determinantes de sua decisão.¹⁷⁹

Esse modelo *seriatim* de publicação das decisões é apresentado como um possível obstáculo ao pleno desenvolvimento de uma cultura de precedentes do Tribunal, de forma que, devido à dificuldade de formação e de delimitação de uma única *ratio decidendi*, os diversos fundamentos contidos nos votos individuais de cada magistrado passem a servir como referências distintas e difusas para as futuras decisões e para os estudos acadêmicos sobre a Corte. Tal característica seria suporte para o crescimento de uma cultura individualista de precedentes, em que os

¹⁷⁸ VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. 415 f. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2015. p. 297. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2020.

¹⁷⁹ VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. 415 f. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2015. p. 297. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2020.

magistrados acabam seguindo apenas seus argumentos, bem como aplicando as técnicas do *distinguishing* e do *overruling* de forma individual.¹⁸⁰

É crescente a convicção da maioria dos magistrados de que o Tribunal precisaria adotar algum novo formato de texto que pudesse transmitir com maior precisão e clareza a decisão e seus fundamentos determinantes. Não por outro motivo, muitos hoje propugnam por um modelo que atribua à ementa essa função de traduzir a posição unitária do colegiado (o que será objeto do tópico posterior). É cada vez mais reconhecido que o acórdão, que representa um peculiar modelo de decisão *seriatim*, não contém uma estrutura e uma formatação que permitam ao Tribunal falar com uma só voz, que possam definir e distinguir de modo mais preciso as posições vencidas da minoria e os argumentos divergentes ou concorrentes e que criem condições para a apresentação de textos mais claros e mais sintéticos.¹⁸¹

Nesse contexto, a ementa do acórdão, que seria o espaço mais acertado para apresentar de forma fidedigna a *ratio decidendi* do órgão colegiado, não é realizada de forma adequada na prática jurisdicional, por isso, não traduz a posição única do colegiado. O principal problema apontado está centrado na afirmação de que a ementa reproduz literalmente o voto do Ministro Relator de maneira que figura como insuficiente para traduzir e resumir de forma precisa a posição tomada pelo órgão colegiado como um todo, independente das diversas posições individuais de cada um de seus membros.¹⁸²

Pode-se apresentar três causas principais para essa atuação individualista do Ministro Relator: 1) a extrema dificuldade de encontrar de forma precisa a *ratio decidendi* de cada voto, separando-a da obter *dicta*, para, em seguida, extrair o denominador comum entre todos os votos que possa representar os fundamentos determinantes da decisão de todo colegiado, sendo que o próprio modelo *seriatim*, adotado para formatação dos acórdãos, torna essa tarefa mais difícil; 2) a elevada carga de trabalho que impõe a cada magistrado a elaboração de ementas para uma

¹⁸⁰ VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. 415 f. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2015. p. 298-299. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2020.

¹⁸¹ VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. 415 f. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2015. p. 302. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2020.

¹⁸² VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. 415 f. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2015. p. 302-303. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2020.

quantidade muito grande de decisões que são proferidas pelos colegiados todas as semanas. O tempo é escasso para a busca da *ratio decidendi* em um aglomerado de votos; 3) comportamento individualista do Relator que possui a intenção de fazer com que seus argumentos sejam os representativos da decisão do tribunal.¹⁸³

Ao constatar que o *stare decisis* não exige uma vinculação absoluta com as decisões anteriores, é possível em alguns casos, como veremos no próximo tópico, a revogação e a distinção dos precedentes diante de uma nova realidade política e social, as mudanças da tecnologia etc, que evidenciam que aquele precedente já está retrógrado, não atendendo à integridade das decisões.

3.2.3 Superação e distinção dos precedentes: *overruling* e *distinguishing*

A segurança jurídica do ordenamento, bem como a igualdade, não estão compatíveis com a ideia de imutabilidade das decisões uma vez que as diferentes e complexas relações sociais são caracterizadas por mudanças dependentes do momento histórico e do contexto social em que se vive. Assim, faz-se necessária a indagação acerca da aplicação do sistema de precedentes, isto é, se ela apresenta solução para o referido problema.

Isso permite afirmar que a adoção de uma disciplina prática de precedentes comporta críticas quanto à sua aplicação. Tais críticas podem ser resumidas em: 1) a uniformidade do direito é desafeta de uma responsabilidade sensível à diversidade local e condições sociopolíticas; 2) uma elaboração de normas jurídicas injustas pelo precedente ou normas que estão em desacordo a realidade social permite o conflito com as fundamentações mais coerentes e atuais; 3) a igualdade formal perante a lei pode coexistir com uma desigualdade substantiva que é altamente questionada; 4) os precedentes são contrários à ideia de adaptabilidade do direito às mudanças tecnológicas, econômicas e sociais.¹⁸⁴

¹⁸³ VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. 415 f. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2015. p. 303-304. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2020.

¹⁸⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 191-192.

Não obstante essas críticas que trazem a resistência quanto à aplicação dos precedentes, verifica-se que a solução está na própria jurisdição constitucional.

Compete à jurisdição constitucional ter a sensibilidade de verificar a existência da necessidade de adaptação do precedente já consolidado à nova realidade político-social de cada sociedade. Nesse sentido, a integridade exige respeito ao passado, mas esse respeito não quer dizer que os precedentes são imutáveis, pelo contrário, podem ser alterados e, mesmo assim, continuarem respeitando a integridade – desde que o juiz respeite o passado, justificando o motivo da mudança.¹⁸⁵

Verifica-se que, quando não existe a probabilidade de criação de legislação específica e as decisões encontram-se ultrapassadas, as Cortes tomam para si o papel de desenvolver novas interpretações para uma mudança jurídica. Ainda, constata-se que as legislações criadas são cada vez mais abstratas, necessitando de interpretação judicial. Também é verdade que as sociedades se encontram cada vez mais complexas, de tal forma que a legislação escrita não consegue abarcar todas as demandas.

Diante de tais fatos, para que os precedentes se adequem às novas realidades sociais, o *common law* define métodos de distinção e superação dos precedentes, sendo eles o *distinguishing* e o *overruling*.

O *distinguishing* ocorre quando há uma certa distinção, ou a busca de certa semelhança dos fatos entre o caso concreto com o qual está sendo equiparado. Não havendo semelhança substancial entre os fatos do caso anterior e os do caso atual, isto é, sendo materialmente diferentes, o juiz da causa rejeitará a aplicação do precedente invocado.

A distinção entre um caso e outro se resume em identificar as diferenças fáticas do caso antecedente e o caso atual, demonstrando que a *ratio decidendi* não se aplica de forma satisfatória ao caso atual. Não se fala em uma simples diferença, pelo contrário, a diferença deve ser convincente para justificar a não aplicação da decisão anterior, referindo-se aos princípios essas distinções significantes.¹⁸⁶

¹⁸⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica:** reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 192-193.

¹⁸⁶ DUXBURY, Neil. **The authority of precedente:** two problems. Legal Theory Workshop Series. Faculty of Law. University of Toronto, 2005. p. 112-113.

Apenas diferenças nos fatos não são capazes para implicar em uma não aplicação do precedente. Para realizar o *distinguishing*, o juiz deverá demonstrar que a distinção é material, devendo, ainda, apresentar uma justificativa convincente que isole o caso que está em julgamento em face do precedente. Outrossim, a pauta deve ser racional de forma que uniformize a aplicação dos próprios critérios para a realização da distinção.¹⁸⁷

Para Marinoni, a questão é o alcance do precedente, ou seja, com a circunstância de que um precedente pode ter sido concebido com conteúdo restrito ou limitado e um outro com conteúdo amplo ou mais extenso. Tal alcance do precedente só pode ser visto como limitado ou amplo quando confrontado com novos casos. Nesse momento, o tribunal deve verificar se deve estender ou restringir o precedente.¹⁸⁸

Nesses casos, há a percepção da exigência da "ponderação entre os fundamentos ou as razões do precedente (*substantive reasons*) e os valores que justificam o sistema de precedentes obrigatórios, vale dizer, os valores da segurança, da igualdade e da coerência da ordem jurídica (*authority reasons*)".¹⁸⁹

A extensão ou a limitação do alcance dos precedentes constitui forma de relacioná-los com novos casos, tornando-os adequados à solução de distintas realidades, adaptando-se às situações que vão surgindo à medida que o tempo passa.

Dessa forma, os juízes fazem a distinção entre os precedentes porque entendem que a aplicação do precedente não é a ação mais correta para o caso atual, diante dos fatos materiais diferentes.

Contudo, há situações em que as mudanças da sociedade exigirão a adaptação do direito às novas realidades, assim como deverá existir alterações nos precedentes quando confirmar que o Tribunal errou. Nessa situação de erro pelo Tribunal, tem-se um motivo de superação (*overruling*) do precedente.¹⁹⁰

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p. 228.

¹⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p. 231.

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p. 231.

¹⁹⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 195.

A técnica da distinção é sempre utilizada nas perspectivas das partes e do Poder Judiciário. Na perspectiva do Poder Judiciário, são contrapostos os valores do sistema – como a segurança, igualdade e coerência da ordem jurídica – com as razões substanciais do sistema:

A primeira perspectiva faz ver o próprio impulso prático para a distinção, uma vez que, partindo-se da premissa de que um precedente sempre beneficia dada posição ou pode beneficiá-la, a restrição da sua aplicabilidade é sempre favorável à uma parte e prejudicial à outra. O que significa dizer que, no processo, são desenvolvidos argumentos a favor e contra a adoção do precedente. Nesse sentido, há verdadeira tensão no interior do sistema, quase a constituir uma luta entre a contenção e a extensão do precedente. Na outra perspectiva, do Poder Judiciário, são contrapostos os valores do sistema – ou seja, segurança, igualdade e coerência da ordem jurídica – com as razões substanciais do precedente. A sua limitação ou extensão sempre configuram acomodação da *ratio decidendi*. Essa acomodação, não obstante, prioriza as razões do próprio precedente, já que tanto a sua extensão quanto a sua limitação apenas é possível quando com elas compatíveis.¹⁹¹

Nesse momento, cabe a seguinte pergunta: em que situação serão preservados os valores do sistema em face das razões do precedente?

Para Marinoni, a resposta está na afirmação de quando o precedente é contido, sem extensão ou limitação. Mas não somente nesses casos, pois, no common law, admite-se a distinção inconsistente como um passo provisório, ou seja, uma distinção incompatível com as razões do precedente. Em suas palavras, "embora a razão imediata da distinção inconsistente seja a não revogação (total) do precedente, a sua justificativa está nos valores da estabilidade".¹⁹²

A distinção inconsistente, assim, constitui espécie de passo provisório para a revogação total do precedente, o que fez surgir, no direito estadunidense, o denominado princípio da provisoriedade. Exemplifica-se com o caso das chamadas promessas de doação, consideradas inexecutáveis por precedente anterior ao final dos anos 30 do século passado. Eisenberg propõe a hipótese em que o tribunal, não seguro da aplicação de tal precedente em um caso de promessa de depósito "confiável", não revoga o precedente para firmar o entendimento de que as promessas confiáveis e seguras são executáveis, mas distingue o caso em exame para concluir que a promessa de depósito, quando confiável, é executável, e, assim, prefere dar um passo provisório, firmando distinção inconsistente, rumo a posterior definição, em que poderá elaborar princípio geral de confiança. Note-se que se a promessa, por ser confiável, é executável, pouco

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p. 232.

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p. 232.

importa se ela é de doação ou depósito. A distinção, relativa à promessa de depósito confiável, não é consistente com as razões do precedente, que define como inexecutáveis as promessas de doação, independentemente de serem ou não confiáveis.¹⁹³

Além de diferente do *distinguishing*, o *overruling* é uma superação do precedente, na qual uma decisão é revogada e substituída por uma nova.

Diante da necessidade de desenvolvimento do direito, não se pode pensar em um sistema de precedentes que não aceite o *overruling*. Contudo, ele deve ser realizado mediante critérios especiais.

Destaca-se que o *overruling* não pode ser adotado como forma de finalização ou depreciação do *stare decisis*, devendo ser vista como uma forma de reparo frente a uma discricionariedade indevida do tribunal e sempre buscando prevalecer como regra o caráter de obrigatoriedade dos precedentes.¹⁹⁴

Melvin Eisenberg afirma que um precedente possui necessidade de ser revogado quando deixa de corresponder aos padrões de coerência social e consistência sistêmica, bem como, de forma concomitante, quando os valores que sustentam a estabilidade, tal qual o da isonomia, não justificam a sua prevenção.¹⁹⁵

Para Marinoni, o precedente não tem consistência sistêmica quando deixa de guardar coerência com outras decisões; ocorrendo quando a "Corte decide mediante distinções inconsistentes, chegando a resultados compatíveis com o do precedente, mas fundada em proposições sociais incongruentes".¹⁹⁶

Para que exista o *overruling*, é necessário que esteja caracterizada a perda da congruência social ou o surgimento da inconsistência sistêmica e a perda dos critérios que ditam a estabilidade do precedente, como a prevenção contra surpresa injusta.

Na concepção de Marinoni, também é causa de revogação, uma nova concepção geral do direito:

¹⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p. 233.

¹⁹⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 196.

¹⁹⁵ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 104.

¹⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p. 250.

Não se trata de inconsistência sistêmica do precedente, ou seja, de uma concepção interior aos tribunais acerca da superação das proposições que o justificam, expressa em exceções inconsistentes, mas de uma nova concepção geral em termos de teoria ou dogmática jurídica, a evidenciar que aquilo que se pensava acerca de uma questão ou instituto jurídico se alterou.¹⁹⁷

Não é suficiente uma posição pessoal, individualizada, haja vista que a vontade de uma minoria não configura uma expressão da comunidade jurídica, tampouco basta a simples mudança da composição do órgão julgador para que se proceda com a revogação.

Diante da revogação dos precedentes, verifica-se que o que era considerado *ratio* passa a ser considerado *obiter dictum*. Nesse caso, ter-se-á uma *obiter-ing*, ou seja, o embasamento que era considerado determinante para a decisão de um caso passa a ser compreendido como um argumento secundário, não fundamental.¹⁹⁸

No modelo de decisão *seriatim*, em que cada juiz está mais vinculado a suas próprias decisões e argumentos, não são estranhas a esses sistemas a produção de um "overruling pessoal", na hipótese em que determinado juiz tenha que rever seu próprio posicionamento.¹⁹⁹

Como exposto alhures, a doutrina do *stare decisis* tem como principal objetivo a garantia de alguns princípios estruturantes da *rule of law*, a saber, a segurança jurídica e a igualdade.

No que tange à igualdade, criou-se e desenvolveu-se o princípio da "*treat like cases alike*", segundo o qual os juízes deveriam tratar de forma semelhante os casos semelhantes, justificando a aplicação do precedente anterior aos novos casos que apresentam os mesmos fatos. Da mesma forma, a segurança jurídica estaria sendo assegurada, pois há limites para os juízes que estariam submetidos aos precedentes.²⁰⁰

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle. p. 256.

¹⁹⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 198.

¹⁹⁹ VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. 415 f. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2015. p. 115. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2020.

²⁰⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 198.

Mesmo diante dessa constatação da garantia de tais princípios pelo *stare decisis*, a possibilidade da revogação ou distinção dos precedentes traz à baila o pensamento de que nenhum desses princípios estariam sendo respeitados de forma que a desigualdade em casos semelhantes estaria imperando, levando a uma insegurança jurídica pela imprevisibilidade das decisões.²⁰¹

Nesse sentido é que Barboza apresenta a ideia de necessidade de pensar em uma doutrina do *stare decisis* ampla que signifique coerência não somente com a decisão precedente em si, mas com o conjunto de princípios que lhe fundamentaram, "além do conjunto de princípios erigidos pela comunidade política estejam previstos quer na Constituição, quer na legislação, quer nos precedentes judiciais, quer na prática constitucional".²⁰²

Barboza defende, ainda, a adoção de uma doutrina de precedentes vinculantes que aplique o princípio da integridade na prestação jurisdicional para garantir a segurança jurídica, a previsibilidade, a estabilidade e a igualdade, não somente nos casos de decisões conflitantes com aquelas emitidas pelos tribunais superiores, mas também nos casos difíceis a serem enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal.

Diante do exposto, no próximo capítulo, será analisada a integridade do direito como forma de alcançar a igualdade e a segurança jurídica, com base na doutrina desenvolvida por Ronald Dworkin.

²⁰¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 198-199.

²⁰² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 199.

4 PRECEDENTES JUDICIAIS E O DIREITO COMO INTEGRIDADE: GARANTIA DE IGUALDADE E DE SEGURANÇA JURÍDICA

Neste capítulo, será analisada a concepção do Direito como Integridade, exposta por Dworkin, como sendo a melhor teoria da decisão a ser aplicada pelo ordenamento jurídico brasileiro frente a adoção do sistema de precedentes, a partir da aproximação da tradição jurídica *civil law* com o *common law*.

Diante do objetivo dessa dissertação de analisar se a aplicação dos precedentes pelo Poder Judiciário brasileiro traz ou poderá trazer igualdade e segurança jurídica é que neste item tratar-se-á casos, em especial, do STF por ser a Suprema Corte Constitucional.

Para isso, no tópico 4.1, o assunto será o tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal para o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo com a equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões heteroafetivas, bem como as demais implicações desse reconhecimento. Com isso, busca-se demonstrar a aplicação dos precedentes, quando das decisões de casos iguais ou semelhantes, como adoção e regime sucessório, entre pessoas do mesmo sexo assegurando o princípio da igualdade e segurança jurídica.

Como contraponto, analisaremos no ponto 4.2, o caso da presunção de inocência (CF, artigo 5.º, LVII) autorizando, ou não, a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Será vista, ainda, a constante mudança de interpretação dada pela Corte Suprema que, em vários momentos, deixou evidente se tratar de uma decisão puramente consequencialista, com a adoção de argumentos pragmáticos sem qualquer vinculação com a *ratio decidendi* e com os demais pressupostos de aplicação de um sistema de precedentes.

Nessa dimensão, consta-se a disparidade com o direito como integridade, evidenciando que a cada decisão obtinha-se a construção de um romance autônomo e não a continuidade do mesmo romance em cadeias, constatando a insegurança jurídica e desigualdade para ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, diante da percepção dos casos analisados no tópico anterior, apresenta-se, como proposta para o Poder Judiciário brasileiro, em especial para o Supremo Tribunal Federal, a construção de um sistema de precedentes por meio da aplicação do direito como integridade para garantia da segurança jurídica e a

igualdade. Direitos estes já identificados como sendo o cerne para o bom desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, garantido na Constituição Federal.

4.1 A IGUALDADE DE CONSIDERAÇÃO E RESPEITO E A SEGURANÇA JURÍDICA A PARTIR DA DECISÃO DO STF QUE EQUIPAROU AS RELAÇÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO ÀS UNIÕES ESTÁVEIS ENTRE HOMENS E MULHERES

Historicamente, o reconhecimento jurídico da união estável ou do casamento que envolva a união entre pessoas do mesmo sexo foi temática controversa e objeto de grande polêmica no ordenamento jurídico brasileiro diante da ausência de regulamentação e reconhecimento legal desse núcleo doméstico.

A questão é pacificada e regulamentada, no âmbito judicial, como retrato do controle abstrato de constitucionalidade, mediante a decisão do Supremo Tribunal Federal em 05 de maio de 2011 que equiparou as uniões estáveis às uniões homoafetivas. Ao apreciar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277, tem-se o reconhecimento, com eficácia *erga omnes*, da inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico, aplicando-se à união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras da união estável heteroafetiva.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132²⁰³ foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, com pleito liminar, alegando descumprimento resultante da interpretação de determinados dispositivos do Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro²⁰⁴ e das decisões judiciais proferidas no Estado do Rio de Janeiro e em outras unidades federativas do país, que negavam às uniões homoafetivas estáveis direitos que eram reconhecidos aos heterossexuais.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC 14/10/2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2019. p.616-623.

²⁰⁴ O autor alega que a interpretação dada aos incisos II e V do artigo 19 e incisos I a X do artigo 33 do Decreto-Lei n.º 220/1975 violariam os direitos de pessoas em relações homoafetivas, tais como licenças por motivo de doença de pessoa da família ou para acompanhamento de cônjuge.

O autor fundamentou a ADPF com os argumentos de violação ao princípio da igualdade, segurança jurídica, da liberdade e dignidade da pessoa humana. O Ministro relator conheceu em parte a ação, admitindo-a como Ação Direta de Inconstitucionalidade²⁰⁵, realizando o julgamento da ação em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277 do Distrito Federal, uma vez que possuíam o mesmo objeto.

Em relação a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277²⁰⁶, foi formulada, pela Procuradoria Geral da República, de natureza abstrata, visando o reconhecimento pelo Supremo quanto a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável.

O autor fundamentou o pedido ressaltando que a obrigação de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar é extraída dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da segurança jurídica.²⁰⁷

Com votação unânime, os Ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, julgando em conjunto com a ADI 4277, ao sustentarem que o objeto consistia em submeter o artigo 1723 do Código Civil brasileiro à técnica da interpretação conforme a Constituição Federal. Ainda, em votação unânime, os Ministros julgaram procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* com efeito

²⁰⁵ No curso da ação, o Ministro relator admitiu a participação de quatorze *amici curiae*, devido à profundidade dos debates e a complexidade do caso, dentre os admitidos, figuraram o Conectas Direitos Humanos, o Escritório de Direitos Humanos do Estado De Minas Gerais, o GGB - Grupo Gay Da Bahia, o Instituto De Bioética, o Direitos Humanos E Gênero, o Grupo De Estudos Em Direito Internacional Da Universidade Federal De Minas Gerais, o Centro De Referência De Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros Do Estado De Minas Gerais, o Centro de Luta Pela Livre Orientação Sexual, a Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais, o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis E Transexuais, o Instituto Brasileiro De Direito De Família, Sociedade Brasileira de Direito Público, a Associação De Incentivo À Educação e Saúde do Estado de São Paulo, a Conferência Nacional Dos Bispos Do Brasil e a Associação Eduardo Banks.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC 14/10/2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2019. p.611.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC 14/10/2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2019. p. 623-624.

vinculante, aplicando à união homoafetiva as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.

O voto do Ministro relator Ayres Britto foi seguido pelos demais Ministros sendo o precursor da decisão e base para ementa do acórdão. Ao analisar o voto, verifica-se que foi assegurando os princípios abstratos²⁰⁸ de liberdade e igualdade sendo eles a *ratio decidendi* da decisão. Para a constatação da *ratio decidendi* descrita, é necessário analisar os argumentos apresentados nos votos.

Em sede de julgamento, o Ministro relator passou para a resolução do mérito das ações, pontuando, já no início do voto, sobre o merecimento de guarida dos pedidos formulados, diante da imprescindibilidade de dar ao artigo 1723 do Código Civil a interpretação conforme a Constituição de 1988. Além disso, o relator pontuou sobre o termo homoafetividade, utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para identificar o vínculo de afeto entre pessoas do mesmo sexo e que não constava em dicionários de Língua Portuguesa, tendo sido cunhado pela primeira vez pela autora Maria Berenice Dias na obra "União Homossexual, o preconceito e a justiça", sendo que tais fatos evidenciam que o termo homoafetividade, trata-se de um novo substantivo.²⁰⁹

Em seu voto, evidencia que o termo homoafetividade será adotado como aquele que retrata o enlace, por amor, entre pessoas do mesmo sexo, uma união duradoura com perdurabilidade bastante para constituição de um novo núcleo doméstico e com vocação para expansão de suas fronteiras temporais, sendo um vínculo sem intuito econômico ou empresarial, portanto essencialmente afetiva.²¹⁰

Na sequência, o Ministro Relator abordou vários argumentos diferentes. Mas que demonstram a existência de substratos em comum, ou seja, desembocando sempre na guarida dos princípios abstratos da igualdade e da liberdade.

²⁰⁸ Por ora, já é necessário fazer uso da expressão "Princípios Abstratos" para demonstrar que o caso analisado enfatizou tais princípios abstratos existentes na decisão. Tal concepção será estudada no tópico 3.3 ao tratar o Direito como integridade de Ronald DWORKIN, coadunando com a doutrina que explica o Direito como Precedente deve analisar o caso a partir do que tem de abstrato naquela situação.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC 14/10/2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2019. p. 629.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC 14/10/2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2019. p. 630.

De antemão, o Ministro ressalta que "o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica".²¹¹ Ou seja, o tratamento discriminatório sem atender a uma causa, se planejado pelas pessoas ou pelo próprio Estado, passa a violar o objetivo constitucional de "promover o bem de todos" exposto no inciso IV do artigo 3.º da Constituição, sendo que "bem de todos" incluiria também a eliminação do preconceito de sexo.

Esse entendimento de "bem de todos" está intrinsecamente ligado ao preâmbulo da Constituição que consagra, o assim chamado pelo relator, "Constitucionalismo Fraternal" que é viabilizado pela aplicação de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral dos segmentos sociais desfavorecidos, como, por exemplo, dos negros, mulheres, os homoafetivos etc., de forma a proporcionar uma convivência de respeito dos contrários, reconhecendo o pluralismo sócio-político-cultural.²¹²

Nota-se que o sexo do indivíduo não é utilizado com o objetivo de discriminação, sem qualquer predileção por se tratar de um homem ou de uma mulher, ou seja, deve ser respeitado a igualdade com o objetivo constitucional de promover o bem de todos.

O inciso IV do artigo 3.º, ao vedar o preconceito, faz uma nivelação entre o sexo e a origem social, a idade, a raça e a cor, deixando explícito que o sexo não está relacionado a uma questão de merecimento ou desmerecimento, uma vez que não se torna mais digno ou menos digno por ter nascido mulher ou homem.

A diferença anátomo-fisiológica entre homem e mulher, de forma majoritária, desponta-se pelo órgão genital e tais partes passaram a ser chamadas de "sexo" de forma coloquial. "Mas 'sexo' ou aparelho sexual como signo linguístico de um sistema de órgãos cumpridores das elementares funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica".²¹³ No tocante a essas três funções, a

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC 14/10/2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2019. p. 631.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC 14/10/2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2019. p. 632.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC

Constituição brasileira não faz nenhuma menção, sendo uma forma de tratamento, conforme Kelsen, como norma geral negativa, na qual tudo que não estiver juridicamente proibido está permitido.²¹⁴

O voto ressalta que, ao não fazer referência a essas três funções, a Constituição não faz alusão direta à subjetividade da pessoa pelo não-uso puro e simples do seu aparelho genital, para utilizá-lo de forma solitária. Assim, a Carta Constitucional confere a prática de tais funções sexuais conforme o arbítrio de cada indivíduo. O silêncio normativo deixa claro o respeito àquilo que se define como instintivo ou da própria natureza dos seres humanos e dos animais em geral, ou seja, respeitando o modo instintivo da preferência ou da orientação.²¹⁵

Resulta dizer que o aparelho genital e o conseqüente desempenho sexual deve ser desempenhado conforme o arbítrio de cada um, sendo que a Carta Magna não realiza qualquer tratamento discriminatório por conta da opção sexual do indivíduo.

A conclusão de tais argumentos apresentados é a constatação do princípio da igualdade encontrado na *ratio decidendi* da decisão, reconhecendo que todos são iguais em razão da espécie humana à qual pertencem e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, sendo proibido o preconceito em razão do sexo, pois este está vinculado ao ser e o respectivo aparelho genital.

Dessa forma, é vedada a discriminação do indivíduo em razão da sua espécie masculina ou feminina e em razão da sua preferência sexual.

Há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não [...].²¹⁶

14/10/2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2019. p. 633.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC 14/10/2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2019. p. 634.

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC 14/10/2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2019. p. 635.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC

Resta claro que a Constituição não faz qualquer menção quanto a necessidade de tratamento discriminatório relacionado ao sexo e opções sexuais do indivíduo de forma que a igualdade deve ser reconhecida na união de pessoas do mesmo sexo.

Outro princípio encontrado na *ratio decidendi* da decisão é o Princípio da Liberdade com o reconhecimento da proteção constitucional quanto à livre disposição da sexualidade como um instituto jurídico autônomo.

Nesse sentido, o relator afirma ser

[...] um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade, um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia da vontade do indivíduo [...].²¹⁷

A sexualidade, no seu significado físico de prazer, não deve ser posta como um déficit existencial, um ônus, um peso etc., ao contrário, é um ganho um proveito, um *plus*.

A Constituição assegura a livre disposição da sexualidade de forma que cada indivíduo possa fazer suas opções, sem vinculação a qualquer limite a fruição de seus desejos.

Nesse sentido, é perceptível que a interpretação constitucional não trata de distinção entre espécie feminina da espécie masculina e não exclui qualquer das opções do uso concreto da sexualidade de cada um. Independente da preferência sexual, a qualificação dessa como juridicamente possível se dá de forma antecipada, estando posta como direito fundamental e bem de personalidade, sendo uma emanção do princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III, do art. 1.º da CF).

A Constituição veda de forma expressa o preconceito por motivo do sexo e, por isso, não autorizou ou proibiu o concreto uso da sexualidade humana, sendo assim, reluzente o reconhecimento da autonomia da vontade quanto ao sexo, visto como "direito subjetivo ou uma situação jurídica ativa".²¹⁸ Trata-se, afinal, de um

14/10/2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2019. p. 640.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC 14/10/2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2019. p. 636.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC

direito que está atrelado as clássicas liberdades individuais (liberdade de pensamento, expressão artística, informação etc.) que devem ser respeitadas pelo Estado e que se concretizam mediante o direito à intimidade e à privacidade, conforme artigo 10 da CF, com aplicabilidade imediata conforme parágrafo 1.º do artigo 5.º da CF.

Assim, constata que o exercício da liberdade sexual não é proibido constitucionalmente, devendo ser exercida e concretizada mediante o direito à intimidade que está atrelada à liberdade do indivíduo consigo mesmo e ao direito à privacidade que está atrelado a liberdade do indivíduo em face de seus parentes e pessoas mais próximas.

Assevera o relator que:

[...] essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo "cláusula pétrea", nos termos do inciso IV do parag. 4.º do artigo 60 da CF (cláusula que abrange os "direitos e garantias individuais" de berço diretamente constitucional).²¹⁹

A isonomia entre os casais homoafetivos e heteroafetivos somente é concretizada ao reconhecer o igual direito subjetivo a formação de uma autonomizada família caracterizada pela visibilidade, continuidade e durabilidade; sob pena de uma liberdade homoafetiva incompleta, pela metade.

O relator questiona se a Constituição sonega aos parceiros homoafetivos o mesmo regime jurídico protetivo usado para os casais heteroafetivos.

Em resposta a tal indagação, ressalta que a Constituição no seu artigo 226 expressa que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. A família, aqui tratada, é aquela de núcleo doméstico, pouco importando se é formal ou informal, se é por pessoas do mesmo sexo ou pessoas heteroafetivas; haja vista que não está atrelada a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou religiosa. A Constituição apenas reconhece a família como "instituição privada que, voluntariamente

14/10/2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2019. p. 638-639.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC 14/10/2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2019. p. 641.

constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade Civil uma necessária relação tricotômica".²²⁰

O relator trata sobre o instituto do casamento civil e da união estável que estão descritos no emblemático artigo 226 da Constituição Federal.

Em sentido objetivo, a família apresenta-se como uma entidade, um aparato de poder. Já no sentido de centro subjetivado, encontra-se como sendo a forma mais íntima, carinhosa, natural e prolongada forma de agregação humana. Uma convivência que é instalada pela própria iniciativa das pessoas, movidas por sentimentos de afetividade, admiração e propósitos de felicidade e intuito de ampliação com filhos. Esse núcleo familiar é o principal local de concretização dos direitos fundamentais à intimidade, vida privada e proteção de violação a moradia.²²¹

É desses conceitos de família que trata o artigo 226 da Constituição, devendo ser o guia para a interpretação das figuras jurídicas casamento civil, união estável, planejamento familiar e adoção dispostas no capítulo VII da Constituição Federal.

Reconhece que o casamento civil, disposto no parágrafo 1.º do artigo 226 da CF, é uma modalidade de constituição de família, não sendo a única. Essa modalidade se caracteriza por sua formalidade, realizado perante o juiz ou religiosamente com efeito civil, concretizando-se mediante um pacto que predispõe a uma perdurabilidade e que estabelece efeitos jurídicos como o regime de bens. Essa modalidade está caracterizada pela notoriedade e promessa pública de continuidade do enlace afetivo.

Já a união estável, disposta no parágrafo 3.º do artigo 226 da CF, é intitulada como "entidade familiar", dispondo que se trata de "união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

Nesse tocante, o relator chama atenção para quatro pontos que devem ser esclarecidos para o entendimento adequado quanto à figura jurídica da entidade familiar que confirma a igualdade como substrato. São quatro pontos que demonstram ter em comum o alicerce na igualdade.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC 14/10/2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2019. p. 645.

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC 14/10/2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2019. p. 645-646.

Primeiramente, ressalta que a dualidade disposta homem/mulher tem uma lógica inicial de dar sentido a vertente constitucional de casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa, sabendo que o casamento civil tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes até hoje. Ressaltando que a própria disposição do parágrafo 1.º do artigo 226 ao tratar do casamento não faz qualquer referência ao substantivo homem/mulher²²², ou seja, não faz diferenciação de sexos.

Em segundo, que a legislação desse novo tipo de união utiliza-se dessa dualidade em função do objetivo constitucional que sempre estabeleceu como sendo uma relação horizontal e sem hierarquia aquela entre esses dois gêneros humanos, uma vez que a mulher que se une a um companheiro sem formalidade legal é sujeita a comentários desonrosos diante da cultura patriarcalista. Tem-se aqui apenas uma proteção aos direitos da mulher, não sendo qualquer relação com a dicotomia da heteroafetividade e da homoafetividade.²²³ Ou seja, até no momento que a lei expressa a dualidade de termos não está tratando de diferenciação quanto ao fato de não serem iguais, não se tratando de qualquer discriminação.

Em terceiro, a "terminologia entidade familiar" não é algo diferente de família, não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, não existindo a figura de uma "sub-família ou família maios ou menos". Foi usado como sinônimo de família, ou seja, usado para reconhecer o mesmo significado de família, assim como, na nossa legislação, a autarquia é chamada de entidade autárquica e a Federação de entidade federativa.²²⁴

Em quarto, que as distinções entre casamento civil e união estável já são tratadas de forma antecipada pela Constituição, como por exemplo, a união estável deve provar a estabilidade e a dissolução do casamento civil mediante o divórcio deixando de fazer quanto a união estável. Contudo, a Constituição não faz qualquer

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC 14/10/2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2019. p. 652.

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC 14/10/2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2019. p. 652-653.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC 14/10/2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2019. p. 654.

referência de impossibilidade ou possibilidade de realização por pessoas do mesmo sexo, não existindo menção para que somente os heteroafetivos possam constituir família, o que vigora é a igualdade "pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham".²²⁵

O relator finaliza seu voto deixando mais um argumento ao constatar que a Constituição, ao incumbir à lei a competência sobre a assistência do Poder Público à adoção, não faz distinção entre adotante homo ou heteroafetivo.

Importante ressaltar que, diante de um modelo de deliberação pública e decisão *seriatim* adotada pelo Supremo Tribunal Federal, é difícil que a Corte cheque a uma única *ratio* e dificulta a aplicação de precedentes pelas cortes inferiores.

Contudo, no caso em questão, foi possível analisar os princípios mais abstratos utilizados para fundamentar a decisão como sendo a base comum de todos os argumentos, sendo eles o princípio da igualdade e da liberdade. Ou seja, fica evidente que o Supremo não está decidindo a união estável ou o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A evidência é que a decisão se refere a existência de igualdade e liberdade entre as pessoas de mesmo sexo para constituir uma família e serem assistidos pela legislação vigente.

Assim, a decisão reconhece os princípios abstratos de igualdade e liberdade no caso de união entre pessoas do mesmo sexo, equiparando essa união homoafetiva à união estável heteroafetiva.

Após a decisão que equiparou a união homoafetiva e a união estável, surgiram outras lides de casos similares ou idênticos, questionando o reconhecimento dos Institutos da adoção e do regime sucessório quando da união entre pessoas do mesmo sexo.

Garantindo a coerência do sistema e respeitando os princípios de Igualdade e Liberdade, a decisão do Recurso Extraordinário n.º 846.102 afastou a restrição de sexo e idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo e as decisões dos Recursos Extraordinários n.º 878.694/MG e n.º 646.721/RS constatou a inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuge e companheiro constante no art. 1.790 do Código Civil de 2002.

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC 14/10/2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2019. p. 655.

O Recurso Extraordinário n.º 846.102 possui a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. ADOÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.277. ACÓRDÃO RECORRIDO HARMÔNICO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.²²⁶

O RE foi interposto pelo Ministério Público do Paraná com base no inciso III do artigo 102 da CF contra julgado do Tribunal de Justiça do Paraná questionando o pedido de adoção feito por um casal homoafetivo em 2006. O MP/PR entendia que seria necessário limitar a adoção a uma criança de 12 anos ou mais, para que esta pudesse se manifestar sobre o pedido.

No Supremo Tribunal Federal, a ministra relatora Cármem Lúcia negou seguimento ao RE citando o julgamento da ADIN 4277 e da ADPF 132 que exclui qualquer significado que impedia o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo de família, devendo seguir as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.

Ademais, a relatora atesta que o STF atuou conforme sua competência, não interpretando de forma reducionista o conceito de família e mantendo a Constituição com seu atributo de coerência, uma vez que a decisão de forma contrária seria forçar a carta magna a defender discurso preconceituoso e homofóbico. A partir disso, deviam prevalecer os precedentes já verbalizados, reconhecendo a isonomia entre os casais heteroafetivos e homoafetivos, de forma a garantir o igual direito subjetivo de formação de uma família autônoma.

Nos Recursos Extraordinários n.º 878.694/MG e n.º 646.721/RS, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuge e companheiro constante no art. 1.790 do Código Civil de 2002:

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 846102 PR. Relator: Min. Carmem Lúcia. Julgamento: 05/03/2015. Publicação: DJe-052 18/03/2015. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia-categoria/sub26supremo-tribunal-federal/42/1>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À SUCESSÃO EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721, relator Ministro Marco Aurelio.10/05/2017).²²⁷

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694, relator Ministro Roberto Barroso. 10/05/2017).²²⁸

No Recurso Extraordinário n.º 878.694/MG, Monique de Ladeira, Thomazinho e outro invocam a tutela jurisdicional para reconhecimento da incompatibilidade do regime sucessório estabelecido no art. 1.790 do CC/2002 com o dever estatal de proteção à família (art. 226, §3.º, da CF/1988) e com o princípio da igualdade (art. 5.º, CF/1988) entre as diferentes constituições familiares. Na ocasião, buscavam garantir que o regime sucessório a ser aplicado à união estável fosse equivalente àquele previsto para o casamento.

No Recurso Extraordinário n.º 646.721/RS, São Martin Souza da Silva invoca a tutela jurisdicional buscando a equiparação da figura do companheiro à do cônjuge, pois viveu em união estável com o seu companheiro por quarenta anos, afastando a decisão do Tribunal que assentou herdarem os companheiros apenas os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, quando presentes requisitos, aludindo ao artigo 1.790 do Código Civil.

Em Acórdão no RE n.º 646.721/RS, por maioria de votos, apreciando o Tema 498 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, foi dado provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito do recorrente de participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 646721 RS. Relator: Min. Marco Aurelio. Julgamento: 10/05/2017. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 878694 MG 1037481-72.2009.8.13.0439. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 10/05/2017. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-021 06/02/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Ricardo Lewandowski.

O Ministro Roberto Barroso iniciou seu voto no RE 646.721/RS deixando evidente que o presente caso é conexo com o Recurso Extraordinário 878.694, que estava sob sua relatoria, em que se discutia se seria constitucionalmente legítimo desequiparar-se, para fins de sucessão hereditária, as uniões resultantes do casamento e as uniões estáveis. Afirmou que seu voto no RE 878.694, bem como o da maioria dos ministros, foi no sentido de pronunciar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil.

O Ministro afirmou que a única singularidade do caso é pelo fato de se tratar de união homoafetiva, mas evidenciou que o Supremo Tribunal Federal já havia equiparado juridicamente as uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, de modo a enfatizar que a Constituição prevê diferentes modalidades de família, além daquela que resulta do casamento. Destacou ainda que, dentre essas modalidades de família, encontra-se a que resulta das uniões estáveis: seja a união estável heteroafetiva, seja a união estável homoafetiva.

Segundo Roberto Barroso, o Código Civil, contrariando a legislação vigente pós 88, desequiparou, para fins de sucessão, o casamento e as uniões estáveis, e, assim, promoveu um retrocesso e uma hierarquização entre as famílias que a Constituição não admite. Afirmo que a Constituição trata todas as famílias com o mesmo grau de valia, sendo merecedoras da mesma dose de respeito e consideração, evidenciando, assim, que o art. 1.290 do Código Civil é inconstitucional, porque viola princípios constitucionais como o da igualdade, o da dignidade da pessoa humana, o da proporcionalidade na modalidade de proibição da proteção deficiente e o da vedação do retrocesso.

O Ministro ressalta a decisão de 2011 constatando o princípio da Igualdade onde todos têm o direito de colocar seu afeto e a sua sexualidade onde reside o seu desejo, devendo ser tratados com respeito e consideração e igualdade de condições.²²⁹

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 878694 MG 1037481-72.2009.8.13.0439. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 10/05/2017. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-021 06/02/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>>. Acesso em. 20 jun. 2019. p. 24.

Em seu voto, o Ministro Roberto Barroso também enfatizou o princípio da vedação do retrocesso, destacando tratar-se de princípio constitucional implícito, sendo o artigo 1790 do Código Civil incompatível com a Constituição.²³⁰

Assim, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis n.º 8.971/94 e n.º 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, e da vedação do retrocesso.

Nota-se que Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277 com o princípio abstrato da Igualdade e Liberdade, ou seja, sua *ratio decidendi*, foi seguida pelas decisões futuras no que competia ao tratamento jurídico das diversas matérias ligadas a União Homoafetiva.

Apesar de serem institutos distintos como adoção e regime sucessório, é perceptível que todos advêm do reconhecimento da união homoafetiva como uma entidade familiar sendo necessário respeitar os princípios abstratos de igualdade e liberdade encontrados na *ratio decidendi* do precedente, permitindo que todos sejam julgados pelos mesmos parâmetros de justiça.

Verifica-se nos exemplos que houve uma aplicação coerente dos precedentes e de seus institutos, neste caso por meio do "romance em cadeia" e da "força gravitacional de precedentes" defendidos por Dworkin, transportando os princípios dos casos da ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF, tal como uma continuação do "romance em cadeia", mantendo a estabilidade, coerência, previsibilidade, segurança jurídica e integridade do sistema jurídico, o que será melhor analisado nos próximos tópicos.

4.2 DECISÕES PRAGMÁTICAS COMO ANTAGÔNICAS À IGUALDADE E À SEGURANÇA JURÍDICA

Como já exposto nos capítulos anteriores, a garantia dos direitos humanos em âmbito internacional e com a Constituição Federal de 1988 que os asseguram,

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 878694 MG 1037481-72.2009.8.13.0439. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 10/05/2017. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-021 06/02/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>>. Acesso em. 20 jun. 2019. p. 64.

haja vista que possuem caráter aberto com conteúdo moral, prejudica a interpretação mecanicista pautada apenas na lei, conforme tradição da *Civil Law*.

Surge a necessidade de uma "leitura principiológica do Direito" que, ao ser aplicada, alçou o Judiciário, em especial o STF, à função de realizador dos direitos e não simplesmente aplicador, alcançando, até mesmo, alinhamentos das atividades dos demais poderes.²³¹

Com essa carga de poder ascendente do Judiciário, a necessidade de critérios para legitimação de suas decisões passou a ser recorrente, de forma que decisões consequencialistas passaram a ser constantes, afirmando a preocupação com os resultados úteis e o apelo a uma validação da sociedade passaram a comprometer a integridade do sistema constitucional democrático.

Diante dessas primeiras constatações, é necessário fazer a análise de um caso prático com decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 17/02/2016, que foi totalmente consequencialista, analisando, em específico, dois votos: o proferido pelo Ministro relator Teori Zavascki e o do Ministro Luís Roberto Barroso.

Trata-se do *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP²³², que afastou o precedente adotado pela corte desde o ano de 2009, fixando novo entendimento em relação a presunção de inocência (CF, artigo 5.º, LVII), autorizando a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória com a seguinte ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5.º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5.º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

²³¹ CHUEIRI, Vera Karam; SAMPAIO, Joanna Maria de Araujo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n.91. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, p. 46, jan./jun. 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24372>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

²³² BRASIL. . Supremo Tribunal Federal. HC 126292 SP 8620448-89-2015.1.00.000. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 17/02/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-100 17/05/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 1.º out. 2021.

O referido HC teve relatoria do Ministro Teori Zavascki e foi impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP alegando ser inadequado o manejo de *habeas corpus* contra decisório do Tribunal a quo atacável pela via de recurso especial, não sendo mais cabíveis *habeas corpus* utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal.

O HC foi impetrado por Maria Claudia de Seixas em favor do paciente Márcio Rodrigues Dantas, alegando que ele foi preso sem ter havido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo uma violação e afronta à norma da presunção de inocência esculpida no artigo 5.º, inciso LVII da Constituição Federal. Afirmava, ainda, que a prisão do paciente não prescinde, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do trânsito em julgado da condenação

Os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármem Lúcia e Gilmar Mendes votaram para denegar a ordem do *habeas corpus* no sentido de definir que a execução provisória da pena não contraria a presunção da inocência prevista no artigo 5.º, inciso LVII da Constituição Federal, podendo ser realizada a execução provisória da pena antes mesmo de ocorrer o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Essa decisão restabeleceu o entendimento da Corte entre os anos de 1991 a 2009 e afastou o precedente da Corte, com disposição em sentido contrário, que vinha sendo aplicado desde o ano de 2009.

Foram vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente).

O primeiro voto a ser analisado, do relator Teori Zavascki, assegurou a necessidade de retorno ao precedente que já havia sido superado do HC 68726 de 1991. Contudo, em nenhum momento, justificou ou apresentou argumentos que evidenciarium caso de *overruling* ou caso de *distinguishing* da *ratio decidendi*, dos princípios, que vinham sendo aplicado desde o HC 84078/MG de 2009 que reconheceu a incompatibilidade do princípio da presunção da inocência com a execução da sentença antes do trânsito em julgado. Realiza, na verdade, a análise e justificação baseadas em questões sociais, ressaltando os resultados úteis para a sociedade para justificar a não aplicação do precedente.

Buscou explanar o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função

jurisdicional penal, ressaltando que aquele deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante do nosso complexo sistema penal.

Asseverou, ainda, que a execução da pena com pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o cerne essencial da não culpabilidade, uma vez que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo processo ordinário respeitando todas as normas de contraditório e ampla defesa. Tal fato justifica que não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir do processo extraordinário, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias, tendo em vista que estes recursos não têm o objetivo de verificar a realização da justiça ou injustiça de sentenças proferidas em casos concretos. Ainda os Recursos Extraordinários possuem como requisito de admissibilidade a repercussão geral do mérito a ser julgado, a transcendência ao interesse da parte em específico, conforme determinado pela Emenda n.º 45/2004.

Mais: constatou que a garantia de forma absoluta ao princípio da presunção de inocência acarreta a aceitação de interposição de recursos que possuem o objetivo de protelação para obtenção de prescrição dos crimes. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, passa a ser um empecilho da efetividade da jurisdição penal.

No que se refere ao segundo voto a ser analisado do Ministro Luís Roberto Barroso, verifica-se o cerne da fundamentação baseada no melhor interesse da coletividade, com argumentos totalmente pragmáticos ao argumentar que a execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau: a) possibilita tornar o sistema criminal mais funcional e equilibrado ao proibir o grande número de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição ordinária; b) reduz o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais igualitário e incentiva a redução dos crimes de colarinho branco diante de um risco mínimo de não cumprimento da pena; c) acaba com a ideia de impunidade do sistema criminal.

O Ministro ainda ressalta que a execução da pena, ainda que sujeita a Recurso Especial ou Extraordinário, não viola o princípio da presunção da inocência ou culpabilidade (artigo 5.º, inciso LVII da Constituição Federal) por três fatores que designa como sendo de índole constitucional: a) a constituição condiciona a culpabilidade e não a prisão ao trânsito em julgado da sentença; b) a presunção da inocência é princípio e não regra e deve ser aplicada atendendo as regras de

ponderação, sendo que, nesse caso específico, tal princípio adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal; c) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução passa a ser uma exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do poder judiciário e sistema penal.

O voto é estruturado em três partes, das quais uma é dedicada a expor sua fundamentação baseada apenas nos argumentos pragmáticos para justificação do novo entendimento. Para tal Ministro, esses argumentos pragmáticos validam a mutação constitucional, uma vez que a alteração da compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito, ressaltando que o sentido que deve ser atribuído ao texto da Constituição sofreu mudança que se encontra na contramão do entendimento adotado em 2009.

Chega a ressaltar que a norma jurídica não é um relato abstrato, e, sim, fruto da integração entre texto e realidade. Ou seja,

[...] a integração de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios deve ser feita, em primeiro lugar, com base nos valores éticos mais elevados da sociedade (leitura moral da Constituição), observada essa premissa [...] deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais e produzir o melhor resultado para a sociedade.²³³

Em relação aos votos vencidos, a Ministra Rosa Weber entendeu que o princípio da segurança jurídica deveria prevalecer, discordando do voto do relator e concedendo a ordem no *habeas corpus*. O Ministro Marco Aurélio também divergiu do voto do relator no sentido de manter o entendimento da Corte, sendo que a norma constitucional da presunção de inocência não permitiria interpretação diversa.

Ao analisar os votos que acompanharam o voto do Ministro Relator, constata-se que, apesar de estarem todos defendendo a mesma tese de possibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, as justificativas e argumentos apresentados em cada voto foram diferentes, com teses e assuntos próprios defendidos por cada Ministro, dificultando a situação a ponto de

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292 SP 8620448-89-2015.1.00.000. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 17/02/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-100 17/05/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 1.º out. 2021. p. 49-50.

se afirmar que impossibilita a extração da *ratio decidendi* da decisão proferida pela Corte.

No precedente disposto no HC 84.078/MG²³⁴, de relatoria do Ministro Eros Grau, por maioria de votos, os ministros estabeleceram a inconstitucionalidade da chamada execução antecipada da pena diante da previsão Constitucional do inciso LVII, artigo 5.º e do inciso III do artigo 1.º da Constituição Federal. Foram vencidos os Senhores Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

Ocorre que, verificando o acórdão proferido no ano de 2009, constata-se que os princípios que a fundamentaram não sofreram mudança, não sendo o caso para *overruling* ou *distinguishing* para ensejar o novo posicionamento no *Habeas Corpus* 126.292/SP. Tal acórdão fundamentou-se nos princípios abstratos da liberdade, isonomia, ampla defesa e presunção da inocência.

Cabe ressaltar que o entendimento do *Habeas Corpus* 126.292/SP do ano de 2016 foi novamente alterado no bojo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.ºs 43, 44 e 54²³⁵ em novembro do ano de 2019, retornando o entendimento do HC 84.078/MG do ano de 2009. Tal movimentação ressalta que o cumprimento da pena só poderia ser iniciado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, declarando a compatibilidade do art. 283 do Código de Processo Penal com o art. 5.º, LVII, da Constituição Federal de 1988.

Ademais, o relator Ministro Marco Aurelio afirmou que o princípio da não culpabilidade é garantia vinculada, pela Lei Maior, à preclusão, de modo que a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal não comporta questionamentos. O preceito consiste em reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir. O trânsito em julgado é apresentado como marco seguro para a severa limitação da liberdade, ante a possibilidade de reversão ou atenuação da condenação nas instâncias superiores.

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43 DF 4000886-80.2016.1.00.000. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 07/11/2019. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 12/11/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>>. Acesso em: 1.º out. 2021.

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84078/MG MG. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 05/02/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-035 DIVULG 25/02/2010 PUBLIC 26/02/2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 1.º out. 2021.

Diante dos fatos elencados, é importante manter o foco na análise do acordo proferido no *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP devido ao novo entendimento adotado que foi totalmente contrário aos precedentes, ou seja, contrário a uma ideia de lógica, coerência, previsibilidade e segurança jurídica.

O caso citado adequa-se de forma primordial como um dos tantos exemplos utilizados por Dworkin para a explicação do pragmatismo diante dos argumentos adotados que visam às melhores regras para o futuro eo melhor resultado para a coletividade.

Ressalta Dworkin:

O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Esse exercício pode pedir a interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica: um pragmático utilitarista talvez precise preocupar-se com a melhor maneira de entender a ideia de bem-estar comunitário, por exemplo. Uma vez mais, porém, um juiz que aceite o pragmatismo não mais poderá interpretar a prática jurídica em sua totalidade.²³⁶

Pior que lançar mão de uma fundamentação pragmática, o Ministro Luís Roberto Barroso embasou seu voto com argumentos que já haviam sido veementemente impugnados pelo precedente.

Na própria ementa HC 84.078/MG fica constatado que a antecipação da execução penal poderia ser justificada apenas em nome da conveniência dos magistrados, e não do processo penal, ao afirmarem que a concessão do HC significaria o abarrotamento em um grande número de recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos. Além disso, o "ninguém mais será preso" trata-se de uma incitação a uma "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais, assegurando que a comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não poderia ser lograda a esse preço.

Conforme já apontado, o Ministro Barroso profere seu voto o entendimento adotado desde 2009, inclusive afirmando a tese contrária sem nenhuma justificativa ou fundamentação baseada em princípios que pudessem conduzir a um novo entendimento. Ficou evidente que o Ministro aderiu à sugestão de "pegar o porrete" –

²³⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 272-273.

aqui, faço uso da sátira adotada pelo ministro Eros Grau no seu voto – utilizando, sob o ponto de vista da teoria da decisão judicial de Dworkin, uma fundamentação baseada em argumentos de política constatados em argumentos pragmáticos e caracterizados por um contexto e por um consequencialismo fundamentado em um bem comum.

Ademais, a prevalecer o entendimento que só se pode executar a pena após o trânsito em julgado das decisões do RE e do Resp, consagrar-se-á, em definitivo, a impunidade. Isso --- eis o fecho de ouro do argumento --- porque os advogados usam e abusam de recursos e de reiterados habeas corpus, ora pedindo a liberdade, ora a nulidade da ação penal. Ora - -- digo eu agora --- a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebatando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete! Não recuso significação ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes [...].²³⁷

O Ministro Eros Grau, em seu voto no HC 84078/2009, afirma que

[...] apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fosse considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate.²³⁸

Fica constatado, então, que o Supremo Tribunal Federal desrespeitou o seu próprio precedente que vinha sendo adotado desde o ano de 2009 (HC 84.078/MG), sendo que para a superação (*overruling*) deste deveria o Supremo se ater a *ratio decidendi* da decisão com base em regras e princípios, e não com argumentos meramente consequencialistas e pragmáticos.

Verifica-se que a decisão proferida pelo STF no HC 126.292/SP atendeu a questões funcionais e pragmáticas com teor consequencialista, não sendo um exemplo de integridade, prestando-se à invalidação de um "romance em cadeia", defendido por

²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84078/MG MG. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 05/02/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-035 DIVULG 25/02/2010 PUBLIC 26/02/2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 1.º out. 2021.

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84078/MG MG. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 05/02/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-035 DIVULG 25/02/2010 PUBLIC 26/02/2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 1.º out. 2021.

Dworkin no direito como integridade, aumentando a insegurança jurídica no sistema jurídico e violando direito fundamental posto como cláusula pétrea pela Constituição.

Para os casos que não podem ser resolvidos com a mera aplicação da lei, pois não apresentam uma resposta correta para nenhuma das partes, Dworkin apresenta uma teoria da decisão judicial baseada na distinção entre princípios e políticas, afirmando que a melhor resposta está na decisão que foi fundamentada em princípios – ou seja, que protege um direito individual – e não em argumento político que protege um objetivo coletivo.²³⁹

Nesse sentido, Chueiri, citando Dworkin, afirma que a teoria daquele autor associa a prática judicial uma dimensão moral, ressaltando que tal fato não significa uma moralização do direito, mas, sim, de que o Direito não pode ser neutro diante da moral, tampouco diante da política. "O direito só pode ser considerado válido enquanto for moralmente justificado, ou seja, se baseie em princípios, sendo o principal o da igualdade – segundo o qual todos devem ser tratados com igual respeito e consideração".²⁴⁰

Essa ligação necessária entre política e moral compromete favoravelmente o exercício da jurisdição, pois a compreende como o locus de realização dos direitos fundamentais, pois, para Dworkin, os cidadãos possuem direitos individuais que devem ser preservados, independente do que os órgãos democráticos – não vitalícios e responsáveis por seus atos – acharem ser do interesse da sociedade. E ao poder judiciário é dado aplicar o direito no sentido da efetivação de tais direitos. Neste sentido, ele age moral e politicamente.²⁴¹

Para Dworkin, existem duas concepções distintas do Estado de Direito, podendo ser referidas como aquela centrada no texto legal e aquela centrada nos direitos.

A primeira concepção centrada no texto legal faz referência à concepção de que o poder do Estado, no máximo possível, não deve ser desempenhado contra os cidadãos individuais, sempre devendo estar em conformidade com a legislação

²³⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²⁴⁰ CHUEIRI, Vera Karam; SAMPAIO, Joanna Maria de Araujo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n.91. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, p. 48-49, jan./jun. 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24372>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

²⁴¹ CHUEIRI, Vera Karam; SAMPAIO, Joanna Maria de Araujo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n.91. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, p. 49, jan./jun. 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24372>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

vigente. O governo e o povo estão submetidos às regras postas no conjunto de leis. Nessa concepção, constata-se apenas uma hipótese na qual a comunidade política pode ser deficiente ao fazer uso do poder de polícia sobre o indivíduo de formas diversas a explicitada no conjunto de regras.²⁴²

A segunda concepção centrada nos direitos apresenta-se como mais ambiciosa ao afirmar que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos frente ao Estado. Tais direitos morais e políticos devem ser reconhecidos no direito positivado para serem reconhecidos perante a atividade jurisdicional. Assim, constatam-se três hipóteses de deficiência, sendo que o Estado pode não obter êxito dos direitos individuais impostos ao renunciar de impor direitos contra si, embora os reconheça como devidos; pode fracassar na exatidão dos direitos que reconhece deixando de reconhecer sua importância; e pode fracassar na equidade de imposição dos direitos fixando regras que coloquem em desvantagem classes que já são desfavorecidas, como o pobre ou a raça negra.²⁴³

Existem várias diferenças entre as concepções aqui expostas. Contudo, para nosso estudo, cabe ressaltar a diferença no que diz respeito ao que é orientado por cada uma delas quanto a possibilidade de os juízes decidirem de forma política em casos controversos.

Nesse tocante, a concepção centrada no texto legal aponta conselhos positivos e negativos. Positivamente, reconhece que os juízes devem decidir os casos baseados na realidade daquele texto jurídico (quais as questões semânticas, psicológicas ou históricas). Negativamente, afirma que os juízes não podem decidir casos com base em seu próprio julgamento político. No sentido positivo, é a qualidade das diversas questões históricas – e não a certeza da resposta – que recomenda essas questões ao modelo centrado no texto jurídico. Essa concepção é contrária as questões políticas, como sendo a indagação do que poderia ter feito os legisladores, não porque tal indagação possa permitir várias respostas, mas porque seria a indagação errada a se fazer.²⁴⁴

²⁴² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 6-7.

²⁴³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 7-8.

²⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 10-14.

Já a concepção centrada nos direitos requer que ao menos um tipo de indagação política seja justamente nas questões em que os juízes confrontados com casos controversos devem questionar. Tem-se aqui que a questão final que ela apresenta é saber se o indivíduo que litiga tem direito moral de receber do tribunal aquilo que pleiteia, tendo em vista que, em uma democracia, os tribunais têm o dever de aplicar o que o legislativo aprovou, trata-se de um direito moral *prima facie*.²⁴⁵

Contudo, tal concepção centrada nos direitos, mesmo admitindo que o texto jurídico é uma fonte de direitos morais, nega que a legislação seja sua fonte única, pois existem questões que a lei não trata, ou possui texto que admita interpretações distintas etc. Nesse sentido, faz-se necessário que os juízes, em um caso controverso, estruturem algum princípio que em um nível adequado de abstração seja compatível com os direitos morais das partes e com o ordenamento jurídico e sua Carta Suprema.²⁴⁶

Nesse sentido, o Poder Judiciário, mesmo não sendo eleito pelo povo, pode impor os direitos morais aos indivíduos quando a lei não o faz, uma vez que o cidadão deve ter seus direitos garantidos nos tribunais, o que não contraria os ideais de democracia. Os legisladores, para decidir sobre o direito, estão sujeitos às pressões a que não estão sujeitos os juízes. Isso não seria uma violação a equidade do poder político assegurado pela democracia, pois as decisões políticas genuínas retiradas do poder legislativo e transferidas para os juízes, são referentes a uma classe pequena e especial de decisões políticas.²⁴⁷

Para Chueiri e Sampaio, é perceptível, no Brasil, é possível fazer a mesma constatação que Dworkin fez nos Estados Unidos, qual seja, a alteração da interpretação constitucional reconhecendo o deslocamento da confiança para os argumentos políticos não obteve nenhuma perda no respeito do público pelas decisões do tribunal para a salvaguardar os direitos fundamentais.²⁴⁸

²⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 14.

²⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 15-17.

²⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 27-31.

²⁴⁸ CHUEIRI, Vera Karam; SAMPAIO, Joanna Maria de Araujo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n.91. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, p. 51, jan./jun. 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24372>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

Constatando o posicionamento do Dworkin e seguindo o entendimento de Chueiri e Sampaio, pode-se afirmar que o referido autor adota a concepção de Estado Democrático de Direito, centrada nos direitos de forma que o judiciário não pode estar alheio as suas atualizações devendo aplicar os princípios abstratos ao caso concreto. Assim, atesta que a efetividade dos direitos morais depende da atuação do judiciário.

Sendo assim, o judiciário não pode estar alheio ao processo de construção e reconstrução do direito, deve sempre proteger os direitos individuais depreendidos do compromisso moral e político que a comunidade assumiu para se constituir como livre e igual. A efetividade dos direitos morais apenas se inicia com a elaboração das regras pelo executivo e pelo legislativo, é a atuação do judiciário que efetivará os direitos morais nos casos concretos. As regras gerais e abstratas necessitam ser aplicadas ao caso concreto, por isso os trabalhos de aplicação e de criação de regras e de políticas públicas são complementares. Não obstante serem complementares, deverão ser fundamentados diferentemente.²⁴⁹

Voltando ao caso do HC 126.292/SP constata-se que os Ministros se valeram de argumentos políticos para atenderem os interesses da coletividade, demonstrando a aplicação de uma interpretação pragmática.

Na interpretação pragmática, o juiz analisa que decisão irá melhor atender os interesses de uma coletividade e não do indivíduo em particular ou em grupos, sendo que a previsibilidade pode ser dispensada em prol da coletividade.

Contrário ao pragmatismo, Dworkin afirma que este possui como característica central o ceticismo quanto as pretensões jurídicas tuteladas. O pragmático defende que os "juízes deveriam sempre fazer o melhor possível para o futuro, nas circunstâncias dadas, desobrigados de qualquer necessidade de respeitar ou assegurar a coerência de princípio com aquilo que outras autoridades públicas fizeram ou farão".²⁵⁰

Os votos do HC 126.292/SP comprovam a afirmação feita por Chueiri e Sampaio de que os argumentos de política por parte do judiciário são muito frequentes na sociedade brasileira, diante de uma democracia débil, com ausência de debates públicos e com poucas manifestações populares para reivindicação de direitos. O

²⁴⁹ CHUEIRI, Vera Karam; SAMPAIO, Joanna Maria de Araujo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n.91. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, p. 51, jan./jun. 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24372>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

²⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.196-197.

judiciário figura como um usurpador de poderes do legislativo e executivo diante das decisões com argumentos de política, quando, na verdade, deveria estar aplicando de forma coerente as normas, embasado em argumento de princípio, ou seja, garantindo que, na aplicação da lei ou política pública, nenhum princípio constitucional seja violado.²⁵¹

Mesmo estando em sentido contrário defendendo a adoção do pragmatismo, cabe, neste momento, ressaltar uma visão nova proposta por Ataíde Junior em sua tese de doutorado sobre a adoção do pragmatismo processual como um novo estágio metodológico para o processo civil.

Ataíde Júnior propõe uma progressiva implantação do método processual pragmático para guiar a produção de soluções processuais, mediante a aplicação das seguintes diretrizes:

1.º) Desprezar as diferenciações entre categorias ou conceitos processuais que não revelem implicações práticas; 2.º) Não descartar uma solução processual apenas porque ela não corresponde a um conceito, sistema ou regra do direito processual; 3.º) Entre duas ou mais soluções processuais, adotar aquela que apresentar as melhores consequências práticas em termos de prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva; 4.º) Avaliar as consequências práticas de uma solução processual de acordo com a experiência.²⁵²

Nessa dimensão, o referido autor afirma que a aplicação das quatro diretrizes também opera no plano judicial no âmbito do direito processual sendo produzido pelo trabalho dos juízes. Estes devem perguntar quais são as consequências práticas da solução encontrada, questionando se ela será operacional e se possibilitará uma adequada prestação jurisdicional. Na existência de mais de uma solução, deve-se adotar aquela que ofereça os melhores resultados, sendo que, em caso de não encontrar uma solução adequada, deve-se buscar a criatividade, respaldada por critérios de administração e economia, não devendo excluir uma solução processual

²⁵¹ CHUEIRI, Vera Karam; SAMPAIO, Joanna Maria de Araujo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n.91. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, p. 61, jan./jun. 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24372>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

²⁵² ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. 278 p. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 119. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31921/R%20-%20T%20%20VICENTE%20DE%20PAULA%20ATAIDE%20JUNIOR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

simplesmente porque ela não está atrelada a um conceito, sistema ou regra de direito processual.²⁵³

Para Ataíde Junior, o pragmatismo se destaca nos Estados Unidos, país filiado ao sistema *common law*, principalmente pela concepção de que o juiz é criador de direito. Nesse interim, é justamente a aproximação entre os sistemas *common law* e do *civil law* que favorece a aplicação do pragmatismo jurídico no direito brasileiro, uma vez que este contribui para a implementação de um sistema de precedentes obrigatórios na medida que se rejeita os argumentos contrários, sempre que fundados em princípios abstratos, como a natureza do sistema *civil law*, o princípio da legalidade e mesmo a independência dos juízes. Também diante da constatação empírica que a adoção de um sistema de precedentes significa o aumento da qualidade no sistema de justiça pela segurança que proporciona e pela eficiência com a redução do número de processo diante da vinculação obrigatória e da extinção da controvérsia sobre determinado tema.²⁵⁴

Em sentido contrário está o posicionamento de Barboza ao afirmar que a análise de eficiência feita pelo juiz do *common law* para obtenção de uma decisão consequencialista, que proporcione o mais alto nível de bem estar para a sociedade, considera apenas os efeitos que podem surgir e não as causas, o direito anterior aplicado ou precedentes.²⁵⁵

Apesar de apresentar o pragmatismo em uma nova perspectiva como um método processual com a aplicação de diretrizes, questiona-se sobre como seria a resolução e o que seria preponderante nos casos em que, mesmo adotando as diretrizes, tem-se um conflito quanto à possibilidade dos juízes em dar preponderância a um

²⁵³ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. 278 p. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 178. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31921/R%20-%20T%20%20VICENTE%20DE%20PAULA%20ATAIDE%20JUNIOR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

²⁵⁴ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. 278 p. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 87-93. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31921/R%20-%20T%20%20VICENTE%20DE%20PAULA%20ATAIDE%20JUNIOR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

²⁵⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A decisão judicial no Common Law: utilidade, maximização de riqueza ou integridade?**. p. 174. Disponível em: <https://www.academia.edu/38373043/A_decis%C3%A3o_judicial_no_Common_Law_utilidade_maximiza%C3%A7%C3%A3o_de_riqueza_ou_integridade>. Acesso em: 17 ago. 2021.

princípio abstrato com base constitucional ou assegurar aquela que ofereça melhores resultados para a coletividade, tendo em vista que tal conflito também pode acontecer no campo processual como no caso já retratado nesse tópico da decisão no *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP.

Com base num sistema de precedentes e no arcabouço teórico de Dworkin, conclui-se que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP foi contrária ao precedente e aos princípios que embasaram a *ratio decidendi* no caso do HC 84.078/MG mudando o entendimento para possibilitar a execução da pena antes de haver o trânsito em julgado da sentença condenatória com argumentos pragmáticos imbuídos de preocupação em dar efetividade ao sistema penal e uma resposta a sociedade. Tal situação contrariou os ideais de coerência, integridade, previsibilidade, estabilidade e segurança jurídica em relação ao sistema jurídico, uma vez que rompeu com a lógica do "romance em cadeia".

As decisões consequencialistas, que se baseiam em argumentos de política, não geram força gravitacional do precedente e, portanto, não vinculam casos futuros.²⁵⁶

Nas palavras de Dworkin, "a força gravitacional dos precedentes define-se pelos argumentos de princípios que lhe dão sustentação e as decisões judiciais devem ser justificadas por argumentos de princípio e não por argumentos de política".²⁵⁷

Constata-se, então, que a força gravitacional tem por fundamento a ideia de que a equidade exige uma aplicação coerente dos direitos, na qual os juízes devem descobrir os precedentes que se ajustam não apenas naquele caso em específico do litígio, mas para todas as outras decisões no âmbito da jurisdição, uma vez que devem ser geradas a partir dos princípios. Destaca-se que, caso os princípios citados em uma decisão sejam incompatíveis com outras decisões já sustentadas pelo tribunal, não terá o juiz cumprido o seu dever de disponibilizar uma decisão equânime.²⁵⁸

²⁵⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 215.

²⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.180.

²⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 181.

Para Dworkin, a interpretação correta é aquela que adota os princípios abstratos de forma a permitir o desencadeamento de um "romance em cadeia", diante da adoção da concepção de direito como integridade, o que trataremos no próximo tópico.

4.3 DIREITO COMO INTEGRIDADE COMO PROPOSTA PARA O PODER JUDICIÁRIO ALCANÇAR A IGUALDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA

Iniciamos este capítulo com o caso tratado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277 que atestaram o princípio abstrato da Igualdade e Liberdade, ou seja, sua *ratio decidendi*, para reconhecer juridicamente a união estável entre pessoas do mesmo sexo, equiparando as uniões estáveis homoafetivas às uniões heteroafetivas.

Constatou-se a prática judicial do Supremo Tribunal Federal adotando tal precedente para as decisões futuras no que competia ao tratamento jurídico aos casos idênticos ou semelhantes, assegurando uma lógica, igualdade, coerência, segurança jurídica e integridade ao sistema jurídico.

Contudo, mesmo diante da aproximação das tradições do *civil law e do common law*, já estudadas no item 3.1, mediante a razão de decidir do STF no *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP, explanado no tópico anterior, reconhecemos, mediante a decisão proferida, que a preocupação do Tribunal Superior estava centrada em demonstrar uma racionalidade funcional do sistema criminal, de modo a reduzir demandas e recursos protelatórios, proferindo uma decisão com argumentos consequencialistas e pragmáticos sem qualquer preocupação com os precedentes quanto a mesma matéria, ou até mesmo, quanto à segurança jurídica e igualdade.

Os casos analisados são meramente ilustrativos para demonstrar que o Supremo Tribunal Federal, apesar de, por um lado, aplicar seus precedentes, por outro, em tantos outros casos, não possui uma vinculação para decidir conforme seus precedentes, podendo agir imbuído com argumentos meramente políticos, proferindo decisões consequencialistas e pragmáticas, violando direitos constitucionais.

Nesse sentido, os juízes convivem com esse campo "aberto", "discricionário" de interpretação, sendo constante os casos de demonstrações de insegurança jurídica e desrespeito com a Igualdade. Diante disso,

[...] tanto a dogmática constitucional como a jurisprudência mostram-se confusas, ao mesmo tempo em que procuram respeitar a Constituição – que impõe a efetivação dos princípios – descumprem o sentido dado aos princípios pela mesma, pois esta coloca os princípios como direitos fundamentais, e não como bens, que podem ser ponderados de acordo com a sua conveniência.²⁵⁹

Tal cenário, com decisões que rompem com os precedentes ou com as garantias constitucionais, violando a integridade do sistema, muito se explica em função de seu ordenamento jurídico sucumbido por sua própria gênese romano-germânico (*civil law*) diante da contrariedade do seu pressuposto de validade, que designa a lei como sendo a sede da completude, com a atividade interpretativa do judiciário e, ao mesmo tempo, possui proximidade com a tradição *common law*.

Por outro lado, mesmo com toda a tradição positivista, a partir da segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra Mundial e com a revolução dos direitos humanos e conseqüente judicialização da política – em âmbito nacional, com a Constituição Federal de 1988 –, tem-se a vasta abertura principiológica diante do tratamento de direitos com caráter aberto, mais complexos, mais extensos e com conteúdo moral externando decisões inovadoras, mas com fundamentações questionáveis.²⁶⁰

De tal forma que essa jurisdição adepta ao sistema de *civil law*, por defender que a segurança jurídica está na codificação e, por isso, não em adotar, desde a sua gênese ou de forma vinculativa, mesmo com as novas determinações do Código de Processo Civil de 2015, o sistema de precedentes determinado pela doutrina da *stare decisis*. Isso é especialmente notório em matéria de Direitos Fundamentais, a qual está mais vulnerável, desrespeitando a segurança jurídica e a igualdade enquanto princípios fundantes e valores supremos do estado constitucional brasileiro, preconizados no preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

Para Barboza, a insegurança surge neste momento quando o judiciário, um poder não eleito pelo voto popular, é chamado para decidir sobre questões de

²⁵⁹ CHUEIRI, Vera Karam; SAMPAIO, Joanna Maria de Araujo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n.91. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, p. 46, jan./jun. 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24372>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

²⁶⁰ CHUEIRI, Vera Karam; SAMPAIO, Joanna Maria de Araujo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n.91. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, p. 46, jan./jun. 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24372>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

direitos fundamentais que possuem conteúdo moral político e que exigem uma significação para seu conteúdo diante do dissenso da comunidade.²⁶¹

Para a garantia da segurança jurídica e da Igualdade, objetivos tão essenciais para um ordenamento jurídico, defende-se a adoção, pelo Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, de uma doutrina da *stare decisis*, a partir de uma ideia de direito como integridade e romance em cadeia, defendida por Dworkin. Isso estaria em consonância com a Constituição Federal de 1988 mediante a aplicação principiológica do direito constitucional.²⁶²

Dworkin rejeita a teoria do convencionalismo, definido como a interpretação em que os juízes aplicam convenções legais e especiais e rejeita a teoria do pragmatismo, em que os juízes sentenciam fundamentados a melhoras futuras sem vinculação a decisões anteriores.²⁶³

Ao adotar a concepção de direito como integridade, Dworkin ressalta que esta faz com que o conteúdo do Direito não seja dependente de convenções especiais, mas, sim, de interpretações mais sofisticadas e concretas da mesma situação jurídica que começou a interpretar. Advertindo para o fato de que "a integridade não se impõe por si mesma", sendo necessário um julgamento "estruturado por diferentes dimensões de interpretação e diferentes aspectos destas".²⁶⁴

O direito como integridade "é produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração"²⁶⁵, de forma que o juiz, ao decidir um caso difícil, deve realizar a interpretação do que já foi decidido até o presente momento, bem como deve dar continuidade a essa interpretação.

A afirmação acima exposta é explicada por Barboza ao preconizar que o entendimento está na compreensão de que os juízes devem buscar os fundamentos

²⁶¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica:** reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 203.

²⁶² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica:** reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 213; 231.

²⁶³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 272-273.

²⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 489.

²⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 273.

nos princípios que formam o direito como integridade, para decidir os casos difíceis. Contudo, devem estar atentos a, em um caso de nova decisão, esse produto captado da atividade de interpretação do princípio deve servir como base para os casos futuros, existindo sempre um processo de interpretação e reinterpretação. "Assim, o produto da interpretação passa a ser fonte de inspiração na reinterpretação dos princípios que compõem o direito como integridade".²⁶⁶

Barboza encontra-se como uma das primeiras defensoras da aplicação dessa tese no âmbito do Brasil, fazendo importante a manutenção da integridade e coerência no momento da tomada de decisões, principalmente, no que diz respeito aos casos difíceis, nos quais os "Ministros devem firmar uma posição não só verificando a posição já manifestada pelo Tribunal em outras ocasiões, mas que venha a servir como precedente para futuros casos semelhantes"²⁶⁷, sendo os tribunais inferiores também vinculados à integridade e coerência nas suas próprias decisões e nas decisões fixadas pelos Tribunais superiores.

Chueiri e Sampaio afirmam que no sistema jurídico constitucional brasileiro, mesmo tendo fundamento de *civil law*, após a Constituição de 1988 adquiriu força a leitura principiológica do direito constitucional e conseqüentemente teorias anglo-americanas, como a de Dworkin. Elas causaram reflexões inéditas a respeito da jurisdição e de argumentos novos para as decisões do Supremo Tribunal Federal, o qual é aplicador e realizador do Direito.²⁶⁸

Dworkin estabelece uma distinção entre duas formas de integridade, diferenciando dois princípios: princípio da integridade na legislação e a integridade na deliberação judicial.

O princípio da integridade na legislação limita a atuação dos legisladores para que, quando da criação do direito, mediante a edição de leis, reconheçam e

²⁶⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 226.

²⁶⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 231.

²⁶⁸ CHUEIRI, Vera Karam; SAMPAIO, Joanna Maria de Araujo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n.91. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, p. 45-46, jan./jun. 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24372>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

sejam compatíveis aos princípios, expressando um sistema coerente de justiça e equidade²⁶⁹:

Esperamos que nossa legislatura reconheça o que a justiça exige, de forma que nenhum conflito prático permaneça entre a justiça e a supremacia legislativa; esperamos que as áreas do direito sejam reorganizadas, na compreensão pública e dos profissionais, para mapear as verdadeiras distinções de princípio, de forma que a prioridade local não apresente impedimento para um juiz que procura um fluxo natural de princípios por todo o direito.²⁷⁰

O princípio da integridade na "deliberação judicial requer que os juízes reconheçam o ordenamento jurídico como um conjunto coerente de princípios, interpretando estes de forma a encontrar as normas implícitas entre aquelas explícitas".²⁷¹ O juiz deve ver o direito como "uma associação de princípios, como uma comunidade governada por uma visão simples e coerente de justiça, equidade e devido processo legal"²⁷², sendo que o juiz deve realizar um julgamento interpretativo fundindo essas três dimensões de forma que torna o histórico legal da comunidade como sendo o melhor possível do ponto de vista da moral política.²⁷³

A real possibilidade de aproximação do direito como integridade ao método *common law* fica evidente quando Dworkin descreve o direito como integridade, formado por um conjunto de princípios que não estão no texto escrito da Constituição (princípios não escritos e Constituição não escrita), precedentes judiciais como prática constitucional (direito não escrito – *stare decisis*) e pelo romance em cadeia, no qual cada juiz é responsável por um capítulo do romance e, para isso, deve estar atento para o que foi escrito no capítulo anterior.²⁷⁴

²⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 261-263.

²⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 484.

²⁷¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 261.

²⁷² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 483.

²⁷³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 489.

²⁷⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 213.

A aproximação do direito como integridade com o método *common law* também pode ser explicada pelo fato de Dworkin construir sua teoria mediante análise de casos concretos da prática judicial norte-americana, constatando que o direito possui dimensões morais e políticas, ou seja, que não se resume a legislação.²⁷⁵

Mostra-nos que a aplicação do direito não é neutra ou apolítica. Os juízes não estão alheios ao processo de criação do direito, pois toda vez que o aplicam o constroem. Não no sentido defendido pelo positivismo que atribui aos juízes o poder discricionário de *fazer* o direito em casos em que este não se encontra disponível no sistema legal, mas, sim, no sentido de que os juízes podem e devem, com criatividade, buscar nos princípios o fundamento para suas decisões por meio da sua interpretação. Neste sentido, essa permanente construção do direito deveria ser realizada de maneira a melhor adequá-lo aos princípios constitucionais, em uma perspectiva passada, presente e futura.²⁷⁶

No que diz respeito a equidade, para Barboza, as decisões no direito por integridade almejam "de forma bem mais ampla que o princípio do *treat like cases alike* da prática dos precedentes, pois trata-se de usar exatamente os mesmos princípios que foram base das decisões semelhantes".²⁷⁷

No livro "Levando os Direitos a sério", Dworkin traz a ideia de que o juiz deve decidir com coerência. Contudo, não se trata de coerência apenas com a decisão judicial precedente, mas também, coerência na aplicação do princípio que tomou como base.²⁷⁸ Assim, o que intitula de força gravitacional dos precedentes não está na abordagem de leis postas, mas na igualdade de tratamento dos casos semelhantes, uma vez que um precedente é um relato de uma decisão política anterior e essa decisão, enquanto parte de uma história política, oferece base

²⁷⁵ CHUEIRI, Vera Karam; SAMPAIO, Joanna Maria de Araujo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n.91. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, p. 46, jan./jun. 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24372>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

²⁷⁶ CHUEIRI, Vera Karam; SAMPAIO, Joanna Maria de Araujo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n.91. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, p. 46, jan./jun. 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24372>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

²⁷⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 215.

²⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 139.

para decidir outros casos futuros de forma similar, e, também, nos argumentos de princípios utilizados.²⁷⁹

A força gravitacional será definida pelos argumentos de princípios que lhe dão sustentação²⁸⁰, ou seja, não será apenas a *ratio decidendi* que irá atrelar os casos futuros.²⁸¹

Para Dworkin, o juiz Hercules deverá

[...] limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões. Se considerasse que uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por algum argumento de política, ela não teria força gravitacional alguma.²⁸²

A partir da ideia de direito como integridade, para decidir os casos controversos, Dworkin cria a analogia com a literatura, afirmando que a forma como os juízes decidem os casos controversos no *common law* é similar ao exercício literário de um romance em cadeia, isto é, quando não existe lei que trate questão jurídica e o argumento está em descobrir qual regra ou princípio de Direito que foram adotadas por outros juízes nas decisões passadas sobre matéria semelhante. Cada juiz é como um romancista, pois deve ler tudo o que os outros juízes escreveram no passado, para determinar o motivo dessas decisões, analisando como um todo. Assim, "ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar, como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas, são as histórias; é seu trabalho continuar essa história".²⁸³

Como em um romance em cadeia, cada juiz, ao decidir em um caso difícil, deve interpretar tudo o que já foi escrito até então, estando ciente que a sua decisão

²⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 176-177.

²⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 179.

²⁸¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 215.

²⁸² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 177.

²⁸³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 238.

trata-se de um novo capítulo e não do início de um novo romance, devendo seguir uma lógica, coerência.

Mesmo diante da constatação de semelhanças com o sistema *common law*, o romance em cadeia também pode ser aplicado nos sistemas de *civil law*, em especial, na Jurisdição Constitucional nos casos em que a Constituição não traz o direito escrito.

Nesses casos difíceis, nos quais a Constituição não traz no seu texto escrito o significado de algum princípio ou direito fundamental, ao invés de adotar a visão do pragmatismo que permite que o juiz adote uma decisão consequencialista fundamentado apenas em um bem coletivo, sem qualquer vinculação ao precedente, pode-se adotar a visão do direito como integridade, de forma que cada juiz deve analisar tudo o que os juízes decidiram no passado a respeito da matéria semelhante e, assim, chegar à conclusão do que esses juízes fizeram coletivamente, de como foi formada a opinião de cada um deles.²⁸⁴

Nas palavras de Barboza, a respeito do "romance em cadeia" de Dworkin:

É possível aplicar o romance em cadeia nos sistemas de civil law, como o Brasil, especialmente no âmbito da Jurisdição Constitucional, quando se trata de buscar o significado dos princípios e direitos fundamentais, que não está no texto constitucional. Nessa dimensão, diferentemente do convencionalismo, em que o juiz teria a discricionariedade para criar um novo direito perante casos difíceis e do pragmatismo que permite que o juiz decida de modo consequencialista para o futuro, pensando no bem coletivo sem qualquer compromisso com o passado, também no civil law é possível pensar que os limites para atuação da jurisdição constitucional, para além do texto escrito da Constituição, poderão ser encontrados no direito como integridade.²⁸⁵

Para Barboza, no Brasil, a aproximação de alguns institutos processuais com a doutrina dos precedentes ainda é parcial, não abrangendo as variadas decisões sobre

²⁸⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica:** reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 219.

²⁸⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica:** reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 254.

os mesmos assuntos, as vezes proferida pelo mesmo Tribunal, nem mesmo da falta de coerência dos tribunais inferiores com as decisões dos tribunais superiores.²⁸⁶

Defende-se a utilização do romance em cadeia e do direito como integridade de Dworkin, no Brasil como uma forma de garantir coerência nas decisões, a fim de evitar a insegurança jurídica onde os Tribunais Superiores não seguem seus próprios precedentes, nem mesmo os Tribunais inferiores são vinculados aos precedentes das instâncias superiores.

Como exposto alhures, os ministros do Supremo Tribunal Federal podem utilizar ou deixar de utilizar as decisões anteriores conforme a sua conveniência, uma vez que não estão vinculados a *ratio decidendi* dessas decisões já postas, podendo alterá-las com base em argumentos meramente consequencialistas para obtenção de uma chancela da sociedade diante de determinado momento histórico ou comoção social.

A utilização da integridade e do romance em cadeia pelo Supremo Tribunal Federal, atuando como exemplo para os demais órgãos do Poder Judiciário, em especial nos casos complexos, permitirá que este passe a pronunciar decisões

[...] como se estivesse a escrever capítulos de um romance, com coerência em relação ao capítulo anterior e permitindo que o romance ainda continue a ser escrito por outras decisões no futuro, de modo que haja não só uma continuidade de processo decisório no tempo, devendo ser coerente não apenas às decisões do passado, mas também às normas e principalmente aos princípios erigidos pela comunidade política.²⁸⁷

A comprovação de que a tese aqui defendida pode promover segurança jurídica, igualdade, coerência e integridade para o ordenamento brasileiro já foi constatada no exemplo demonstrado da decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual equiparou as uniões estáveis às uniões homoafetivas na ADPF 132 e ADI 4.277 que, por sua vez, reconheceu a inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo

²⁸⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 230.

²⁸⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 231.

doméstico, aplicando-se, enfim, à união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras da união estável heteroaferiva.

Nos casos acima, não houve uma utilização expressa de método de direito como integridade. Contudo, constatamos que muitos dos aspectos dessa teoria foram aplicados, dando-se destaque a defesa dos princípios abstratos de Liberdade e Igualdade, ou seja, o STF não decidiu o caso de união estável entre pessoas do mesmo sexo, mas decidiu o princípio da Liberdade e da Igualdade.

Por tal fato que as decisões posteriores sobre adoção e regime sucessório puderam aplicar o precedente, uma vez que se tratava também de decidir sobre os princípios abstratos de Liberdade e Igualdade para casais formados por pessoas do mesmo sexo, tal como uma continuação do "romance em cadeia", mantendo a estabilidade, coerência, previsibilidade, segurança jurídica e integridade do sistema jurídico.

Nota-se que buscar os princípios abstratos, conforme defendido por Dworkin, não é somente a *ratio decidendi*. Mas sim localizar os princípios que determinaram a *ratio decidendi* que lhe deram fundamento. Nota-se uma racionalidade que inicia do campo abstrato para o caso concreto e não ao contrário, de forma que inicie verificando o que existe de abstrato naquele caso.

Nesse sentido, evidencia-se que a Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) n.º 175/2013 não criou direito quando passou a vedar que as autoridades competentes se recusassem a realizar a celebração do casamento civil, ou conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo embasados com as decisões da ADPF 132 e ADI 4.277.

O CNJ não realizou criação de direito quando determinou os cartórios a realizarem casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, apenas realizou a regulamentação do direito à Igualdade e Liberdade já reconhecido pelo STF quando da decisão da ADPF 132 e ADI 4277. Trata-se de uma coerência com a decisão anterior e com os princípios abstratos que a fundamentaram, garantindo a coerência de todo o sistema.²⁸⁸

²⁸⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. É importante o modo como os juízes decidem os casos? **Empório do Direito**, 2017. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/e-importante-o-modo-como-os-juizes-decidem-os-casos-por-estefania-maria-de-queiroz-barboza>>. Acesso em: 20 maio 2021.

É nesse sentido que Dworkin afirma que

[...] a atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções.²⁸⁹

No item 3.1.2, apresentamos o IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) apresentado como inovação prevista no Novo Código de Processo Civil de 2015, mesmo não podendo ser tratado como um precedente, possuem o intuito de uniformizar a jurisprudência e proporcionar garantia e segurança jurídica, demonstrando como um típico forma de aproximação dos sistemas *civil law* e *common law*.

Pois bem, tal incidente aplicado, também, no campo especial de Direito do Trabalho no Tribunal Superior do Trabalho, mesmo já sendo um exemplo de aproximação dos sistemas *civil law* e *common law* também deve estar aberto à proposta do Direito como Integridade e romance em cadeia.

O Tribunal Superior do Trabalho, como demais tribunais superiores²⁹⁰, devem estar submergidos ao conjunto de princípios dispostos de forma escrita na Constituição como também àqueles que não estão, mas que podem ser vislumbrados da prática constitucional. A partir disso, suas decisões devem ser analisadas de forma a vislumbrar o princípio abstrato daquele caso, para que seja uma uniformização de jurisprudência com integridade na decisão.

Os dados gráficos apresentados devem ser vistos não de maneira pragmática, como se visassem apenas à eficiência processual. Além disso, deve adotar a integridade na decisão que versa sobre remuneração, verbas indenizatorias e benefícios etc. Não basta atender os pressupostos de admissibilidade elencados no artigo art. 976 do CPC, sendo evidente que esse campo especial do Direito, que trata das relações trabalhistas, também deve estar sujeito à aplicação o direito como integridade e romance em cadeia.

²⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 492.

²⁹⁰ Cabe ressaltar o TST devido o foco de estudo dado no segundo capítulo, justamente, por se tratar de um campo especial do Direito que trata somente das relações de trabalho e que sempre se caracterizou como um ramo que recorre a sua jurisprudência, as decisões anteriores.

Outro ponto clarificador sobre a necessidade de adoção de um direito por integridade é a insuficiência das súmulas vinculantes do artigo 103-A da Constituição de 1988 (inserida pela Emenda n.º 45) quanto a evitar a insegurança jurídica e manutenção da segurança.

Barboza afirma que as Súmulas são caracterizadas como um resumo de um entendimento jurisprudencial, e, diante do seu texto sucinto, não é possível identificar os fatos imprescindíveis para o julgamento, sequer a *ratio decidendi* que irá vincular os casos futuros. Já nos casos práticos, os julgadores não buscam essa *ratio* nas decisões que originaram as súmulas, podendo ser motivo para interpretações erradas a respeito do precedente.²⁹¹

A título de exemplo, cita-se a Súmula Vinculante n.º 3 que assevera:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.²⁹²

A referida súmula, ao excetuar a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão, deu a entender que, para esses casos, não seria necessário observar o contraditório e a ampla defesa, levando o Tribunal de Contas da União a adotar decisões que, mesmo após mais de 10 anos do servidor aposentado, não registrava o ato, determinando seu retorno à atividade, sem direito ao contraditório e ampla defesa.

Tal súmula gerou uma judicialização excessiva diante da falta de razoabilidade e da proporcionalidade da Corte de Contas, em vários casos nos quais o servidor já contava com vários anos de aposentadoria sem a necessidade de cumprimento de qualquer prazo decadencial.

²⁹¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 245.

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 3: Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1191>>. Acesso em: 20 out. 2021.

Após anos de discussões jurisprudenciais devido à súmula é que o Supremo Tribunal Federal, a partir do reconhecimento da repercussão geral, em 24/06/2011, julgou em 19/02/2020 o Recurso Extraordinário de n.º 636.553²⁹³, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes, com a seguinte ementa e fixando a tese de que, em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Aposentadoria. Ato complexo. Necessária a conjugação das vontades do órgão de origem e do Tribunal de Contas. Inaplicabilidade do art. 54 da Lei 9.784/1999 antes da perfectibilização do ato de aposentadoria, reforma ou pensão. Manutenção da jurisprudência quanto a este ponto. 3. Princípios da segurança jurídica e da confiança legítima. Necessidade da estabilização das relações jurídicas. Fixação do prazo de 5 anos para que o TCU proceda ao registro dos atos de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, após o qual se considerarão definitivamente registrados. 4. Termo inicial do prazo. Chegada do processo ao Tribunal de Contas. 5. Discussão acerca do contraditório e da ampla defesa prejudicada. 6. TESE: "Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas". 7. Caso concreto. Ato inicial da concessão de aposentadoria ocorrido em 1995. Chegada do processo ao TCU em 1996. Negativa do registro pela Corte de Contas em 2003. Transcurso de mais de 5 anos. 8. Negado provimento ao recurso.

A aplicação da integridade não significa apenas aplicar decisões semelhantes em casos semelhantes. Significa, também, poder aplicar uma nova interpretação acerca dos motivos determinantes do precedente diante da possibilidade de revogação e a distinção. Logo, não se trata de imutabilidade de decisões, mas, sim, de que os juízes julguem de acordo a integridade de forma coerente a conteúdo do Direito que sejam sinônimo de um Estado Democrático de Direito.

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 636553 RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 19/02/2020. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-129 DIVULG 25/05/2020 PUBLIC 26/05/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752747720>>. Acesso em: 20 out. 2021.

Nesse sentido "as decisões podem trazer novas regras e princípios que emergem do próprio texto constitucional, do contexto histórico e de prévias interpretações judiciais sobre a compreensão da Constituição".²⁹⁴ Contudo, os juízes, principalmente os Ministros enquanto integrantes da Corte Suprema, precisam estar sempre vinculados a assegurar a segurança e a igualdade mediante a utilização da doutrina do *stare decisis* a partir de uma ideia de direito como integridade

²⁹⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law.** 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011. p. 248.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dessa dissertação, depreende-se que, a inegável insegurança jurídica e desigualdade atribuída à jurisdição constitucional brasileira, dadas as diferentes decisões do Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal tem a necessidade de emitir decisões em casos difíceis que envolvam questões políticas, morais e econômicas, as quais não estão vinculadas a seus precedentes, para a prestação jurisdicional. Entretanto, o caráter aberto dos direitos humanos e fundamentais abre grande margem para que o STF acabe por analisar situações semelhantes ou idênticas, chegando-se, no entanto, a decisões distintas, mediante argumentos consequencialistas, gerando assim insegurança jurídica diante de uma certa imprevisibilidade e violação ao princípio da igualdade.

Portanto, é adequado afirmar que a aplicação dos precedentes vinculantes, pelo Poder Judiciário brasileiro, em especial o Supremo Tribunal Federal, a partir da concepção do direito como integridade e do romance em cadeia, defendidos por Dworkin, poderá trazer igualdade e segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira.

Sendo assim, os juízes devem realizar a prestação jurisdicional mediante a integridade do direito, realizando o ato de interpretação vinculado ao que já foi decidido sobre casos idênticos ou semelhantes e buscando os princípios abstratos que determinaram a *ratio decidendi* das decisões passadas.

Desta maneira, tais princípios abstratos identificados também deverão estar aptos para os casos futuros, de forma que se possa construir um romance em cadeia. O Juiz, em especial o Ministro da Suprema Corte, por sua vez, é o autor desse romance e deve ler tudo o que já foi escrito no passado para que possa dar continuidade à história, guardando fidelidade à trama.

Consequentemente, para escrever um capítulo novo, o Ministro precisará ter ciência dos diversos traços e circunscrições dos capítulos anteriores, bem como dos traços novos trazidos à luz pelos fatos presentes e também por aqueles traços que poderão refletir no futuro. Sendo assim, a cada capítulo escrito, o juiz manterá o núcleo do romance e escreverá o enredo, que se desenrola com o encadeamento de ações executados pelos personagens que formam a história, a fim de criar sentido e transmitir emoção ao leitor.

Nesse sentido, as decisões nos casos difíceis, por se tratarem da garantia de direitos fundamentais que possuem caráter aberto e conteúdo moral, não poderão ser fundamentadas por argumentos consequencialistas, porquanto não atenderiam a integridade do direito e significariam a quebra da continuidade lógica do romance.

Essa possibilidade de se manter uma coerência, escrevendo um único romance, não significa a imutabilidade das decisões, nem mesmo apatia quanto às mudanças sociais. Pelo contrário, suas implicações decorrem do fato de que os juízes somente poderão alterar o precedente quando este não retratar a moralidade política da sociedade – e não pela mera discordância com as decisões anteriores, no intuito de atender apelos sociais ou até mesmo no anseio de criar ou manter um protagonismo.

Evidencia-se, portanto, que mesmo nos casos de superação ou distinção, a atuação dos juízes devem ser pela manutenção da integridade do direito, de forma que os direitos humanos e direitos fundamentais sejam reinterpretados em conformidade com as intrínsecas mudanças sociais.

Por fim, resta assegurar que os vários argumentos supostamente contrários à aplicação da doutrina do *stare decisis* na jurisdição constitucional brasileira – exemplificativamente, ser um país de tradição romano germânica e adotar um modelo de decisão *seritim* –, não poderão impedir a aplicação do direito como integridade, tal qual um romance em cadeias, redigido pelo Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de garantir a segurança jurídica e a igualdade, embasados não apenas na Constituição Federal de 1988, mas também na Constituição invisível e em princípios não escritos, permitindo que o direito seja "para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter".²⁹⁵

²⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 492.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo. v. 14, n. 39, p. 83-102, 1999. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/8jDHGNxzhXGZ5RJbmBcW3Jm/?lang=pt>>. Acesso em: 17 jul. 2021.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

ATAIDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC**. O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos. Coordenação de Fredie Didier e Antonio Adonias Aguiar Bastos. Salvador: Juspodivm, 2012.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. 278 p. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31921/R%20-%20T%20-%20VICENTE%20DE%20PAULA%20ATAIDE%20JUNIOR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MORAWSKI, Lech; RUIZ MIGUEL, Alfonso. Rationales for Precedent. In: Mac CORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (Ed.). **Interpreting Precedents**: a comparative study. Aldershot: Ashgate, 1997.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011.

_____. É importante o modo como os juízes decidem os casos? **Empório do Direito**, 2017. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/e-importante-o-modo-como-os-juizes-decidem-os-casos-por-estefania-maria-de-queiroz-barboza>>. Acesso em: 20 maio 2021.

_____. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. Edição Kindle.

_____. **A decisão judicial no Common Law**: utilidade, maximização de riqueza ou integridade?. Disponível em: <https://www.academia.edu/38373043/A_decis%C3%A3o_judicial_no_Common_Law_utilidade_maximiza%C3%A7%C3%A3o_de_riqueza_ou_integridade>. Acesso em: 17 ago. 2021.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; CHUEIRI, Vera Karam de. **Por uma leitura moral dos "domínios da vida"**: uma interpretação não moralista sobre o aborto. Centro de Estudos da Constituição, 2018. Disponível em: <https://www.academia.edu/40383806/POR_UMA_LEITURA_MORAL_DOS_DOM%C3%8DNIOS_DA_VIDA_U_MA_INTERPRETA%C3%87%C3%83O_N%C3%83O_MORALISTA_SOBRE_O_ABORTO>. Acesso em: 10 maio 2021.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Trabalhando com uma nova lógica**: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto; OSORIO, Aline. "Sabe com quem está falando?": notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 204-232, 2016. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/21094/15886>>. Acesso em: 10 jun. 21.

BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de Março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 21 jan. 21.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 08 jul. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5.º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Lei n.º 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8971.htm>. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Lei n.º 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm>. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 313021 SP 2014/0343909-3. Relator: Min. Francisco Falcão. Publicação: DJ 02/02/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43 DF 4000886-80.2016.1.00.000. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 07/11/2019. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 12/11/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>>. Acesso em: 1.º out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC 14/10/2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 RJ. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC 14/10/2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 68726 DF. Relator: Néri da Silveira. Julgamento: 28/06/1991. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 26/11/1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84078/MG MG. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 05/02/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-035 DIVULG 25/02/2010 PUBLIC 26/02/2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 1.º out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 124306 RJ 9998493-51.2014.1.00.0000. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 09/08/2016. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe-052 17/03/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292 SP 8620448-89-2015.1.00.000. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 17/02/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-100 17/05/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 1.º out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 146815 MG. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 17/02/2016. Órgão Julgador: Decisão monocrática. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 1.º out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 636553 RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 19/02/2020. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-129 DIVULG 25/05/2020 PUBLIC 26/05/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752747720>>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 846102 PR. Relator: Min. Carmem Lúcia. Julgamento: 05/03/2015. Publicação: DJe-052 18/03/2015. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia-categoria/sub26supremo-tribunal-federal/42/1>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 646721 RS. Relator: Min. Marco Aurelio. Julgamento: 10/05/2017. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 878694 MG 1037481-72.2009.8.13.0439. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 10/05/2017. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-021 06/02/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 3: Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1191>>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 691: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula691/false>>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. RI 0003763-49.2019.8.16.0025 Araucária. Relator: Nestario da Silva Queiroz. Julgamento: 14/06/2021. Órgão Julgador: 1.^a Turma Recursal. Publicação: Dj 14/06/2021. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000015350691/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0003763-49.2019.8.16.0025>>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 22.^a Região. Recurso de Revista Repetitivo 0080394-98.2016.5.22.0000. Requerente: Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Panaíba, Requerido: 1.^a e 2.^a Turmas da TRT 22.^a Relator: Fausto Lustosa Neto. Julgamento: 14/12/2016. Disponível em: <<https://trt-22.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661125403/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-803949820165220000/inteiro-teor661125430?ref=serp>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHUEIRI, Vera Karam de. Liberdade e igualdade: a unidade do valor. In: BARRETO, Vicente de Paulo; SCHWARTZ, Francisco Carlos Duarte Germano (Orgs.). **Direito da sociedade policontextural**. Curitiba: Appris, 2013. p. 127-140.

CHUEIRI, Vera Karam; SAMPAIO, Joanna Maria de Araujo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n.91. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, p. 45-66, jan./jun. 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24372>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Mutação constitucional e segurança jurídica: entre mudança e permanência. **Revista Unisinos**, v. 7, n. 2, p. 136-146, maio/ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.04/4721>>. Acesso em: 10 maio 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios CNJ**. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPaineiCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos>. Acesso em: 12 jan. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolu o n.é 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilita o, celebra o de casamento civil, ou de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>. Acesso em: 20 jul. 2021.

DECLARA O DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO – 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-A0cria%3%A7%3%A3o-da-Sociedade-das-Na%3%A7%3%B5es-at%3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 17 maio 2021.

DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária e querella nulitatis, incidentes de competência originária de tribunal.** Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3.

DUARTE, Bento Herculano. Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): natureza, finalidade, pressupostos, pontos controvertidos e aplicação na justiça do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 1, p. 169-216, jan./mar. 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/106415/2017_duarte_bento_incidente_resolucao.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 dez. 2019.

DUXBURY, Neil. **The authority of precedente: two problems.** Legal Theory Workshop Series. Faculty of Law. University of Toronto, 2005.

_____. **The nature and authority of precedent.** New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Is democracy possible here?: principles for a new political debate.** Princeton: Princeton University Press, 2006.

_____. **O império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EASTERBROOK, Frank H. Stability and Reliability in judicial decisions. **Cornell Law Review**, v. 73, n. 2, p. 422-433, 1987-1988. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law.** Cambridge: Harvard University Press, 1998.

FOGAÇA, Mateus Vargas; CAMBI, Eduardo. Incidente de resolução e demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 243, p. 333-362, 2015.

GOODHART, Artur L. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 2, p. 161-183, dez. 1930. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/790205>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. **O federalista.** Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel, 2009.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 251, p. 139-178, 2009.

JUSTIÇA DO TRABALHO. Tribunal Regional do Trabalho da 22.^a Região. Tribunal Regional do Trabalho do Piauí é o mais produtivo do Brasil, de acordo com relatório do CNJ. **Notícias**, 04 set. 2019. Disponível em: <<http://www.trt22.jus.br/portal/noticias/tribunal-regional-do-trabalho-do-piaui-e-o-mais-produtivo-do-brasil-de-acordo-com-relatorio-do-cnj/>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 957-1430.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. Edição Kindle.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. A repercussão geral no recurso extraordinário. **Repercussão Geral**, v. 10, n. 92, p. 16-29, set. 2020. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/180192>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedente. In: Mac CORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (Ed.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Aldershot: Ashgate, 1997.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 20 maio 2020.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e direito internacional: cedências no Brasil e no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PUGLIESE, William Soares. **A ratio da jurisprudência**: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade. 310 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <<https://educapes.capes.gov.br/handle/1884/43756>>. Acesso em: 1.º abr. 2020.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIO DE JANEIRO. Decreto-lei n.º 220 de 18 de julho de 1975. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/90538/decreto-lei-220-75>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Instituto Brasileiro de Direito Público**, Salvador, n. 21, p. 1-39, 2010. Disponível em: <<https://www.olibat.com.br/documentos/SARLET.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2021.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 410-812.

SARLET, Ingo Wolfgang; SALES, Gabrielle Bezerra. Igualdade como proibição de discriminação e direito à (e dever de) inclusão: o acesso ao ensino superior e a regulamentação do Estatuto Brasileiro das Pessoas com Deficiência. **RDU**, Porto Alegre, v. 14, n. 78, p. 197-226, nov./dez. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/14944>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, v. 39, n. 3, p. 571-605, 1987. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1228760>>. Acesso em: 25 jan. 2021.

SILVA, José Afonso. Teoria dos direitos fundamentais do homem. In: **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TRIBE, Laurence H. Lawrence V. Texas: The fundamental Right that dare not speak its name. **Havard Law Review**, v. 117, n. 6, p. 1893-1955, 2004. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/4093306>>. Acesso em: 10 maio 21.

VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. 415 f. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2020.

VIANNA, Luiz Werneck. A judicialização da política no Brasil. In: VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alive Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n.2, p. 39-85, nov. 2007. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ts/a/Gm5Cm5Tv3br63xgNvJZX4wL/?lang=pt&format=pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2021.