

O SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES: CONSTITUCIONALIDADE, FUNDAMENTOS DE VALIDADE, LIMITES DA VINCULATIVIDADE E DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE FORMAÇÃO DAS RAZÕES VINCULANTES

THE BRAZILIAN SYSTEM OF PRECEDENTS: CONSTITUTIONALITY, VALIDITY BASIS, BINDING LIMITS AND DEMOCRATIZATION OF THE BINDING REASONS FORMATION PROCEDURE

João Humberto Cesário¹

Resumo: O presente artigo parte da premissa de que o sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015 é constitucional. Aduz, na sequência, que a validade do mencionado sistema reside tanto na autoridade da Corte que constitui o precedente, quanto na integridade jurídica imprescindível à sua legitimação. Assevera, de outro tanto, que a vinculatividade dos precedentes brasileiros, embora forte, está sujeita a excepcional derrotabilidade. Conclui, finalmente, que o Poder Judiciário, uma vez que não é representativo, mas sim contramajoritário, deverá zelar permanentemente pela democratização do processo de formação dos seus precedentes.

Palavras-Chave: Precedentes. Autoridade. Integridade. Vinculação. Derrotabilidade. Democracia.

Abstract: This article starts from the premise that the system of precedents established by the 2015 Code of Civil Procedure is constitutional. Adds, next, that the validity of the aforementioned system resides both in the authority of the Court that constitutes the precedent, and in the legal integrity essential to its legitimacy. It also asserts that the binding nature of Brazilian precedents, although strong, is subject to exceptional defeatability. Finally, it concludes that the Judiciary, since it is not representative, but countermajoritarian, must permanently ensure the democratization of the process of forming its precedents.

Keyword: Precedents. Authority. Integrity. Binding Nature. Defeatability. Democracy.

1-⁽¹⁾ Pós-doutorando em Direito na Universidade Federal de Mato Grosso. Doutor em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso. Professor de Teoria do Direito na Universidade do Estado de Mato Grosso. Membro do Conselho Acadêmico da Escola Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ENAMATRA). Membro da Comissão Editorial da Revista Trabalhista: Direito e Processo. Autor de livros jurídicos. Juiz do Trabalho.

1. BREVE INTROITO

O precedencialismo jurídico é indispensável para a estabilização da vida em sociedade, mas somente cumprirá o seu papel se for suficientemente poroso para absorver os necessários influxos democráticos no processo de formação das suas razões decisórias, de modo a que os julgados emergidos desse modelo não resultem no puro e simples arbítrio do Judiciário.

Como os olhos pousados na premissa anterior, o presente artigo buscará respostas para as seguintes indagações:

- O sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015 é constitucional?
- A vinculatividade dos precedentes advém da autoridade das cortes que os constituíram, da tradição do direito, ou de ambas?
- Os precedentes judiciais são absolutamente vinculantes ou há margem, ainda que estreita, para uma eventual derrotabilidade dos seus respectivos conteúdos?
- Devemos nos preocupar com a democratização do processo de formação dos precedentes?
- Caso seja positiva a resposta para a indagação anterior, de quais modos viabilizaremos a aludida democratização?

Uma vez expostos os reptos que almejamos enfrentar, prossigamos.

2. A CONSTITUCIONALIDADE DO MODELO PRECEDENTALISTA BRASILEIRO

Vale dizer de início, indo diretamente ao ponto, que alguns autores argumentam que o sistema precedencialista brasileiro, delineado, entre outros, nos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil, seria inconstitucional por agredir a tripartição de poderes prevista no artigo 2º da Constituição da República, na medida em que permitiria que Poder Judiciário invadisse a atividade legiferante própria do Poder Legislativo. Tome-se, nessa linha de pensamento, o magistério de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

"Só existe hierarquia jurisdicional do tribunal sobre o juiz no caso de competência recursal, vale dizer, quando o tribunal, qualquer que seja ele, julga matéria de sua competência recursal. Aqui pode o tribunal cassar e reformar a decisão recorrida, em acórdão que vincula e vale apenas para o caso concreto. Nisso reside a hierarquia prevista no sistema constitucional brasileiro. Vinculação a preceitos abstratos, gerais, vale dizer, com característica de lei, só mediante autorização da Carta Política, que, até agora, não existe. STF e STJ, segundo a CF 102 e 105, são tribunais que decidem casos concretos, que resolvem lides objetivas (e.g. ADIn) e subjetivas (e.g. RE, REsp). Não legislam para todos, com elaboração de preceitos abstratos: salvo quanto à súmula vinculante (STF, CF 103-A), não são tribunais de teses. Fazer valer e dar eficácia ao CPC 927, III a V é deixar de observar o due process of law, o texto e o espírito da Constituição. (...) O texto normativo impõe, imperativamente, aos juízes e tribunais que cumpram e apliquem os preceitos nele arrolados. Trata-se de comando que considera esses preceitos como abstratos e de caráter geral, vale dizer, com as mesmas características da lei. Resta analisar se o Poder Judiciário tem autorização constitucional para legislar, fora do caso de súmula vinculante do STF, para o qual a autorização está presente na CF 103-A. Somente no caso de súmula vinculante, o STF tem competência constitucional para estabelecer preceitos de caráter geral. Como se trata de situação excepcional – Poder Judiciário exerce a função típica de Poder Legislativo – a autorização deve estar expressa no texto constitucional e, ademais, se interpreta restritivamente, como todo preceito de exceção. Observar a decisão: a) em RE e REsp repetitivos, b) incidente de assunção de competência, c) em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), d) entendimento constante da súmula simples do STF em matéria constitucional, e) entendimento constante da súmula do STJ em matéria infraconstitucional (rectius: federal) e f) do órgão especial ou do plenário do tribunal a que estejam

vinculados os juízes significa que esses preceitos vinculam juízes e tribunais, vinculação essa de inconstitucionalidade flagrante. O objetivo almejado pelo CPC 927 necessita ser autorizado pela CF. Como não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu ao devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto no texto comentado [fazendo referência ao artigo 927 do CPC].²

Seguindo semelhante ponto de vista, temos, ainda, o escólio de Lenio Streck:

"A tentativa de outorgar eficácia vinculante às decisões de Tribunais Superiores a quem caberia a função de interpretar e estabelecer o sentido dos textos normativos, ficando os demais juízes e tribunais obrigados a seguir (independentemente do seu conteúdo) os supostos "precedentes", na medida em que sua função se resumiria à de "aplicá-los", mesmo que desconformes à própria lei e à Constituição, padece de uma indiscutível inconstitucionalidade. Estaria o novo Código de Processo Civil e, quiçá, a própria doutrina processual modificando competências jurisdicionais dos Tribunais, o que somente pode ser feito por emenda à Constituição? (...) Sim, pois se o CPC/2015 tiver alterado a relação entre lei e jurisdição, criando precedentes vinculantes, o novo CPC não seria inconstitucional? Estou convicto que, valendo as regras do jogo democrático-constitucional, não é possível que uma lei ordinária introduza um sistema de precedentes vinculantes sem violar o modelo constitucional do processo adotado pela Constituição."³

As ponderações dos três juristas anteriormente citados são pertinentes, bem elaboradas e devem ser consideradas por quem deseja discutir com seriedade o tema dos precedentes no Brasil. Ainda assim, com todo o respeito, pensamos que as objeções retro transcritas partem de uma premissa equivocada, capaz de derruir os respeitáveis raciocínios elaborados. A questão, se não chega a ser simples, não é também das mais intrincadas. Ocorre que existe uma sensível diferença entre lei e norma, que não pode ser de modo algum desconsiderada se almejarmos bem compreender o tema em estudo.

O fato é que a lei é uma apenas uma partitura, ao passo que a norma é a própria música executada. Dito de modo mais claro, a lei é texto e a norma é o texto interpretado. Disso decorre, naturalmente, que o Poder Legislativo legisla primariamente, e que a comunidade dos intérpretes do Direito exerce subsidiariamente uma saudável, plural e democrática atividade constitutivo-normativa, que se encerra, mas não necessariamente se esgota, no Poder Judiciário.

Se os Poderes do Estado são independentes, porém harmônicos entre si, nada mais razoável que o Judiciário se coloque ao lado - nem atrás e nem à frente - do Legislativo para colaborar na atribuição de um sentido aos textos legais que esteja em conformidade com a Constituição, e que assim deva ser observado nos casos assemelhados futuros em honra à isonomia⁴. Não podemos nos esquecer, afinal de contas, que ao Supremo Tribunal Federal, encarado como o órgão de cúpula do Poder Judiciário, compete, precipuamente, a guarda da Constituição (artigo 102, *caput*, da CRFB).

2- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC - lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1836 e 1837.

3- STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 44 e 97.

4- Tal correspondente àquilo que Piero Calamandrei chamava desde a década de vinte do século passado de 'função nomoflálica' dos tribunais. Vejamos, sobre o asseverado, a lição de TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara Antonia Spadaccini de Teffé. Rev. de Trad. Maria Celina Bodin de Moraes. In Revista eletrônica de direito civil, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, 2014, p. 13 e 14: *Expresso de forma clara nas páginas de "La Cassazione Civile", de 1920, Piero Calamandrei enfatizou que a função de nomoflaquia da Corte de Cassação deveria ter se desenvolvido em conexão com a função de garantir a uniformidade da jurisprudência, através da emanção de sentenças capazes não só de garantir a interpretação exata do direito, mas também de impor esta interpretação como cânones de decisões dos casos subsequentes. Calamandrei sugeriu a ideia de que a Corte de Cassação, uma vez unificada, se tornasse aquilo que em termos modernos é chamada de "corte do precedente" e, em seguida, desenvolvesse as suas funções, e em particular aquela de nomoflaquia, através de decisões capazes de orientar a jurisprudência sucessiva. Ele antecipa, na verdade, aquela que é hoje a principal função das cortes supremas em muitos ordenamentos de common law e de civil law que é de assegurar o controle de legitimidade, através da fixação de precedentes destinados a se projetarem como pontos de referência sobre as decisões dos outros juízes. Com fórmula sintética, pode-se falar de "nomoflaquia através do precedente" para indicar que a função típica de uma corte suprema é de garantir o respeito uniforme à lei, através de decisões "generalizáveis" e projetadas para o futuro.*

Se por um lado é certo que ao construir a regra o legislativo faz juízos morais que não podem ser substituídos pela mirada ética do julgador, por outro não é menos correto afirmar que a função adjudicatória possui o poder-dever de controlar a constitucionalidade da regra não apenas para constatar se ela é formalmente válida, mas também para dizer se o seu conteúdo, substancialmente falando, não vergasta a moral institucionalizada que foi incorporada pela via principiológica à Constituição, sendo inegável, assim, que o ato de julgar, ainda que secundariamente, envolve uma certa dimensão axiológica que, no limite, constitui subsidiariamente o Direito.

Logo, ao criar precedentes, cuja *ratio decidendi* vincula tanto aos jurisdicionados quanto a si próprio horizontal e verticalmente, o Poder Judiciário não invade de modo algum as atribuições próprias do Poder Legislativo⁵, haja vista que tais esferas de poder compreendem atividades complementares, porém diversas, pois que enquanto este último legisla, aquele primeiro normatiza, fazendo-o, diga-se de passagem, de mãos dadas com a comunidade jurídica, que influencia a judicatura na tomada de decisões por via de um contraditório forte (artigo 10 do CPC, por exemplo) e alargado (artigo 927, § 2º, do CPC, por exemplo), bem como pela exigência de fundamentação analítica (artigo 489, § 1º, IV, do CPC, por exemplo)⁶.

5- É importante realçar, a propósito do assunto, o primoroso magistério de MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*. 3 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 456, no qual se noticia, em síntese, que a vinculação normativa que irradia de certas decisões do Judiciário não pode ser considerada como uma invasão à atividade própria do Legislativo porque ela não é propriamente uma manifestação de poder (na sua dimensão estática), sendo meramente um produto da função judiciária estatal (de dimensão dinâmica). Vejamos: *Em suma, para que a notória e crescente potencialização da jurisprudência dominante, e, principalmente, sumulada, pudesse representar (...) um vero risco para a superação e o equilíbrio entre os Poderes, seria mister que o direito pretoriano se expressasse como uma manifestação de poder. Mas (...) a resposta jurisdicional (sentença, acórdão) confina sua eficácia [a princípio] nos lindes do processo em que foi emitida, assim jungindo as partes que compuseram o contraditório, inclusive no tocante à projeção da coisa julgada (CPC, art. 506). Quando vários acórdãos se apresentam em censo consonante sobre um mesmo tema, forma-se a jurisprudência, que, mantendo-se estável, passa a qualificar-se como dominante, podendo, num dado momento, engendrar a emissão de súmula (simples ou persuasiva), valendo lembrar que o CPC institui, em face dos tribunais, um vero dever ou ônus de sumular - § 1º do art. 926. Por mais que se reconheça a eficácia expandida da jurisprudência dominante ou sumulada, ainda assim se cuida de um produto da função judiciária estatal (dimensão dinâmica), e, não, de uma manifestação do Judiciário enquanto Poder (dimensão estática), o que serve a afastar o argumento de que o direito pretoriano possa, de per si, abrir (mais um) foco de tensão, de atrito ou de desequilíbrio com o Legislativo ou o Executivo.*

6- A título comparativo, vejamos o caso da Colômbia, no qual o artigo 230 da Constituição parece inviabilizar a adoção de um sistema precedentalista. Ocorre que o aludido preceito, ao ditar que *los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley*, aduzindo, na sequência, que *la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial* (conferir o artigo 230 da Constituição da Colômbia em <https://bit.ly/2E13Ox2>, acesso em 16.09.2020), aparentemente rechaça por completo qualquer vinculatividade que se queira atribuir às decisões precedentes, ainda que sejam elas oriundas de cortes superiores. Nada obstante, a doutrina colombiana, representada aqui por PULIDO, Carlos Bernal. *El precedente en Colombia*. In Revista Derecho del estado, Bogotá, n. 21, diciembre 2008, p. 85 e 86, explica que sobre o tema existem duas teses, uma cética e outra otimista, prevalecendo entre os juristas esta última. Vejamos: *La tesis escéptica descrece de la posibilidad de fundamentar la idea de precedente en el derecho colombiano. Su principal asidero estriba en una interpretación histórica y literal del mencionado artículo 230 de la Constitución. Fiel a la voluntad del Constituyente, esta interpretación sostiene que la Constitución definió a la ley como la única fuente del derecho que vincula al juez, para proteger la independencia judicial. Además, esta tesis señala que en el derecho colombiano no existe una disposición que imponga al juez el deber de sujetarse a la jurisprudencia de las altas cortes y que el principio del stare decisis es propio de un modelo de "case law", incompatible con nuestro sistema de derecho continental. (...) Por su parte, la tesis optimista ha rebatido con éxito la tesis escéptica con base en tres argumentos, que han sido reconocidos por la jurisprudencia constitucional en un proceso de enmienda de sus pronunciamientos iniciales. El primer argumento destaca la imposibilidad de trazar una barrera fronteriza entre la creación del derecho mediante la ley y su aplicación mediante la jurisprudencia. Esta imposibilidad hace que carezca de sentido enajenar toda virtualidad creadora a los procedimientos de aplicación de normas y enajenar a su producto - la jurisprudencia - la posibilidad de convertirse en fuente de derecho. El segundo argumento señala que la atribución del carácter de precedente a las sentencias judiciales es imprescindible para garantizar la coherencia del sistema jurídico - si se ha decidido en el pasado un caso de determinada manera de acuerdo con el derecho, es coherente que hoy sea obligatorio decidir del mismo modo un caso idéntico o similar -; su estabilidad - la estabilidad de todo sistema jurídico exige la permanencia en el tiempo de las reglas jurídicas relativas a la aplicación del derecho a los casos concretos y la uniformidad de su aplicación -; y el respeto del principio de igualdad - el derecho debe tratar del mismo modo a los sujetos implicados en casos idénticos o similares, anteriores, presentes y futuros. El tercer argumento aduce es posible desvirtuar la interpretación estricta del artículo 230 de la Constitución en que se basa la tesis escéptica. Por una parte, el reconocimiento de que los jueces están vinculados a la jurisprudencia no pone en peligro la independencia judicial. La independencia judicial se garantiza cuando el juez está vinculado al sistema de fuentes del derecho y no a las opiniones e intereses personales de otras autoridades del Estado. La atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia implica que el juez está sujeto a las sentencias judiciales que han resuelto casos pasados, y no a las opiniones e intereses de los demás jueces, sobre todo de los magistrados de las altas cortes.*

Maltratar a Constituição, muito ao contrário, seria permitir que casos semelhantes pudessem ser decididos de maneiras substancialmente distintas, vez que tal permissividade adjudicatória, irracional na sua essência, golpearia letalmente os impositivos constitucionais da isonomia e da segurança jurídica (artigo 5º, *caput*, da CRFB) e, por que não dizer, da própria legalidade (artigo 5º, II, da CRFB). A corroborar o nosso ponto de vista, falando especificamente das atribuições recursais do Superior Tribunal de Justiça, as quais podem ser perfeitamente estendidas, v.g., ao Tribunal Superior do Trabalho, tome-se a preleção de Luiz Guilherme Marinoni:

"A regra de que o Superior Tribunal de Justiça deve, mediante recurso especial, definir o sentido da lei federal e a interpretação que deve prevalecer em caso de divergência entre tribunais, é indiscutível evidência de que as decisões do Superior Tribunal de Justiça devem ser obrigatoriamente observadas pelos tribunais inferiores. É pouco mais do que absurdo atribuir a uma Corte Suprema o poder de definir a interpretação que deve vigorar e, ao mesmo tempo, permitir que os tribunais ordinários não levem essa interpretação "a sério". Isso seria uma inconcebível contradição lógica - interna ao sistema judicial -, pois daria aos tribunais ordinários o poder de discordar das decisões que constituem a razão de ser do Tribunal Supremo. Um sistema que outorga à Corte Suprema o poder de definir a interpretação da lei e, ao mesmo tempo, admitir que os tribunais ordinários decidam de acordo com as "suas vontades", não se reveste de sentido. Essa lógica não só subverte o "bom senso", mas também ignora e viola a Constituição Federal".⁸

O modelo precedentista, com efeito, é consentâneo com o projeto constitucional de um Estado de Direito⁹, onde o Estado-juiz não é a mera boca da lei, incumbindo-lhe as missões de densificar os princípios constitucionais que possuem força normativa e de aclarar as regras construídas a partir de cláusulas abertas e conceitos indeterminados. Logo, se os magistrados participam ativamente do debate democrático da formação do precedente, já que as divergências interpretativas na esmagadora maioria dos casos têm o seu nascedouro nas decisões de primeira instância, nada mais natural e coerente do que o dever de respeitar o seu resultado final, ainda que contrário à sua percepção subjetivada de justiça. Eis aí o imperativo de se garantir a todos a isonomia e a segurança jurídica. Afinal, se o juiz no Estado Democrático de Direito não é mais a mera boca da lei, ele igualmente não possui poderes para assenhorear-se da legislação. Tudo o mais que desborda de tal conclusão, salvo fundadas exceções que estudaremos no momento oportuno, não passa de arbítrio e voluntarismo.

7- É pertinente, quanto ao afirmado, a reprodução das palavras de WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 31, 32 e 33: *Estão na base da necessidade de que se respeitem os precedentes de civil law o princípio da legalidade e o da igualdade, ambos naturais à ideia de Estado de Direito, cuja característica mais visível é a de que a sociedade precisa 'saber as regras do jogo antes de começar a jogar. (...) Vimos que o nosso sistema foi concebido justamente com o objetivo racional, expressamente declarado, de gerar segurança jurídica para o jurisdicionado, evitando surpresas e arbitrariedade. O juiz decide, grosso modo, de acordo com a lei (= de acordo com as regras conhecidas), e se a lei comporta infinitas formas de interpretação, consubstanciando-se, cada uma delas, em pautas de conduta diferentes para os indivíduos, o próprio sentido e razão de ser do princípio da legalidade ficam comprometidos. Então, a legalidade só tem sentido prático se concretizada à luz do princípio da economia. (...) É inútil a lei ser a mesma para todos, se os tribunais podem interpretá-la de modos diferentes e surpreender os jurisdicionados. Saber as regras do jogo antes do começo da partida, significa que: people should not be like dogs that only discover that something is forbidden when the stick hits their noses. O que é isto se não a predicability? Os sistemas devem fornecer elementos para que se tenha previsibilidade e para que se possa nele confiar.*

8- MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 119 e 120.

9- Tome-se no mesmo sentido do que afirmamos, porém com abordagem diversa, vazada em tom comedidamente consequencialista, a lição de THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Manual de direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 468: *Adotamos a posição no sentido de que, enquanto não houver declaração de inconstitucionalidade sobre o referido sistema de precedentes e seus dispositivos, há de ser estudado e considerado constitucional. Ademais, a uniformização das posições jurisprudenciais em nada nos parece inconstitucional e muito menos a forma como foi tratada pelo CPC. Afirme-se, ainda, que, se o problema está na chamada vinculação, importante destacar que "o precedente não dura para sempre", pois pode ser revisito, superado e inclusive extirpado da estrutura normativo-jurisprudencial atual. Portanto, a tal vinculação não nos parece ser um grande impeditivo para "taxar" de inconstitucional algo que tem uma finalidade simples, qual seja a continuidade da função jurisdicional ou a sua falência efetiva em face da absurda avalanche de processos idênticos e que, infelizmente, são decididos de forma diversa. Sabemos que "os fins não justificam os meios", pois muita coisa inadequada já se fez desconstruindo essa noção, mas a questão aqui não nos parece tão grave. Ou optamos por rechaçar o sistema brasileiro de precedentes, que acabou de chegar e sequer teve tempo de demonstrar seus eventuais benefícios, ou por acolhê-lo com suas particularidades - não diria imperfeições - tendo de ajustá-lo a algo real. Caso a opção seja afastá-lo, permaneceremos com um número diminuto de juizes, desembargadores e ministros para mais de 100 milhões de processos de um país que só descumpra regras e que, certamente, será cada vez maior. De outro lado, caso optemos por acolher o referido modelo, ao nosso modo (à brasileira...) poderemos tentar colocar em prática uma potencial redução de processos, resolvendo questões iguais e idênticas de forma igual, sem precisar para isso "jogar dados ou loteria" para saber qual será o resultado.*

Uma vez reconhecida a constitucionalidade do modelo precedentalista oriundo do Código de Processo Civil de 2015, a questão seguinte reside em saber de onde adviria a vinculatividade dos precedentes, se da autoridade das cortes que o constituíram, da tradição do direito, ou de ambas.

3. DE ONDE ADVÉM A VINCULATIVIDADE DOS PRECEDENTES? DA AUTORIDADE DAS CORTES QUE OS CONSTITUÍRAM, DA TRADIÇÃO DO DIREITO, OU DE AMBAS?

Sobre o tema dos precedentes, existem atualmente no Brasil pelo menos dois grupos doutrinários antagônicos, chamados, genericamente, de hermeneutas e transcendentalistas. Os primeiros não admitem que o Código de Processo Civil de 2015 teria instituído entre nós, pela via legal, um sistema precedentalista; já os segundos, sustentam tese diversa. Nota-se, contudo, quando visto o assunto com mais acuidade, que os hermeneutas não necessariamente descartam a ideia de que alguns julgados possam vincular. Basta ver, v.g., que Júlio César Rossi, um dos expoentes dessa linha de pensamento, assevera expressamente, em obra densa sobre a matéria, que *não se desconhece a necessidade da existência de precedentes judiciais nas tradições jurídicas de civil law, (...) o que não se concebe é a ideia de impor a cultura de precedentes por meio de delegação legislativa*¹⁰. Para eles, com efeito, o fundamento da vinculação seria a tradição do direito, representada pela coerência e a integridade das cadeias de julgados formadas ao longo do tempo, e não a pura e simples autoridade da corte prolatora dos provimentos elencados no artigo 927 do Código de Processo Civil, como sugerem os transcendentalistas.

Cotejando os dois pontos de vista, vejamos o que a doutrina brasileira tem a nos dizer. Começemos pelo jurista Daniel Mitidiero, que ao distinguir as cortes entre Cortes de Precedentes e Cortes de Justiça, acaba por indicar que a vinculatividade dos precedentes adviria da autoridade que a Constituição e o Código de Processo Civil reconhecera às primeiras para constituí-los:

*"A princípio, seria lícito imaginar que à luz do art. 926, CPC, todos os "tribunais" que compõem o Poder Judiciário brasileiro têm a mesma função diante da ordem jurídica. Essa suposição está equivocada. À luz do art. 926 do CPC, é preciso distinguir entre as funções das Cortes de Justiça – Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais – e as funções das Cortes de Precedentes – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Em outras palavras, importa perceber a necessidade de reconstrução do sistema judiciário. (...) Importa que os tribunais atuem apenas na medida em que necessário ao seu trabalho para consecução dos fins a que se encontram vinculados do ponto de vista da estrutura judiciária. (...) É claro, no entanto, que esse escopo não é assinalado às cortes por elas mesmas. Não é a organização judiciária que impõe a si mesma a finalidade que tem que de ser por ela buscada – é a Constituição e o direito processual civil que o fazem. (...) As Cortes de Justiça visam a controlar retrospectivamente as decisões tomadas pelos juízes de primeiro grau mediante o julgamento de recursos de apelação e de agravo de instrumento a fim de que o caso concreto possa ser decidido de forma justa. (...) As Cortes de Precedentes – também conhecidas como Cortes Supremas – visam outorgar interpretação prospectiva e unidade do direito mediante a formação de precedentes. Essas Cortes não devem atuar para conhecer de cada um dos casos concretos decididos pelas Cortes de Justiça a fim de uniformizar a aplicação do direito – em outras palavras, não devem exercer controle retrospectivo sobre as Cortes de Justiça. Devem atuar a fim de guiar as futuras decisões das Cortes de Justiça, dos juízes a ela vinculados, da Administração Pública e o comportamento de toda a sociedade civil. Vale dizer: devem atuar de forma prospectiva, outorgando unidade ao direito mediante a sua adequada interpretação. Isso quer dizer que essas Cortes de Precedentes têm as suas atividades subordinadas à obtenção dessa finalidade. Não faz sentido, portanto, que conheçam e julguem inúmeros recursos repetidos. Essas Cortes devem julgar as questões constitucionais e federais a partir de um amplo contexto formado pela junção de um, dois ou mais recursos que apresentem de forma completa fundamentos contrastantes para a solução de questões neles postas. Daí que todo e qualquer julgamento dessas Cortes deve ser colhido como uma oportunidade para a formação de precedentes ou para afirmação da autoridade de precedentes indevidamente violados. Fora daí essas Cortes desbordam das suas funções constitucionais"*¹¹

10- ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 255.

11- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 87, 88, 89, 90 e 91.

Vejamos, agora, a explanação de Lenio Streck, que rejeitando a visão de que a eventual vinculação adviria da autoridade prolatora do julgado, insiste em que ela somente poderia se legitimar pelos argumentos de princípio que a sustentam, ou seja, pelo fio condutor principiológico da sua tradição jurídica:

“Corremos sério risco de arruinar o Estado de Direito pela institucionalização jurisprudencial de um realismo jurídico “à brasileira”, dedicado a proclamar a verdade de proposições jurídicas pela mera referência ao fato de terem sido proferidas por órgãos do Poder Judiciário (“O Direito é aquilo que os Tribunais dizem que o Direito é”) e não à luz de normas previamente elaboradas pelo Poder Legislativo. Por isso, penso ser arriscado defender um papel tão amplo – e poderoso – para as cortes superiores sem antes nos ocuparmos de uma teoria da decisão jurídica, dos mecanismos de controle, públicos, intersubjetivos, e da qualidade dessas decisões. Se a corte vai “normar”, parece-me ser sempre útil invocar, para demarcar as diferenças entre juiz e legislador, a distinção entre os argumentos de princípio e argumentos de política. O que quero dizer é que, se for assim, que pelo menos esta norma (precedente) seja gerada por princípio e não por um ato de vontade. (...) Note bem: para que eu saiba qual a força de um precedente, eu devo perguntar pelos argumentos de princípio que o sustentam. Essa é a premissa básica. A força do precedente não pode estar vinculada unicamente à suposta autoridade da corte da qual ele emanou, como querem os precedentalistas. (...) Vale lembrar que, desde Gadamer, a hermenêutica se apoia na ideia de que a “autoridade” que se impõe no processo interpretativo é a da tradição e não de quem realiza o ato interpretativo. (...) A verdadeira autoridade, nesse contexto, decorre de um reconhecimento e não de uma imposição. (...) Talvez daí resida a nossa incompatibilidade teórica. Sempre me mantive contrário à discricionariedade judicial e à ideia de que “interpretação é um ato de vontade”.¹²

Expostas as duas miradas, haveremos agora de tomar posição. O nosso posicionamento, muito longe de ser maniqueísta, amalgamará as visões expostas. Como é por demais sabido, o direito é posto por uma autoridade humana socialmente legitimada. Dito de outro modo, o direito positivado nada mais é do que um fato, o chamado *‘fato social posto pela razão humana’*¹³, o qual, a depender da tradição em que está inserido, restará cristalizado, após a dissolução dos desacordos morais existentes na sociedade, em um conceito (escola pandectista da jurisprudência dos conceitos), uma lei (escola exegética da codificação) ou um precedente (escola analítica do precedentalismo). Portanto, se estamos tratando do fundamento da vinculatividade dos precedentes - ainda que se tratem de precedentes à brasileira -, não podemos chegar a conclusão diversa, a não ser àquela que preconiza que tal fundamento reside, pelo menos a princípio, na autoridade da corte que firmou o precedente¹⁴.

O que resta saber é se a autoridade da corte que constitui o precedente basta, *per se*, para justificar a sua vinculatividade. A resposta é negativa, uma vez que a vinculatividade dos provimentos contidos no artigo 927, I a V do CPC, evidentemente, não emana apenas da autoridade da Corte que os constitui, mas também da integridade apta a legitimá-los. Não nos resta dúvida a esta altura, com efeito, que determinadas cortes têm autoridade suficiente para pôr o Direito por via de precedentes, desde que exerça tal atividade subsidiariamente, sem extravasar a moldura das leis e da Constituição, mesmo porque o acessório não pode desbordar do principal. Fica claro do quanto já dito, dessarte, que tal poder normativo reconhecido ao Judiciário deve cortesia ao poder legiferante que é próprio do Legislativo, não sendo nem de longe irrestrito, pois, do contrário, a autoridade se transformará em autoritarismo, o que não se coaduna com as balizas de um Estado Democrático de Direito. O precedente, assim, só se justifica enquanto for um instrumento genuinamente apto a promover a segurança jurídica, sendo certo que ele somente cumpre as suas funções, verdadeiramente vinculando os seus destinatários, quando respeitadas as regras formais e substanciais previstas para a sua constituição, se revelar apto a:

12- STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 27, 28, 36 e 54.

13- A expressão destacada é da lavra do professor Lenio Streck. Vide, a propósito, de STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 160.

14- Note-se, em corroboração ao afirmado, que enquanto o inciso II do artigo 988 do Código de Processo Civil diz que caberá reclamação garantir a ‘autoridade’ das decisões do tribunal, o § 1º do mesmo preceito legal assevera que a reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja ‘autoridade’ se pretenda garantir.

- Densificar os direitos fundamentais, pois mesmo que estável e previsível, um sistema jurídico que não tutela os direitos fundamentais é na realidade inseguro;
- Tratar os direitos fundamentais como trunfos democráticos das minorias contra as arbitrariedades das maiorias de plantão, vez que a segurança jurídica só pode existir em um ambiente verdadeiramente democrático, sendo certo que a democracia jamais foi ou será sinônimo de ditadura das maiorias;
- Dissolver com espírito de autocontenção e sem voluntarismos, nas situações verdadeiramente dramáticas, levando em conta a estabilidade, a integridade e coerência do Direito, aquilo que em termos adjudicatórios pode ser visto como um 'empate técnico';
- Colmatar as lacunas semânticas dos textos legais vazados em cláusulas gerais e conceitos indeterminados, atribuindo-lhes um sentido normativo que esteja em absoluta conformidade com a Constituição, de modo a que o Judiciário auxilie o Legislativo a ordenar o polifônico discurso político de grupos antagonônicos.

Para nós, de tal arte, os provimentos elencados no artigo 927, I a V, do Código de Processo Civil são fortemente vinculantes, embora tal vinculatidade não seja absoluta, haja vista que ela poderá ser excepcionalissimamente rejeitada mediante argumentação robusta¹⁵ e que incorpore no seu interior elementos não enfrentados na *ratio decidendi* afastada, sendo isso possível quando o suposto precedente desbordar das regras formais que deveriam ter sido observadas na sua construção ou, ainda, quando ele extravasar insuportavelmente a moldura/interstício que lhe outorgava espaço de constituição. Não são precedentes, isto posto, aqueles provimentos que menosprezam a tutela dos direitos fundamentais ou que rechaçam a função contramajoritária da Constituição. Isso porque o que de fato nos vincula é o Direito, e o arbítrio nada mais é do que o não-direito. Ninguém pode se ver enredado pelo não-direito, ainda que o não-direito tenha sido pronunciado por uma corte suprema. Imagine-se, por absurdo - os exemplos que elevam situações ao absurdo não raramente são bastante didáticos -, que em um determinado julgamento um tribunal supremo referende uma decisão que tenha imposto pena de morte fora da hipótese de guerra declarada (artigo 5º, XLVII, 'a', c/c o art. 84, XIX, ambos da CRFB e 55 e 56 do CPM, por exemplo). Tal decisão seria executada? Mais ainda: ela criaria um precedente que seria prospectivamente respeitado pelos juízos inferiores? Dir-se-á, não sem alguma razão, que pela aberração que em si encerra, o exemplo anterior não seria um bom argumento. Passemos, pois, a discorrer adiante sobre situações mais palatáveis.

3.1 Súmulas Vinculantes Aprovadas Pelo Stf Sem Reiteradas Decisões Sobre A Matéria Constitucional Debatida

Uma das hipóteses capazes de subtrair a força vinculante de um provimento, ainda que oriundo do Supremo Tribunal Federal, será quando ele menoscabar as métricas constitucionalmente impostas para a sua edição. É o caso, por exemplo, de uma súmula "vinculante" que, ao arripio do expressamente disposto no artigo 103-A da Constituição da República, tenha sido editada sem ser precedida de reiteradas decisões sobre matéria constitucional discutida.

O advérbio 'reiteradamente', como é palmar, implica a ideia de repetição, de multiplicidade, não ficando

15- No contexto do afirmado, merece realce a primorosa lição de SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise da construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 341: *Na realidade, o ônus argumentativo ao não aplicar 'precedentes' é ainda maior (...). É necessário aqui uma reflexão (...) não seria pernicioso que o código estabeleça que o juiz só pode deixar de se submeter à jurisprudência superior nos casos de distinção e de superação? Em outras palavras, constriam os julgadores à obrigatoriedade (e por que não, vinculatividade) de seguir precedentes não é ir além do que ocorre inclusive nos países de common law? (...) Estruturalmente analisando, é preciso responder que sim. A aposta desmedida em casos repetitivos e soluções plenipotenciárias (...) pode significar um retorno às fases mais primitivas do positivismo jurídico e uma reprimatização da escola da exegese. Afinal, o juiz não é mais boca-da-lei, mas corre o risco de se tornar boca-da-jurisprudência.*

circunscrito a algo que ocorre apenas episodicamente, em uma ou poucas ocasiões. É imperativo, isto posto, que o Supremo Tribunal Federal se manifeste várias vezes sobre um mesmo tema constitucional, antes de se ver habilitado a validamente editar uma súmula verdadeiramente vinculante. Nada obstante, o fato é que o Supremo Tribunal Federal, fazendo tábula rasa de tão importante disposição constitucional, tem em algumas situações editado súmulas vinculantes depois de poucas ou até mesmo de uma única manifestação sobre determinados assuntos. Tome-se, a propósito do afirmado, um excerto de pesquisa elaborada pela Universidade Federal de Minas Gerais por encomenda do Conselho Nacional de Justiça, sob a coordenação de comissão presidida por Thomas da Rosa de Bustamante:

*“O que mais chamou atenção foi a edição das súmulas vinculantes, pois estas estão vinculadas ao pressuposto constitucional e legal de “reiteradas decisões sobre casos análogos” para suas respectivas criações. Neste caso, das 15 súmulas vinculantes analisadas três fundamentavam sua criação em três ou até mesmo um precedente, como é o caso, por exemplo, da súmula vinculante n. 28, que teve como fundamento apenas a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1074. É importante salientar que, de acordo com a Lei n. 9.868/1999, 25 tanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade, quanto a Ação Declaratória de Constitucionalidade são dotadas de efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. Da análise dos debates para a criação do mencionado enunciado, percebe-se que o intuito era estender a abrangência dos efeitos da súmula para além do decidido na ADI. Ainda que esse procedimento se justifique para proteger o acesso à justiça, como se deu no caso deste enunciado sumular, vale questionar: até que ponto o requisito de “reiteradas decisões” pode ser relativizado? Além do mais, em que sentido deve ser entendida a expressão “reiteradas decisões”, quando o Tribunal tem utilizado um, dois ou três precedentes como fundamento de criação da súmula? Não há, nos debates, a indicação da justificação para a utilização de apenas de um precedente para a instituição da Súmula Vinculante. A preocupação do legislador, ao estabelecer esse critério como necessário para a edição das súmulas vinculantes, decorre justamente da força normativo-vinculante que elas possuem. Ao olvidar-se deste ponto corre-se o risco de o Judiciário adotar um raciocínio típico do Poder Legislativo, indo além da mera “aplicação do direito” e correndo o risco de desprezar o princípio da separação dos poderes. É de suma importância que a questão que se pretende sumular tenha sido objeto de debates e discussões, que permitam à corte deliberar sobre a necessidade de transformar a matéria discutida em um enunciado sumular, principalmente no que diz respeito à segurança jurídica. Nos casos, por exemplo, onde há apenas um ou dois precedentes como fundamentos da súmula, torna-se difícil conceber até mesmo a ideia de uniformização de jurisprudência. (...) No que diz respeito à estrutura das súmulas [agora não mais se referindo apenas às súmulas vinculantes do STF], a pesquisa constatou que nos dois tribunais analisados a maioria delas possui redação dotada, exclusivamente, de termos concretos, utilizando-se conceitos fechados e exaustivos, contrastando-se com conceitos indeterminados, valorativos ou interpretativos. Sem embargo, verificamos número não desprezível de enunciados, inclusive em sede de súmulas vinculantes do STF (onde se encontraram sete súmulas), redigidos com a utilização de conceitos indeterminados, valorativos ou interpretativos. Essa situação se torna preocupante, principalmente nos casos em que não existe a publicação, pelo tribunal, dos debates realizados na sessão em que a súmula foi promulgada, como ocorreu em todas as súmulas do STJ, em todas as súmulas não vinculantes e em todas as súmulas vinculantes do STF anteriores à Súmula Vinculante n. 14. Para que se possa alcançar uma interpretação adequada desses enunciados é necessário revisitar, portanto, os próprios julgados em que foi formada a orientação jurisprudencial expressa na súmula. Mas nem sempre é possível, nos casos em que os debates não são publicados, se identificar com facilidade o leading case (o caso paradigma) utilizado para criação das súmulas”.*¹⁶

O texto retro transcrito, fruto de uma minuciosa pesquisa, carrega consigo elementos riquíssimos para problematizarmos o quanto os nossos tribunais, Corte Suprema incluída, têm lidado mal com o assunto dos precedentes, tanto no caso das súmulas vinculantes, bem como na hipótese dos verbetes sumulares comuns. Vejamos:

- Nele detectamos que o Supremo Tribunal Federal tem, em algumas ocasiões, editado súmulas vinculantes depois de três, duas ou até mesmo uma única manifestação sobre determinados temas, agindo, assim, ao arrepio das métricas formais previstas no artigo 103-A da Constituição da República;

16- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de (Coord.). *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 40, 41, 42 e 43.

- Verificamos ainda que uma quantidade não desprezível de enunciados, nos quais inclusive se incluem súmulas vinculantes do STF, foram redigidos com a utilização de conceitos indeterminados, valorativos ou interpretativos, o que no mínimo é preocupante, na medida em que uma das funções do sistema precedentalista é justamente a de colmatar as lacunas semânticas das regras redigidas com cláusulas abertas ou conceitos indeterminados;
- Denotamos, finalmente, que há casos em que sequer existe a publicação, pelo tribunal, dos debates realizados na sessão em que a súmula foi promulgada, fator que nitidamente impede que se possa alcançar uma interpretação adequada dos aludidos verbetes, diante da impossibilidade de aferição dos seus motivos determinantes (como se sabe, que o que de fato vincula não é o enunciado sumular em si considerado, mas sim a sua *ratio decidendi*).

Súmulas de tal natureza, ainda que sejam designadas pelo pomposo epíteto de 'súmulas vinculantes', diante de todos os problemas formais e substanciais detectados, convenhamos, no máximo poderão ser tomadas como precedentes persuasivos (*persuasive precedents*), jamais como precedentes vinculantes (*binding precedents*).

3.2 As Instruções Normativas Dos Tribunais Têm Vinculatividade Albergada Pelo 927, V, Do Cpc?

Alguns tribunais, Tribunal Superior do Trabalho à frente, cultivam o hábito de editar instruções normativas visando orientar os seus juízes quanto à aplicação do Direito, principalmente naquelas ocasiões em que ocorrem transformações legislativas abruptas. No terreno juslaboral, à guisa de exemplos mais recentes, podemos citar a Instrução Normativa nº 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho ou, ainda, a Instrução Normativa nº 41/2018 do Tribunal Superior do Trabalho que trata da aplicação das normas processuais da Consolidação das Leis do Trabalho alteradas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 (Lei da Reforma Trabalhista).

Existem aqueles que acreditam que tais instruções normativas detêm caráter vinculativo. Sustentam, os que defendem tal ponto de vista, que tais textos possuiriam alicerce no artigo 927, V, do CPC/2015, razão pela qual os juízes e os tribunais teriam que observar a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Sejamos francos, os que assim pensam atribuem às Instruções Normativas em análise o caráter de precedentes e, por isso, laboram a partir de uma premissa equivocada, chegando, como não poderia ser diferente, a uma conclusão incorreta.

O motivo é mais que óbvio: 'atos administrativos', editados 'sem contraditório', não podem ser considerados como 'precedentes judiciais'. Como é palmar, precedentes não se confundem com verbetes textuais, principalmente quando advindos de 'atos de administrativos', ainda que se lhes emprestem a faustosa, mas pouco significativa denominação de 'Instrução Normativa'. Antes, a vinculatividade que deles emana (dos precedentes), está ligada aos 'motivos determinantes' de uma 'decisão judicial', tomada com respeito ao 'contraditório substancial' (e não meramente formal).

Que se fique claro: a) precedente é formado a partir de decisão judicial; b) o precedente trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição; c) a jurisdição (que não se confunde com a função administrativa extravagante dos tribunais) se legitima pelo contraditório (substancial e não meramente formal). Diante de todo o exposto, não podemos chegar a conclusão diversa, senão àquela que recomenda prudência na leitura do artigo 927, V, do CPC/2015, para se compreender que a vinculatividade dele emanada está restrita às orientações advindas de decisões judiciais e não de meros atos administrativos, por mais respeitáveis e bem-intencionados que estes últimos sejam.

Ainda que assim não fosse, o certo é que os precedentes, entre inúmeras classificações possíveis, podem ser divididos em precedentes persuasivos (*persuasive precedents*) e precedentes vinculantes (*binding precedents*). Persuasivos, naturalmente, são aqueles que não vinculam, mas que podem ser levados em consideração pelo juiz no ato decidir (em regra eles são originários de cortes inferiores). Vinculantes, de sua vez, são aqueles dotados de força horizontal e vertical, que por advirem de cortes superiores, devem, em regra, ser respeitados pelos órgãos situados mais à base da pirâmide judiciária.

Pois bem. Ainda que instruções normativas como as de n. 39/2016 de n. 41/2018 tenham sido editadas por uma corte superior, não podemos esconder que elas são produtos de simples atividade administrativa e não judicial. Logo, ainda que equivocadamente destinássemos o tratamento de precedente a tais atos administrativos, lavrados sem observância do contraditório (sequer formal, que dirá substancial) e que não apontam com a imprescindível profundidade os seus motivos determinantes, no máximo poderíamos considerá-los, *ad argumentandum*, como precedentes persuasivos, jamais como precedentes obrigatórios.

Releva destacar, a propósito, que não há um só fragmento no interior dos mencionados atos que aponte para uma suposta vinculatividade dos seus teores. Parece-nos, antes, que o TST, movido pelo nobre propósito de evitar imperdoáveis nulidades processuais futuras, cuidou apenas de persuasivamente apontar as suas primeiras impressões sobre as bases dialógicas do Processo do Trabalho com o CPC/2015 (no caso da Instrução Normativo n. 39/2016) e de tratar também embrionariamente da aplicação das normas processuais da Consolidação das Leis do Trabalho alteradas pela reforma trabalhista (no caso da Instrução Normativo n. 41/2018), sem se furtrar, evidentemente, ao saudável debate processual que vem sendo travado pela comunidade processual trabalhista (advogados, juizes, procuradores, servidores, professores, etc.), para, no interior de decisões judiciais, uma vez respeitado o contraditório substancial (art. 10 do CPC/2015), construir os precedentes que, dotados de normatividade, a todos de fato vincularão em regra.

Não nos parece, de tal arte, que o Tribunal Superior do Trabalho esteja a agredir a independência interpretativa da magistratura trabalhista. Se esse fosse o propósito da corte, aliás, mais do que malferir a autonomia da magistratura, o tribunal estaria a agredir as garantias processuais dos jurisdicionados, que se veriam compelidos a acatar a aplicabilidade de novas leis sem discuti-las em contraditório. Tal comportamento, autoritário por natureza, não combinaria com a tradição democrática do Tribunal Superior do Trabalho.

3.3 Decisões Estáveis E Coerentes, Ainda Que Não Sejam Íntegras, São Hábeis A Vincular A Comunidade Jurídica? Ou: De Como A Coerência No Erro Não Vincula

Discutiremos no presente tópico se as decisões oriundas de uma corte suprema, ainda que sejam estáveis e coerentes entre si, deterão a nótula da vinculatividade caso não se revelem íntegras. Embora o desate do imbróglío seja intuitivo, deveremos analisar, com os olhos pousados no artigo 926 do Código de Processo Civil, o que de fato significam as expressões estabilidade, integridade e coerência 'em termos legislativos'¹⁷. Valer-nos-emos, para tanto, da lição de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

"Há o dever de o tribunal manter a sua jurisprudência estável. Assim, qualquer mudança de posicionamento (superação; overruling) deve ser justificada adequadamente, além de ter sua eficácia modulada em respeito à segurança jurídica (dever de estabilidade). (...) Há dois deveres, que, ao lado dos demais (uniformizar a jurisprudência, mantê-la estável e divulgá-la devidamente), compõem o complexo de situações jurídicas passivas imputadas aos tribunais. Tais deveres servem como instrumentos para o desenvolvimento do microsistema de precedentes judiciais obrigatórios brasileiros. A coerência entre duas normas pode ser visualizada em dimensão formal ou em dimensão substancial. A coerência formal está ligada à ideia de não-contradição; a coerência substancial, à ideia de conexão positiva de sentido. O dever de coerência deve ser concretizado em ambas as dimensões. A exigência de coerência produz efeitos também em duas dimensões: interna e externa. Do ponto de vista externo, os tribunais devem coerência às suas próprias decisões anteriores e à linha evolutiva do desenvolvimento da jurisprudência. A coerência é, nesse sentido, uma imposição do princípio da igualdade – casos iguais devem ser tratados igualmente, sobretudo quando o tribunal já tem um entendimento firmado. Não pode o tribunal contrariar o seu próprio entendimento, ressaltada, obviamente, a possibilidade de sua superação. Julgar um caso é essencialmente distingui-lo de outro. É preciso, porém, que as distinções feitas pelo tribunal sejam coerentes. (...) Além disso, a dimensão externa do dever de coerência reforça o inafastável caráter histórico do desenvolvimento judicial do Direito: o direito dos precedentes forma-se paulatinamente, em uma cadeia histórica de decisões, que vão agregando sentido e dando densidade à norma jurídica geral construída a partir de um caso concreto. A coerência impõe o dever de autorreferência, portanto: o dever de dialogar com os precedentes anteriores, até mesmo para superá-los e demonstrar o respeito aos precedentes envolve o ato de segui-los, distingui-los ou revogá-los, jamais ignorá-los. O dever de integridade relaciona-se com a ideia de unidade do Direito. (...) A observância do dever de integridade supõe que os tribunais adotem certas posturas ao decidir. Eis algumas delas. a) Decidir em conformidade com o Direito, observada toda a sua complexidade (...), não se admite, por exemplo, decisão com base em "Direito alternativo". Nesse aspecto, o dever de integridade impede o voluntarismo judicial e argumentações arbitrárias. (...); b) Decidir em respeito à Constituição Federal, como fundamento normativo de todas as demais normas jurídicas. O dever de integridade é, nesse sentido, uma concretização do postulado da hierarquia. (...) c) Compreender o Direito como um sistema de normas, e não como um amontoado de normas. O dever de integridade é, nesse sentido, uma concretização do postulado da unidade do ordenamento jurídico (...)"¹⁸

17- Falamos 'em termos legislativos' porque DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. Vol. 2. 10 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 476, ao comentarem o artigo 926 do Código de Processo Civil, ressaltam que este enunciado normativo é inédito e de difícil compreensão. A começar pelo fato de ele incorporar dois termos muito difundidos nos estudos contemporâneos sobre a teoria do Direito, de um modo geral, e da decisão judicial, de um modo especial: a integridade e a coerência. Isso naturalmente leva o intérprete a relacionar o enunciado normativo a determinada concepção teórica a respeito do tema; sobretudo o termo integridade, muito ligado às ideias de Ronald Dworkin. (...) Sucede que se está diante de um enunciado normativo, e não de um enunciado doutrinário. É preciso dar sentido normativo ao que dispõe a parte final do art. 926 do CPC. Embora esse sentido possa ser construído a partir de lições de autores que se vincularam a esses termos, não há necessidade, e nem poderá ser diferente, de o conteúdo normativo desses textos corresponder exatamente a determinada orientação filosófica. De qualquer modo, depois de lermos atentamente a lição retro transcrita, com a qual, aliás, concordamos totalmente, faz-se necessário anotar, desde já, que a concepção de integridade de Dworkin não difere muito daquela a que em termos legislativos chegaremos um pouco mais adiante a partir do magistério dos professores Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria. Ocorre que, para Dworkin, a decisão que prima pela integridade é aquela que se rende aos esquadros do Direito. Veja-se, a propósito, DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 78: O direito não aconselha meramente os juizes e outras autoridades sobre as decisões que devem (ought to) tomar; determina que eles têm um dever (have a duty) de reconhecer e fazer vigorar certos padrões. (...) Todo filósofo do direito, com exceção dos representantes mais extremados do realismo jurídico norte-americano, supõe que (...) o juiz tem um dever (has a duty) de decidir de uma maneira específica, pela expressa razão de que o direito exige tal decisão.

18- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit. p. 474, 477, 479, 480, 484, 485.

Da rica lição antes transcrita, podemos agora didaticamente sintetizar os seguintes pontos, aclarando-os para bem desenvolvermos o nosso estudo:

- Os deveres de estabilidade, coerência e integridade são instrumentos imprescindíveis para o desenvolvimento do microsistema de precedentes judiciais obrigatórios brasileiro;
- Estabilidade não é sinônimo de imutabilidade. Com efeito, um tribunal pode perfeitamente superar o seu entendimento sobre determinado tema, desde que o faça justificadamente e adequadamente, mediante argumentação robusta, respeitando por via da modulação, caso necessária, a segurança jurídica;
- Além de estável, a jurisprudência de um tribunal deve ser coerente, o que implica em dizer que a cadeia de decisões tomadas sobre um mesmo tema não pode ser contraditória. A coerência, dessarte, é uma imposição da isonomia, preconizando que casos iguais sejam tratados igualmente e que casos diferentes sejam distinguidos uns dos outros;
- Finalmente, para que o microsistema precedentalista possa verdadeiramente vincular, a jurisprudência, além de estável e coerente, haverá de ser imprescindivelmente íntegra, o que significa que ela não poderá ser arbitrária e voluntarista, contrariando, ao fim e ao cabo, a moldura constitucional e infraconstitucional do direito explicitamente posto.

Estabelecidos tais parâmetros, é chegado o momento de analisarmos sob a ótica precedentalista, a partir de um exemplo concreto, o comportamento do Supremo Tribunal Federal diante de casos que, embora na essência sejam juridicamente singelos, possuem potencial para gerar alvoroço na sociedade. Com efeito, tratemos a partir de agora, sem paixões ou “fulanizações”, à luz das balizas constitucionais e infraconstitucionais adequadas, do tema do cumprimento provisório de pena restritiva de liberdade a partir de condenação em segundo grau ordinário de jurisdição. Dividiremos a nossa exposição em dois momentos distintos. Veremos, primeiramente, como o STF agiu na deliberação do *Habeas Corpus* nº 152.752-PR, conhecido popularmente como “HC do Presidente Lula”. Debateremos, na sequência, como a Corte Suprema se portou por ocasião do julgamento das ADCs 43, 44 e 54.

Demonstraremos, relativamente ao HC nº 152.752-PR, como o Supremo Tribunal Federal por vezes perde excelentes oportunidades de superar os seus precedentes sobre determinados temas (estabilidade não é sinônimo de imutabilidade, recorde-se) para, assim, tornar a sua jurisprudência não apenas coerente, mas, sobretudo, íntegra. Fixaremos a nossa mirada, nesse exercício, no voto da ministra Rosa Weber, uma vez que como é amplamente sabido, o voto da magistrada em questão foi decisivo para o resultado final daquele processo. Antes, sem embargo, precisamos destacar pelo menos duas coisas que são da maior importância para a compreensão do que trataremos.

Insta pontuar, primeiramente, que as decisões tomadas no âmbito da ação de *Habeas Corpus*, formalmente falando, *ex vi* do disposto nos incisos I a V do artigo 927 do Código de Processo Civil, não constituem propriamente um precedente legislativamente vinculativo. No caso em questão, todavia, não é pouco recordar que a composição plenária do Supremo Tribunal Federal estava reunida para debater, ainda que em um caso concreto, um tema que concentradamente já estava sendo debatido no âmbito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números 43, 44 e 54, nas quais se ambicionava o reconhecimento de que o artigo 283 do Código de Processo Penal estaria em plena conformidade com a Constituição da República.

Logo, a reunião plenária da excelsa corte naquela ocasião, à toda evidência, era uma ocasião mais que oportuna para que o Supremo Tribunal Federal, em achando correto, pudesse iniciar o giro jurisprudencial que conduziria à superação dos seus precedentes no sentido de que *a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal*, firmados, respectivamente: a) no HC 126.292/SP, julgado em 17.02.2016, sob a relatoria do min. Teori Zavascki (DJe de 17.05.2016); b) no indeferimento de cau-

telares requeridas nas ADCs 43 e 44, com julgamento em 05.10.2016, sob a relatoria do min. Marco Aurélio; e c) no ARE 964.246-RG/SP, julgado em 10.11.2016, na sistemática da repercussão geral, sob a relatoria do falecido ministro Teori Zavascki, no Plenário virtual (DJe de 25.11.2016). Tanto é verdade que aquele seria um momento mais que oportuno para que o Supremo Tribunal pudesse rever o seu ponto de vista sobre a matéria, que a própria ministra Rosa Weber chega a reconhecer o fato expressamente no seu voto. Vejamos:

"(...) destaco o óbvio: meu pleno conhecimento de que o Plenário é o locus adequado para, externando cada julgador sua posição pessoal, serem revisitados temas e acaso alterada a jurisprudência da Corte, tal como aconteceu tanto no HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, em 2009, como no HC 126.292, Rel. o querido e saudoso Min. Teori Zavascki. Aliás, ao afirmar que os juízes e tribunais observarão a orientação do plenário ou do órgão especial a que vinculados, o art. 927, V, do CPC define tais colegiados como lugar apropriado para que eventual revisão jurisprudencial se opere legitimamente. Esta compreensão é corroborada pelo art. 927, § 4º, do CPC, que, a seu turno, delimita condições para a revisão da jurisprudência".¹⁹

Em segundo lugar, sobreleva deixar ainda mais claro por qual motivo fixamos a nossa análise no voto da ministra Rosa Weber. Tal fato se dá porque a manutenção dos precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria se deu naquela oportunidade por uma maioria apertada, com diferença de apenas um voto, haja vista que o placar final do julgamento ficou em 6 X 5 em prol da tese conservadora, sendo certo que a ministra Rosa Weber assumidamente votou contrariamente à sua visão pessoal sobre o tema discutido. Visto de outro modo: tivesse ela votado como verdadeiramente pensava, a tese que preconizava a necessidade da superação dos precedentes é que teria vencido por 6 X 5²⁰. Dito agora de modo nu e cru: a maioria então formada, em verdade, era uma minoria. A fim de que não restem dúvidas sobre a posição pessoal da ministra, da qual ela abriu mão em nome de uma imprecisa deferência à colegialidade, reproduzimos outro fragmento do seu voto:

"Senhora Presidente, enfrente este habeas corpus nos exatos termos como fiz todos os outros que desde 2016 me foram submetidos, reafirmando que o tema de fundo, para quem pensa como eu, há de ser sim revisitado no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, vale dizer, nas ADCs da relatoria do Min. Marco Aurélio, em que esta Suprema Corte, em atenção ao princípio da segurança jurídica, em prol da sociedade brasileira, há de expressar, como voz coletiva, enquanto guardião da Constituição, se o caso, outra leitura do art. 5º, LVII, da Lei Fundamental. Tal preceito, com clareza meridiana, consagra o princípio da presunção de inocência, ninguém o nega, situadas no seu termo final – o momento do trânsito em julgado – sentido e alcance, pontos de cadentes divergências, as disputas hermenêuticas. Acompanho, pois, no âmbito deste habeas corpus, o relator, a quem renovo minhas homenagens, denegando a ordem. É como voto, presidente".²¹

Para ilustrar a prefalada "deferência à colegialidade" que norteou o voto da ministra Rosa Weber, levando-a a votar contra o seu próprio ponto de vista e, assim, a transformar, como que em uma alquimia, a minoria em maioria, reportamos abaixo mais um excerto do seu voto:

19- STF - HC 152.752-PR, Tribunal Pleno, rel. Min. Edson Fachin, voto da Min. Rosa Weber, Sessão em 04 e 05.04.2018, p. 17 e 18. Disponível em <https://bit.ly/2TQwyOJ>. Acesso em 16.09.2020.

20- Registramos aqui, por dever de lealdade, que embora o ministro Gilmar Mendes naquela oportunidade tenha deferido a ordem de habeas corpus ao paciente, ele o fez, é fato, sob uma fundamentação ambígua, dizendo que o eventual cumprimento de pena poderia se dar a partir do julgamento do STJ (posição da qual ele evoluiu posteriormente, para assentar por ocasião do julgamento das ADCs 43, 44 e 45, que o cumprimento de pena demandaria o pronunciamento do STF, se acaso ele fosse necessário para a constituição do trânsito). Vale anotar, por outro lado, por ser relevante, que o ministro Gilmar, durante o julgamento do Habeas Corpus, chegou a dizer, sem margem para desinteligenças, que aquela seria uma excelente oportunidade para que o Tribunal, ainda que estivesse diante de um caso concreto, pudesse cambiar a sua compreensão sobre a matéria. Vejamos, acerca do afirmado, a literalidade das suas palavras: *Não há por que denegar o habeas corpus e conceder a ADC, não faz nenhum sentido. Não faz nenhum sentido por quê? Porque é o tema que estamos decidindo. É o Plenário do Supremo, por sua completude, por sua unanimidade, que está a deliberar sobre o tema. Há muito se vindicava a necessidade desse debate e essa questão, portanto, agora se pôs.* (Conferir em <https://bit.ly/2reF3sB>, acesso em 16.09.2020).

21- STF - HC 152.752-PR, Ibid. p. 26 e 27. Disponível em <https://bit.ly/2TQwyOJ>. Acesso em 16.09.2020.

“(...) destaco que, tendo integrado a corrente minoritária neste Plenário quanto ao tema de fundo, passei a adotar, nesta Suprema Corte e no exercício da jurisdição eleitoral, no TSE, a orientação hoje prevalente, de modo a atender não só o dever de equidade que há de nortear, na minha visão, a prestação jurisdicional – tratar casos semelhantes de modo semelhante (treat like cases alike) – mas também, como sempre enfatizo, o princípio da colegialidade que, enquanto expressão da exigência de integridade da jurisprudência, é meio de atribuir autoridade e institucionalidade às decisões desta Casa (...)”²²

Tudo isto posto, devemos doravante demonstrar como que na ocasião o Supremo Tribunal Federal, ministra Rosa Weber à frente, acabou por prolatar uma decisão que, sob a justificativa da preservação da segurança jurídica, acabou na verdade gerando uma brutal insegurança, na medida em que francamente menoscoubou da tutela dos direitos fundamentais de liberdade, fazendo-o, ao que tudo indica, em homenagem a um suposto ‘clamor público’, como se a Corte Suprema não fosse uma instância contramajoritária.

Lembremo-nos: não basta que os precedentes sejam estáveis e coerentes, muito antes, sobretudo, é imperioso que eles sejam íntegros, condição esta que somente é alcançada quando eles não extravasam a moldura constitucional e infraconstitucional do direito explicitamente posto. Quando os tribunais decidem para além dos espaços intersticiais que o legitimam a secundariamente normatizar, já não há mais segurança jurídica, mas apenas voluntarismo e arbitrariedade. A ideia de segurança jurídica não pode se limitar a uma infantil busca de previsibilidade, mormente quando para isso se sacrificam os direitos fundamentais que protegem o cidadão como trunfos contrários ao arbítrio estatal e aos desígnios autoritários das maiorias de ocasião. Dito enfaticamente: a “coerência no erro jurídico”, ainda que ungida pela “autoridade” do Supremo Tribunal Federal, não pode vincular a ninguém.

Mas onde reside o erro em que tanto insistimos? A resposta está na interconexão dos artigos 5º, LVII, da Constituição e 283, *caput*, do Código de Processo Penal, que pela importância que têm, são agora transcritos:

- Art. 5º, LVII. Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.
- Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Evidentemente, o apotegma *in claris cessat interpretatio*, para o bem do Direito, já não mais possui o prestígio irrefreável de outrora. Interpretar, é bom que se diga, é uma atividade saudável, desejável, imprescindível, que permite à comunidade dos intérpretes, em postura colaborativa com o Legislativo, assentar o adequado sentido normativo dos institutos jurídicos. Antes de tudo, porém, o intérprete deve permitir que o texto lhe exponha alguma coisa²³, até mesmo para que o produto da sua atividade interpretativa não extravase insuportavelmente a moldura legal. Um mínimo de autocontenção, pelo menos, é o que se espera do intérprete, a fim de que a sua prática interpretativa não se traduza em mera voluntariedade que desprestigia o Direito.

Parece-nos, dito isto, que os artigos 5º, LVII, da Constituição e 283 do Código de Processo Penal não deixam, respectivamente, margens para dúvida: a) sem trânsito em julgado, não há que se falar, juridicamente, em formação de culpa penal; b) justamente por isso, em escorreita consonância com a mensagem constitucional, em um Estado de Direito a prisão é a exceção e não a regra, somente se justificando, no caso brasileiro, quando decorrer de flagrante delito ou de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, nas restritas hipóteses de: b1) prisões temporárias ou preventivas no curso da investigação ou do processo; b2) sentença condenatória transitada em julgado.

22- STF - HC 152.752-PR, *Ibid.*, p. 19 e 20. Disponível em <https://bit.ly/2TQwyOJ>. Acesso em 16.09.2020.

23- A afirmação tem referência direta na lição de STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 21, que nos adverte que *todos os objetos, atos, etc. são textos. E sempre são interpretados. Mas isso nunca ocorre no vácuo: quem quer compreender um texto deve deixar que o texto lhe diga algo.*

Esta, todavia, não foi a compreensão do Supremo Tribunal Federal naquele julgamento, na medida em que a Corte, na sua composição majoritária, como vimos, permitiu a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário. Tal fato, àquele tempo, nos levava a compreender que a cadeia decisória do STF sobre o tema (HC 126.292/SP, indeferimento de liminares nas ADCs 43 e 44, ARE 964.246-RG/SP e HC 152.752-PR), embora estável e coerente, não se revelava suficientemente íntegra, como se lhe exigia (e ainda exige) o artigo 926 do Código de Processo Civil, para promover a vinculação. Mas de onde advinha a rebeldia do Supremo Tribunal Federal contra a autoridade do Direito posto? O estudo um pouco mais minudente do voto do ministro Luís Roberto Barroso no *Habeas Corpus* nº 152.752-PR será capaz de nos dar a resposta (ainda que a relatoria do julgamento, como se sabe, tenha sido do ministro Fachin). Vamos a ele.

A primeira premissa relevante do voto do ministro Barroso foi a de que *as normas constitucionais têm, em última análise, o sentido e o alcance que lhes dá o Supremo Tribunal Federal*²⁴. Para ele, assim, *se o Supremo Tribunal Federal muda a sua interpretação, ele, em última análise, está mudando o sentido e o alcance daquela norma constitucional*²⁵. É certo que no excerto em questão o ministro Barroso fez uma alusão ao – convertido – instituto da ‘mutação constitucional’²⁶. O fato concreto, sem embargo, é que ressoa no mínimo preocupante que um juiz, ainda que seja ele integrante da Corte Suprema, diga, tão desinibidamente, que as normas constitucionais têm o sentido que lhes dá o Supremo Tribunal Federal, que, inclusive, pode até mesmo mudar o sentido e o alcance da norma constitucional²⁷. Parece-nos, um tanto ao contrário, que as normas constitucionais possuem um sentido que lhes é ínsito, ao qual o Tribunal Supremo deve reverência. Dito de outro modo, o Supremo Tribunal Federal, como poder constituído que é, decididamente não pode, ao seu livre talante, sobrepor-se desenvoltamente ao poder consti-

24- STF - HC 152.752-PR, Tribunal Pleno, rel. Min. Edson Fachin, voto do Min. Luís Roberto Barroso, Sessão em 04 e 05.04.2018, p. 4. Disponível em <https://bit.ly/33XSLik>. Acesso em 16.09.2020.

25- STF - HC 152.752-PR, Id. Disponível em <https://bit.ly/33XSLik>. Acesso em 16.09.2020.

26- Tome, sobre a excepcionalidade e os limites do fenômeno da ‘mutação constitucional’, bem como sobre os pudores que o Poder Judiciário deve ter ao lidar com ele, a lição de SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 151: *A mutação constitucional poderá eventualmente ocorrer de modo a violar o sentido literal da constituição escrita, ou seja, tanto pela interpretação judicial, quanto pela atuação do legislador infraconstitucional e por meio de um costume ou prática por parte dos poderes constituídos, é possível, nesse sentido, falar em uma mutação inconstitucional. A despeito de tais mudanças serem inconstitucionais por ofensa à Constituição escrita, cuja supremacia formal e material há de ser assegurada, o fato é que na prática mudanças manifestamente inconstitucionais (pelo menos no sentido, reiterar-se, de violação da constituição escrita) podem ainda prevalecer, seja pela falta de controle (especialmente no âmbito do controle de constitucionalidade) de tais mudanças, seja pelo fato de tal controle ser mesmo inidêntico em algumas hipóteses. Especialmente quando se trata de mutação por via da interpretação judicial, verifica-se que os limites da interpretação são, em certo sentido, também limites da própria mutação, visto que como poder constituído, embora a atribuição para interpretar e aplicar de forma vinculante o direito constitucional, o Poder Judiciário não está autorizado (o que não significa que não possa a vir ocorrer na prática!) a julgar contra disposição constitucional expressa.*

27- É de se ressaltar, a propósito, que o ministro Luís Roberto Barroso tem falado, até mesmo com certa insistência, sobre aquilo que segundo ele seria o *papel representativo das cortes supremas, sua função iluminista e as situações em que elas podem, legitimamente, empurrar a história*, fatos que ao seu ver autorizariam a *extrapolação da função puramente contramajoritária das cortes constitucionais*, não sendo assim *incumum nem surpreendente que o Judiciário, em certos contextos, seja o melhor intérprete do sentimento majoritário*, ocorrendo situações nas quais os *juizes são capazes de representar melhor – ou com mais independência – a vontade da sociedade* (vide, v.g., BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria*. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (orgs). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 26, 55 e 56). Pensamos, com todo o respeito, que tais afirmações são perigosamente arrogantes. É fato, e disto não há dúvida, que uma Corte Constitucional, no caso brasileiro o Supremo Tribunal Federal, tem o poder-dever de em algumas situações densificar direitos de liberdade e até mesmo prestações prometidos sem maior concreção aos cidadãos. Também não se duvida que o Legislativo não raramente é predado e devorado por interesses econômicos despidorados. Ainda assim, afirmar que onze ministros sem votos (como no caso brasileiro), guindados aos seus cargos por meio de critérios políticos opacos, possa ser considerado em algumas situações o melhor intérprete do ‘sentimento social’, é um passo demasiadamente ousado, capaz de abrir caminho a uma abjeta tirania das togas. O Judiciário não pode, evidentemente, assumir para si uma função subalterna, mas a autocontenção, a moderação e a discrição, sem dúvida alguma, são virtudes que lhe caem bem.

tuinte, seja ele originário ou derivado²⁸, principalmente quando o seu desiderato confesso seja a flexibilização, a diminuição ou até mesmo a supressão de garantias e direitos pétreos. Assim é que podemos dizer, desde já, que um voto que partiu de uma premissa tão questionável, muito provavelmente chegaria a uma conclusão equivocada. Prossigamos.

Na sequência do que de fato relevou no seu voto, o ministro Barroso asseverou que *a ordem constitucional brasileira não exige o trânsito em julgado para a decretação de prisão, não exige e nunca exigiu. O que se exige é ordem escrita da autoridade competente*²⁹, fazendo remissão explícita ao inciso LXI do artigo 5º da Constituição da República. Forte nessa tese (de que o que verdadeiramente importa para a prisão, ainda que sem trânsito da decisão condenatória, é uma ordem escrita da autoridade competente), o ministro Barroso, mais à frente, propôs uma ponderação entre o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade (artigo 5º, LVII, da Constituição) e aquilo que criativamente denominou como “princípio da efetividade mínima do sistema penal”. Disse ele:

*“E como é que funciona a ponderação, no caso do princípio da presunção da não culpabilidade? Quando começa a investigação, a meu ver, o princípio da presunção de não culpabilidade tem um peso elevadíssimo, porque é o Estado que tem que provar que houve alguma coisa errada e que houve um crime; depois, quando vem a denúncia, aí já reduz, em alguma medida, o peso da presunção de inocência; quando vem a condenação em primeiro grau, diminui um pouco mais, aliás já diminuiu bastante; quando vem a condenação em segundo grau, o princípio da presunção de inocência perde peso e prevalecem os outros valores que devem prevalecer. Depois da condenação em segundo grau, já não é mais possível discutir nem a autoria nem a materialidade, logo, se alguém foi condenado em segundo grau, é porque o Estado estabeleceu uma certeza jurídica de que o fato ocorreu e de que aquela pessoa é a autora do fato. O que se vai discutir no Superior Tribunal de Justiça são questões de legalidade e o que se vai discutir no Supremo são questões de constitucionalidade, mas os fatos e as provas já não estão mais em questão. Portanto, a partir desse momento, a presunção de não culpabilidade perde para o interesse do sistema de justiça, para a proteção de todos esses valores”*³⁰

Como visto, portanto, o ministro Barroso, citado agora livremente, aduziu que quando começa a investigação o princípio da presunção de inocência tem um peso elevadíssimo. Quando vem a denúncia, porém, o peso da presunção de inocência reduz em alguma medida. Outrossim, quando ocorre a condenação em primeiro grau, o peso do aludido princípio diminui bastante. Finalmente, quando a condenação se confirma em segunda instância, o princípio da presunção de inocência perde peso e prevalecem os outros valores.

Indaguemos: em qual lugar além da cabeça do ministro Barroso tal gradação está albergada? A resposta, apresentada sem rodeios, é um sonoro ‘em lugar nenhum’. Antes, ao contrário, faz-se imperioso notar que a ponderação proposta por Barroso foi anteriormente realizada pelo próprio legislador no artigo 283 do Código de Processo Penal, que nem de longe desbordou ou desborda, no pertinente, dos limites constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade. A propósito, por mais espinhosa que seja a indagação, não podemos deixar de perguntar por qual motivo os presidentes do Supremo

28- Tome-se, sobre a preocupante postura ‘quase constituinte’ que o Supremo Tribunal Federal vem adotando, as lúcidas ponderações de OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Processo constitucional*. 3 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 291: *se a Corte Constitucional seria (...) quem melhor poderia captar o sentido dos valores supostamente subjacentes à Constituição, para que processo legislativo, para que política? Bastaria, assim, uma atitude ‘racional’ por parte da jurisdição constitucional no sentido de uma suposta realização progressiva, ótima, desses valores. (...) Afinal, corre-se, assim, sempre o risco de atribuir ao Judiciário o papel de tutor da política, um superpoder quase constituinte, e permanente, como pretensa e única forma de garantia de uma democracia materializada e de massa, sem, contudo, considerar os riscos a que expõe o pluralismo cultural, social e político próprios de um Estado Democrático de Direito: seria a Corte Constitucional quem deveria zelar pela dignidade da política e sua orientação a uma ordem concreta de valores, paradoxalmente a única possibilidade de exercício de ‘direitos’ e de realização da democracia. Assim, no caso brasileiro, tal jurisprudência de valores tardia pode fazer do Supremo Tribunal Federal ‘guardião da moral e dos bons costumes’, uma espécie de sucessor do Poder Moderador, ou, quem sabe, do Santo Ofício, a ditar um códex e um index de boas maneiras para o Legislativo e para o Executivo.*

29- STF - HC 152.752-PR, Tribunal Pleno, rel. Min. Edson Fachin, voto do Min. Luís Roberto Barroso, Sessão em 04 e 05.04.2018, p.134. Disponível em <https://bit.ly/33XSLik>. Acesso em 16.09.2020.

30- STF - HC 152.752-PR, Ibid. p. 17. Disponível em <https://bit.ly/33XSLik>. Acesso em 16.09.2020.

Tribunal Federal relutaram tanto em pautar o julgamento definitivo das ADCs 43, 44 e 54, que colimavam justamente o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal? A resposta talvez esteja na fragilidade de um poder contramajoritário como o Judiciário, que não raramente se atemoriza com ameaças vazadas em redes sociais às vésperas de julgamentos importantes e reverberadas na imprensa que detém a narrativa hegemônica.

Consoante o multicitado artigo 283 do Código de Processo Penal, dessarte, é necessário que fique claro, de uma vez por todas, que o fundamento para a execução de pena é mesmo a decisão escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, a qual, no entanto, somente pode ser exarada em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado (fora disso só há margem para as prisões em flagrante, temporária ou preventiva). Vale dizer, asseverado de outra maneira, que para o legislador a liberdade somente cede, para fins de cumprimento de pena, ao trânsito em julgado. E, nos limites de uma Constituição de inspiração democrática, é bom que assim o seja. Afinal de contas, a liberdade indevidamente subtraída não mais pode ser restituída em termos concretos. Aliás, é no mínimo paradoxal notar que os mesmos entusiastas do cumprimento provisório de pena restritiva de liberdade não raramente se insurgem indignada e ferrenhamente contra a execução provisória de sentença cível e/ou trabalhista. No terreno do liberalismo, afinal de contas, embora ambos sejam importantes, qual o principal bem da vida a ser tutelado, a liberdade ou a propriedade? A pergunta é meramente retórica, não demandando resposta explícita, diante do truísmo da posição prevalecente. Não há dúvidas, ao fim e ao cabo, que a única ponderação condizente com o artigo 5º, LVII, da Constituição, quando anuncia que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, é aquela realizada pelo legislador no artigo 283 do Código de Processo Penal, pois, convenhamos, é no mínimo inusitado, para dizer o pouco, que alguém cumpra pena sem formação de culpa.

Dir-se-á, em contraposição ao que antes demonstramos, que após a condenação na última instância ordinária, não mais será possível debater a autoria ou a materialidade, razão pela qual na condenação em questão o Estado-juiz terá firmado a certeza de ocorrência e autoria da conduta delitiva imputada ao réu. Tal argumento, porém, nem de longe é intransponível, vez que nos recursos especial e extraordinário, como é palmar, podem perfeitamente ser reconhecidas a nulidade à raiz de um processo (pense-se, por exemplo, na suspeição do órgão acusador, do magistrado, ou até mesmo no conluio de ambos – artigo 101 do Código de Processo Penal, v.g.) e até mesmo a atipicidade de um fato (artigo 386, III, do Código de Processo Penal). Aliás, é bom que se frise, o próprio ministro Barroso admitiu, já próximo do final do seu voto, que *no Supremo Tribunal Federal, os recursos extraordinários, decididos em favor do réu, são no percentual de 1,12%*³¹, inclusive com absolvições e não apenas com o pronunciamento de prescrições da pretensão punitiva.

É pouco? Sem dúvida que sim. Tal percentual, no entanto, ainda que ínfimo, por si só é suficiente para justificar máxima cautela na imposição do cumprimento de pena restritiva de liberdade, a não ser que desejemos nortear uma Corte Suprema pelo puro e simples utilitarismo, em detrimento da sua nobilíssima função contramajoritária. Basta notar que na jurisdição civil, em regra, para se levar a cabo uma execução provisória é exigida a oferta de caução real ou fidejussória idônea a garantir a reversibilidade dos atos expropriatórios e de liberação de numerário acaso praticados (artigo 520, IV, do Código de Processo Civil). No âmbito da jurisdição trabalhista o artigo 899 da Consolidação das Leis do Trabalho, embora de constitucionalidade duvidosa, chega ao requinte de dizer que a execução provisória não poderá ultrapassar a fase da penhora. Por qual motivo, então, laborando em um juízo de razoabilidade e proporcionalidade, poderíamos cercear irreversivelmente a liberdade de um cidadão em execução provisória penal?

Tudo o que dissemos demonstrou, com tintas fortes, que a compreensão até então prevalecente do Supremo Tribunal Federal sobre o cumprimento provisório de pena a partir de condenação em segundo grau ordinário de jurisdição, apesar de estável e até mesmo coerente (levada em conta a cadeia decisória formada pelos julgamentos ocorridos no HC 126.292/SP, no indeferimento de liminares nas

31- STF - HC 152.752-PR, Ibid. p. 21. Disponível em <https://bit.ly/33XSLik>. Acesso em 16.09.2020.

ADCs 43 e 44, no ARE 964.246-RG/SP e no HC 152.752-PR), nem de longe era íntegra, na medida em que extravasava insuportavelmente, de modo arbitrário e voluntarista, guiada por um inaférrivel 'clamor das ruas'³² que desqualificava sua função contramajoritária, a moldura constitucional e infraconstitucional do direito explicitamente posto pelos artigos 5º, LVII, da Constituição da República e 283 do Código de Processo Penal.

Por corolário, em que pese a autoridade da Corte, os seus precedentes no caso não poderiam ser tomados como vinculativos, vez que menosprezavam, a mais não poder, a genética jurídica a que deviam respeito³³. Tudo isso era ainda mais estarrecedor quando constatávamos que a ministra Rosa Weber disse expressamente no seu voto que *do ponto de vista da integridade, o respeito ao precedente não pode negar o direito subjetivo, titularizado por todo jurisdicionado, de ter seus casos julgados de acordo com a melhor concepção das normas jurídicas vigentes*³⁴.

Pois bem. É chegado agora o momento de analisarmos o mesmo tema a partir daquilo que o Supremo Tribunal finalmente deliberou por ocasião do julgamento das ADCs 43, 44 e 54, o qual foi finalizado na data de 07.11.2019. Aqui, mesmo que o resultado do julgamento tenha sido novamente por um placar apertado (os mesmos 6 X 5, porém com sinal invertido), muito pouco precisa ser dito de nossa parte, na medida em que ainda que não o tenha falado explicitamente, a Corte Suprema deixou claro nas entrelinhas que a sua posição anterior não era íntegra.

32- Sobreleva destacar, sobre a influência do chamado 'clamor das ruas', o quanto o voto do ministro Barroso é titubeante. Vejamos. Primeiramente ele diz: *Ninguém interpreta a Constituição e muito menos o Direito Penal para atender clamor público. Nisso estamos todos de acordo.* Logo na sequência, todavia, se desdiz: *Mas uma interpretação que produz consequências absurdas e frustra sentimentos mínimos de justiça da sociedade não pode ser a interpretação adequada do texto constitucional.* (STF - HC 152.752-PR, *Ibid.*, p. 19. Disponível em <https://bit.ly/33XSLik>. Acesso em 16.09.2020)

33- Vejamos, a título ilustrativo, tratando justamente da garantia jusfundamental da presunção de inocência, o debate forense e doutrinário que vem sendo travado no México acerca da intensidade da vinculatividade que se deve atribuir aos precedentes judiciais. Tome-se, para tanto, o escólio de GONZÁLEZ, Rodrigo Camarena. *La derrotabilidad del precedente constitucional: a propósito de la c.t. 299/2013.* In Revista del centro de estudios constitucionales, Ciudad de Mexico, n. 4, Enero/ Junio 2017, p 310 a 313: *Tienen los juzgadores una obligación absoluta de seguir el precedente de sus superiores jerárquicos? La comunidad judicial en México se encuentra dividida en torno a esta pregunta. Dos tribunales colegiados sostuvieron criterios contradictorios al respecto. Ambos tribunales discutieron el presunto crimen de contrabando de vehículos extranjeros y el criterio jurisprudencial que lo interpretaban a la luz del principio de presunción de inocencia. Un tribunal sostuvo que si bien los órganos judiciales pueden inaplicar disposiciones legislativas por ser inconstitucionales, no es posible inaplicar precedentes obligatorios. En cambio, el otro tribunal sostuvo que los precedentes pueden ser inaplicados por un inferior cuando violan derechos constitucionales. Este conflicto interpretativo dio lugar a la contradicción de tesis 299/2013. En este asunto el Pleno de la Suprema Corte se preguntó: ¿puede la jurisprudencia de la Corte ser objeto de control de constitucionalidad o convencionalidad? Una mayoría dividida respondió en sentido negativo. Según la mayoría, el principio de seguridad jurídica implica que los Jueces inferiores tienen la obligación absoluta de seguir las normas emitidas por los órganos superiores. Una vez que la interpretación judicial se convierte en jurisprudencia, todos los Jueces inferiores están estrictamente vinculados a ésta, sin excepción alguna. La mayoría aseguró que los tribunales colegiados "carecen de atribuciones para reinterpretar" la jurisprudencia, pues su aplicación es "inexcusable". A decir de los Ministros, esto no "congela" la jurisprudencia ya que es posible modificarla mediante el mecanismo de sustitución de criterios. Es decir, solo el órgano que emitió la norma judicial puede alterarla y únicamente después de que los tribunales colegiados han aplicado el precedente. No obstante, algunos Ministros cuestionaron la naturaleza absoluta de la obligación de seguir el precedente de los tribunales superiores. Tres Ministros coincidieron con el resultado, pero consideraron que era necesario diferenciar entre "inaplicar" una jurisprudencia y considerarla "no aplicable". Al parecer, inaplicar es derogar una norma jurisprudencial por considerarla inconstitucional o inconvencional, mientras que considerar una norma "no aplicable" significa que el precedente y el caso por resolver abordan cuestiones jurídicas distintas. Para los tres Ministros, los Jueces inferiores pueden considerar la jurisprudencia como no aplicable, pero no la pueden inaplicar cuando la cuestión jurídica ya haya sido resuelta por un orden superior. Otros dos Ministros disintieron. El Ministro Silva consideró que toda fuente jurídica debe estar sujeta a control de la constitucionalidad y la convencionalidad, lo que puede ocasionar que normas jurisprudenciales sean inaplicadas por inconstitucionales. El Ministro Cossío disintió con mayor contundencia. Este consideró que si la Corte puede inaplicar leyes expedidas por el Congreso democrático, entonces no hay razón para hacer inmune a la jurisprudencia de control de constitucionalidad o convencionalidad. En su opinión, al decir que solo la Suprema Corte puede inaplicar su jurisprudencia, la mayoría estaba proclamando una infalibilidad epistémica incompatible con la naturaleza discursiva de los derechos fundamentales. Es decir, la esencia de los derechos fundamentales se construye intersubjetivamente a través del diálogo racional, no se impone. Entonces, los Jueces inferiores tienen la facultad y la obligación no solo de considerar una norma judicial como no aplicable, sino también de inaplicarla, siempre y cuando cumplan con la carga de la argumentación correspondiente. El Ministro Cossío publicó un artículo junto con Roberto Lara, en el que insistían que tanto los Ministros de la Corte, al igual que cualquier otro intérprete jurídico, son falibles y es posible que los tribunales superiores violen derechos fundamentales con sus interpretaciones, por lo que los Jueces inferiores pueden detectar dichas violaciones y remediarlas.*

34- STF - HC 152.752-PR, Tribunal Pleno, rel. Min. Edson Fachin, voto da Min. Rosa Weber, Sessão em 04 e 05.04.2018, p. 18 e 19. Disponível em <https://bit.ly/2TQwyOJ>. Acesso em 16.09.2020.

Vale anotar, ainda que de passagem, que atuando no mesmo colegiado de outrora, a ministra Rosa Weber finalmente se rendeu, por mais inusitado que isso pareça, à sua própria compreensão sobre a matéria. Daí o resultado, desta feita, ter sido o juridicamente correto. Sem embargo desse paradoxo, destacaremos no caso o voto do ministro decano Celso de Mello, que pelo seu refinamento merece entrar para os anais do Supremo Tribunal Federal como uma das mais brilhantes manifestações da história da Corte. O voto é longo, requintado, primoroso e, justamente por isso, fica difícil de nele escolher fragmentos que façam jus à sua magistral completude. Ainda assim, dele reproduzimos as seguintes passagens, que mesmo que alongadas, merecem ser transcritas, para que jamais sejam esquecidas:

"Torna-se essencial proclamar (...) que a Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades jamais serão ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar para que essa realidade não seja desfigurada, pois – como ninguém o desconhece – todos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica (dos Tribunais, especialmente) porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade (...). Sabemos todos, Senhor Presidente, que a Constituição da República de 1988, passados mais de 31 anos de sua promulgação, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal um papel de imenso relevo no aperfeiçoamento das instituições democráticas e na afirmação dos princípios sob cuja égide floresce o espírito virtuoso que anima e informa a ideia de República. Se é certo, portanto, Senhor Presidente, que esta Suprema Corte constitui, por excelência, um espaço de proteção e defesa das liberdades fundamentais, não é menos exato que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, para que sejam imparciais, isentos e independentes, não podem expor-se a pressões externas, como aquelas resultantes do clamor popular e da pressão das multidões, sob pena de completa subversão do regime constitucional dos direitos e garantias individuais e de aniquilação de inestimáveis prerrogativas essenciais que a ordem jurídica assegura a qualquer réu mediante instauração, em juízo, do devido processo penal. (...) O Supremo Tribunal Federal possui a exata percepção dessa realidade e tem, por isso mesmo, no desempenho de suas funções, um grave compromisso na preservação da intangibilidade da Constituição que nos governa a todos, sendo o garante de sua integridade, impedindo que razões de pragmatismo ou de mera conveniência de grupos, instituições ou estamentos, bem assim motivações fundadas em um irracional punitivismo, prevaleçam e deformem o significado da própria Lei Fundamental. Nesse contexto, incumbe aos magistrados e Tribunais, notadamente aos Juizes da Corte Suprema do Brasil, o desempenho dos deveres que lhes são inerentes, entre os quais avultam, por seu inquestionável relevo, o de velar pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, o de repelir condutas governamentais abusivas, o de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana e o de neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal. (...) Cabe acentuar, por necessário, que a presunção de inocência, que confere suporte legitimador a um direito fundamental, protegido por cláusula pétreia, titularizado, sem exceção, pela generalidade das pessoas, não se reveste de valor absoluto, porque encontra limite no trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a partir de cujo transcurso o condenado passa, então, em razão de seu novo "status poenalis", a ostentar a condição de culpado. (...) Há, portanto, segundo penso, considerado o que dispõe o ordenamento positivo brasileiro, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, cabe advertir, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados já fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades. (...) Os aspectos que venho de salientar neste voto, Senhor Presidente, levam-me a concluir, presente o que se contém na Constituição da República e na legislação processual penal do Estado brasileiro, que o reconhecimento da tese da "execução provisória" de uma condenação criminal ainda recorrível (antes, portanto, do seu trânsito em julgado) significa admitir-se, com toda a vênia, um equívoco totalmente inconstitucional e ilegal. (...) Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, peço vênia para julgar procedentes os pedidos deduzidos nestas ações declaratórias de constitucionalidade, reafirmando, assim, no que concerne à interpretação do art. 283 do CPP, na redação dada pela Lei nº 12.403/2011, a tese segundo a qual a execução provisória (ou prematura) da sentença penal condenatória, (...), revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado de sua condenação criminal, tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII). É o meu voto."³⁵

35- STF – ADCs 43, 44 e 54, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, voto do Min. Celso de Mello, Sessão em 07.11.2019. Disponível em <https://bit.ly/2OMxDVf>. Acesso em 16.09.2020.

Sublinhe-se: *incumbe aos magistrados e Tribunais, notadamente aos Juizes da Corte Suprema do Brasil, o desempenho dos deveres que lhes são inerentes, entre os quais avultam, por seu inquestionável relevo, o de velar pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, o de repelir condutas governamentais abusivas, o de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana e o de neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal.*

Vale dizer: decisões que não respeitam o dever de integridade, decididamente não constituem um precedente vinculativo, seja por ofensa à Constituição, seja por violação ao artigo 926 do Código de Processo Civil. Nada a acrescentar.

4. A DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO DE FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES

É chegado o momento, finalmente, de evidenciarmos a importância de que os tribunais viabilizem, na máxima intensidade possível, a participação da comunidade jurídica, e não apenas das partes mais diretamente interessadas, na tomada das decisões com potencial vinculativo. Sobreleva esclarecer, antes de tudo, que quando falamos da participação democrática da comunidade no processo de tomada de decisões com potencial paradigmático, estamos evidentemente bebendo da fonte de Peter Häberle, que jorra do seu conhecidíssimo livro “A sociedade aberta dos intérpretes da constituição”. Tome-se, a título ilustrativo, entre tantos outros excertos que poderíamos capturar, o seguinte fragmento da obra em questão:

“No Estado constitucional-democrático coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática (da Teoria da Democracia). A ciência do Direito Constitucional, as Ciências da Realidade, os cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito. Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente “competente”, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (...), tema muitas vezes referido sob a epígrafe do “aspecto democrático” dos Direitos Fundamentais. Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o “concerto” científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente. “Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo também é um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania no sentido do art. 33 da Lei Fundamental [o art. 33, I, da Lei Fundamental consagra a igualdade de direitos e obrigações do cidadão alemão – nota do tradutor Gilmar Ferreira Mendes]. Dessa forma, os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (...). Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição.”³⁶

Como já afirmamos anteriormente, cuida-se de uma verdadeira platitudo que no Estado de Direito é o Poder Legislativo que detém competência para legislar. Não raramente, entretanto, como também realçamos, o Poder Judiciário é chamado a exercer uma saudável função normativa subsidiária, que é imprescindível para que exista segurança jurídica entre nós. Nessa equação, aparentemente singela, existe, porém, uma variável cujo enfrentamento, apesar de difícilíssimo, é inescapável. Ocorre que no balanço entre os poderes estatais, como todos sabemos, enquanto o Legislativo é um Poder marcadamente representativo, o Judiciário é um Poder essencialmente contramajoritário. Como justificar, com efeito, que o Judiciário possa ‘normatizar’, ainda que ‘subsidiariamente’, sem malferir o arranjo democrático fundado na independência e na harmonia dos poderes?

36- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 36 e 37.

Um bom início de resposta para a pergunta constante da parte final do parágrafo anterior, se prestarmos bastante atenção, já está contido nos próprios termos da sua formulação. É fundamental compreendermos, insistindo no que já explicamos, que na promoção da segurança jurídica a função exercida pelo Judiciário não é propriamente legislativa, mas na realidade normativa, devendo ser exercitada subsidiariamente. Tal explicação, todavia, é ainda insuficiente para o enfrentamento do repto que temos agora lançado. Será necessário ir além.

No Estado Democrático de Direito, como é curial, a função precípua do Poder Judiciário é a de imprimir concretude aos direitos fundamentais dos cidadãos, quer sejam eles considerados individual ou coletivamente. Tal processo de afirmação do caráter fundamental dos direitos, todavia, não pode ser desenvolvido isoladamente, como se as cortes de justiça e os seus integrantes estivessem enclausurados em uma torre de onde contemplam distantemente as misérias humanas. Antes, até mesmo pelo fato de o Judiciário não ser na sua essência um poder propriamente representativo, a magistratura jamais poderá se esquivar do diálogo com a sociedade civil organizada, principalmente naqueles contextos em que estiver se desvencilhando da anômala missão de constituir uma decisão de caráter vinculativo. Afinal de contas, somente nas tiranias é que os diversos agrupamentos humanos serão obrigados à observância de um determinado comportamento sem que possam influir em contraditório na tomada de decisões centrais para a vitalidade das suas existências.

Que fique claro, entretanto: não se trata de conversar com pessoas isoladamente, mas antes de dialogar, organizada e republicanamente, pelas vias processuais adequadas, com os setores verdadeiramente representativos da sociedade civil. Nesta relevantíssima interação dialética, melhor explicando, os membros da magistratura não podem cair na reducionista e nada significativa armadilha de prostrar aleatoriamente com indivíduos a esmo fora dos canais institucionais. Vejamos, para melhor compreender o que acabamos de dizer, um excerto do voto do ministro Luís Roberto Barroso na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324-DF, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal tratou do delicado tema da terceirização trabalhista:

"Eu estive recentemente no aeroporto de Guarulhos, um funcionário me atendeu e me contou a vida dele, e disse: "Eu trabalhava para a empresa tal, que passou por uma crise financeira. Eu tive sorte e fui contratado por uma empresa terceirizada do aeroporto. E agora a minha antiga empresa está em dificuldade, mas eu presto serviço a diferentes empresas. E, portanto, para mim, foi melhor estar numa terceirizada e poder circular em diferentes empresas do que ter permanecido na minha empresa antiga e ter sido demitido. Agora eu estaria sem emprego algum".³⁷

Ora, não se cuida disso, evidentemente, o que estamos a falar. Por mais bem-intencionado - e até mesmo elogiável do ponto de vista comportamental - que tenha sido o propósito do ministro Barroso ao conversar em um aeroporto com um trabalhador terceirizado, a fim de ao depois trazer as impressões colhidas no prosaico diálogo para o interior do seu voto, o fato é que em termos jurídicos, sejamos francos, o seu comportamento não é exatamente correto. Insistimos, pois, mesmo que pareçamos enfadonhos: não se trata de conversar com pessoas isoladamente, mas antes de dialogar, organizada e republicanamente, pelas vias processuais adequadas, com os setores verdadeiramente representativos da sociedade civil.

De outro tanto, há de se ficar igualmente claro que não se cuida de o Judiciário ouvir um suposto, difuso e inaferrível 'clamor das ruas'. A história, a propósito, já há milênios deixa claro o quão inconveniente pode se tornar um julgador que se deixa levar demagogicamente pelo tal 'alarido popular'. Tomemos como pano de fundo, visando a comprovação do afirmado, a narrativa de Gustavo Zagrebelsky, ao tratar do encontro entre Pilatos e Cristo por ocasião da decretação da tortura e morte deste último. Para que não parem dúvidas, uma vez que escrevemos nos marcos do Estado de Direito, laico por excelência, deixamos registrado que não estamos aqui a invocar o Cristo-Deus, mas sim a tratar do Jesus-

37- STF - ADPF 324-DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Luís Roberto Barroso, voto do Min. Luís Roberto Barroso, Sessão em 30.08.2018, p. 10. Disponível em <https://bit.ly/33O2uHc>. Acesso em 16.09.2020.

histórico, cujo “delito” praticado, até onde se sabe, foi o de exercitar o seu direito à livre expressão de um modo que importunava os detentores do poder autoritário de então. Feito tal esclarecimento, vamos agora às palavras de Zagrebelsky:

“Acerca de dois mil anos houve uma desavença entre Pilatos, o procurador romano da Judeia, e o Sinédrio de Jerusalém, a maior autoridade hebraica. O que estava em jogo era a vida de Jesus. Pilatos estava entre impor uma decisão unilateral, que seria a libertação de Jesus com um ato de império (o que lhe era certamente concedido), e acatar o que queriam os representantes do Sinédrio, que pediam a confirmação da condenação à morte de Jesus que eles mesmos já tinham pronunciado. Pilatos, porém, escolheu outra possibilidade. Ele apelou ao povo, abrindo assim um processo “democrático”. A decisão foi tomada em um crescendo impressionante de fanatismo popular em que Marcos, entre todos os evangelistas, conta de maneira mais enfática: A multidão, gritando, começou a pedir que ele fizesse como sempre tinha feito [alusão ao costume, muito discutido em sede de crítica histórica, de soltar um condenado à morte na época da Páscoa, o assim chamado privilegium paschale: “Era costume que o governador soltasse um preso à escolha do povo” (Mt 27, 15)].” E Pilatos respondeu-lhes, dizendo: “Quereis que vos solte o Rei dos Judeus?”. Isso porque ele sabia que os sumos sacerdotes o haviam entregado por inveja e instigavam o povo para que pedissem que libertassem Barrabás em vez de Jesus. Pilatos falou-lhes outra vez: “E que quereis que eu faça daquele a quem chamais o Rei dos Judeus?” Eles tornaram a gritar: “Crucifique-o”. E Pilatos replicou: “Mas que male vos fez?” E a multidão chamava ainda mais forte: “Crucifique-o” (MC 15, 8-14). O que significa esse grito? À primeira vista, uma incontestável argumentação contra a democracia. Dizem os evangelhos que, segundo a verdade e a justiça, o dilema ao qual o povo foi submetido (se Jesus ou Barrabás) não poderia permitir dúvidas. O povo, de fato, não hesitou. Mas a decisão que tomou foi, escandalosamente, outra. Nesse episódio de há dois mil anos, verdade e justiça testemunham justamente contra a democracia. Para afastar o escândalo daquele grito, podemos recusar o conteúdo de valor da escolha proposta à multidão: devemos considerar iguais Jesus e Barrabás e indiferente a escolha entre a vida e morte de um ou outro”³⁸

Destaque-se: nesse episódio de há dois mil anos, verdade e justiça testemunham justamente contra a democracia. Tal permite-nos recordar o que antes já afirmamos: a democracia decididamente não se traduz na ditadura da maioria. É óbvio que o Poder Judiciário, principalmente antes da tomada de decisões com força vinculativa, necessita exercitar o saudável poder-dever de dialogar com a sociedade civil organizada, fazendo-o pelas vias processuais adequadas, respeitando as balizas da institucionalidade e permitindo-se ser influenciado em contraditório. Isso não significa, de modo algum, que a partir daí deva abdicar da sua vocação contramajoritária³⁹.

38- ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Trad. Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31 e 32.

39- Vale aqui ser sublinhado, antes de tudo, que a expressão minorias, no contexto em que a usamos no presente texto, não tem significação necessariamente numérica. Antes, a minoritariedade de que tratamos está ligada à noção de vulnerabilidade, que faz com que certos grupos, ainda que maiores numericamente na sociedade, sejam tratados com desvantagens sociais. Note-se, por exemplo, que no Brasil existem mais negros e pardos do que brancos e mais mulheres do que homens. Ainda assim, os negros, pardos e mulheres são considerados como minorias, na medida em que a concretização dos seus direitos tende a ser de mais baixa intensidade quando em cotejo com os direitos dos brancos e dos homens. Feito tal esclarecimento, tome-se agora, sobre a temática das minorias, a instigante lição de OLIVERIA, Marcelo Andrade Cattoni de. Op. cit. p. 266: *Por que falar de minorias e democracia no Brasil? Afinal, a democracia não é aquela forma de governo cujas decisões são tomadas pela maioria? Todavia, mesmo onde uma maioria governa, a minoria não teria direitos assegurados? Se a resposta for sim, como assegurar direitos às minorias, em face das decisões da maioria governante? Atribuindo-se a uma instituição, ao Judiciário, por exemplo, um poder contramajoritário? Assim, todas as vezes que a maioria lesasse direitos das minorias, o Judiciário estaria autorizado a proteger esses direitos. Mas quem autorizaria, numa democracia, o Judiciário, que sequer é eleito, a controlar as decisões majoritárias que supostamente violariam direitos das minorias? Resposta: A Constituição. Mas por que uma Constituição autorizaria o Judiciário a controlar decisões tomadas pela maioria, para que elas não firam direitos das minorias? A Constituição, nesses termos, não seria contrária à democracia? Resposta: não, se entendermos que a Constituição não foi estabelecida nem pela maioria, nem pela minoria, mas pela nação. A nação, portanto, está acima das maiorias e das minorias, é quem soberanamente estabelece a Constituição do Estado, para que, dentro do Estado, decisões tomadas pela maioria não violem os direitos das minorias.*

A pior das tiranias, certamente, é aquela que emana de um Judiciário acovardado, que corrompido pelo poder hegemônico, frustra de maneira pusilânime a noção de que os direitos fundamentais são trunfos das minorias⁴⁰ contra as majorias de ocasião⁴¹.

Cuida-se de nítido truísmo, dito de outro modo, que um poder não-representativo como o Judiciário, destituído, portanto, da legitimidade do voto popular, deverá ouvir os seus jurisdicionados da maneira mais alargada possível quando estiver diante do dilema de ter que impor um padrão comportamental pela via jurisdicional. Em uma democracia, afinal de contas, não se revela condigno que as diversas camadas da população devam agir ou deixar de agir sem que tenham tido a oportunidade de participar de algum modo do processo decisório. Isso não importar em afirmar, todavia, que o Judiciário estará jungido aos desígnios da maioria, bastando, para que a sua decisão mereça respeito, que a sua discricionariedade constitutivo-normativa seja exercitada sem o extravasamento da cercadura constitucional. Dito isto, uma excelente indagação para a continuidade do nosso estudo é a de como, procedimentalmente falando, o Judiciário viabilizará a participação da comunidade nos processos decisórios que detenham potencialidades paradigmáticas.

Uma primeira e das mais importantes formas de democratizar o debate na tomada de decisões vinculativas é por via da intervenção do chamado *amicus curiae* nas causas. Tal figura, que em livre tradução significa 'amigo da corte' (*friend of the court*), apareceu definitivamente no Direito brasileiro, ainda que sem menção expressa à aludida nomenclatura, nas Leis 9.868/1999 (Lei da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade) e 9.882/1999 (Lei da arguição de descumprimento de preceito fundamental), nos seus artigos 7º, § 2º e 6º, § 1º, respectivamente⁴². Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 e já com a utilização do nome *amicus curiae*, o artigo 138

40- Parece-nos importante registrar, ainda, que as pautas minoritárias estão intimamente ligadas à noção jurídico-político-filosófica de "reconhecimento". Neste sentido, parece-nos oportuna a transcrição do magistério de SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 242, 243 e 257: *Nos debates contemporâneos travados no campo da Filosofia e das Ciências Sociais, a palavra "reconhecimento" não denota mera identificação do outro. O reconhecimento é associado à valorização da pessoa reconhecida, em atitude que lhe expressa o devido respeito. Já a falta de reconhecimento ou o reconhecimento deturpado (misrecognition) importa em uma diminuição do sujeito, em adoção de postura desrespeitosa, que o degrada e compromete a sua possibilidade de participar, como um igual, nas interações sociais. Com muita frequência, o reconhecimento decorre da desvalorização de algum grupo identitário não hegemônico, ao qual são arbitrariamente atribuídos traços negativos, que se projetam sobre todos os indivíduos que o integram. Ele se liga a fatores como etnia, gênero, orientação sexual, religião, deficiência, nacionalidade, profissão, etc. Por isso, as demandas políticas por reconhecimento são, via de regra, articuladas em termos coletivos, muito embora na gramática jurídica, possam ser eventualmente vertidas para a fôrma dos direitos individuais. Nessa área, existem tanto pretensões de cunho universalista, ligadas à não discriminação, como demandas específicas, voltadas à concessão de algum tipo de proteção especial aos grupos estigmatizados, que não são extensivas aos demais componentes da população. (...) É possível falar em um direito fundamental ao reconhecimento, que é um direito ao igual respeito da identidade pessoal. Trata-se de um direito que tem tanto uma faceta negativa como outra positiva. Em sua faceta negativa, ele veda as práticas que desrespeitam as pessoas em sua identidade, estigmatizando-as. Na dimensão positiva, ele impõe ao Estado a adoção de medidas voltadas ao combate dessas práticas e à superação dos estigmas existentes.*

41- Temos, tratando das relações entre o Poder Judiciário e aqueles que se encontram em situação jurídica de vulnerabilidade, a primorosa lição de TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 161: *A grande desconfiança da sociedade brasileira em relação ao Poder Judiciário precisa ser revertida com máxima urgência sob pena de se provocar graves e deletérios efeitos na convivência social - como, v.g., a retomada da vingança privada pela suspeita de ineficiência do sistema de justiça para substituir válida e legitimamente a vontade dos recalcitrantes na composição dos conflitos verificados no tecido social. (...) Para reverter o quadro descrença no sistema e demonstrar que há imparcialidade em bases atuais, contextualizadas e comprometidas com a realidade brasileira, é hora de focar a situação dos jurisdicionados dirigindo o olhar para situação dos indivíduos reais que compõem a sociedade. Para haver efetiva participação em juízo, é imprescindível que as desigualdades inerentes à vida social - sofridas com mais intensidade pelos desfavorecidos em condição vulnerável - não fulminem, por si mesmas, as chances de distribuição de justiça. Como restará demonstrado, além da debilidade financeira, a condição de vulnerabilidade pode decorrer da falta de saúde, de informações e outras situações comprometedoras da devida atuação em juízo.*

42- At. 7º, § 2º - O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades. Art. 6º, § 1º - Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejarem a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

do diploma passou a disciplinar especificamente o instituto⁴³. Tratando da importância dos *amici curiae* para a democratização dos processos em que se tomam decisões paradigmáticas, assim se pronuncia Cássio Scarpinella Bueno:

“O CPC de 2015 acabou por disciplinar expressamente a intervenção do amicus curiae como modalidade diferenciada de intervenção de terceiros. Trata-se da possibilidade de terceiro intervir no processo por iniciativa própria, por provocação de uma das partes ou, até mesmo, por determinação do magistrado com vistas a fornecer elementos que permitam o proferimento de uma decisão que leve em consideração interesses dispersos na sociedade civil e no próprio Estado. Interesses que, de alguma forma, serão afetados pelo que vier a ser decidido no processo em que se dá a intervenção. Em um Código que aceita a força criativa da interpretação judicial (...) e o caráter normativo dos precedentes (...), a prévia oitiva do amicus curiae para viabilizar um maior controle da qualidade e da valoração dos fatos e das normas jurídicas a serem aplicadas é de rigor. O amicus curiae é o agente que quer viabilizar isto, legitimando e democratizando as decisões judiciais. (...) Nesse sentido, o amicus curiae merece ser compreendido ao lado e para além da figura que, tradicionalmente, desempenhou e ainda desempenha o Ministério Público no direito processual civil, de fiscal da ordem jurídica. Em um Estado Constitucional e Democrático como o brasileiro, parece demasiado entender que apenas uma instituição – e nisso não vai qualquer crítica a quem quer que seja – possa querer se desincumbir a contento de atuar pela ordem jurídica em juízo. Ao lado do Ministério Público, por exemplo, não há como negar que a OAB é vocacionada ao exercício daquele papel”.⁴⁴

Por outro lado, tratando do tema já sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, temos a palavra do Supremo Tribunal Federal, representada no caso por uma decisão monocrática tomada pelo seu deca-no, o excelentíssimo Ministro Celso De Mello:

“O novo Código de Processo Civil, ao dispor sobre a figura em questão, legitimou-lhe a intervenção na causa, desde que atendido, alternativamente, qualquer dos seguintes requisitos (art. 138, “caput”): (a) relevância da matéria em discussão; (b) especificidade do tema objeto da demanda judicial ou (c) transcendência do litígio resultante de sua repercussão social. Se aquele que pretender sua admissão como “amicus curiae” for “órgão ou entidade especializada”, deverá, necessariamente, possuir representatividade adequada. O legislador processual, ao impor essa exigência às entidades ou órgãos, buscou conferir efetividade à fórmula da “adequacy of representation”, a significar que se revela essencial, no tema, a comprovação, pela entidade requerente, como pressuposto legitimador de seu ingresso na causa, daquilo que a doutrina denomina, especialmente nos processos coletivos, “representatividade adequada”. (...) Não se pode perder de perspectiva que a intervenção processual do “amicus curiae” tem por objetivo essencial pluralizar o debate da controvérsia jurídica, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução do litígio, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, especialmente quando em discussão tema de natureza constitucional, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar o controle jurisdicional de constitucionalidade. (...) Daí, segundo penso, a necessidade de assegurar-se ao “amicus curiae”, mais do que o simples ingresso formal no processo judicial, a possibilidade de exercer o direito de fazer sustentações orais perante esta Suprema Corte, além de dispor da faculdade de submeter ao Relator da causa, entre outras, sempre que tais medidas forem compatíveis com a natureza do processo, propostas de requisição de informações adicionais, ou de designação de perito, ou, ainda, de convocação de audiências públicas. (...)”

43- Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvada a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae. § 3º O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

44- BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 160 e 161.

Cabe observar que o Supremo Tribunal Federal, em assim agindo, não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o "amicus curiae" poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em processos cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância, de indiscutível magnitude e de inquestionável significação para a vida do País e a de seus cidadãos".⁴⁵

Magistral por excelência, a decisão do Ministro Celso De Mello deixa mais do que claras duas das premissas que fixamos anteriormente. Nas próprias palavras do decano: a) *se aquele que pretender sua admissão como amicus curiae for órgão ou entidade especializada, deverá, necessariamente, possuir representatividade adequada* (não se trata, pois, de se manter conversas triviais com cidadãos escolhidos aleatoriamente, mas sim de ouvir, institucional e republicanamente, pelas vias processuais adequadas, aqueles que de fato têm condições de contribuir para a tomada de uma decisão acertada); b) *a intervenção processual do amicus curiae tem por objetivo essencial pluralizar o debate da controvérsia jurídica, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução do litígio, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, especialmente quando em discussão tema de natureza constitucional, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte* (como o Judiciário não é na sua essência um Poder representativo, deverá tomar a cautela, sempre que estiver na iminência de prolatar decisões que importem na imposição de determinados padrões comportamentais, de dialogar aberta, institucional e republicanamente com a sociedade civil organizada, de modo a que esta última tenha a oportunidade de influenciá-lo em contraditório).

Mas não é apenas isto que a legislação tem a nos dizer sobre o tema. Note-se, a propósito do quanto estamos a estudar, sem pretensões exaustivas, as seguintes disposições que ressaltam dos textos normativos: a) a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese (artigo 927, § 2º, do CPC); b) O relator poderá no processamento de recursos especial e extraordinário julgados pelo rito dos recursos repetitivos solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno; fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento; requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, intimar o Ministério Público para manifestar-se; c) o relator poderá no processamento de recursos de revista e de embargos de divergência julgados pelo rito dos recursos repetitivos solicitar aos Tribunais Regionais do Trabalho informações a respeito da controvérsia, a serem prestadas no prazo de 15 (quinze) dias, e requisitar aos Presidentes ou Vice-Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho a remessa de até dois recursos de revista representativos da controvérsia (§§ 4º e 7º do art. 896-C da CLT); conceder o prazo de 15 (quinze) dias para a manifestação escrita das pessoas, órgãos ou entidades interessados na controvérsia, que poderão ser admitidos como *amici curiae* (§ 8º do art. 896-C da CLT); conceder vista ao Ministério Público (§ 9º do artigo 896-C da CLT).

Tais disposições possuem inspiração abertamente democrática, sendo, portanto, absolutamente saudáveis, até mesmo porque a decisão que será tomada tendencialmente vinculará toda a sociedade. Assim, nada mais correto do que a questão ser amplamente discutida em contraditório substancial e não meramente formal, de modo a que todos aqueles que suportarão os efeitos do julgado possam influenciar concretamente na formação da compreensão do tribunal, vez que na prática o decidido transcenderá em muito o mero interesse subjetivo de alguns poucos litigantes.

45- RECLAMAÇÃO 28.197-MG, rel. Min. Celso de Mello. Decisão Monocrática do Min. Celso de Mello, tomada em 24.11.2017. Disponível em <https://bit.ly/2MwwTUq>. Acesso em 16.09.2020.

5. SÍNTESES CONCLUSIVAS

Revela-se útil, ao final de um trabalho, condensar as suas principais conclusões, tarefa da qual nos desvencilharemos de agora em diante:

- A lei é texto e a norma é o texto interpretado. Disso decorre, naturalmente, que o Poder Legislativo legisla primariamente, e que a comunidade dos intérpretes do Direito exerce subsidiariamente uma saudável, plural e democrática atividade constitutivo-normativa.
- Se os Poderes do Estado são independentes, porém harmônicos entre si, nada mais razoável que o Judiciário se coloque ao lado - nem atrás e nem à frente - do Legislativo para colaborar na atribuição de um sentido aos textos legais que esteja em conformidade com a Constituição.
- Ao criar precedente, o Poder Judiciário não invade as atribuições próprias do Poder Legislativo, haja vista que tais esferas de poder compreendem atividades complementares, porém diversas, pois que enquanto este último legisla, aquele primeiro normatiza.
- Maltratar a Constituição seria permitir que casos semelhantes pudessem ser decididos de maneiras substancialmente distintas, vez que tal permissividade adjudicatória, irracional na sua essência, golpearia os impositivos constitucionais da isonomia e da segurança jurídica e, por que não dizer, da própria legalidade.
- Determinadas cortes têm autoridade suficiente para pôr o Direito por via de precedentes, desde que exerça tal atividade subsidiariamente, sem extravasar a moldura das leis e da Constituição.
- Fica claro, dessarte, que o poder normativo reconhecido ao Judiciário deve cortesia ao poder legiferante que é próprio do Legislativo, não sendo nem de longe irrestrito, pois, do contrário, a autoridade se transformará em autoritarismo, o que não se coaduna com as balizas de um Estado Democrático de Direito.
- O precedente, assim, só se justifica enquanto for um instrumento genuinamente apto a promover a segurança jurídica, sendo certo que ele somente cumpre as suas funções, verdadeiramente vinculando os seus destinatários, quando respeitadas as regras formais e substanciais previstas para a sua constituição, se revelar apto a densificar os direitos fundamentais e tratar os direitos fundamentais como trunfos democráticos das minorias contra as arbitrariedades das majorias de plantão.
- Uma das hipóteses capazes de subtrair a força vinculante de um provimento, ainda que oriundo do Supremo Tribunal Federal, será quando ele menoscabar as métricas constitucionalmente impostas para a sua edição.
- É o caso, por exemplo, de uma súmula "vinculante" que, ao arrepio do expressamente disposto no artigo 103-A da Constituição da República, tenha sido editada sem ser precedida de reiteradas decisões sobre matéria constitucional discutida.
- O advérbio 'reiteradamente' implica a ideia de repetição, de multiplicidade, não ficando circunscrito a algo que ocorre apenas episodicamente, em uma ou poucas ocasiões.
- É imperativo, isto posto, que o Supremo Tribunal Federal se manifeste várias vezes sobre um mesmo tema constitucional, antes de se ver habilitado a validamente editar uma súmula verdadeiramente vinculante.
- Nada obstante, o fato é que o Supremo Tribunal Federal, fazendo tábula rasa de tão importante disposição constitucional, tem em algumas situações editado súmulas vinculantes depois de poucas ou até mesmo de uma única manifestação sobre determinados assuntos.

- Há de se notar, por outro lado, que os precedentes não se confundem com verbetes textuais advindos de 'atos de administrativos', ainda que se lhes emprestem a faustosa, mas pouco significativa denominação de 'Instrução Normativa'.
- Antes, a vinculatividade que deles emana (dos precedentes), está ligada aos 'motivos determinantes' de uma 'decisão judicial', tomada com respeito ao 'contraditório substancial' (e não meramente formal).
- Que se fique claro: a) precedente é formado a partir de decisão judicial; b) o precedente trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição; c) a jurisdição (que não se confunde com a função administrativa extravagante dos tribunais) se legitima pelo contraditório (substancial e não meramente formal).
- Já de outra vertente, decisões judiciais, ainda que estáveis e coerentes entre si, mas que não respeitam o dever de integridade, decididamente não constituem um precedente vinculativo, seja por ofensa à Constituição, seja por violação ao artigo 926 do Código de Processo Civil.
- No Estado Democrático de Direito, a função precípua do Poder Judiciário é a de imprimir concreitude aos direitos fundamentais dos cidadãos, quer sejam eles considerados individual ou coletivamente.
- Tal processo de afirmação do caráter fundamental dos direitos, todavia, não pode ser desenvolvido isoladamente, como se as cortes de justiça e os seus integrantes estivessem enclausurados em uma torre de onde contemplam distantemente as misérias humanas.
- Antes, até mesmo pelo fato de o Judiciário não ser na sua essência um poder propriamente representativo, a magistratura jamais poderá se esquivar do diálogo com a sociedade civil organizada, principalmente naqueles contextos em que estiver se desencilhando da anômala missão de constituir uma decisão de caráter vinculativo.
- Afinal de contas, somente nas tiranias é que os diversos agrupamentos humanos serão obrigados à observância de um determinado comportamento sem que possam influir em contraditório na tomada de decisões centrais para a vitalidade das suas existências.
- O Poder Judiciário, principalmente antes da tomada de decisões com força vinculativa, necessita exercitar o saudável poder-dever de dialogar com a sociedade civil organizada, fazendo-o pelas vias processuais adequadas, respeitando as balizas da institucionalidade e permitindo-se ser influenciado em contraditório.
- Isso não significa, de modo algum, que a partir daí deva abdicar da sua vocação contramajoritária. A pior das tiranias, certamente, é aquela que emana de um Judiciário acovardado, que corrompido pelo poder hegemônico, frustra de maneira pusilânime a noção de que os direitos fundamentais são trunfos das minorias contra as majorias de ocasião.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria**. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (orgs). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de (Coord.). **A força normativa do direito judicial: uma análise de aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 10 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GONZÁLEZ, Rodrigo Camarena. **La derrotabilidad del precedente constitucional: a propósito de la c.t. 299/2013**. In *Revista del centro de estudios constitucionales*, Ciudad de Mexico, n. 4, Enero/Junio 2017.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. 3 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **OSTJ enquanto corte de precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC – lei 13.105/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 3 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

PULIDO, Carlos Bernal. **El precedente en Colombia**. In *Revista Derecho del estado*, Bogotá, n. 21, diciembre 2008.

ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise da construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

_____. **Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015**. Salvador: JusPODIVM, 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara Antonia Spadaccini de Teffé. Rev. de Trad. Maria Celina Bodin de Moraes. In Revista eletrônica de direito civil, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, 2014.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Manual de direito processual civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Precedentes e evolução do direito**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Trad. Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

ENDEREÇOS ELETRÔNICOS PESQUISADOS

<https://bit.ly/2E13Ox2> (Corte Constitucional da Colômbia)

<https://bit.ly/2TQwyOJ> (Supremo Tribunal Federal do Brasil)

<https://bit.ly/2reF3sB> (Supremo Tribunal Federal do Brasil)

<https://bit.ly/33XSLik> (Supremo Tribunal Federal do Brasil)

<https://bit.ly/2OMxDVF> (Supremo Tribunal Federal do Brasil)

<https://bit.ly/33O2uHc> (Supremo Tribunal Federal do Brasil)

<https://bit.ly/2MwwTUq> (Supremo Tribunal Federal do Brasil)