

UNIVERSIDADE FUMEC
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO

Vítor Oliveira Rocha Fontes

**O DIREITO COMO INTEGRIDADE NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO:
justificação do modelo *per curiam* das decisões colegiadas**

Belo Horizonte

2019

Vítor Oliveira Rocha Fontes

**O DIREITO COMO INTEGRIDADE NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO:
justificação do modelo *per curiam* das decisões colegiadas**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Instituições Sociais, Direito e Democracia.

Linha de pesquisa: esfera pública, legitimidade e controle.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho.

Belo Horizonte

2019

F682d
8
200
02
523
255
I-M

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

F682d Fontes, Vítor Oliveira Rocha, 1985-
O direito como integridade do recurso extraordinário:
justificação do modelo *per curiam* das decisões colegiadas /
Vítor Oliveira Rocha Fontes.- Belo Horizonte, 2019.
128 f. ; 29,7 cm

Orientador: Carlos Victor Muzzi Filho
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde,
Belo Horizonte, 2019.

I. Pareceres jurídicos. 2. Recursos (Direito). 3. Dworkin,
Ronald, 1931-2013. I. Título. II. Muzzi Filho, Carlos Victor. III.
Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas,
Sociais e da Saúde.

CDU: 347.955

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária-FUMEC



FUMEC

Dissertação intitulada "O DIREITO COMO INTEGRIDADE NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: justificação do modelo per curiam das decisões colegiadas" autoria de VÍTOR OLIVEIRA ROCHA FONTES, aprovada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho – Universidade FUMEC
(Orientador)

Profa. Dra. Bruna Rodrigues Colombarolli – Universidade FUMEC
(Examinadora Interna)

Profa. Dra. Luciana Diniz Durães Pereira – Universidade FUMEC
(Examinadora Interna)

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas – Universidade FUMEC
(Examinador Interno)

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann – UNIRIO
(Examinadora Externa)

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiúza
Coordenador do Programa de Mestrado em Direito
Universidade FUMEC

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os professores do PPGD da FUMEC, em especial, ao meu orientador, Professor Dr. Carlos Victor Muzzi Filho, que, com acolhida e paciência, dispôs-se a compartilhar comigo sua extensa experiência e conhecimento. Ao Professor Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas, pelo carisma, pelo exemplo de humanidade na docência, e pelo exemplo de amizade. À Professora Dra. Maria Teresa, pela paciência em responder a tantos questionamentos, que hoje vejo sem sentido.

Ao Diogo, companheiro de estrada, de uma parceira inesperada a uma grande amizade. Estaremos juntos no Doutorado, a discutir, horas a fio, Filosofia contemporânea e Filosofia de boteco.

À colega Thais Cristo, que tanto perturbei com questionamentos sobre Dworkin e Gadamer, obrigado por ter renunciado de seu precioso tempo para ler e aperfeiçoar muitos escritos desta pesquisa.

Agradeço à minha mãe que, com sua estante cheia de livros, sempre me incentivou ao hábito da leitura.

À Isabela, meu amor, obrigado por ser minha amiga e pelas constantes palavras doces de apoio, pelo inafastável e prestimoso auxílio durante esses dois anos, pelo eterno companheirismo, cumplicidade, carinho e, acima de tudo, pelo mais puro amor. Essa conquista é nossa.

Agradeço ao Sérgio e ao Oto, meus filhos, mesmo tão pequenos, materializaram demonstrações de compreensão à ausência do pai trancafiado no escritório.

Enfim, obrigado a todos que, de alguma forma, colaboraram com esse desfecho.

*O que está em questão não é o que
fazemos, o que deveríamos fazer, mas o
que nos acontece além do nosso querer.*

Gadamer

RESUMO

O escopo desta dissertação é compreender como o modelo de deliberação colegiada, para julgamento do recurso extraordinário, influencia no desempenho institucional do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de pesquisa bibliográfica com objetivo de verificar a adequabilidade do modelo de deliberação *per curiam* para julgamento do recurso extraordinário, segundo a Teoria do Direito como Integridade (TDI). A pesquisa tem relevância justificada por causa da adoção, efetivada pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, da TDI, para informar o sistema de precedente judicial do Brasil. O marco teórico do trabalho é a Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin (1999). A dissertação foi desenvolvida a partir da metodologia proposta por Miracy B. S. Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias (2010), na vertente jurídico-teórica, com abordagem jurídico-compreensiva. Os livros e periódicos disponíveis na biblioteca FUMEC e no repositório da CAPES, e a obras recentes relacionadas ao tema-problema, foram as fontes de coleta de dados. A dissertação descreveu os principais elementos da teoria do direito como integridade. Apresentou a concepção e evolução do *process due of law*, e sua relação com o precedente judicial. A partir da TDI, compreendeu a natureza funcional e normativa do recurso extraordinário. Analisou a relação entre precedente judicial, recurso extraordinário, e o modelo de deliberação *per curiam*. Ao final, o trabalho concluiu que o modelo de deliberação *per curiam* é adequado para o processamento do recurso extraordinário, segundo as premissas da TDI.

Palavras-chave: Recurso extraordinário. *Per curiam*. *Seriatim*. Direito como integridade. Ronald Dworkin.

ABSTRACT

The aim of this dissertation is to comprehend how the collegiate deliberation model, for exercise judicial review, influences the institutional performance of the Brazilian Supreme Court. This is essay aiming to verify the adequacy of the deliberation model *per curiam* (MDPC) for exercise judicial review of legislation, according to the Theory of Law as Integrity (TDI). The research has relevance justified because of adoption, made by Law n. 13,105, of March 16, 2015, of TDI, to inform Brazil's judicial precedent system. The theoretical framework of the work is Ronald Dworkin's Theory of Law as Integrity (1999). The dissertation was developed from the methodology proposed by Miracy B. S. Gustin and Maria Tereza Fonseca Dias (2010), in the juridical-theoretical aspect, with a juridical-comprehensive approach. The books and periodicals available in the FUMEC library and CAPES repository, and recent works related to the problem theme, were the sources of data collection. The dissertation described the main elements of the theory of law as integrity. It presented the conception and evolution of the process due of law, and its relation with the judicial precedent. Its comprehended the functional and normative nature of the judicial review, according to TDI. It analyzed the relationship between judicial precedence, judicial review, and MDPC. In the end, the paper concluded that the MDPC is adequate for exercise of judicial review, according to TDI's premises.

Keywords: Judicial review. *Per curiam*. *Seriatim*. Law as Integrity. Ronald Dworkin.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
Art.	Artigo
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPC	Código de Processo Civil de 2015
DF	Distrito Federal
EC	Emenda Constitucional
HC	Habeas Corpus
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
LDS	Levando os Direitos a Sério
MDPC	Modelo de Deliberação Per Curiam
MDS	Modelo de Deliberação Seriatim
Min.	Ministro
n.	Número
PR	Paraná
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RS	Rio Grande do Sul
SC	Santa Catarina
TDI	Teoria do Direito como Integridade

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	4
2 A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE	7
2.1.1 Um novo fundamento de legitimidade para o Direito	8
2.2 VERDADE E JUSTIFICAÇÃO DE PROPOSIÇÕES JURÍDICAS	10
2.3 A COMUNIDADE POLÍTICA DE PRINCÍPIOS	20
2.3.1 Os verdadeiros princípios de Dworkin	25
2.4 JUSTIÇA, EQUIDADE E DEVIDO PROCESSO LEGAL	28
2.5 FECHO	31
3 AS CONCEPÇÕES DE DEVIDO PROCESSO LEGAL	32
3.1 <i>PROCESS DUE OF LAW</i> NO DIREITO INGLÊS	33
3.2 <i>PROCESS DUE OF LAW</i> NO DIREITO NORTE-AMERICANO.....	40
3.3 FECHO	43
4 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	45
4.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO	46
4.2 CARACTERIZAÇÃO NORMATIVA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO	50
4.2.1 Cabimento (fundamento e hipóteses)	58
4.2.2 Prequestionamento	60
4.2.3 Esgotamento das vias ordinárias	62
4.2.4 Efeitos	63
4.2.5 Juízo de admissibilidade	64
4.2.6 Repercussão geral	67
4.3 FECHO	70
5 PRECEDENTES, RECURSO EXTRAORDINÁRIO E <i>PER CURIAM</i>	72
5.1 ELEMENTOS DE PRECEDENTE JUDICIAL.....	72
5.2 PRECEDENTE JUDICIAL BRASILEIRO E DIREITO COMO INTEGRIDADE ..	77
5.3 INSTITUCIONALIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO	84
5.4 DECISÕES COLEGIADAS E O MODELO DE DELIBERAÇÃO <i>PER CURIAM</i>	93
5.4.1 Decisão <i>seriatim</i>	97
5.4.2 Decisão <i>per curiam</i>	99
5.4.3 Colegialidade e prática deliberativa no STF	102
5.4.4 Expectativas do <i>per curiam</i> aplicado ao recurso extraordinário	106
5.5 FECHO	114
6 CONCLUSÕES	116
REFERÊNCIAS	121

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, de acordo com Theodoro Júnior *et al* (2016), após as reformas implementadas pela Emenda Constitucional (EC) n. 45, de 30 dezembro de 2004, e pelo CPC, no Brasil, os sistemas jurídicos anglo-saxão e germânico-romano aproximaram-se ainda mais, num fenômeno em que institutos do *civil law* e do *common law* aportam-se reciprocamente, evento que tem modificado estruturalmente a função das cortes superiores dos países de predominância *civil law*.

O Recurso Extraordinário (RE)¹, ao longo dessas mudanças, além da função de manter a integridade da ordem constitucional, vem assumindo a função de formar o precedente judicial, à semelhança do *common law*, com a finalidade de reduzir as incertezas jurídicas, promover a uniformização da disciplina jurídica dos temas, e garantir coerência ao sistema jurídico e soluções isonômicas para os jurisdicionados (MENDES, 2014, p. 147).

A Lei n. 13.105, de 16 março de 2015 (CPC), positivou, no art. 926, o dever de os tribunais manterem 'íntegra' a sua jurisprudência, termo que, segundo juristas como Humberto Theodoro Júnior *et al* (2016, p. 306), Juraci Mourão Lopes Filho (2016, p. 286), Hermes Zaneti Júnior (2017, p. 396) e Lênio Luiz Streck (2018, p. 10), tem a finalidade de remeter os intérpretes do direito à teoria dworkiniana do direito como integridade.

Assim, o precedente judicial pátrio, conforme Lopes Filho (2016, p. 20), passou exigir uma reavaliação de sua infraestrutura filosófica, a fim de se estabelecer um referenciamento teórico apto à construção do direito como integridade e do sistema jurídico coerente.

No entanto, pesquisadores como Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2014, p. 25-30), Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 35-39), Lopes Filho (2016, p. 72-88) e Theodoro Júnior *et al* (2016, p. 117) exortam que, no manuseio dos precedentes judiciais pelo Supremo Tribunal Federal (STF), há problemas de vinculação horizontal e vertical, há incoerências de decisões do mesmo julgador ou órgãos judiciais, pseudocolegialidade, flutuações de entendimentos em curto espaço de tempo,

¹ Recurso extraordinário *lato sensu* (excepcional ou de superposição) é gênero do qual são espécies o recurso extraordinário *stricto sensu* para o STF, com base no inciso III, art. 102 da CRFB/88, e o recurso especial para o STJ, com base no inciso III, art. 105 da CRFB/88 (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 305). Deste ponto em diante, a sigla RE e o termo 'recurso extraordinário' serão tomados no sentido de recurso extraordinário *stricto sensu*.

inexatidão da *ratio decidendi* e inobservância da história institucional dos precedentes, circunstâncias que, em vez de estabilizar as relações jurídicas, agravam ainda mais a instabilidade do Direito.

Problemas que podem ter relação com o modelo de julgamento em colegiado, pois, como constata Virgílio Afonso da Silva (2013, p. 584), em estudo sobre a prática deliberativa do STF, o processo decisório *seriatim* é ineficiente.

Nesse ponto, Kevin Bertamoni Kayser (2016, p. 33-35), em pesquisa jurídica orientada por Daniel Mitidero, após diferenciar o **modelo de deliberação *seriatim***, no qual a fundamentação da decisão se dá por mera agregação de votos individualizados dos juízes, **do modelo *per curiam***, no qual os magistrados consolidam o fundamento da decisão em um bloco de proposições institucionais sem identificação do juízes, aponta que o modelo *seriatim* de decisão contribui para a formação de precedentes inexatos. Ao passo que o modelo *per curiam*, que representa a opinião institucional da corte, favorece a exatidão do precedente.

Esses problemas, atrelados a uma teoria inadequada, acarretam a aplicação dos precedentes desvinculados dos casos concretos, a formação de decisões plurais destituídas de fundamentos majoritários, a modificação do entendimento plenário ante à nova formação do tribunal, o desrespeito à história institucional do precedente, e, conseqüentemente, o déficit de legitimidade dos provimentos (LOPES FILHO, 2016).

A partir desse contexto, o **tema-problema** da pesquisa é compreender o modelo de decisão colegiada, no processamento do RE, mais adequado à concepção de devido processo legal adjetivo aos moldes da Teoria do Direito como Integridade (TDI). Estabelecendo-se, conseqüentemente, o **objetivo geral** de verificar a adequabilidade do modelo de decisão *per curiam*, para julgamento do RE, à luz da TDI.

Esclarece-se que, diante das diversas ações e espécies recursais relacionadas à temática de precedentes e colegialidade, a pesquisa, por força da **delimitação teórica**, tomará como objeto apenas o recurso extraordinário, que é, conforme Simone Trento (2016, p. 91), o recurso institucionalmente mais importante do STF, como órgão mais elevado do sistema jurisdicional e formador do precedente judicial sobre interpretação constitucional.

O **marco teórico** para o desenvolvimento do trabalho será a Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, segundo a qual quaisquer proposições jurídicas podem ser verdadeiras se derivarem dos princípios de justiça, equidade e devido

processo legal, que ofereçam a **melhor interpretação construtiva da prática jurídica** (DWORKIN, 1999, p. 272).

A dissertação consistirá, com base na **metodologia** proposta por Miracy B. S. Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias (2010), na elaboração de pesquisa bibliográfica, a partir da **vertente jurídico-teórica**, com **abordagem jurídico-compreensiva**. Os livros e periódicos disponíveis na biblioteca FUMEC e no repositório da CAPES, e as obras recentes, relacionadas ao tema-problema, são as fontes de **coleta de dados**.

Os **objetivos específicos** da pesquisa são: (i) descrever os principais elementos da Teoria do Direito como Integridade; (ii) apresentar a concepção e evolução do *process due of law* e sua relação com o precedente judicial; (iii) compreender a natureza funcional e normativa do recurso extraordinário, a partir da TDI; (iv) analisar a relação entre precedente judicial, recurso extraordinário, e modelo de deliberação *per curiam*; (vi) apresentar a conclusão da pesquisa.

Na seção 2, discorrer-se-á sobre os componentes epistemológicos e metodológicos da TDI, e sobre as principais concepções que sustentam a teoria: a comunidade política de princípios, que legitima as obrigações jurídicas; a tese da única resposta correta; as metáforas do Juiz Hércules e do romance em cadeia; o interpretativismo construtivo das práticas jurídicas; e as concepções de justiça, equidade e devido processo legal.

Na seção 3, discorrer-se-á sobre a história institucional do *process due of law* e sua relação com o conceito de *Rule of Law*, com o precedente judicial e com a concepção de devido processo adjetivo da TDI.

Na seção 4, será compreendido o significado normativo e funcional do RE, descrevendo-se sua natureza, estrutura e procedimento, a fim de buscar a racionalidade presente nos dispositivos legais que o regem.

Na seção 5, a partir de uma breve noção de teoria do precedente judicial, será analisado como o modelo de deliberação *per curiam*, a partir das exigências teóricas da TDI, se relaciona com RE, concebido como instrumento de produzir precedentes que respeite a integridade do Direito.

Ao final apresentar-se-á a conclusão do que foi discutido ao longo da pesquisa.

2 A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

Uma teoria geral² do Direito deve abranger, ao mesmo tempo, uma teoria **normativa** e outra conceitual. A normativa deve tratar do **processo judicial**, o qual precisa conter uma teoria da controvérsia a delimitar os esquemas de justificação, que os juízes utilizam para decidir casos de controvérsias teóricas, e a especificar uma teoria de jurisdição, que justifique porque os juízes, e não outras instituições, seriam os responsáveis por decidir essas controvérsias (DWORKIN, 2010, p. XIII).

A parte normativa deve, também, reger o **processo legislativo**, o qual reclama uma teoria de legitimidade e um teoria de justiça legislativa (DWORKIN, 2010, p. XIII).

A teoria normativa, ainda, deve abordar a **efetividade das normas**, por meio de uma teoria da legitimidade do Direito que defina os limites³ do cidadão para obedecer e desobedecer ao Direito (aqui se discute o modelo de Estado o conceito de democracia e de justiça) e por meio de uma teoria de execução para delimitar a natureza da parte normativa da teoria (DWORKIN, 2010, p. IX).

Lado outro, a parte **conceitual** de uma teoria geral do Direito deve conectá-lo com outras disciplinas do conhecimento, a exemplo da ciência política, da economia, da filosofia da linguagem, da filosofia sobre a objetividade da moral, da filosofia lógica. Tanto essas diversas teorias quanto essas diferentes disciplinas devem se apresentar interconectadas numa teoria geral do Direito (DWORKIN 2010, p. X).

O direito como integridade é uma proposta de teoria geral, pois abrange tanto a parte normativa quanto a conceitual do Direito, as quais se apresentam de maneira interconectadas na teoria dworkiniana. Por isso, embora o tema-problema da pesquisa tenha foco maior na parte normativa, no concernente às concepções sobre o processo judicial, é indispensável que se discorra sobre os elementos da parte conceitual ligados à filosofia da linguagem e da moral, porquanto inspiraram o desenvolvimento do interpretativismo construtivo das práticas jurídicas e do sistema de juízos de

² Segundo Dworkin, o último autor anglo-americano de uma teoria geral para o Direito foi Bentham, esclarecendo que o positivismo de Hart corresponderia ao desenvolvimento da parte normativa de Bentham (DWORKIN, 2010, p. XI).

³ A esta questão Dworkin busca resposta por meio do seu sistema de responsabilidade objetiva que, embora elaborado em 'Justiça para Ouriços', já era idealizado em 'Levando os Direitos a Sério' (LDS), veja-se a seguinte passagem: "O capítulo 8 amplia a análise para casos de incerteza e controvérsia sobre os direitos jurídicos e aborda duas questões importantes [...] da teoria da observância da lei: quais são os direitos preferenciais e **as responsabilidades de um cidadão quando seus direitos constitucionais são incertos**, mas ele acredita sinceramente que o governo não tem nenhum direito legal de forçá-lo a fazer algo que considera errado? **Quais as responsabilidades das autoridades públicas** que acreditam que este cidadão está errado, mas que é sincero em sua opinião a respeito do que a lei estabelece?" (DWORKIN, 2010, p. XVII).

justificação e verdade das proposições jurídicas, pontos chaves da teoria do direito como integridade (TDI).

2.1.1 Um novo fundamento de legitimidade para o Direito

O principal desiderato da TDI é dar legitimidade aos fundamentos do Direito. Nesse sentido, Brina⁴ (2016, p. 16-17), Pedron⁵ (2013, p. 57) e Macedo Júnior⁶ (2013) explicam que Dworkin propõe um modelo ético-jurídico-filosófico abrangente de justificação moral das concepções sobre 'o que é o Direito', de maneira a tornar legítimo o exercício de poder da comunidade político-jurídica.

A problemática em torno dos critérios utilizados para se atribuir legitimidade ao mundo jurídico é posta a partir da indagação do porquê as pessoas têm o dever de obedecer ao Direito:

O enigma da legitimidade [...] Os cidadãos têm obrigações morais genuínas unicamente em virtude do direito? O fato de que um legislativo tenha aprovado alguma exigência oferece aos cidadãos alguma razão ao mesmo tempo moral e prática para obedecer? (DWORKIN, 1999, p. 253).

A partir disso, desconstroem-se as justificações contratualistas⁷, as justificações decisionistas⁸ e as justificações de auto-retribuição⁹, ao se objetar: qual a legitimidade de uma obrigação originária de uma relação que não se teve a oportunidade de escolher fazer, ou não, parte dela? Como demonstrar que a organização política a que se pertence trouxe melhorias para o indivíduo, se não é

⁴ Christina Vilaça Brina, orientada por Thomas da Rosa Bustamante, analisou a relação entre direito e moral nas teorias de Ronald Dworkin e Joseph Raz, e sua pesquisa contribuirá nesta dissertação.

⁵ Flávio Quinaud Pedron é pesquisador da obra de Ronald Dworkin e produziu diversos artigos sobre o pensamento do autor, produção que auxiliará o desenvolvimento desta pesquisa.

⁶ O jurista Ronaldo Porto Macedo Júnior, Professor do Departamento de Filosofia e Teoria Geral da USP difunde o pensamento de Dworkin no país. Aqui esclarece-se que esta dissertação apoiou-se na obra, em ebook, "Do xadrez à cortesia", razão pela qual as chamadas seguirão sem identificação do número de página.

⁷ Refere-se à ideia que a legitimidade de se cumprir as obrigações e prerrogativas decorrentes do Direito teria origem no contrato ancestral. Aqui se inserem as propostas de Rosseau, Hobbes e derivações (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016, p. 54-66).

E também a ideia que, tendo as pessoas recebido benefícios decorrentes da organização político-estatal, elas terão que aceitar as regras e obrigações decorrentes desse modelo, como propõe John Rawls. (FURQUIM, 2010, p. 16-18).

⁸ Cuja legitimidade se baseia na noção de autoridade, vez que se considera legítimo o direito dito/decidido por aquele que é reconhecido pela comunidade para decidir. Podem ser consideradas representativas dessa noção de legitimidade as propostas teóricas de Austin e a de Hart, esta especificamente no ponto em que ele justifica a validade da sua norma de reconhecimento. (MACEDO JÚNIOR, 2013).

⁹ Também inclui argumentações que justificam a existência de deveres/obrigações oriundas da auto-identificação com o semelhante, a partir da consciência de haver traços psico-biológicos em comum. A filosofia de Kant seria um destes exemplos. (MACEDO JÚNIOR, 2013).

possível comparar como seria a vida desse indivíduo sem essa organização política? (DWORKIN, 1999, p. 233-235).

E mais, como esperar a justificação do Direito a partir de uma reciprocidade afetiva (respeitar o outro por ser seu semelhante) se é impossível haver laços emocionais entre todas as pessoas de uma comunidade ampla? (DWORKIN, 1999, p. 258-259). Como legitimar o reconhecimento de obrigações jurídicas a partir da comunhão de elementos étnicos, religiosos ou nacionalistas, se isso implicaria excluir da comunidade política aqueles que não comungam com esses elementos - e, assim, fomentar a discriminação? Como justificar que a legitimidade da autoridade ou das instituições está nas regras jurídicas que a conferem se essas regras só podem conferir legitimidade se elas já a têm? (DWORKIN, 1999, p. 244-249).

A resposta a essas indagações é dada pela TDI:

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. (DWORKIN, 1999, p. 272).

O trecho, embora sintético, abrange diversas terminologias que remetem ao particular esquema teórico dworkiniano, pois considerar 'proposições jurídicas verdadeiras' está associado à proposta de justificação moral das assertivas jurídicas.

O termo 'princípio' refere-se a uma concepção específica de se produzir, interpretar e aplicar normas jurídicas a partir de esquemas de responsabilidades e justificações morais mais amplos.

As noções de 'justiça e equidade' concernem a sua teoria de justiça baseada na unidade de valor. A 'melhor interpretação construtiva' é uma referência específica à teoria da única resposta correta, à epistemologia abrangente e à metodologia linguístico-interpretativa do Direito.

E, por fim, o termo 'comunidade' não é empregado no sentido que se dá no senso-comum, mas naquele que o autor estrutura a sua comunidade de princípios. Componentes que serão explicitados nas subseções abaixo.

2.2 VERDADE E JUSTIFICAÇÃO DE PROPOSIÇÕES JURÍDICAS

Para Macedo Júnior (2013) e Furquim¹⁰ (2010, p. 14) a compreensão da TDI requer identificar seu conteúdo epistemológico que exige interpretação das **proposições jurídicas** levando a sério todas as disciplinas e saberes que dizem respeito à **prática jurídica** endossada nessas proposições.

A expressão 'proposições jurídicas' é utilizada com o fim específico de incluir no âmbito do que é jurídico todo enunciado sobre 'o que é o direito', mesmo que esse enunciado não tenha natureza de regra ou princípio. Por isso, não se pode considerar proposição jurídica sinônimo de norma ou regra jurídica, já que a TDI não concebe o Direito a partir de um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios; mas se opõe à ideia de que o Direito é um conjunto fixo de padrões de algum tipo (DWORKIN, 2010, p. 119).

Já o termo 'prática jurídica' é empregado com a finalidade específica de afastar as abordagens metodológicas que a TDI rejeita: o positivismo jurídico e o sociológico. Logo, o termo se refere a considerar como objeto do Direito a ação humana que **interpretativamente** se constitui, se define e se torna apreensível e jurídica: a prática jurídica (MACEDO JÚNIOR, 2013).

Noutras palavras, o conteúdo epistemológico da TDI implica que a produção do conhecimento jurídico integrando os limites entre os níveis da técnica-ciência-teoria¹¹, bem como, fazendo comunicar, na interpretação do significado das proposições jurídicas, as diferentes disciplinas/ciências do conhecimento sobre Direito, culminando numa abordagem epistemológica bastante distinta da positivista, na qual o conhecimento sobre Direito desenvolve-se compartimentado em ciências/disciplinas distintas (sociologia, direito, filosofia, economia, psicologia, dentre outras) e por temáticas também separadas (teoria política, teoria ética, teoria jurídica). Por essa

¹⁰ Lilian de Toni Furquim defendeu tese sobre o liberalismo abrangente de Ronald Dworkin na USP, trabalho que será referenciado em várias oportunidades nesta dissertação.

¹¹ O conhecimento jurídico desenvolve-se sob três seções epistêmicas: a técnica, que estabelece procedimentos conjugados e bem orientados para produzir resultados úteis; a ciência, onde o saber é organizado a partir da verificação dos níveis de desempenho e do esclarecimento da técnica; e a teoria-científica, na qual se realiza a estruturação dos protocolos desenvolvidos na ciência sob perspectiva eminentemente filosófica (LEAL, 2018, p. 72-75).

Ressalve-se que, embora Leal aponte três níveis, a proposta de sua teoria é acrescentar um quarto nível, a crítica-científica, que não foi considerada nesse trabalho, ante a inovação específica do autor.

razão, a TDI pressupõe o que se pode chamar por '**epistemologia abrangente**'¹² do Direito (MACEDO JÚNIOR, 2013).

Outro componente-chave da TDI é seu conteúdo metodológico de superação aos postulados do positivismo-jurídico, substituindo a descrição neutra da norma de direito pela interpretação construtiva e valorativa¹³ da prática jurídica, e substituindo a filosofia da consciência¹⁴ para utilizar as construções filosóficas posteriores ao giro linguístico¹⁵ (MACEDO JÚNIOR, 2013).

Essa nova proposta metodológica intenta superar o que Dworkin chama de concepção pragmática e convencionalista do Direito, acerca desta última entende-se que:

Convencionalismo [...] representa uma atitude que é importante e aberta ao desafio. Ei-la: a força coletiva [do direito] só deve ser usada contra o indivíduo quando alguma decisão política do passado assim o autorizou explicitamente, de tal modo que advogados e juízes competentes estarão todos de acordo sobre qual foi a decisão, não importa quais sejam suas divergências em moral e política. (DWORKIN, 1999, p. 141, grifo original, acréscimo nosso).

A partir desse conceito e considerando que convenções são normas sociais reconhecidas como tais se forem praticadas pelas pessoas, o convencionalismo jurídico consiste na tese de que o Direito e sua força normativa se fundam numa prática social (MACEDO JÚNIOR, 2013). Portanto, de acordo com o convencionalismo, o Direito depende de convenções sociais, mais exatamente, depende de convenções jurídicas que estabeleçam quais instituições poderão elaborar as leis e quais os procedimentos para tanto (BRINA, 2016, p. 19).

Por outro lado, a concepção pragmática:

[...] nega que as decisões políticas do passado, por si só, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Ele encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma virtude de qualquer decisão atual. Se os juízes se deixarem guiar por esse conselho, acredita ele, então a menos que cometam grandes erros, a coerção

¹² Assim, nesse trabalho, o termo 'abrangente' será empregado no sentido desta integração das secções epistêmicas (técnica-ciência-teoria), das secções disciplinares (Filosofia, Direito, Sociologia, Psicologia etc) ou temáticas (teoria de justiça, teoria política, teoria jurídica etc).

¹³ Não no sentido de se atribuir opções ideológicas, mas no sentido veritativo, de se atribuir valor de falso ou verdadeiro. Também não se refere a falso ou verdadeiro a partir de opções pessoais, pois a sua teoria trata de apresentar condições de objetividade desta atitude valorativa. Conferir Brina (2016, p. 31-32) e Motta (2014, p. 179-180).

¹⁴ Estudando as matrizes filosóficas do processo de conhecimento, Agostinho (2018) apresenta a relação entre a filosofia da consciência e o Direito de maneira bastante clara, obra a qual se remete o leitor.

¹⁵ O giro linguístico, *linguistic turn*, pode ser entendido como uma abordagem filosófica de produção do conhecimento que considera o ser, o pensar e a razão humana, antes, linguagem, e, por isso, leva em conta os influxos das teorias de linguagem sobre a própria metodologia do saber que se aborda. Nesse sentido, Lopes Filho (2016, p. 153), Macedo Júnior (2013), Motta (2014, p. 179) e Pedron (2013, p. 57).

que impõem tornará o futuro da comunidade mais promissor, liberando da mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência. (DWORKIN, 1999, p. 185).

Ambas as concepções são problemáticas. A convencionalista, no âmbito da teoria da decisão judicial, tem seus limites porque um juiz convencionalista, ao não encontrar no direito posto uma regra aplicável ao caso, entenderia não existir direito para aquele caso e, com isso, deixaria de preocupar-se com a coerência com o passado para elaborar um novo direito. Este juiz passaria a refletir sobre qual regra o legislativo promulgaria para aquele caso ou sobre qual regra seria mais adequada aos anseios populares ou qual seria a melhor solução daquele caso para os interesses da comunidade no futuro (DWORKIN, 1999, p. 159).

Além disso, o convencionalismo fomenta o abandono das convenções estabelecidas para criar um direito novo ao permitir que os juízes utilizem a discricionariedade e, conseqüentemente, critérios subjetivos nos casos em que não há direito específico ou precedente judicial sobre a temática (BRINA, 2016, p. 20).

Outro problema dessa perspectiva é aplicação retroativa da regra jurídica às partes, já que se 'criou' uma nova regra e o caso concreto refere-se a fatos pretéritos, o direito novo será inevitavelmente aplicado retroativamente, restando a parte sucumbente punida por retroação de uma norma (PEDRON, 2013, p. 41) (LOPES FILHO, 2016, p. 119).

Essas objeções tornam falacioso o argumento das teorias convencionalistas, a exemplo do positivismo jurídico, de que conceber o Direito como convenção realiza a segurança jurídica (PEDRON, 2013, p. 47).

Já a concepção pragmática é criticada por fazer desaparecer qualquer separação entre legislação e aplicação judicial, visto que, enquanto o juiz convencionalista tem os olhos voltados para o passado, o pragmático se volta para o futuro; podendo, para tanto, deixar de respeitar a coerência de princípio com aquilo que outras autoridades públicas fizeram ou farão (PEDRON, 2013, p. 47).

Essa concepção nega que as convenções do passado ofereçam, por si sós, a única justificativa para intervenção do Estado na vida das pessoas por meio do direito, porém é uma perspectiva cética do Direito porque:

[...] rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas. [porque] Rejeita aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de

outra forma, asseguraria o melhor futuro da sociedade. (DWORKIN, 1999, p. 195, acréscimo nosso).

Assim, o pragmatismo desloca a centralidade do sistema jurídico do indivíduo para a sociedade, posto que os indivíduos não podem titularizar direitos que possam ser prejudiciais à sociedade, ainda que a legislação ou o precedente judicial os tenham estabelecidos no passado (BRINA, 2016, p. 20).

A par da insuficiência de ambas concepções a TDI propõe integralizá-las pois:

[...] nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro, interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendamos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas. (DWORKIN, 1999, p. 271).

Por isso, embora a TDI leve em consideração a concepção convencionalista, dela se distingue ao exigir que a decisão judicial, além de coerência¹⁶ com o ordenamento posto (leis e precedentes) e o ordenamento em potencial, guarde coerência com padrões de justiça¹⁷ (PEDRON, 2013, p. 42-44).

Além disso, a TDI não permite que o juiz, no caso de lacuna, crie um direito desvinculado do passado, para tanto exige que a decisão judicial leve em conta as convenções pretéritas por questão de convicção¹⁸ e não apenas por questão de consenso¹⁹ (PEDRON, 2013, p. 42-44).

Ainda no espoco de integralizar convencionalismo e pragmatismo, a TDI não abandona o pragmatismo por completo, uma vez que se compreende que tanto o legislativo quanto outros partícipes de criação do direito podem expandir ou alterar as práticas jurídicas (DWORKIN, 1999, p. 261).

¹⁶Dworkin classifica esta como coerência estratégia em contraponto a coerência de princípios, ver (DWORKIN, 1999, p. 162).

¹⁷ Nas palavras de Dworkin, a coerência de princípio: “Exige que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos seja coerente no sentido de expressarem uma visão única e abrangente de justiça.” (DWORKIN, 1999, p. 163).

¹⁸ Distingue-se que a convenção fundamentada em simples consenso ignora questões substanciais e de conteúdo quanto ao que é mais adequado para compreensão da prática jurídica, enquanto a convenção fundamentada por convicção demanda essa discussão sobre conteúdo (DWORKIN, 1999, p. 165-169).

¹⁹ Note-se que Dworkin (1999, p. 169) aponta o equívoco convencionalista de compreender a regra jurídica convencionalizada como consenso, típico do processo legislativo, e compreendê-la, na aplicação judicial, como convicção.

Porém, a TDI considera que as pessoas têm como pretensões juridicamente protegidas todos os direitos patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo (DWORKIN, 199, p. 186). Nesse ponto, a TDI se afasta do pragmatismo quando este deixa de reconhecer os direitos das pessoas para beneficiar a coletividade.

Ainda sobre a questão metodológica, a TDI abandona o método descritivo positivista e, incorporando as propostas de Heidegger e Gadamer, propõe o interpretativismo como método para a compreensão do Direito, aduzindo que o método jurídico não se limita a uma descrição neutra a partir da observação das normas jurídicas, mas que o método adequado deve, necessariamente, interpretar a prática jurídica a partir de uma intencionalidade (LOPES FILHO, 2016, p. 149) (MOTTA, 2014, p. 198-199). Noutras palavras a TDI assume que o direito é, inevitavelmente, produto interpretativo a partir de um propósito.

Macedo Júnior (2013) e Brina (2016, p. 18) explicam que foi Hart quem colocou no debate contemporâneo²⁰ a discussão sobre a dimensão interna da regra jurídica, onde se situam as 'razões de agir', e refutou a compreensão positivista (de Austin, Kelsen e Bentham) de que a regra jurídica, objeto de estudo do Direito, teria apenas uma dimensão externa, observável e descritível.

A partir disso, Hart verificou que as razões de agir, além de constituírem a prática normativa, continham uma intencionalidade, não no sentido psíquico-subjetivo, mas num sentido funcional. Essas razões, embora internas e intencionais, poderiam ser descritas, pois teriam natureza factual, e validariam, a partir do conceito hartiano de 'aceitação', as normas de reconhecimento, permanecendo, nessa perspectiva, a secção entre o direito e moral (MACEDO JÚNIOR, 2013).

Nesse ponto, a TDI apontou uma contradição no modelo de Hart, pois, ao considerar a norma de reconhecimento factual, a dimensão interna das normas primárias tornar-se-ia também factual e destituída de intencionalidade (MACEDO JÚNIOR, 2013).

²⁰ Uma vez que o termo 'contemporâneo' comporta múltiplas acepções, adotou-se, neste trabalho, a compreensão da Professora Maria Tereza Fonseca Dias, segundo a qual a contemporaneidade jurídica compreende as compreensões e abordagens posteriores às temáticas desenvolvidas pelo racionalismo-empírico até o século XVIII, que se estruturaram em torno das virtudes da razão e da ciência, da ideia de progresso que por si só acarretaria a melhoria das condições sociais, da universalidade dos modelos teóricos do Ocidente, da crença na possibilidade de secção entre direito e moral e entre direito e política (DIAS, 2003, p. 24-26).

Além disso, a TDI demonstrou que os juízes, embora dissessem estar apoiados nessa proposta metodologicamente neutra, utilizavam razões morais particulares (uma intencionalidade escondida) para decidir casos envolvendo as divergências teóricas²¹ do Direito (PEDRON, 2013, p. 25).

Então Dworkin buscou apresentar uma proposta que fosse capaz de substituir a abordagem positivista de compreender o Direito descritivamente a partir da neutralidade moral por **uma abordagem que fosse capaz de compreender o Direito interpretativamente a partir de uma intencionalidade** e que, ao mesmo tempo, fornecesse objetividade à interpretação e ao trato da moral²²: a teoria interpretativista, pela qual o direito exige um tipo de atitude interpretativa objetiva que torne a prática jurídica uma proposição verdadeira em atender uma exigência substancial de política e justiça (MACEDO JÚNIOR, 2013).

Esse novo método, que Lopes Filho (2016, p. 151), Motta (2014, p. 197) e Streck (2018, p. 62) chamam por **hermenêutica filosófica**, é incompatível com a epistemologia positivista (na qual Direito mantêm-se separado da moral) e com as teorias de decisão jurídica oriundas do positivismo normativista, porquanto acarretaria uma incerteza conceitual a ponto de tornar o método inservível.

Por isso, na obra 'Justiça para Ouriços' Dworkin realizou uma inovação epistemológica, aduzindo que o conhecimento se desdobra em dois domínios distintos, o da ciência e do valor. No primeiro incluem-se as ciências naturais, no domínio do valor incluem-se a ética e a moral. Enquanto a ética estuda como viver bem, a moral diz respeito a como se deve tratar as pessoas (DWORKIN, 2012, p. 19-25).

Nessa nova divisão epistemológica, o Direito é considerado um ramo da moral política (DWORKIN, 2012, p. 171). Porém, embora moral e direito pertençam ao mesmo domínio, eles não são indiscerníveis (MOTTA, 2014, p. 33).

Além dessa nova proposta epistêmica, a TDI se estrutura apoiada nas teorias da única resposta correta, na teoria do romance em cadeia e na teoria do juiz

²¹ A tese das divergências teóricas é desenvolvida com clareza por Dworkin na análise do caso Elmer (Riggs v. Palmer – 1889) e caso Snail Darter (Tennessee Valley Authority v. Hill – 1978). Ver em Dworkin (2005).

²² A consolidação de sua concepção de moral é feita em 'Justiça para Ouriços', onde esclarece que o conhecimento articula-se pelos distintos domínios da ciência e do valor (este contém o direito, a moralidade e a ética) que exigem metodologias também distintas. O interpretativismo construtivo seria o método aplicável ao trato da moralidade. (DWORKIN, 2012).

Hércules, que são construções conceituais destinadas a conter e a dar racionalidade ao impulso interpretativo.

A teoria da única resposta correta²³ buscar solucionar controvérsias teóricas estabelecendo que será correta a resposta que simultaneamente satisfizer em maior grau os vetores substanciais de justiça e for mais adequada às práticas jurídicas amplamente compartilhadas, à semelhança de um romance em cadeia escrito e interpretado da maneira que lhe agregue o maior valor (CATTONI DE OLIVEIRA, 2009, p. 91-115).

Não se trata de exigir que, semanticamente, todo juiz obtenha a mesma resposta ou que todo intérprete se aproxime de uma resposta ideal, mas, sim, de exigir que todo intérprete adote uma atitude interpretativa, auto-reflexiva, crítica, construtiva em face da TDI, compreendo os direitos individuais como trunfos no exercício da jurisdição (CATTONI DE OLIVEIRA, 2009, p. 91-92).

A tese não diz respeito ao descobrimento de uma única interpretação para solucionar o caso concreto, mas se refere a responsabilidade moral de buscá-la (PEDRON, 2013, p. 57).

Essa responsabilidade implicar em oferecer uma justificação para uma decisão particular que se mostre compatível com as decisões anteriores na cadeia de interpretação e que atenda, ao mesmo tempo, ao propósito institucional da prática jurídica interpretada (DWORKIN, 2010, p. 138).

Vê-se que suplantando o dilema positivista (convencionalismo) e realista (pragmatismo) entre descobrir ou inventar uma decisão, a *one right answer* propõe que o raciocínio jurídico seja um **exercício de interpretação construtiva** que constitua a melhor justificação do conjunto das práticas jurídicas, no sentido de que essa interpretação torne tais práticas as melhores possíveis (CATTONI DE OLIVEIRA, 2009, p. 92).

Atrelada a teoria da única resposta correta, a TDI lança mão da metáfora do Juiz Hércules, um juiz imaginário com capacidade e paciência sobre-humanas para fazer uma análise completa de toda legislação, precedentes e princípios aplicáveis ao caso e que aceita a TDI (PEDRON, 2013, p. 65).

²³ A tradução mais adequada da teoria *one right answer* seria única resposta 'correta' em vez de única resposta 'certa', isto porque o termo 'correta' remeteria à ideia de correção normativa (PEDRON, 2013, p. 57).

Trata-se de um juiz criterioso e metódico que seleciona as diversas hipóteses que correspondam à melhor interpretação dos casos precedentes, tal como, a continuação de um romance em cadeia (DWORKIN, 1999, p. 287-288).

Hércules identifica uma teoria coerente sobre direito aplicável ao caso e elabora uma interpretação com base em princípios capazes de conviver na mesma teoria moral, embora às vezes possam tomar rumos diferentes em circunstâncias específicas (DWORKIN, 1999, p. 289).

Esse juiz metafórico submete, com sucesso, sua interpretação aos testes e refutações elaborados a partir de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões da sua comunidade de modo a mantê-la coerente ao todo dessa rede (DWORKIN, 1999, p. 294).

O juiz idealizado pela TDI identifica os princípios subjacentes às decisões anteriores e verifica quais novas interpretações para o caso presente são compatíveis, em coerência, ao conjunto todo do direito ao ponto de com ele se integralizar. As interpretações de Hércules devem afirmar justiça, equidade e devido processo legal (DWORKIN, 1999, p. 291-293).

A adoção dessa figura de linguagem acarretou a formulação de diversas críticas a TDI acerca do solipsismo de Hércules (PEDRON, 2009, p. 107). Contudo, não se trata de transmitir aos juízes poderes hercúleos, mas sim de compromissá-los à árdua e complexa tarefa de justificar suas decisões com vista à integridade do direito, aos moldes do que esse Hércules faz (DWORKIN, 1999, p. 294).

Não se trata de conceder poderes, direitos e autonomia aos juízes, nem os mitificar. Mas, antes, de impor deveres e estabelecer restrições.

Em que pese a proposta do Juiz Hércules ter foco na atuação do judiciário, a TDI rejeita o protagonismo judicial, já que está atrelado ao combatido pragmatismo. A TDI muitas vezes foca no processo judicial, pois nele se tornam perceptíveis os limites do positivismo jurídico (PEDRON, 2013, p. 23).

A teoria do Juiz Hércules tem o escopo de reconciliar decisões racionalmente reconstruídas do passado com pretensão de adequá-la racionalmente ao presente, reconciliando a história com a justiça. Essa teoria desvela a tensão entre a originalidade de uma prática jurídica com sua história institucional (PEDRON, 2013, p. 69).

O mito de Hércules impõe o dever de o juiz analisar o precedente levando em conta o que Dworkin chama de **força gravitacional dos precedentes**, concepção pela qual:

[...] um juiz tenderá sempre a demonstrar que sua decisão está associada a uma decisão tomada no passado por outros juízes; desse modo segue a ideia intuitiva de que deve procurar decidir casos semelhantes de maneira semelhante. **Essa força gravitacional é restrita aos argumentos de princípio necessários para justificar as decisões anteriores.** (PEDRON, 2009, p.107)

Fechando as teorias destinadas a conter e a racionalizar a aplicação da hermenêutica filosófica no âmbito da teoria da decisão jurídica, a TDI desenvolve a ideia da interpretação jurídica à semelhança de um romance em cadeia, pela qual:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.[...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. (DWORKIN, 2005, p. 238).

A ideia do romance em cadeia, *chain novel*, representa a relação da interpretação com todo o processo de aprendizado social subjacente ao Direito concebido como um prática interpretativa e argumentativa, um processo capaz de corrigir a si mesmo e que se dá ao longo de uma história institucional, reconstruída de forma reflexiva à luz dos princípios jurídicos de moralidade política, que dão sentido a essa história (CATTONI DE OLIVEIRA, 2009, p. 95).

Nesse sentido, todo intérprete do direito é um guardião dessa arquitetura concretizada pela constituição, leis, decretos, precedentes etc. Motivo pelo qual a TDI exige que os juristas sejam como um romancista na cadeia, como um co-autor de uma obra coletiva, o Direito, cujo propósito maior é o de fazer com que o uso da força coletiva esteja justificado em princípios (STRECK, 2018, p. 71).

Enfim, compreendidos esses pressupostos epistêmicos, metodológicos e conceituais da TDI é possível entender a afirmativa de que **uma prática somente pode ser considerada jurídica se a proposição que a enuncia for considerada verdadeira após ser submetida a juízos morais de justificação.**

Assim, partindo do reconhecimento de padrões de interpretação mais gerais e abstratos (esquema de justificar certa proposição com base em referenciais acerca de justiça, equanimidade e integridade), **o processo de justificação moral consiste utilizar um determinado esquema (princípio) para justificar a interpretação mais adequada de uma prescrição textual que guarde coerência, ao mesmo tempo, com os demais esquemas específicos (demais princípios relacionados ao tema) e com os esquemas gerais (política moral) da comunidade política** (MACEDO JÚNIOR, 2013).

Nesse ponto do texto, cabe realizar um importante esclarecimento. O pesquisador em Direito habituado à tradição *civil law* pode vislumbrar a TDI como uma proposta extremamente abstrata e que não possuiria aplicação prática, uma vez que toda a construção conceitual gira em torno de termos genéricos como 'esquema de justificação', 'princípios subjacentes', 'justiça', e 'equidade'.

Porém, é preciso ressaltar que a TDI é um construto a partir da realidade dos sistemas jurídicos dos EUA e da Inglaterra (MUZZI FILHO, 2013, p. 89). E lá é comum a noção de que a lei **não é a fonte dos direitos, mas, sim, consequência deles**. Veja-se a seguinte passagem de Dicey ao discorrer sobre o *Rule of Law*.

O *Rule of Law*, por último, pode ser usado como uma fórmula para expressar o fato de que conosco a lei da constituição, as regras que em países estrangeiros naturalmente fazem parte de um código constitucional, **não são a fonte, mas a consequência de os direitos dos indivíduos**, definidos e impostos pelos tribunais; que, em suma, os princípios do direito privado nos acompanharão pela ação dos Tribunais e do Parlamento, ampliados para determinar a posição da Coroa e de seus servidores; assim, **a constituição é o resultado da lei ordinária da terra**. (DICEY, 1982, p. 153, grifos nossos).

A partir dessa explicação, pode-se compreender melhor os esquemas gerais de juízos de justificação subjacentes ao ordenamento jurídico (o qual inclui as normas positivadas, as decisões judiciais e as práticas jurídicas em geral de uma comunidade política) tão referidos na TDI, visto que no *common law* o produto da atividade legislativa e o produto da atividade judiciária são **resultados** desses esquemas de racionalidades.

No trecho de Dicey, pode até transparecer que se trata de um direito preexistente que está ali tão somente para ser desvelado ou 'reconhecido' pela

legislatura ou pela decisão do juiz, no entanto, não é isso; porque a TDI repousa no método interpretativismo construtivista que impõe não o desvelar de um escondido direito preexistente, mas um construir pela incrementação do direito objetivamente existente com as necessidades contingentes.

Por fim, percebe-se que a valoração como falsa ou verdadeira da proposição jurídica (título dessa seção) decorre de um juízo de justificação a partir do reconhecimento de um sistema substancial, o qual, segundo Brina (2016, p. 22), estaria inserido numa estrutura mais abrangente: a comunidade política (ou de princípios), que convém ser esclarecida abaixo.

2.3 A COMUNIDADE POLÍTICA DE PRINCÍPIOS

Após tomar a insuficiência²⁴ do modelo positivista ante as objeções da seção 2.1.1, a TDI busca compreender a lógica da estrutura (aqui se insere o método epistemológico dworkiniano de se produzir o conhecimento jurídico pela conjugação do interpretativismo construtivo a partir do giro linguístico, guiado pela sua teoria abrangente de justiça) pela qual se desenvolvem as 'obrigações fraternais' em uma comunidade básica²⁵, isto porque, baseado nessa estrutura específica, elaborar-se-á, por meio do interpretativismo construtivo, uma estrutura mais genérica que legitime as 'obrigações jurídicas', nas palavras de Dworkin:

Estamos, finalmente, em condições de examinar **nossa hipótese** de maneira direta: **a melhor defesa da legitimidade política** - o direito de uma comunidade política de tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de decisões coletivas da comunidade - **vai ser encontrada não onde os filósofos esperaram encontrá-la**, no árido terreno dos contratos, dos deveres de justiça ou das obrigações de jogo limpo [...] **mas no campo mais fértil da fraternidade, da comunidade e de suas obrigações concomitantes**. (DWORKIN, 1999, p. 249-250, grifos nossos).

Com esse objetivo, pode-se identificar a existência de circunstâncias e de condições que justificam as responsabilidades morais das obrigações fraternais numa comunidade básica²⁶: (1) a possibilidade das obrigações perderem seu caráter

²⁴ Não no sentido de que as propostas positivistas estivessem destituídas racionalidade razoável ou no sentido de serem completamente falsas, mas no sentido de que haveria justificativas melhores, mais adequadas, a partir de um exercício comparativo.

²⁵ Ressalte-se a importância de distinguir comunidade básica de comunidade política (ou de princípios), porquanto não se confundem, embora semelhantes (DWORKIN, 1999, p. 243-244).

²⁶ Anote-se que Dworkin apresenta três gradações de comunidade: a básica, contendo as quatro condições iniciais; a associativa que incrementa às qualificações da básica o reconhecimento da justiça e a prática interpretativa; e a

imperativo, se as prerrogativas de pertencer a esse grupo não forem dadas aos membros; (2) as relações de associação entre os membros da comunidade e as obrigações delas decorrentes não são formadas por um ato de compromisso contratual deliberado; (3) o dever de honrar as responsabilidades de uma comunidade é fundado na noção de **reciprocidade**²⁷ que diz respeito ao reconhecimento mútuo da existência de uma responsabilidade entre os membros, reconhece-se haver uma responsabilidade para com o outro à medida que o outro reconhece tê-la também em relação a outrem (DWORKIN, 1999, p. 237-240).

Para que essas responsabilidades sejam vistas como obrigações fraternais é necessário as seguintes 'condições': (1) **responsabilidade especial** - que se refere ao caráter diferenciador em relação aos não membros que se atribuiu a responsabilidade; (2) **responsabilidade pessoal** - relacionada ao nexos direto de consideração entre os membros, o membro imputa a si, antes de imputar ao grupo comunitário, uma responsabilidade direta para com outro membro²⁸; (3) **abrangência**²⁹ - as obrigações fraternais específicas são aplicações contingenciais³⁰ de um esquema de responsabilidade mais geral; (4) **igualdade** - as práticas do grupo que endossam as responsabilidades levam em igual consideração os interesses de todos os membros da comunidade (DWORKIN, 1999, p. 240-244).

A partir das condições existenciais-qualificativas da comunidade básica (responsabilidade especial, responsabilidade pessoal, responsabilidade abrangente e igualdade) incluiu-se na reciprocidade da comunidade básica o atributo do 'reconhecimento de justiça' por meio da 'prática interpretativa'. A comunidade que faz isso ganha o status de associativa, representada esquematicamente na Figura 1.

política, que corresponde ao modelo mais aprimorado e que servirá de base para toda a teoria do direito como integridade (DWORKIN, 1999, p. 237-244).

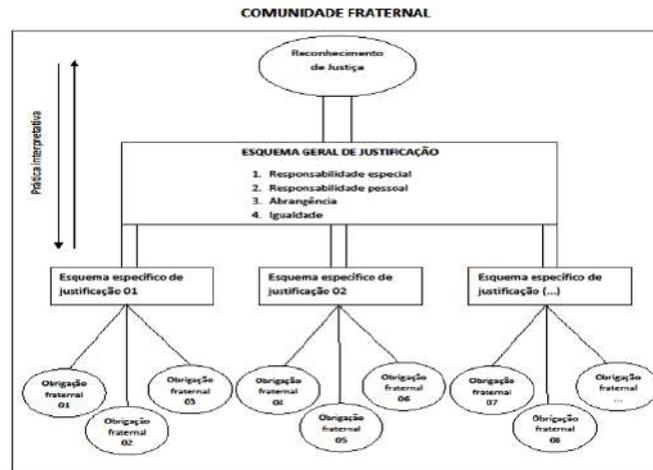
²⁷ Quanto à instabilidade de se definir o que se pode considerar uma responsabilidade existente, visto que seu conteúdo é interpretativo, Dworkin argumenta que o parâmetro é a 'atitude' de interpretar o conteúdo dessa responsabilidade, negando aqueles que o contrarie, o autor exemplifica o raciocínio dizendo que as pessoas não precisam concordar com exatidão sobre o que significa 'amizade', mas concordam com um mínimo acerca do que ela não é (DWORKIN, 1999, p. 240).

²⁸ Exemplifica essa condição o fato que alguém vendo uma criança perdida, em vez de ignorar alegando que existem autoridades cujo o papel é justamente cuidar dessa criança e localizar os pais, tem a atitude de pessoalmente prestar esse auxílio, deixando de empregar tempo e esforços em prol dos seus interesses por conta da responsabilidade que ele considera ter diretamente com a criança e não para com a criança perante o grupo.

²⁹ Essa derivação é a alternativa de Dworkin para resolver divergências teóricas no nível pré-interpretativo, pois havendo estruturas de justificação específicas (princípios) que legitimem responsabilidades/obrigações colidentes, a existência de um esquema mais profundo e genérico de justificação amortecerá o conflito e manterá a integridade de todo o sistema.

³⁰ Contingente porque se refere a um tempo específico, a uma hipótese fática, num determinado tempo, e num determinado ato interpretativo. Claro que não se quer dizer instável e aleatório, mas que não também não seja um dogma.

Figura 1 - Desenho esquemático da comunidade fraternal



(DWORKIN, 1999, p. 237-250)

E é a partir dessa comunidade associativa que se buscará legitimar a obrigação jurídica, conforme explica Dworkin: "Esse eco reforça nossa hipótese corrente de que a obrigação política - **inclusive a obrigação de obedecer ao direito** - é uma forma de obrigação associativa". (DWORKIN, 1999, p. 249, grifos nossos).

Partindo disso, verifica-se que, em analogia à lógica-estruturante que legitima uma **obrigação fraternal**, Dworkin elabora uma estrutura mais genérica e politizada que legitime uma **obrigação jurídica**, veja-se:

Dediquei uma atenção tão especial à estrutura da obrigação associativa e à natureza e circunstâncias de seus conflitos com outras responsabilidades e direitos, porque meu objetivo é mostrar de que modo a obrigação política pode ser considerada associativa, e isso só será plausível se a estrutura geral das obrigações associativas nos permitir explicar as condições que em nosso ponto de vista, têm de ser satisfeitas antes que se coloque a questão da obrigação política, e as circunstâncias que, acreditamos, devem invalidá-la ou mostrá-la em conflito com outros tipos de obrigações. (DWORKIN, 1999, p. 248-249).

Após identificar as quatro condições retrocitadas, que definem a 'comunidade associativa', Dworkin (1999, p. 251) indaga: "Que forma deveriam assumir em uma comunidade política? Como deve ser a política para que uma sociedade básica possa tornar-se uma verdadeira forma de associação fraternal?".

As respostas vão sendo elaboradas em seguida, iniciando-se pela incrementação dos atributos da reciprocidade da comunidade associativa com o atributo de que "a comunidade deve respeitar princípios necessários à justificação de uma parte do direito, bem como do todo." (DWORKIN, 1999, p. 254), assumindo,

assim, a reciprocidade primitiva da comunidade básica uma proposta de modelo geral de associação na comunidade política.

Na comunidade política, ver no item 3 da Figura 2, a responsabilidade especial torna-se responsabilidade 'específica de cidadania', significando que:

Cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular, que podem ser diferentes daqueles de outras comunidades, considere ele ou não que, de um ponto de vista utópico, são esses os melhores princípios. (DWORKIN, 1999, p. 257).

A responsabilidade pessoal também é incrementada e passa a corresponder a exigência de que:

[...] ninguém seja excluído; determina que na política, estamos todos juntos para o melhor ou pior [...] que ninguém pode ser sacrificado [...] pela justiça total. [o interesse pelo outro] Manifesta-se assim [na política que o inicia] e é mantido pela legislação que rege a prestação jurisdicional e sua aplicação. Os atos políticos de todos exprimem sempre, ao se mostrar como devem ser as regras e de que modo se devem aplicá-las, um profundo e constante compromisso que exige sacrifício, não apenas por parte dos perdedores, mas também dos poderosos que teriam a ganhar como tipo de conluio e soluções conciliatórias que a integridade proíbe. (DWORKIN, 1999, p. 257, acréscimos nosso).

No item (3) da Figura 2, vê-se que se acresce à condição 'igualdade' o atributo integridade, passando a ser compreendida como o pressuposto que cada cidadão é tão digno quanto qualquer outro, que cada um deva ser tratado com o mesmo interesse, "de acordo com uma concepção coerente do que isso significa". (DWORKIN, 1999, p. 257).

Encerrando as transposições conceituais, na comunidade política, conforme item (2) da Figura 2, a noção de justiça³¹ é incrementada pela noção de equidade³², devido processo legal adjetivo, num esquema onde justiça e equidade são equalizadas pela integridade (DWORKIN, 1999).

Nesse ponto da pesquisa, ficou claro que a TDI está atrelada ao conceito de comunidade de princípios (FURQUIM, 2010, p. 51-52). Portanto, convém, agora,

³¹ Que funciona como a diretriz ideológica da estrutura procedimental formada pelas relações entre as condições de responsabilidade, de abrangência e de igualdade.

³² Pedron sustenta que a melhor tradução do termo *fairness* não seria equidade, mas 'equanimidade' que "envolve a questão de encontrar os procedimentos políticos que distribuem o poder político de maneira adequada" (PEDRON, 2013, p. 48).

enfrentar algumas objeções à aplicação da TDI, fundamentadas no argumento de que no Brasil inexistia essa comunidade idealizada por Dworkin.

Um argumento bastante pertinente é apresentado por Carlos Victor Muzzi Filho (2013, p. 85-86) que aponta um erro de origem ao se aplicar a teoria de Hart ao modelo brasileiro, visto que o próprio Hart alegou ter escrito a teoria com vistas a comunidade jurídica americana e inglesa.

Em seguida, Muzzi (2013) destacou a diferença entre os fatores político-históricos que fizeram originar o Estado brasileiro e o Estado Americano para concluir que nos EUA esse fatores contribuíram para o desenvolvimento de uma comunidade que comunga da mesma base moral, fato que não ocorreu no Brasil. Logo, pressupondo que a TDI se funda no compartilhamento de determinada compreensão da moral e dos fundamentos de convivência em sociedade (comunidade de princípios), a TDI seria inadequada à realidade brasileira.

Por fim, arremata o autor que a proposta teórica de Hart e Dworkin não se aplicariam no Brasil, uma vez que o nosso sistema jurídico ainda opera por justificáveis extra-jurídicas que escapam até mesmo de âncoras jurídico-morais (MUZZI FILHO, 2013).

As objeções realmente são bastantes pertinentes, no entanto, podem ser enfrentadas, visto que o argumento do Professor Muzzi toma o fundamento das obrigações fraternais (que compartilham valores morais) como fundamento da comunidade de princípios, lógica que Dworkin esclarece em nota:

[...] no capítulo VI discuto as obrigações fraternais, aquelas que os membros de um grupo têm entre si pelo fato de pertencerem ao grupo [...]. Deveria, portanto, **deixar claro que não vejo os princípios de responsabilidade coletiva** que temos examinado ao longo dessa discussão [aqui se referindo aos princípios da comunidade e personificação] **como aspectos de obrigação fraternal que somente são válidos quando as condições há pouco mencionadas são satisfeitas.** (DWORKIN, 1999, p. 210, grifos e acréscimos nossos).

O que Dworkin diz é que as condições que validam a obrigação fraternal (tal como o compartilhamento de uma ordem concreta de valores, aos moldes do que argumentou Muzzi) não são as mesmas que endossam a comunidade de princípios, posto que o elemento moral compartilhado pela comunidade, de acordo com a TDI, não se trata de um conjunto de valores (modos de vida) compartilhados por uma maioria, mas do compartilhamento de um conjunto de posturas metodológicas-racionais de interpretação acerca do Direito.

Para um melhor esclarecimento do assunto, Cattoni de Oliveira distingue as tradições político-democráticas **republicana** e **liberal**, a primeira concebe que a Constituição de um país consolidaria **uma ordem concreta de valores que materializa a identidade ético-cultural de uma sociedade política que se quer homogênea**. Já a tradição liberal concebe a Constituição como instrumento capaz de regular o embate de vários atores políticos de maneira a estabelecer um consenso por sobreposição que permita a coexistência e garantia de uma pluralidade de modos de vida em face dos interesses políticos majoritários (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016, p. 45-46).

Percebe-se que Muzzi, ao exigir um compartilhamento concreto de valores, relaciona a TDI à concepção republicana de comunidade, contudo, Dworkin declaradamente adota a concepção liberal (DWORKIN, 2010, VII).

Além disso, a diversidade ético-cultural não pode ser óbice à instituição da comunidade política que está condicionada mais a atitude dos indivíduos do que a historicidade da comunidade, como sintetiza Habermas ao dizer que "[...] pertencimento à comunidade é 'status' que não surge espontaneamente, mas, antes, dever ser criado pelos próprios cidadãos." (HABERMAS, 2012, p. 23-24).

Essa 'atitude' que Habermas (2010, p. XXVII) chama de solidariedade, Dworkin chama de *equal concern*.

Enfim, compreendida a comunidade de princípios (ou comunidade política) da TDI e a sua estrutura conceitual, tem-se a compreensão do dicionário conceitual de Dworkin suficiente a compreender o que a TDI considera por 'princípios', conforme se fará no tópico abaixo.

2.3.1 Os verdadeiros princípios de Dworkin

Geralmente, o que tem levado a propagação do pensamento de Dworkin no meio acadêmico é a importância de se incorporar princípios jurídicos e morais no Direito, porém essa discussão é bastante anterior às suas obras. Por isso, a originalidade da TDI não reside na valorização dos princípios ou na oposição entre regras e princípios, mas, sim, na sua proposta metodológica referida pelos princípios morais (MACEDO JÚNIOR, 2013).

É comum compreender princípio como juízo de adequação, mandado de otimização, normas fundamentais de um sistema, ou vetor de interpretação e

conciliação das regras jurídicas, conforme anota Virgílio Afonso da Silva (2003, p. 197-227) em artigo sobre mitos e equívocos acerca da distinção entre regras e princípios.

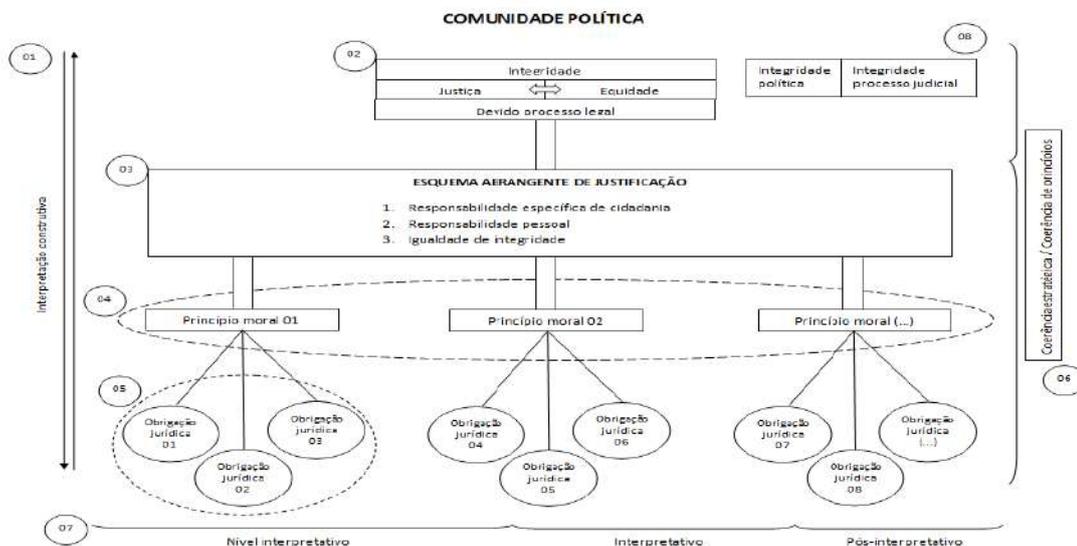
No entanto, os princípios morais da TDI são os esquemas de racionalidade capazes de justificar as práticas jurídicas de uma comunidade política, esses esquemas estão inseridos numa estrutura mais geral que congrega, por meio da integridade, os elementos de justiça e equidade dessa comunidade.

Assim, o resultado da atitude interpretativa sobre um instituto jurídico assumirá valor de verdade **se puder ser justificado a partir da racionalidade derivada de toda essa estrutura**; será considerado verdadeiro se **se mostrar coerente**, ao mesmo tempo, com os esquemas específicos e gerais dessa racionalidade; será considerado verdadeiro **se corresponder à historicidade do próprio instituto jurídico** que se interpreta, de maneira que o novo significado possa ser considerado a continuação de um romance em cadeia; será considerado verdadeiro **se for capaz de integralizar** tanto o propósito justiça quanto o propósito equidade.

Enfim, a interpretação ou a decisão judicial que atenda a todas essas exigências será considerada verdadeira pela TDI, uma tarefa digna de um juiz ou intérprete hercúleo, fazendo bastante sentido a metáfora.

Na Figura abaixo pode-se identificar graficamente essa estrutura de racionalidade que serve como parâmetro de justificação das proposições jurídicas. Os princípios aos quais tanto se refere Dworkin corresponderiam, na Figura 2 ao item gráfico (4).

Figura 2 - Desenho esquemático da comunidade política



(DWORKIN, 1999, p. 213-270)

Ao se ter em mente essa estrutura, compreende-se mais adequadamente a distinção que a TDI faz entre princípios e política, ao dizer que:

[..] um princípio prescreve um direito e, por isso, contém uma exigência de justiça, equanimidade, devido processo legal, ou qualquer outra dimensão de moralidade; ao passo que uma diretriz política estabelece um objetivo a ser alcançado, que, geralmente consiste na melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, buscando promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável. (PEDRON, 2009, p. 103-104).

Essa noção de princípio, simultaneamente procedimental e substancial, é referida por Dworkin ao estruturar o modelo geral de associação da comunidade política, ao apresentar a teoria do direito como integridade e ao distinguir a integridade na política e no processo judicial (DWORKIN, 1999, p. 261).

Também é referida ao distinguir argumentos de princípios e de política (DWORKIN, 2010, p. 129). O autor inclusive utiliza esse conceito de princípio para elaborar sua concepção de Estado de Direito, descrita no primeiro capítulo de 'Uma questão de princípios' (DWORKIN, 2005, p. 3-40).

Veja-se a descrição de princípio abaixo:

Um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas. (DWORKIN, 2010, p. 138).

Percebe-se que, embora o trecho se refira à distinção entre argumento de política e de princípio, os elementos citados no texto têm correspondência na estrutura esquematizada da Figura 02, já que a 'doutrina de responsabilidade' está representada no item (3), a 'decisão particular' corresponderia a obrigação reconhecida como jurídica do item (5).

Ademais, há que se considerar que o esquema é aplicável tanto ao processo judicial quanto ao legislativo, conforme item (8). Assim o esquema institucional hipotético para produzir decisões corresponderia a essa estrutura abrangente da Figura 2.

2.4 JUSTIÇA, EQUIDADE E DEVIDO PROCESSO LEGAL

A partir da Figura 2, nota-se que 'justiça' é um dos elementos de substância que contém a opção política da estrutura procedimental-metodológica da TDI apresentada nesta pesquisa a partir de 'O Império do Direito', cuja primeira publicação data de 1986. Porém a noção de justiça dworkiniana foi aprimorada na teoria da unidade do valor, apresentada em 'Justiça para Ouriços' (2012), quando, segundo Brina (2016), o autor desenvolveu uma teoria abrangente de justiça.

Logo, há que se compreender o direito como integridade a partir da concepção de justiça esposada em 'Justiça para Ouriços', pois, embora seja uma noção posterior, percebe-se que, desde 1986, Dworkin indicava a unidade e abrangência da justiça, ao dizer que a coerência de princípio “Exige que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos seja coerente no sentido de expressarem uma **visão única e abrangente de justiça**” (1999, p. 163, grifos nossos).

Brina (2016, p. 27-33) explica que Dworkin, desenvolvendo a concepção de justiça na teoria da unidade do valor, apresentou parâmetros específicos - entre eles o sistema de responsabilidade objetiva - aptos a fornecer objetividade³³ à moralidade³⁴ tão referida na sua obra, uma vez que autor, não obstante compreender direito e moral num mesmo domínio, concebe uma moral institucionalizada, não relacionada às vicissitudes pessoais, visto que Dworkin rejeita concepções da metafísica e da noção fisicalista³⁵ do direito.

Assim, a moral deve ser compreendida levando em conta os mecanismos contidos na teoria da unidade de valor. Diz-se unidade de valor porque propõe a continuidade³⁶ entre a moral individual - tomada por Dworkin como ética - e a moral da comunidade de princípios, que, consideradas conjuntamente, são designadas por 'moralidade', nas palavras de Furquim (2010, p. 20):

Para Dworkin, a continuidade não requer que as pessoas definam sua vida em torno da imparcialidade ou da busca pela justiça, mas requer que a

³³ Ou na expressão de Macedo Júnior (2013) 'condições para existência de objetividade' no âmbito das divergências teóricas acerca da proposição jurídicas.

³⁴ A 'moralidade' aqui deve ser considerada no âmbito da Teoria da Unidade de Valor que abrange a integralização (no sentido de tomar com um corpo único) a moral (noção do que é adequado para a coletividade) e ética (noção do que é a vida boa individualmente individual), pois em 'Justiça para Ouriços' Dworkin conceberá o Direito como um ramo da moralidade política. (BRINA, 2016, 42-44).

³⁵ Terminologia proposta por Macedo Júnior (2013) que compreende as teorias do direito derivadas das epistemologias empiristas e racionalistas.

³⁶ Como Furquim sintetiza: "o que desejamos para as nossas vidas não pode estar separado de como devemos tratar os outros" (FURQUIM, 2010, p. 20).

discussão pública ressoe nas convicções sobre as nossas concepções de boa vida. É uma ideia de unidade de valor entre a ética e a moralidade que ainda está em construção. Para Guest (2007), a ética pessoal de todos participando desse consenso, mas sem recair numa perspectiva pessoal específica, é o apelo visionário de Dworkin, alternativo ao contrato, para sua versão contínua do liberalismo – a igualdade liberal. (FURQUIM, 2010, p. 20).

Furquim explica que a legitimidade da coerção estatal (chamada pela autora de 'força categórica do Direito' e que é uma justificação moral) estaria na união da ética³⁷ com a moralidade por meio de uma abordagem interpretativa; e que o termo 'valor' na teoria de justiça refere-se à utilidade prática (funcional) que a compreensão unificada de justiça e equidade enseja para a interpretação das práticas jurídicas, veja-se:

A proposta de Dworkin é que não podemos tratar valores políticos como separados do que consideramos a boa vida. A liberdade, justiça, igualdade, democracia têm valor por causa das consequências para as nossas vidas. Considerar valores políticos separados do que é a vida boa leva-nos a um conflito entre liberdade e igualdade. (FURQUIM, 2010, p. 28).

Assim, a TDI considera que o conceito de justiça interessa à prática jurídica por conter um valor (uma funcionalidade) que decorre não apenas de uma idealidade (por exemplo, pensar que se deve buscar a justiça porque a justiça é boa), mas que decorre das consequências práticas que essa noção de justiça ensejará na vida de cada (FURQUIM, 2010, p. 28-29).

Isto porque os conceitos de justiça, liberdade e igualdade são argumentativo-interpretativos e não descritivos, visto não poderem ser tomados como um objeto natural ou factual, ante sua inexistência física (MACEDO JÚNIOR, 2013).

Ressalve-se, todavia, que a compreensão de justiça a partir da teoria da unidade de valor implica compreender o complexo esquema apresentado em 'Justiça para ouriços' sobre igualdade, liberdade, democracia, Direito e sistema de responsabilidade objetiva, temas que extrapolam o limite desta dissertação.

Porém, essa limitada remissão à teoria, que aponta para um conceito não utópico de justiça, mas funcional, é indispensável para compreensão da TDI e demais elementos teórico-conceituais.

Ainda analisando o item (2) da Figura 2, *supra*, vê-se o elemento 'equidade', o qual se relaciona à questão de encontrar os procedimentos políticos de distribuição

³⁷ Dworkin quando fala de moralidade refere-se à moralidade pública de como devemos tratar os outros e ética à moralidade pessoal (FURQUIM, 2010, p. 16).

do poder político, de maneira a atribuir a todos os cidadãos a potencial capacidade de influenciar as decisões que os governam (DWORKIN, 1999, p. 200).

A **equidade** parte do pressuposto de que todo cidadão merece igual consideração, *equal concern*, e que todos têm responsabilidades especiais entre si, e diz respeito a conceber uma estrutura política em que os processos legislativo e judicial resultem a distribuição adequada dos recursos de uma nação (FURQUIM, 2010, p. 54).

Nesse sentido, Dworkin diz que:

Se aceitarmos a justiça como uma virtude política, queremos que nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável. (DWORKIN, 1999, p. 200).

No item (2) da Figura 2, justiça e equidade, embora interconectados, possuem existência autônoma e estão equalizados pela integridade, significando que, conforme Dworkin (1999, p. 213-215), numa sociedade não utópica as circunstâncias factuais podem fazer conflitar aplicações decorrentes da noção de justiça com da noção de igualdade³⁸, situação que será solucionada pela integridade do processo judicial, do processo legislativo e da política:

[em relação ao processo judicial] a comunidade deve respeitar princípios necessários à justificação de uma parte do direito, bem como do todo[...] [em relação ao processo legislativo] que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios [...] [integridade política] quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos. (DWORKIN, p. 202-203, 254, acréscimos nosso).

Enfim, encerrando a apresentação da TDI, o elemento 'devido processo legal adjetivo' que se refere à questão dos procedimentos corretos para a aplicação das regras e para que o cumprimento das obrigações que todo o sistema jurídico produziu (DWORKIN, 1999, p. 483).

Essa noção de devido processo abarca não só os procedimentos de decisão judicial, como, também, os procedimentos do processo legislativo e de regulação do poder político, todavia, a concepção mais interessante a pesquisa está relacionada ao processo judicial, nesse sentido:

³⁸ A exemplo da análise do caso Bakke em (DWORKIN, 2005) e do caso hipotético do casamento forçado em (DWORKIN, 1999, p. 244-249).

O devido processo legal adjetivo diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelo procedimentos políticos, se o aceitarmos como virtude, queremos que os tribunais e instituições análogas usem procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que proporcionem um justo grau de exatidão, e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas de violação como devem ser tratadas as pessoas em tal situação. (DWORKIN, 1999, p. 200-201).

Além disso, o devido processo adjetivo orienta aos juízes a compreenderem que o direito se estrutura como um todo recíproco-coerente fundado sobre princípios de justiça, equidade e devido processo, os quais exigem que os apliquem nos novos casos que lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas (DWORKIN, 1999, p. 291).

2.5 FECHO

Ao longo dessa seção, em cumprimento ao primeiro objetivo específico do trabalho, foram descritos os principais elementos da teoria do direito como integridade, que podem ser sintetizados pelas assertivas abaixo.

A TDI, embora tenha sido idealizada a luz da tradição *common law*, é aplicável a realidade brasileira.

A TDI considera que as proposições jurídicas (sejam regras, princípios, costumes, práticas jurídicas) são conceitos interpretativos cujas significações devem ser coerentes com a história institucional dessa proposição e do esquema de racionalidade que lhe é subjacente.

A TDI, por meio da teoria da única resposta correta e das metáforas do Juiz Hércules e do romance em cadeia, remete a decisão judicial à concepção de força gravitacional de precedentes. Isso, como se verá na seção 4, implica que o precedente judicial seja coerente com a história institucional e que respeite a integridade do direito como um todo.

De acordo com a TDI, o entendimento de todo instituto jurídico (prática jurídica) deve atender aos imperativos de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo, este, último, definido como o conjunto de procedimentos para aplicação das regras criadas pela comunidade política.

Nesse sentido, a noção de devido processo legal será desenvolvida na próxima seção, já que o recurso extraordinário se inclui como um desses procedimentos de fazer cumprir as leis e regulamentos da comunidade de princípios.

3 AS CONCEPÇÕES DE DEVIDO PROCESSO LEGAL

Nesta seção será demonstrado que a concepção de devido processo legal atua como uma ponte de compartilhamento de significações entre a TDI e o RE. Essas significações compartilhadas exigirão, conforme se verá na seção 5, que o precedente judicial, principal produto do RE, apresente as características da integridade, da coerência e da institucionalidade. Qualificações que o modelo de deliberação *per curiam* é mais adequado a prover do que o modelo *seriatim*, hipótese da pesquisa.

O entendimento de que o devido processo legal adjetivo é uma conexão entre o RE e a TDI parte de um raciocínio simples. Veja-se.

Primeiro - de acordo com a TDI, a compreensão de toda prática jurídica deve atender ao imperativo do devido processo legal adjetivo, assertiva demonstrada na seção anterior.

Segundo - a TDI entende o devido processo legal adjetivo como o conjunto de procedimentos para julgar se o cidadão ou as instituições infringiram o Direito, implicando o uso de procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que proporcionem um **justo grau de exatidão** (DWORKIN, 1999, p. 200).

Terceiro - o RE é um desses procedimentos em que se verifica se houve ou não violação do Direito, no caso, violação das práticas jurídicas constitucionalizadas.

Isto porque o RE é **instrumento** de acesso a jurisdição constitucional³⁹ com a função de manter a uniformidade na **aplicação e interpretação dos dispositivos constitucionais** em todo o território nacional, destinando-se a verificar a melhor interpretação das regras e princípios constitucionais (WAMBIER⁴⁰, 2016, p. 311).

Trata-se de **instrumento constitucional** de acesso a jurisdição extraordinária do STF com finalidade de uniformização da jurisprudência constitucional e defesa da ordem jurídica objetiva (PEREIRA⁴¹, 2018, p. 7).

Ainda no mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes (2017, p. 1654) diz que o RE consiste num meio processual-constitucional com escopo de verificar eventual afronta à Constituição em razão de decisão judicial proferida em única ou última instância.

³⁹ A expressão 'jurisdição constitucional' refere-se a atividade jurisdicional com o fim de efetivar o princípio da supremacia da Constituição e proteger os direitos fundamentais da pessoa humana, por meio dos processos de controle de constitucionalidade, a partir da matéria jurídico-constitucional pela qual se estruturam as diversas garantias previstas na CRFB/88 (ZANDONA, 2015, p. 1).

⁴⁰ A obra da jurista Tereza Arruda Alvim Wambier será referenciada por diversas vezes neste trabalho.

⁴¹ O conceito é de Ana Lúcia Pretto Pereira, em artigo sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do recurso extraordinário.

A partir dessas ilações, percebe-se que o RE é um desdobramento do devido processo legal, posto ser procedimento, instrumento, maneira de se averiguar a violação do Direito.

Portanto, sendo o cerne da dissertação indagar se o atual modelo de deliberação realiza o RE de maneira adequada à noção de devido processo legal da TDI, torna-se indispensável explorar a historicidade da concepção do devido processo legal.

Isto porque a TDI impõe que o exercício da interpretação construtiva, conforme estudado na seção 2, se desenvolva tal como um romance em cadeia, delimitando o espectro de significações do devido processo legal àquelas que mantenham coerência com toda a linha de significações passadas e àquelas que consubstanciem integridade ao Direito posto no presente, de maneira que esse significado, que se está a interpretar, possa ser considerado mais um elo da cadeia.

Acerca da gênese do devido processo legal, Paulo Fernando Silveira (2001, p. 235-236), em densa obra sobre a história e os sentidos do devido processo legal, adverte que o termo já foi equivalente à própria noção de *common law*⁴² e que, ainda nos tempos da América Colônia, os sintagmas *due process of law* e *law of the land* equivaliam-se.

Desta maneira, far-se-á breve incursão na história do devido processo legal.

3.1 PROCESS DUE OF LAW NO DIREITO INGLÊS

A cláusula tem sua origem na Inglaterra, onde, no ano de 1215, surgiu o primeiro ordenamento, a Magna Charta, assinada por *Jonh Lackland*, que, limitando o poder do rei sobre os lordes ingleses, impunha-lhe respeitar a *law of the land* (NERY JÚNIOR, 2016, p. 107).

Antes, porém, desse evento, no ano de 1.066, o Duque *William* da Normandia (atual França), invadiu e conquistou a ilha da Inglaterra, destronando o rei *Harold II*, Conde de Essex, na batalha de *Hasting* (SILVEIRA, 2001, p. 15-16).

João Gualberto Garcez Ramos (2007, p. 102-103), em artigo sobre a evolução histórica do devido processo legal, explica que o conquistador estrangeiro *William*, embora tivesse perfil arbitrário e severo, considerado um governante ‘mão de ferro’,

⁴² Para melhor compreensão do termo *Common Law*, remete-se o leitor à seção 5.1.

percebeu a necessidade de fazer concessões aos lordes locais, por meio de cartas de franquias para evitar rebeliões.

A peculiar circunstância de ser o governante um conquistador estrangeiro impôs ao Duque Willian a necessidade de adotar providências políticas para garantir a estabilidade do reino, por isso, percebendo a profunda admiração que a população inglesa tinha por um anterior monarca saxão, *Edward*⁴³ 'The Confessor', abdicou do nome Willian e sagrou-se, em cerimônia religiosa, Guilherme I, jurando, na mesma ocasião, cumprir as leis de *Edward* (RAMOS, 2007, p. 102-103).

Não obstante o efeito político estabilizador que almejava, investir-se na imagem de continuador do monarca popular lhe rendeu, também, a imagem de um continuador da tradição jurídica posta. **O efeito jurídico decorrente dessa circunstância** histórica foi a compreensão de que seria um dever dos governantes respeitar não apenas suas leis, mas também as dos governantes anteriores, visto que após sua morte, a lei do governante tornar-se-ia 'leis da terra', *Legem Terrae* (RAMOS, 2007, p. 102-103).

Após a morte, em 1.087, de *Willian*, tornado Guilherme I, sucederam-lhe os soberanos *Henry I* e *Henry II*, este último, pai de *Richard Coeur-de-Lion*, que reinou no período de 1.189 a 1.199. Este monarca, querido pelo povo, participou da Terceira Cruzada, porém, quando retornava da Palestina para a Inglaterra, foi capturado na Áustria, pelo que fora solicitado ao reinado inglês dinheiro em resgate do seu monarca (SILVEIRA, 2001, p. 16).

Aproveitando-se do episódio, o príncipe *John de Anjou*, chamado de *Lackland*, irmão de *Richard*, estimulou rebeliões no reino, dizendo que *Richard* jamais voltaria, o que não ocorreu, pois *Richard* retornou e voltou a reinar na Inglaterra, porém, pouco tempo após faleceu em razão de um ferimento de batalha (SILVEIRA, 2001, p. 16).

Em 1.199, após a morte de *Richard Coeur-de-Lion*, *John Lackland* assumiu a coroa, dando início a um governo tirânico e arbitrário, exigindo altos impostos, postergando regras jurídicas justas, descuidando-se dos interesses do reino, desservindo a nobres e humildes, insurgindo-se, por essas razões, a rebelião dos barões que o derrotou em 1.215, forçando-o a apor o selo real numa declaração de direitos que lhe fora apresentada pelos barões, a *Magna Carta Libertatibus*. Por este

⁴³ Tamanho era o prestígio de *Edward The Confessor* que a Igreja Católica o canonizou cem anos após sua morte (RAMOS, 2007, p. 103).

instrumento o rei *John Lackland* jurou respeitar os direitos, franquias e imunidades (SILVEIRA, 2001, p. 16-17).

É a partir da *Magna Carta* (1215) que o instituto do devido processo legal é abordado e estudado pela maior parte dos manuais e literatura acadêmica, uma vez que neste documento está, pela primeira vez, identificada a expressão equivalente a *process due of law*. Veja-se *ipsis litteris* o trecho da Magna Carta na sua redação original em latim:

Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisietur de liero tenemento suo vel livertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec eo ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel **per legem terrae**. (JENNINGS *apud* NERY JÚNIOR, 2016, p. 107, grifos nossos).

O texto é traduzido para o português e inglês por Silveira:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo **costume da terra**. [...] No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by **the law of the land**. (SILVEIRA, 2001, p. 19 grifos nossos).

Não se pode desconsiderar os fatos anteriores a posituação da cláusula, já que são a fonte material desse importante instituto jurídico cujas as consequências jurídicas se sentirão da medievalidade até os tempos atuais.

Nesse sentido, identifica-se a **íntima correspondência entre a *legem terrae*** inscrita na Magna Carta de 1215 e o juramento de Guilherme I, em 1.066, de dar continuidade ao reinado de *Edward The Confessor* e cumprir a *legem terrae*. Vê-se, nessa perspectiva, que o instituto significava, em gênese, o respeito ao direito posto.

E mais, sua função primordial era de limitar o poder do soberano ao qual, na época, era dada a função de produzir as leis (RAMOS, 2007, p. 103).

Percebe-se, desta forma, que a *the law of the land* já nascera como um mecanismo de controle da atividade legislativa, porém de uma atividade legislativa não representativa e não colegiada, mas a do rei.

Interessante que, originariamente, o devido processo tratava de nivelar a relação entre os nobres/igreja e o rei, visto que o instituto não poderia ser invocado

pela plebe⁴⁴, já que o ato normativo era dirigido a igreja e a nobreza (SILVEIRA, 2001, p. 18-19).

Inicialmente criado com o rótulo 'lei da terra', a figura jurídica iniciou sua evolução etimológica na própria Inglaterra, quando identificada em lei inglesa, do reinado de *Edward III*, datada de 1354, conforme Max Radin *apud* Nery Júnior (2016):

None shall be condemned without trial. Also, that no man, of what estate or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brohght to answer by **due process of law**⁴⁵. (RADIN *apud* NERY JÚNIOR, 2016, p. 107, grifos do autor).

Analisando a perspectiva histórica, percebe-se que o princípio, desde seus primórdios, continha uma faceta jurídica, formalmente expressa como uma garantia procedimental, e uma faceta política, materialmente atrelada a função de limitar a atividade legislativa do rei, da qual *Willian Blackstone*, em 1765, já tomava nota (SILVEIRA, 2001, p. 18).

A partir da substituição, em 1354, da expressão *law of the land* por *due process of law*, até o fim do século XIV as expressões eram utilizadas como sinônimas nas leis e nas cortes inglesas (SILVEIRA, 2001, p. 19-20).

Percebe-se que, conforme a perspectiva histórica, que o devido processo legal, na dimensão substantiva⁴⁶, era utilizado para frear a possibilidade do Executivo (rei) legislar sem a aquiescência do Parlamento, mas não contemplava a possibilidade do Judiciário invalidar as normas emitidas pelo Parlamento.

Esse sentido ainda permanece, pois, como leciona Jeremy Waldron, no Reino Unido, os tribunais, quando estiverem convencidos de que o dispositivo contrarie a convenção de Direitos Humanos, podem até analisar a lei a fim de emitir um declaração de incompatibilidade, cujo efeito jurídico é possibilitar que um ministro do governo (em caráter discricionário) utilize a declaração para iniciar um procedimento

⁴⁴ Tome-se nota que, posteriormente, essas garantias foram estendidas para todas as pessoas do reino, uma vez que já no ano de 1297 a Carta foi emendada (SILVEIRA, 2001, p. 19-20).

⁴⁵ Ninguém deve ser condenado sem julgamento. Além disso, que homem algum, qualquer que seja a o patrimônio ou condição que ele tenha, deva ser retirado da terra ou de bens, nem tomado ou preso, nem deserdado, nem morto, sem ser trazido para responder sob o devido processo legal. (tradução nossa)

⁴⁶ Nelson Nery Júnior (2016, p. 110-113) diferencia que o devido processo substantivo traduz a noção de que o Poder Público não pode interferir em determinadas áreas do direito sem a comprovação prévia, real e concreta, da necessidade e razoabilidade desta intervenção, funcionando, assim, como parâmetro de controle da atividade legislativa. Enquanto a devido processo adjetivo alcança significado mais restrito, porquanto se relaciona aos direitos e garantias processuais dos litigantes, significando a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível.

legislativo mais rápido, mas não podem anular a lei. Logo, essa decisão judiciária não afeta a validade, a força ou a aplicação continuada da norma questionada, tampouco, vincula as partes no processo gerador da declaração (WALDRON, 2010, p. 101).

Contudo, no *common law*, o *due process of law* não se trata apenas de garantias processuais para os litigantes ou instrumento de limitação da atividade legislativa, mas possui significações mais profundas, relacionando-se com a própria noção de Estado de Direito.

Nesse sentido, Michel L. Principe (2000, p. 359-360) ensina que o princípio do *Rule of Law*⁴⁷ desenvolveu-se a partir da *law of the land*, por contribuição de Blackstone e Dicey.

Albert Venn Dicey (1982, p. 153) concebeu o *Rule of Law* como princípio fundamental do Direito Constitucional, contendo três significados essenciais. Primeiro, significando a absoluta primazia do direito regular sobre qualquer poder arbitrário, excluindo-se, por isso, a existência de prerrogativa, ou mesmo de ampla autoridade discricionária por parte do governo. Noutras palavras, os ingleses, por serem regidos apenas pela lei, só podem ser punidos por uma violação a lei e por nada mais.

Segundo, significando igualdade perante a lei, ou a sujeição igual de todas as classes à lei ordinária da terra administrada pelos tribunais ordinários. O *Rule of Law*, nesse sentido, exclui a possibilidade de isentar qualquer pessoa, inclusive o governo, do dever de obediência a lei ou de se submeter à jurisdição dos tribunais ordinários (DICEY, 1982, p. 153).

Terceiro, significa que a lei da Constituição não é a fonte de direito das pessoas, mas a consequência dos direitos dos cidadãos; em suma, é a consequência dos princípios que informaram a ação dos Tribunais e do Parlamento, assim a Constituição é o resultado da *law of the land* (DICEY, 1982, p. 153).

⁴⁷ A expressão *Rule of Law* não pode ser traduzida por 'Estado de Direito', uma vez que as expressões refletem teorias de Estado de diferentes origens e fundamentos. Jacques Chevallier (2013) diferencia 'Estado de Direito', originado na Alemanha e na França, do *Rule of Law* da Inglaterra, pois as premissas do primeiro são: (a) submissão da administração estatal a lei; (b) existência de controle jurisdicional dos atos administrativos - sejam legislativos ou executivos; (c) submissão das leis à Constituição. Enquanto no segundo as premissas são: (a) submissão de todos a lei; (b) não há controle judicial dos atos legislativos, pois aqui vigora a *Parliamentary Supremacy*; (c) não há submissão de leis à Constituição, mas há convenção prévio de determinadas qualidades da lei. Ainda diferencia, o autor, a doutrina de 'Estado de Direito' da França do *Rechtsstaat* da Alemanha. Naquela o Estado de Direito é um vetor de limitação do poder, neste o Estado de Direito é um vetor de racionalização do exercício do poder. Ademais, na França o Estado é a personificação jurídica da nação, na Alemanha é um ente autônomo (CHEVALLIER, 2013, p. 13-58).

Percebe-se, portanto, que a *law of the land*, o equivalente ao *due process of law*, é fundamento da própria noção de Estado de Direito no *common law* inglês. Veja-se a transcrição literal da exposição de Dicey:

O *Rule of Law*, por último, pode ser usado como uma fórmula para expressar o fato de que conosco a lei da Constituição, as regras que, em países estrangeiros, fazem, naturalmente, parte de um código constitucional, não são a fonte, mas a conseqüência dos direitos dos indivíduos, definidos e impostos pelos tribunais; que, em suma, os princípios do direito privado nos acompanharam pela ação dos Tribunais e do Parlamento, ampliados para determinar a posição da Coroa e de seus servidores; assim, **a Constituição é o resultado da lei da terra**⁴⁸. (DICEY, 1982, p. 153, grifos nossos).

A partir dessas observações e das premissas levantadas na seção 2, torna-se fácil compreender a TDI e seu correspondente esquema de racionalidade (subjacente ao conjunto das práticas jurídicas de uma comunidade) que determina o valor de verdade das justificações que endossam uma proposição jurídica no *common law*.

Esse esquema de racionalidade parece refletido nas colocações de Dicey (1982) explicando como compreender e desenvolver o Direito Constitucional, em um país desprovido de uma Constituição escrita:

O dever, em suma, de um professor de Direito inglês é declarar qual é a lei que parte de uma Constituição, organizá-la em sua ordem, explicar seu significado e **exibir, quando possível, sua conexão lógica**. Ele deve expor a Constituição não escrita ou parcialmente não escrita da Inglaterra, da mesma maneira em que Story e Kent expuseram a lei escrita da Constituição americana. A tarefa tem suas perplexidades especiais, mas as dificuldades que afligem o tópico são as mesmas em espécie, embora não em grau, como as que se encontram em todos os ramos da lei da Inglaterra. **Você é chamado a negociar em parte com a lei estatutária, em parte com a lei do juiz; você é forçado a confiar em decretos parlamentares e também em decisões judiciais, em ditames oficiais** e, em muitos casos, em meras inferências extraídas de doutrinas judiciais; muitas vezes **é difícil discriminar entre costume predominante e direito reconhecido**. Isto é verdade no esforço para expor a lei da Constituição. Tudo isso é verdade também em uma medida de qualquer tentativa de explicar nossa lei de contrato, nossa lei de corrupção, ou nossa lei de propriedade real⁴⁹. (DICEY, 1982, p. 85, grifos nossos).

⁴⁸ Livre tradução do trecho "The 'rule of law', lastly, may be used as a formula for expressing the fact that with us the law of the constitution, the rules which in foreign countries naturally form part of a constitutional code, are not the source but the consequence of the rights of individuals, as defined and enforced by the Courts; that, in short, the principles of private law have with us been by the action of the Courts and Parliament so extended as to determine the position of the Crown and of its servants; **thus the constitution is the result of the ordinary law of the land.**" (DICEY, 1982, p. 153, grifos nossos).

⁴⁹ Livre tradução do excerto "The duty, in short, of an English professor of law is to state what are the law which from part of the constitution, to arrange them in their order, to explain their meaning, and to exhibit where possible their logical connection. He ought to expound the unwritten or partly unwritten constitution of England, in the same manner in which Story and Kent have expounded the written law of the American constitution. The task has its special perplexities, but the difficulties which be set the topic are the same in kind, though not in degree, as those which are to be found in every branch of the law of England. You are called upon to deal partly with statute law, partly with judge-made law; you are forced to rely on Parliamentary enactment sandal soon judicial decisions, on

A real função do Direito constitucional inglês é mostrar quais são as regras legais (seja as promulgadas pelo Parlamento ou reconhecidas pelos Tribunais) que podem ser encontradas nas várias partes da Constituição. De tais regras se descobrirá mais que o suficiente. As regras que determinam a posição da coroa, as lutas legais dos ministros da coroa, a constituição da Câmara dos Lordes, a constituição da Câmara dos Comuns, as leis que regem a Igreja estabelecida, as leis que determinam a posição das igrejas não estabelecidas, as leis que regulam o exército, - estas e uma centena de outras leis fazem parte da Constituição, e são, verdadeiramente, **parte da lei da terra** como os artigos da Constituição dos Estados Unidos formam parte do direito da União (DICEY, 1982, p. 85).

Na Inglaterra tem-se leis que podem ser chamadas de fundamentais ou constitucionais porque lidam com princípios importantes (como, por exemplo, a descendência da Coroa ou os termos de união com a Escócia) que estão na base das instituições inglesas, mas lá não existe uma lei suprema, ou lei que testa a validade de outras leis. Há, de fato, estatutos importantes, como a Lei que contém o Tratado de União com a Escócia, com a qual seria loucura política adulterar gratuitamente (DICEY, 1982, p. 85).

A disposição de uma Constituição escrita afirmando que a liberdade individual é 'garantida', revela uma maneira de ver os direitos dos indivíduos muito diferente da maneira pela qual tais direitos são considerados na Inglaterra, onde dificilmente se pode dizer que um direito é mais garantido do que outro por estar expresso na Constituição (DICEY, 1982, p. 152).

O direito de ver-se livre da prisão arbitrária, o direito de expressar a opinião, sobre todos os assuntos, sujeito à responsabilidade de pagar indenização por difamações, e o direito de desfrutar de sua própria propriedade parecem a todos os ingleses descansar sobre o mesma base, qual seja, a lei da terra. Dizer que a Constituição garante uma classe de direitos mais do que a outra seria para um inglês uma forma de discurso antinatural ou sem sentido (DICEY, 1982, p. 152).

authoritative dicta, and in many cases on mere inferences drawn from judicial doctrines; it is often difficult to discriminate between prevalent custom and acknowledged right. This is true of the endeavour to expound the law of the constitution all this is true also in a measure of any attempt to explain our law of contract, our law of torts, or our law of real property." (DICEY, 1982, p. 85).

Essas exposições demonstram que o *due process of law* (derivação terminológica da *law of the land*) pode corresponder ao esquema de racionalidade da TDI na *common law*.

E, nesse sentido, o *due process of law* sustenta a própria noção de *Rule of Law* que reclama o tratamento igualitário de todos diante das práticas jurídicas reconhecidas pela comunidade, as quais englobam não só as regras reconhecidas pelos Tribunais ou previstas pela Constituição e pelo Parlamento, mas, englobam, também, toda a estrutura de racionalidade que as justificam, conforme as premissas da TDI.

Seguindo a retrospectiva pela cadeia de significações do devido processo legal, cumpre-se, em seguida, explorar os novos sentidos incrementados pela experiência político-jurídica norte-americana.

3.2 PROCESS DUE OF LAW NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Os primeiros protestantes ingleses desembarcaram no litoral norte-americano no ano de 1.607. Pouco tempo após, o *due process* inglês também migrou para as colônias americanas, pois, ainda no século XVII, há anotações do instituto. Isto porque a ideologia da Carta Magna já estava consolidada na cultura jurídica dos colonizadores que trouxeram consigo os fundamentos do *common law* (SILVEIRA, 2001, p. 23).

Por isso, antes mesmo da existência da Constituição Federal norte-americana, algumas cartas estaduais já continham em suas prescrições a garantia do *due process of law*, a exemplo de Maryland, Pensilvania e Massachusetts (SILVEIRA, 2001, p. 23).

Após a Guerra da Independência, em 1783, foi assinado o Tratado de Paris, pelo qual as treze colônias tornaram-se livres e independentes, porém, em 1787, cinquenta e cinco delegados foram enviados a Filadélfia a fim de revisarem os 'Artigos da Confederação', que era a base jurídica pela qual as colônias se vinculavam para enfrentarem a Inglaterra durante os confrontos bélicos (SILVEIRA, 2001, p. 24).

À época da declaração da independência americana, o princípio da separação dos poderes era uma idealização de Montesquieu que não havia sido posta na prática, pois na Inglaterra o rei (que concentrava a função executiva) ainda editava as leis, e na França, mesmo no período republicano, o parlamento assumia nítidas funções

judiciárias, cabendo aos EUA a missão de colocar à prova a teoria da tripartição dos poderes (SILVEIRA, 2001, p. 98-100).

Diante desse contexto, a convenção da Filadélfia foi além da revisão do documento jurídico que regulava a Confederação e fundou: (i) um novo sistema de governo com base nas doutrinas de Locke e Montesquieu; (ii) uma república democrática e representativa com elementos do republicanismo grego e romano; (iii) a tripartição do poder político, atribuindo ao judiciário⁵⁰ competência jurídico-política de anular atos legislativos e executivos; (iv) um novo tipo de federalismo que, mesmo havendo um governo central forte, mantinha razoável autonomia aos estados-membros (SILVEIRA, 2001, p. 24).

Essas inovações decorreram das disputas ideológicas entre federalistas e anti-federalistas, que se conciliaram e se acomodaram no novo modelo de Estado. Nesse ponto, há um acontecimento histórico bastante relevante que produziu diretrizes fundamentais para que o *due process of law* fundamentasse o controle de constitucionalidade norte-americano, qual seja, o fato de que na primeira versão da Constituição Americana, de 1787, não constava uma carta de direitos, a qual foi integrada a norma fundamental americana somente em 1791, com as emendas I a X (SILVEIRA, 2001, p. 26-28).

Essa carta de direitos, mais do que garantir direitos aos cidadãos, disfarçava a solução anti-federalista para se proteger da centralização da ideologia federalista, como Silveira aduz:

Na realidade, o que Jefferson pretendia era um controle legal contra o governo nacional – ele não estava grandemente preocupado com os Estados, uma vez que tinham seu próprio *Bill of Rights*, restrição estatal que os elaboradores julgavam confortavelmente satisfatórios. (SILVEIRA, 2001, p. 26).

Já em 1868, após a Guerra Civil americana, a Constituição foi novamente emendada, Emenda XIV, com a finalidade de garantir os direitos expressos no *Bill of Rights* da Constituição federal a todo cidadão americano e de obstar que as constituições estaduais pudessem restringir as liberdades e garantias constantes do pacto federativo (SILVEIRA, 2001, p. 28-29).

⁵⁰ Outra inovação relevante foi a incluir a participação do povo no Judiciário (ramo não eletivo) através do Júri, para todos os crimes e ações civis de elevado valor, bastante distinto do modelo brasileiro cuja participação do povo se dá apenas nos crimes dolosos contra a vida e, mesmo assim, com diversas limitações, consoante as características do crime doloso (SILVEIRA, 2001, p. 25).

Dessa histórica tensão, entre impor o controle sobre a legislação do governo central que intentasse contra a autonomia dos governos estaduais e entre controlar a legislação dos governos estaduais que pudessem restringir os direitos fundamentais, criou-se o ambiente favorável a surgimento do *judicial review* (SILVEIRA, 2001, p. 27-29).

Assim, embora com escopos distintos, o modelo de organização política, conciliando interesses federalistas e anti-federalistas, tornou possível inserir na concepção de *due process of law* a limitação da função legislativa por ação de um Tribunal, agregando uma concepção diferente do *due process* da Inglaterra, conforme visto na seção 3.1.

A par desse contexto político, pode-se agora tratar do *leading case Madison v. Marbury*⁵¹ a fim de se compreender a racionalidade jurídica que sustenta o *due process of law* como controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário.

Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 200) explica que as premissas lógico-teóricas do controle de constitucionalidade difuso americano por meio de um encadeamento de argumentos bastante simples: primeiro, se o dever do Judiciário é aplicar a Lei e há duas leis contraditórias, a aplicação de uma delas exclui a aplicação da outra.

Segundo, a Constituição é a lei suprema e define quais outras normas são jurídicas, isto implica que, nos casos de conflito entre a Constituição e uma lei ordinária, está última deixa de ser aplicada (SILVA, 2009, p. 201).

Terceiro, se a premissa anterior não fosse verdadeira, o legislador ordinário poderia modificar a Constituição por meio de lei ordinária, o que significaria que a Constituição deixaria de servir como limite à ação do legislador ordinário (SILVA, 2009, p. 201).

Conclusão, se uma norma não é válida, ela não tem força vinculante, dessa forma, se uma lei ordinária é contrária à Constituição, ela não vincula o Poder Judiciário (SILVA, 2009, p. 201).

Percebe-se, comparando-se o direito inglês com o norte-americano, que na Inglaterra a mais alta corte da *Land*, incluída no termo *law of the land*, é o *Parliament* porque nenhum tribunal pode obstar uma lei do Parlamento por considerá-la inválida

⁵¹ Embora o *leading case Marbury v. Madison* (1803) seja apontado como a origem do *judicial review*, a assertiva não é precisa porque, embora o *judicial review* tenha ganhado notoriedade com este caso, ainda antes, em 1798, a Suprema Corte americana, em *Calder v. Bull*, já havia firmado o entendimento de que o devido processo legal obstava atos normativos que contrariassem direitos fundamentais, conforme aponta Bulos (2014, p. 193-194). Ademais, Silveira (2001, p. 417) reclama a origem jurisprudencial mais antiga ainda, no case de 1856.

ou inconstitucional, por esta razão rejeita-se a concepção do *due process of law* que permita o *judicial review* (PRINCIPE, 2000, p. 364).

Por outro lado, o sistema jurídico americano desenvolveu uma concepção de devido processo que autoriza a revisão judicial da atividade legislativa, noutras palavras, o direito americano sustenta o controle difuso de constitucionalidade a partir do *due process of law*.

3.3 FECHO

Nessa seção, buscou-se realizar o segundo objetivo específico do trabalho: apresentar a concepção evolutiva do *due process of law* e sua relação com o precedente judicial.

Nesse escopo, a partir da sua historicidade e sua cadeia de significações, tal como num romance em cadeia, viu-se que o *due process of law*, na roupagem *law of the land*, além de servir como garantia processual aos litigantes, continha o significado de limitar o poder estatal com base na racionalidade reconhecida pela comunidade, a *legem terrae*.

Em seguida, o devido processo tornou-se *due process of law* e passou a estruturar a própria ideia de *Rule of Law*, significando tratamento igualitário de todos sob as práticas jurídicas reconhecidas pela comunidade, estas que englobam não só as regras reconhecidas pelos Tribunais ou previstas pela Constituição e pelo Parlamento, mas, englobam, também, toda a estrutura de racionalidade que as justificam.

Já nos EUA, o *due process of law* inglês foi reconstruído para justificar a realização do controle de constitucionalidade por uma Corte judiciária com o escopo de proteger os direitos dos cidadãos e os ditames da Constituição escrita.

Além disso, como se verá infra, o RE é um dos instrumentos de controle de constitucionalidade com a função de julgar as violações do Direito constitucional.

Essas proposições impõem compreender o RE a partir da concepção de devido processo legal da TDI, porquanto se presta a julgar a ocorrência, ou não, de uma violação ao Direito, lógica decorrente da TDI, conforme seção 2.5.

Constituindo-se, ainda, o RE um instrumento de controle de constitucionalidade, sua hermenêutica deve ser orientada ao fim de realizar o tratamento igualitário de todos perante as práticas jurídicas reconhecidas pela

comunidade, visto que isto é uma exigência que se desdobra da concepção de *Rule of Law*.

E respeitar o imperativo do *Rule of Law* significa manter a interpretação da prática jurídica coerente à sua própria história institucional, decorrência da metáfora do romance em cadeia.

Enfim, os raciocínios consolidam o substrato teórico que sustentará a premissa, a ser trabalhada nas próximas seções, de que **o precedente judicial, produto do RE, deve realizar o imperativo da igualdade** de todos perante o direito, **deve manter a coerência com a historicidade dos precedentes que lhes são anteriores**, **deve manter a integridade com o Direito posto da comunidade de princípios**, e deve **representar uma resposta institucional do tribunal** e não uma resposta individual de Ministros de uma Corte.

4 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

De acordo com o art. 102 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), é competência do STF julgar e processar causas originárias (inciso I), recursos ordinários (inciso II) e os recursos extraordinários (inciso III), dispondo o *caput* que a função precípua do Tribunal é a ‘guarda da Constituição’ (BRASIL, 1988).

No entanto, a despeito da competência de processar as ações abstratas de constitucionalidade e das competências dos incisos I e II, art. 102 da CRFB/88, o processamento do RE é que diz respeito às tarefas institucionalmente mais importantes do STF, como órgão mais elevado⁵² do sistema jurisdicional e formador do precedente judicial sobre interpretação constitucional, uma vez que **o controle abstrato de constitucionalidade** não forma exatamente um precedente⁵³ e que **as demais causas originárias e recursos ordinários** nem sempre versam sobre tema de constitucionalidade (TRENTO, 2016, p. 91).

Assim, por força de delimitação da pesquisa, discorrer-se-á apenas sobre o RE, não se abordando as demais ações afetas ao controle de constitucionalidade.

Também se descreverá uma breve evolução histórica do instituto, não por clichê, mas porque a TDI, conforme exposto nas seções anteriores, determina que a compreensão do RE concilie as significações atuais com aquelas decorrentes de sua história institucional.

Desta forma, há que, necessariamente, conhecer o instituto **recurso extraordinário**, investigando sua historicidade doutrinária e normativa, bem como, sua normatização no atual ordenamento jurídico, conforme se fará em seguida.

⁵² Vê-se a expressão ‘intérprete mais elevado no sistema jurisdicional’ uma alternativa mais adequada a noção de que o STF tem a prerrogativa de ‘dar a última palavra’ em interpretação constitucional. Isto porque a concepção de força gravitacional do precedente da TDI pugna que as práticas jurídicas sejam interpretadas e postas à prova por toda a comunidade jurídica, não limitando a interpretação apenas a um Tribunal (DWORKIN, 2010, p. 177; DWORKIN, 1999, p. 288-294).

Além disso, a tese da única resposta correta para uma decisão é uma solução argumentativa e provisória não significando que, uma vez descoberta, permanece sempre correta, pois poderá ser reconstruída pela comunidade de princípios. A tese tem a finalidade de impedir a discricionariedade do juiz criar regras não de criar solipsismos jurídico (PEDRON, 2009, p. 107).

⁵³ Isto porque o precedente estabelece uma aplicação em concreto de uma norma abstrata para ser aplicado no futuro a casos semelhantes, enquanto o resultado do processo objetivo de controle de constitucionalidade define a própria norma abstrata para aplicação futura independentemente do caso concreto (TRENTO, 2016, p. 91). No sentido, Wambier esclarece que “A necessidade de respeito a decisões proferidas em ADIn, em AdeConst e em ADPF [...] nada tem que ver com respeitar precedentes [...] decisões em controle concentrado não são precedentes.” (WAMBIER, 2016, p. 519).

4.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO

Incluído no gênero ‘meios de impugnação’ o RE é recurso, no sentido estrito do termo, porque sua interposição não deflagra nova relação jurídico-processual (MANCUSO⁵⁴, 2015, p. 55). Além disso, utiliza-se a expressão ‘recurso de estrito direito’⁵⁵ a fim de delimitar o exame do recurso às questões de direito, não sendo instrumento apto ao reexame do quadro fático-circunstancial do processo (WAMBIER, 2016, p. 13).

Sua origem histórica remonta a 1789, quando o Congresso americano editou o *Judiciary Act* que, além de organizar a estrutura do Judiciário, instituiu a competência da corte judiciária de vértice da primeira federação moderna, disciplinando, na seção 25, o processamento do *writ of error* com a função de rever decisões das supremas cortes estaduais, em casos específicos, e de solucionar, juridicamente, disputas de poder entre os governos federais e estaduais, decorrentes da nova instituição político-estatal que surgia (WAMBIER, 2016. p. 295) (MANCUSO, 2015, p. 58).

No século seguinte, em 1891, a primeira Constituição republicana do Brasil adotou o *writ of error*, no §1º, art. 59⁵⁶ da Constituição de 1891, nos mesmos termos do *writ* americano (WAMBIER, 2016, p. 299). Modalidade de recurso que, antes mesmo da Constituição de 1891, já era admitida pelo governo provisório, por meio do Decreto n. 848, de 24 de outubro de 1890 (MANCUSO, 2015, p. 58).

A partir da segunda metade do século XX, tanto o STF quanto a *Supreme Court* depararam com o problema de acúmulo⁵⁷ de demandas recursais no tribunal. Como alternativa, em 1975, foi instituída, no Brasil, a arguição de relevância, que dava à corte a discricionariedade de escolher, com base na relevância e repercussão da *quaestio* para a nação, qual recurso poderia julgar, e, com isso, deixar de apreciar e de receber os demais (WAMBIER, 2016, p. 302-304).

⁵⁴ Rodolfo de Camargo Mancuso escreveu diversas obras sobre o RE e sobre o sistema brasileiro de precedentes, que serão utilizadas no decorrer da pesquisa.

⁵⁵ Expressão que Trento (2016, p. 181-187) apresentaria objeção ante à problemática de isolar, em partes estanques, o direito e os fatos trazidos em prova no processo.

⁵⁶ Exorte-se que o RE da Constituição de 1891 era instrumento de controle de constitucionalidade apenas difuso, uma vez que o controle concentrado ingressou na ordem jurídica brasileira com a EC n. 16 de 1965, o qual a análise extrapola a delimitação desta dissertação (WAMBIER, 2016, p. 299).

⁵⁷ No sentido de descompasso entre o número de recursos protocolados e a capacidade de julgamento da corte.

Instituto semelhante foi adotado, nos EUA, somente em 1988, quando o Congresso americano aprovou o *Supreme Court Case Selection Act* (WAMBIER, 2016, p. 303).

Apesar da iniciativa brasileira de 1975, o problema da sobrecarga de processos não ficou completamente resolvida, pois o STF acumulava, com a função⁵⁸ de corte de cassação, a função de manter integridade de todo o direito federal, infraconstitucional e constitucional (WAMBIER, 2016, p. 301-302).

Por isso, em 1988, o constituinte⁵⁹ criou o Superior Tribunal de Justiça (STJ), atribuindo-lhe a função revisional de cassação e a função uniformizadora de manter a integridade do direito infraconstitucional, por meio do processamento de uma nova espécie recursal: o Recurso Especial (REsp) (WAMBIER, 2016, p. 302-303).

Nesse sentido, Mancuso considera "o recurso especial uma variante do extraordinário, deste extraído [...] como for a costela de Adão, pelo constituinte de 1988.". (MANCUSO, 2015, p. 133).

Esse desmembramento destinava-se a priorizar a função, do STF, de proteger a integridade da ordem constitucional, uma vez que a criação do STJ e instituição do REsp retirou do RE as hipóteses não diretamente relacionadas ao direito constitucional (WAMBIER, 2016, p. 302-303).

Em razão desse desencargo de competência jurisdicional, supôs-se que a demanda de RE diminuiria, motivo pelo qual o constituinte manteve a composição do STF em onze⁶⁰ Ministros e instituiu a nova corte, STJ, com o mínimo de trinta e três⁶¹ Ministros (WAMBIER, 2016, p. 303).

Além disso, com a expectativa de que a demanda do STF fosse significativamente reduzida, o constituinte retirou o requisito de arguição de relevância do RE. Porém, a redução não ocorreu, já que o problema do acúmulo de demandas

⁵⁸ Os conceitos de 'corte de cassação' e 'corte de uniformização' serão desenvolvidos na seção 4.3. Contudo, cabe, desde já diferenciá-los para compreensão histórica do RE. Neste ponto, o conceito de corte de cassação, relacionado à teoria formalista de interpretação jurídica, dispõe caber às cortes superiores a proteção do sentido exato da lei, por meio da cassação das cortes inferiores que divergissem deste sentido, mantendo-se a pureza da lei. Enquanto o conceito de corte de uniformização, decorrente da tradição do *common law*, está relacionado à correção das decisões dos tribunais inferiores, não para impor o sentido da lei, mas, para uniformizar a interpretação adequada da lei e dos precedentes judiciais (WAMBIER, 2016, p. 308-314) (MARINONI, 2015, p. 17-20) (ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 315).

⁵⁹ Teresa Arruda Alvim Wambier (2016, p. 302) revela que essa escolha do constituinte de 1988 representou a adoção do modelo de Corte constitucional idealizado por José Afonso da Silva.

⁶⁰ Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. (BRASIL, 1988).

⁶¹ Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros. (BRASIL, 1988).

recursais permaneceu no Tribunal. Razão pelo qual, em 2004, a EC n. 45 incluiu a repercussão geral⁶² ao RE, assemelhando-o, assim, ao *certiorari* instituído na *Supreme Court* em 1988 (WAMBIER, 2016, p. 303-305).

Feita essa breve síntese histórica do RE, cabe, agora, conhecer o seu correlato americano e um pouco de seu contexto político, a fim de distingui-los historicamente.

Embora o RE tenha se inspirado no *writ*⁶³ *of error* americano, em razão da admiração que os doutrinários nacionais (encabeçados por Rui Barbosa) tinham pela *Supreme Court*, esta importação⁶⁴ ocorreu acriticamente, uma vez que o modelo de federação que lá existia, e permanece, não encontrou exata correspondência com quaisquer modelos que o Brasil tenha adotado ao longo de sua história republicana (WAMBIER, 2016, p. 288-291).

As causas jurídicas-políticas do modelo americano de Corte constitucional era a necessidade de estabelecer uniformidade de interpretação e aplicação do direito federal, fortalecendo o governo central em contenção à força centrífuga dos estados com interesses divergente, em razão da constante distensão entre os ideais federalistas e anti-federalistas (WAMBIER, 2016, p. 292-294).

Destarte, os contextos norte-americano e brasileiro eram distintos, pois os EUA partiam da Confederação de estados autônomos para uma Federação, enquanto o Brasil partia do Estado unitário para a Federação de estados criados artificialmente (WAMBIER, 2016, p. 298).

Ademais, no Brasil, desde a Constituição de 1891, a União monopolizou a competência para legislar sobre direito penal, civil e comercial, posteriormente, após 1934, também sobre direito processual; por isso, no plano judiciário, a jurisdição estadual brasileira era sobrepujada⁶⁵ pela federal (WAMBIER, 2016, p. 299-300).

⁶² Wambier (2016, p. 307) informa que mecanismo semelhante é utilizado, além dos Estados Unidos, na Inglaterra, Canadá, Austrália, Alemanha, Argentina e Japão.

⁶³ Sobre a origem etimológica do vocábulo *writ*, Gregório Assagra de Almeida (2016, p. 4-5) explica que, na tradição inglesa anterior à invasão normanda, os reis tinham a função de preservar a paz no reino, proteger os fracos e garantir a justiça. Após a invasão, os reis normandos passaram a desenvolver essa função a partir de ordens escritas que continham o que poderia e o que não poderia ser feito em determinados assuntos. Essas ordens eram chamadas de *writ*. Com o tempo, as pessoas envolvidas em disputas recorriam a esses *writ* para invocar uma questão de justiça, tomando o termo, então, significado de uma manifestação que iniciava ações nas cortes, que continha declaração altamente formalizada como forma de concessão de autoridade ou jurisdição na justiça do rei. Correspondendo, hoje, às ações constitucionais.

⁶⁴ O Congresso americano, em 1789, editou a primeira lei orgânica do judiciário, *Judiciary Act*, que disciplinou na Seção 25 o *writ of error*, que concedia a *Supreme Court* o poder de rever as decisões finais das supremas cortes estaduais em casos específicos, tendo por escopo, além do interesse das partes, a integridade do direito nacional. O RE brasileiro quase corresponde a interpretação literal do *writ of error*. (WAMBIER, 2016, p. 295).

⁶⁵ Silva *apud* Wambier (2016, p. 301) chega mesmo a dizer que, até 1946, existia no Brasil apenas uma descentralização judiciária, sendo as justiças estaduais senão órgãos descentralizados da justiça federal.

Consequentemente, ante o modelo de federação que fora constitucionalizado em cada país, enquanto a *Supreme Court* se imbuía de solucionar densos conflitos de competência relacionados às disputas de poder entre governo central e estadual, o STF imbuía-se na função de revisar decisões das cortes inferiores (WAMBIER, 2016, p. 292-300).

Especificamente quanto ao *writ of error*, sua origem encontra-se no *Judiciary Act* que estabeleceu competências **originárias** e **apelatórias** da *Supreme Court*, ambas desdobrando-se em obrigatórias e facultativas. Dentre as **originárias**, eram obrigatórias os casos que envolvessem disputas entres estados; enquanto as facultativas englobavam os casos levados por um estado, as disputas entre algum estado e a União, e casos que envolvessem diplomatas estrangeiros (BAUM, 1987, p. 27).

Dentre as competências **apelatórias**, eram **obrigatórias** aquelas relacionadas aos cases nos quais a União fosse parte e um tribunal federal tivesse declarado a inconstitucionalidade de uma lei federal; e os casos, independentemente da parte, nos quais algum tribunal estadual tivesse declarado a inconstitucionalidade de lei (BAUM, 1987, p. 27).

Também faziam parte da **apelatória obrigatória** os processos em que uma corte estadual tivesse decidido pela validade de lei estadual impugnada por contrariar lei federal ou a Constituição; os casos que uma corte federal afastava aplicação de lei estadual impugnada por contrariedade a lei federal ou a Constituição; e os recursos contra decisões de tribunais distritais federais especiais de três juízes (BAUM, 1987, p. 27).

Dentre as **apelatórias facultativas**, a *Supreme Court* tinha competência residual para julgar todos os recursos contra decisões de cortes de apelação federais ou estaduais envolvendo questão federal, que não fossem obrigatórias (BAUM, 1987, p. 27).

Diante de tão ampla competência, que concentrava a função de manter a integridade do direito federal e a observância da Constituição, a *Supreme Court* restou assoberbada por uma grande quantidade de processos, pelo que o Congresso americano instituiu, em 1988, o *Supreme Court Case Selection Act*, eliminando toda a competência recursal obrigatória da Suprema Corte americana (WAMBIER, 2016, p. 302-303).

Por fim, percebe-se que o RE possui semelhanças com o *writ of error* e com o *certiorari* americano, contudo, são institutos que se desenvolveram para atender as peculiaridades jurídicas-políticas do sistema jurídico de cada país.

4.2 CARACTERIZAÇÃO NORMATIVA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Denis Donoso e Marco Aurélio Serau Júnior explicam que o vocábulo ‘recurso’, do ponto de vista jurídico, está relacionado “[...] ao meio processual cujo objetivo seja anular, reformar, integrar ou aclarar uma decisão judicial, dentro de um mesmo processo, evitando que esta seja acobertada pela preclusão ou coisa julgada.” (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 31).

Porém, nas diversas normas do direito brasileiro a palavra ‘recurso’ é tomada por diferentes significações que precisam ser aclaradas, a fim de que se saiba a que se remete o termo **recurso extraordinário**.

Pois bem, Daniel Amorim Assumpção Neves leciona que o gênero ‘meio de impugnação das decisões judiciais’ subdivide-se em duas espécies, os ‘sucedâneos recursais’ e o ‘recurso’, este que se caracteriza por cinco elementos que lhe distinguem (NEVES, 2016, p. 2593).

São estes elementos: (i) a voluntariedade; (ii) a expressa previsão em lei federal, que equivale ao princípio da taxatividade; (iii) o desenvolvimento no processo que proferiu a decisão a impugnar; (iv) o ser manejável pelas partes, terceiros interessados e Ministério Público; e (v) a finalidade de reformar, anular, integrar ou esclarecer decisão judicial. Todas as demais impugnações que não contiverem esses itens serão consideradas sucedâneos recursais ou ações autônomas de impugnação (NEVES, 2016, p. 2593-2594).

Os recursos podem ser classificados a partir de variados parâmetros, porém, há quatro critérios que encontram maior aceitação na literatura jurídica, são eles: (i) objeto imediato, (ii) fundamentação recursal, (iii) abrangência da matéria impugnada, (iv) independência ou subordinação (NEVES, 2016, p. 2613).

Quanto ao parâmetro do item (i), se o objeto imediato do recurso for proteger o direito subjetivo das partes, será classificado por **recurso ordinário**; se o objeto imediato for a proteção do direito objetivo ou a uniformização da interpretação e da aplicação jurídica, será classificado, em sentido *lato sensu*, por **recurso**

extraordinário, mesmo que de maneira mediata proteja interesses subjetivos (NEVES, 2016, p. 2614).

Incluem-se nesta última taxionomia o recurso especial, o recurso extraordinário *stricto sensu*, e os embargos de divergência, sendo todos os demais classificados como ordinários (NEVES, 2016, p. 2614).

Distingue-se, também, o recurso especial e o recurso extraordinário *stricto sensu* dos embargos de divergência, já que os primeiros podem ser considerados **recursos excepcionais** em razão de sua proeminência funcional na Constituição Federal (WAMBIER, 2016, p. 436).

Acerca do parâmetro fundamentação recursal, item (ii), pode o recorrente fundamentar a interposição do recurso a partir de quaisquer matérias, hipótese que será classificado de **fundamentação livre**. Ao passo que se admissibilidade recursal tiver fundamentação condicionada às matérias descritas, exaustiva e especificamente, na lei, o recurso será considerado de **fundamentação vinculada** (NEVES, 2016, p. 2614-2615).

O RE é considerado de fundamentação vinculada porque as causas de recorribilidade estão descritas, *numerus clausus*, no inciso III, art. 102 da CRFB/88, (WAMBIER, 2016, p. 436).

Em relação ao critério (iii), abrangência da matéria impugnada, diz-se **recurso total** aquele que impugna a integralidade da parcela que gerou a sucumbência do recorrente, enquanto **recurso parcial** se refere ao que impugna apenas parte da parcela geradora da sucumbência (NEVES, 2016, p. 2616).

Por fim, chama-se, conforme o parâmetro (iv), de **subordinado**⁶⁶ o recurso interposto em contrarrazões ao apresentado pela parte contrária, não porque quem contrarrazoa o faz por motivo originário de insurgir-se contra a decisão, mas porque o faz em contraposição à insurgência da parte contrária. Por outro lado, chama-se de **independente** o recurso que se condiciona exclusivamente ao preenchimento de seus próprios pressupostos de admissibilidade (NEVES, 2016, p. 2617).

A partir dessas classificações, o *nomen iuris* **recurso extraordinário**, tomado em sentido estrito, é atribuído ao recurso de direito estrito (porque não reexamina o

⁶⁶ Donoso e Serau Júnior (2016, p. 61-62) esclarecem que o chamado **recurso adesivo** é um típico recurso subordinado, cuja previsão está no §1º, art. 997 do CPC, porém, não se trata de uma modalidade recursal própria, uma vez que o recurso adesivo corresponderá a modalidade recursal a que se aderiu, distinguindo-se o adesivo tão somente pela forma de se interpor. O dispositivo é salutar posto que desestimula a litigância impulsionada pelo temor da outra parte recorrer. No mesmo sentido Neves (2016, p. 2618).

quadro fático-circunstancial) direcionado a mais alta corte judiciária, de interposição complexa e dual (porque o juízo de admissibilidade é repartido entre o tribunal de origem e o STF), de fundamentação vinculada à Constituição Federal (MANCUSO, 2015, p. 57).

O RE é **instrumento constitucional** de acesso a jurisdição extraordinária do STF com finalidade de uniformização da jurisprudência constitucional e defesa da integridade da Constituição Federal (PEREIRA, 2018, p. 7). Trata-se de recurso excepcional em razão da sua natureza jurídica dúplice, constitucional e processual (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 284).

Realizadas essas classificações, importante, também, estudar os pressupostos recursais.

Destarte, tal como o juiz precisa analisar os pressupostos processuais e as condições da ação para analisar o mérito de uma demanda, no âmbito recursal, o tribunal precisa analisar os pressupostos gerais de admissibilidade de quaisquer impugnações contra a decisão da corte de origem; por isso, o **recurso extraordinário**, como todo recurso, deve preencher os **pressupostos gerais** de admissibilidade⁶⁷ (NEVES, 2016, p. 2900).

No entanto, em face da sua natureza constitucional excepcional, sua admissibilidade, além dos pressupostos gerais, está condicionada a **pressupostos específicos** e a procedimento particularizado no âmbito do CPC, do Regimento Interno do STF (RISTF), e da CRFB/88 (NEVES, 2016, p. 2901).

Os pressupostos gerais de admissibilidade são sete: (i) cabimento do recurso, (ii) legitimidade recursal, (iii) interesse recursal, (iv) inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do poder de recorrer, (v) tempestividade, (vi) preparo, e (vii) regularidade formal (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 69) (NEVES, 2016, p. 2684).

Parte da doutrina classifica esses requisitos de **extrínsecos**, se estiverem relacionados a maneira de exercitar o direito de recorrer, incluindo-se aqui os três últimos requisitos, enquanto os demais são chamados de **requisitos intrínsecos** (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 69) (NEVES, 2016, p. 2684).

⁶⁷ Interessante pontuar que, embora a decisão judicial de admissibilidade tenha natureza declaratória, os efeitos da inadmissibilidade não incidem *ex tunc*, mas, *ex nunc*, ocorrendo, assim, o trânsito em julgado a partir dela. Posicionamento dessumido do art. 975 do CPC (NEVES, 2016, p. 2884). Donoso e Serau Júnior (2016, p. 73) alertam, porém, que a manifesta intempestividade é exceção à regra, hipótese que a inadmissibilidade terá efeito *ex tunc*.

O pressuposto cabimento, item (i), exige que o recurso seja previsto e adequado (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 74). Em regra, nos termos do art. 1.001⁶⁸ do CPC, caberá recurso de todos os pronunciamentos judiciais com carga decisória, exceto dos despachos. Essa seria a exceção geral (BRASIL, 2015).

Há, porém, exceções específicas, trazidas pelo CPC no art. 138⁶⁹, que considera irrecurável a admissão⁷⁰ do *amicus curiae*, e no §6º⁷¹, art. 1.007, que considera irrecurável a relevação da pena de deserção do recorrente que justificar o impedimento de realizar o preparo (NEVES, 2016, p. 2686-2687).

Além disso, a jurisprudência do STJ considera irrecurável a decisão que restituir prazo para alguma das partes e a decisão que remeter o processo a outro juízo por prevenção (NEVES, 2016, p. 2686-2688).

O cabimento⁷² recursal relaciona-se aos vetores recorribilidade e adequação. O primeiro decorre do princípio da taxatividade recursal; o segundo do princípio da correspondência. Ambos impõem que a hipótese recursal prevista em lei e a espécie de recurso aviada correspondam à espécie de decisão impugnada (WAMBIER, 2016, p. 438).

A legitimidade recursal, pressuposto (ii), refere-se à pertinência subjetiva do recurso e diz respeito aos sujeitos que são legalmente autorizados a recorrer, conforme previsão do art. 996⁷³ do CPC (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 75).

Em relação ao citado artigo, há críticas quanto à expressão 'parte vencida', utilizada pelo legislador para definir a legitimidade recursal porque a análise em torno de quem foi vencido na demanda diz respeito ao interesse recursal, não sendo, assim, boa a técnica que mistura requisitos distintos (NEVES, 2016, p. 2689).

O interesse recursal, pressuposto (iii), projeção da condição de ação 'interesse de agir' no âmbito recursal, consubstancia-se quando o legitimado não obtiver o

⁶⁸ Art. 1.001. Dos despachos não cabe recurso. (BRASIL, 2015).

⁶⁹ 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 irrecurável**, 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. (BRASIL, 2015, grifos nossos).

⁷⁰ Quanto à **inadmissão** do *amicus curiae*, Donoso e Serau Júnior (2016, p. 76), em analogia à jurisprudência do STF sobre inadmissão deste terceiro em ADI, pugnam pela recorribilidade da decisão.

⁷¹ § 6º Provando o recorrente justo impedimento, o relator relevará a pena de deserção, **por decisão irrecurável**, fixando-lhe prazo de 5 (cinco) dias para efetuar o preparo. (BRASIL, 2015, grifos nossos).

⁷² O cabimento do RE será desenvolvido em pormenores na seção 4.2.1.

⁷³ Art. 996. O recurso pode ser interposto **pela parte vencida**, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica. Parágrafo único. Cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual. (BRASIL, 2015, grifos nossos).

melhor resultado esperado do processo, quando houver sucumbido⁷⁴ em algum grau (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 79).

Assim, tal como a utilidade da prestação jurisdicional está para o interesse de agir **na condição da ação**, a utilidade do recurso está para o interesse recursal **no pressuposto recursal**, de forma que o recurso só será aceito se o julgamento de seu mérito puder ser útil ao recorrente (NEVES, 2016, p. 2695).

Debate-se, na doutrina, sobre a (in)existência de interesse recursal para se insurgir contra sentença terminativa. Para Donoso e Serau Júnior (2016, p. 80), a regra de inexistência do interesse para esse caso teria sido mitigada pelo art. 488⁷⁵ do CPC.

Nesse ponto, ainda há controvérsia quanto à presença de interesse recursal na impugnação com a única finalidade de alterar os fundamentos da decisão, hipótese que, para Donoso e Serau Júnior (2016, p. 80), não haveria, salvo se a mudança do fundamento visar ao alcance da coisa julgada *secundum eventum probationis*⁷⁶.

Já para Neves (2016, p. 2695-2699), haveria interesse recursal tanto para obter a coisa julgada *secundum eventum probationis* quanto para hipóteses que a fundamentação representar algum tipo de sucumbência⁷⁷, ou para hipóteses em que o fundamento da decisão se tornar um precedente⁷⁸.

No RE, o interesse recursal extrapola a noção de interesse ligada aos direitos subjetivos da parte, uma vez que, dada a amplitude *ultra parte* dos efeitos da decisão, estará ligado ao interesse de todos que poderão ser afetados pela decisão, e, ainda, no caso de intervenção do MP, estará ligado ao interesse institucional relativo à qualidade da prestação jurisdicional (NEVES, 2016, p. 2701).

⁷⁴ Neves (2016, p. 2696) pondera não ser adequado vincular a utilidade recursal à sucumbência, pois nem o Ministério Público nem o terceiro necessariamente sucumbem para terem interesse em recorrer.

⁷⁵ Art. 488. Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485. (BRASIL, 2015).

⁷⁶ Trata-se de instituto relevante às ações coletivas, pois numa ação coletiva transitada em julgado *secundum eventum probationis*, será permitida a repositura de ação idêntica em caso de prova nova, o que não ocorrerá na hipótese da coisa julgada *secundum eventum litis* (ZANETI JÚNIOR; GARCIA, 2016, p. 372-373).

⁷⁷ O autor exemplifica essa hipótese num processo que “Mathias ingressa com ação de alimentos contra Felipe, que em sua contestação alega não ser pai do autor, criando, assim, uma questão prejudicial referente à paternidade. Preenchidos os requisitos do art. 503, §§ 1º (positivos) e 2º (negativos), o juiz reconhece a paternidade de Felipe, mas julga improcedente o pedido, entendendo que o autor tem até mais condições de se manter do que o réu. Nesse caso, apesar de vitorioso, é inegável o interesse recursal de Felipe de recorrer contra a decisão da questão prejudicial que o reconheceu como pai de Mathias”. (NEVES, 2016, p. 2700).

⁷⁸ Neves (2016, p. 2700) defende que haverá interesse recursal da parte que intencione apenas modificar o fundamento da decisão em IRDR, em incidente de assunção de competência, ou em REsp e RE repetitivos, uma vez que serão os fundamentos dessas decisões que irão incidir efeitos para os casos posteriores.

Ademais, o parágrafo único, art. 998⁷⁹ do CPC, mitiga ainda mais essa noção de interesse recursal atrelado à utilidade do recurso para as partes e privilegia a utilidade pública do RE (WAMBIER, 2016, p. 334).

O pressuposto (iv), inexistência de fatos impeditivos ou extintivos da faculdade de recorrer, refere-se à última situação intrínseca ao provimento do qual se recorre, considerando-se **fato impeditivo** a desistência, art. 998 do CPC, e **fato extintivo** a renúncia, art. 999 do CPC, e a aquiescência, art. 1.000 do CPC (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 81-86).

A despeito da expressão 'a qualquer tempo' contida no art. 998 do CPC, tem-se que o **termo inicial** da denúncia é a interposição do recurso, enquanto o **termo final** é o término do julgamento, ainda que pendente a publicação do acórdão (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 81 a 84) (NEVES, 2016, p. 2676-2677).

Quanto à desistência, critica-se a solução do parágrafo único, art. 998 do CPC, considerando-a 'curiosa hipótese da alma sem corpo', visto que o dispositivo, mesmo com a desistência do recurso pela parte, permite o tribunal analisar a questão nele contida, acaso se tenha reconhecido a repercussão geral ou se tenha submetido o recurso ao regime de julgamento repetitivo de REsp ou RE.

Há, ainda, que se distinguir a desistência da ação e a do recurso, uma vez que, nos termos do §4^{o80}, art. 485 do CPC, a primeira dependerá da aquiescência da parte contrária, se oferecida contrarrazões, enquanto no recurso não (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 82).

Quanto à renúncia, negócio processual irrevogável, seu **termo inicial** é a intimação das partes da decisão a ser recorrida, enquanto o **termo final** será a interposição do recurso ou o fim do prazo. E, consoante o art. 999⁸¹ do CPC, a renúncia pode realizar-se independentemente de aquiescência da parte contrária (NEVES, 2016, p. 2710).

Ademais, permite-se renunciar **expressamente**, quando se consubstanciar por escrito, ou oralmente, na audiência em que se prolata a sentença impugnável, bem

⁷⁹ Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso. Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos. (BRASIL, 2015).

⁸⁰ §4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação (BRASIL, 2015).

⁸¹ Art. 999. A renúncia ao direito de recorrer independe da aceitação da outra parte. (BRASIL, 2015).

como, permite-se renunciar **tacitamente**, quando o recorrente permanecer inerte até o exaurir do prazo recursal (NEVES, 2016, p. 2710).

A aquiescência, prevista no o art. 1.000⁸², significa a aceitação, por parte do sucumbente, do provimento judicial desfavorável, pois, se com isso concordar, ocorrerá a preclusão lógica. A aceitação, mesmo tácita, deve ser inequívoca⁸³ (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 86).

Distingue-se a aceitação da renúncia porque nesta se abdica a vontade de recorrer, circunstância processual, e naquela, se concorda com a decisão em si, isto é, circunstância de mérito (NEVES, 2016, p. 2710).

O pressuposto (v), tempestividade, corresponde ao intervalo de tempo, definido por lei⁸⁴ ou pelo juiz, no qual o recurso poderá ser interposto, assunto que está pormenorizado do art. 1.003 a 1.006 do CPC (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 86).

Os prazos legais dos recursos também poderão ser modificados (dilatados ou reduzidos) pelas partes, art. 190⁸⁵ do CPC, ou dilatados pelo juiz, inciso VI⁸⁶, art. 139 do CPC (NEVES, 2016, p. 2712).

O preparo, pressuposto (vi), consiste no pagamento, exigido pela legislação, conforme art. 1.007⁸⁷ do CPC, do custo financeiro da interposição do recurso, cuja a não comprovação no ato de interposição acarretará a pena de deserção, caso, intimado a fazê-lo, não o recolha em dobro. Trata-se de tributo na modalidade taxa (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 93).

⁸² Art. 1.000. A parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer. Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem nenhuma reserva, de ato incompatível com a vontade de recorrer. (BRASIL, 2015).

⁸³ Clássico exemplo é o depósito de quantia feito, antes da interposição do recurso, pelo réu condenado a pagar certa quantia (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 86).

⁸⁴ No §3º, art. 1.003 do CPC, está contida a regra do prazo recursal: “§ 5º Excetuados os embargos de declaração, **o prazo para interpor os recursos** e para responder-lhes é de **15 (quinze dias)**” (BRASIL, 2015, grifos nossos).

⁸⁵ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. (BRASIL, 2015).

⁸⁶ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito [...]. (BRASIL, 2015).

⁸⁷ Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. (BRASIL, 2015).

Está isenta do preparo a interposição de embargos de declaração, art. 1.023⁸⁸ do CPC, e de agravos em REsp e RE, consoante §2º⁸⁹, art. 1.042 do CPC. Também são isentos de preparo, em quaisquer recursos, o Ministério Público, a União, o Distrito Federal, os Estados, os Municípios e respectivas autarquias (§1º⁹⁰, art. 1.007 do CPC); as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais e municipais (art. 1º-A⁹¹ da Lei 9.494/1997); e o beneficiário da assistência judiciária, inclusive pessoa jurídica, nos termos do §1º⁹², art. 98 do CPC (NEVES, 2016, p. 2722).

Por fim, o sétimo pressuposto recursal geral é a regularidade formal da impugnação que deve ser escrita (salvo no caso de embargos de declaração do art. 49⁹³ da Lei n. 9.099/95), deve conter fundamentação, e deve constar pedido, necessariamente, acompanhado das razões recursais (NEVES, 2016, p. 2726).

Outrossim, diante de vícios de forma, os tribunais, antes de não conhecer ou não receber o recurso, deverão possibilitar ao recorrente a chance de saná-los, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas, nos termos do parágrafo único, art. 932⁹⁴, e §1º⁹⁵, art. 938 do CPC (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 101).

Esses são os pressupostos gerais de admissibilidade dos recursos em geral e, também, do RE.

Para Donoso e Serau Júnior (2016, p. 288-295), o esgotamento das instâncias ordinárias, a proibição de reexame de matéria fática, o prequestionamento, a repercussão geral e a ofensa à Constituição Federal são **pressupostos específicos** do recurso extraordinário.

Dentre esses pressupostos, classificam-se o esgotamento das instâncias, o prequestionamento e a repercussão geral em **requisitos cumulativos**; e as hipóteses

⁸⁸ Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo. (BRASIL, 2015).

⁸⁹ § 2º A petição de agravo será dirigida ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem e independe do pagamento de custas e despesas postais, aplicando-se a ela o regime de repercussão geral e de recursos repetitivos, inclusive quanto à possibilidade de sobrestamento e do juízo de retratação. (BRASIL, 2016).

⁹⁰ § 1º São dispensados de preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados, pelos Municípios, e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal. (BRASIL, 2015).

⁹¹ Art. 1º-A. Estão dispensadas de depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais. (BRASIL, 1997).

⁹² § 1º A gratuidade da justiça compreende: I - as taxas ou as custas judiciais [...]. (BRASIL, 2015).

⁹³ Art. 49. Os embargos de declaração serão interpostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão. (BRASIL, 1999).

⁹⁴ Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível. (BRASIL, 2015).

⁹⁵ § 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes. (BRASIL, 2015).

de ofensa à Constituição Federal, previstas nas alíneas do inciso III⁹⁶, art. 102 da CRFB/88, em **requisitos alternativos** (NEVES, 2016, p. 2900).

Wambier (2016, p. 330), no entanto, discorda compreender a ofensa à Constituição Federal como requisitos alternativos, uma vez que as alíneas 'b', 'c', 'd', são desdobramentos da alínea 'a', por isso, o requisito é único, qual seja, contrariar dispositivo da Constituição Federal.

Os pressupostos específicos do RE, em razão da sua especificidade, serão tratados detalhadamente nas subseções *infra*.

4.2.1 Cabimento (fundamento e hipóteses)

O fundamento normativo do RE está no inciso III, art. 102 da CRFB/88. Wambier (2016, p. 330) distingue 'hipótese' de 'fundamento' ao compreender que o fundamento está apenas na alínea 'a', do inciso III, enquanto as demais alíneas são meros desdobramentos da alínea 'a', por isso, chama-as de 'hipóteses', uma vez que o recurso não poderia deixar de ser conhecido pela alínea 'a' para ser conhecido pela letra 'b' ou 'c'. Veja-se o texto constitucional:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (BRASIL, 1988).

A EC n. 45/2004 incluiu a alínea 'd' no inciso III, art. 102 da CRFB/88, para atribuir, ao STF, competência para processar e julgar as causas envolvendo conflito entre legislação estadual e federal. Isto porque esse conflito, sendo matéria regulada na Constituição, deve, a rigor, ser abrangido pela jurisdição constitucional (WAMBIER, 2016, p. 328-329).

Há, também, nessa lógica, que se diferenciar o conflito, entre lei federal e local, quando alguma delas for julgada inválida, hipótese que se cabe RE, de quando

⁹⁶ III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (BRASIL, 1988).

ambas, embora válidas, forem apenas incompatíveis, hipótese que se cabe REsp (WAMBIER, 2016, p. 329-330)

Por ser problemática essa diferenciação, o CPC previu o redirecionamento recursal, constante nos arts. 1.032⁹⁷ e 1.033⁹⁸ (WAMBIER, 2016, p. 330).

Ainda da leitura dos fundamentos do RE, percebe-se que a expressa previsão de REsp para uniformização de interpretação divergente da lei federal ('c', inciso III, art. 105 da CRFB/88) não encontra correspondência no art. 102. Isto não significa, porém, que o RE não serve para uniformizar interpretação divergente⁹⁹ da Constituição, pois, havendo dois entendimentos divergentes, necessariamente, um deles contrariará a norma constitucional e, conseqüentemente, consubstanciará o fundamento do RE, alínea 'a', III, art. 102, CRFB/88 (WAMBIER, 2016, p. 329).

A disposição elencada na alínea 'c', inciso III, art. 105 da CRFB/88, atribuindo, expressamente, competência ao STJ para julgar decisões fundamentadas em interpretações divergentes de lei federal, constitui-se ênfase à função uniformizadora do STJ, lógica que também se aplica ao STF no processamento do RE (WAMBIER, 2016, p. 329-330).

Por fim, a expressão 'contrariar dispositivo' abrange a ofensa à literalidade do texto constitucional; a ofensa por meio de interpretação contrária às normas dessumidas da Constituição; a violação por meio de interpretação conflitante com a prolatada pelo STF; e, por fim, a ofensa aos princípios constitucionais expressos e não expressos (WAMBIER, 2016, p. 333-334).

Ressalve-se, no entanto, que a ofensa deve ser direta, não admitindo a jurisprudência do STF a ofensa reflexa, aquela que atenta primeiramente contra normas infraconstitucionais que sejam desdobramentos de dispositivos constitucionais (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 295).

⁹⁷ Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. (BRASIL, 2015).

⁹⁸ Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial. (BRASIL, 2015).

⁹⁹ Tanto que, conjuntamente, acerca do RE e do REsp, o §1º, art. 1.029, CPC dispõe que "Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte, devendo-se, em qualquer caso, mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos" (BRASIL, 2015).

Outra anotação importante, é que o art. 987 do CPC, que estabeleceu RE e REsp contra o mérito da decisão prolatada em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), não criou nova hipótese de cabimento dos recursos excepcionais que, necessariamente, exigirão o prequestionamento sobre a violação da norma federal ou constitucional (NEVES, 2016, p. 2702).

4.2.2 Prequestionamento

O prequestionamento, que tem origem no *writ of error*, era, nos EUA, atividade realizada pelas partes, perante a corte local, as quais, necessariamente, deveriam manifestar-se sobre a *federal quaestion*. O *writ* era cabível se a parte **questionasse** a validade de norma federal e o tribunal local **decidisse** contra a norma federal. A finalidade da regra era permitir a corte resolver o caso nos limites de sua própria competência (WAMBIER, 2016, p. 335).

No Brasil, o prequestionamento é requisito de admissibilidade, tal como na origem do *writ*, prescindindo-se, no entanto, que a *quaestio* constitucional seja necessariamente alegada pelas partes, considerando-se preenchido o requisito, mesmo que o tribunal *a quo* suscite, em surpresa às partes, a questão constitucional para decidir (WAMBIER, 2016, p. 335-337).

No texto do inciso III, art. 102, da CRFB/88, “III – julgar, mediante recurso extraordinário, **as causas decididas** em única ou última instância [...]” (BRASIL, 1988, grifos nossos), a expressão ‘causas decididas’ é o fundamento normativo¹⁰⁰ do prequestionamento - exigência de que no acórdão recorrido conste a ‘questão constitucional’- como requisito autônomo de admissibilidade do RE (WAMBIER, 2016, p. 339-340).

Consectário lógico dessa regra é permitir embargos de declaração da decisão que, a par da argumentação das partes, ignore a controvérsia constitucional para resolver a lide, e considerá-los (os embargos) incluídos no acórdão para fins de prequestionamento, conforme art. 1.025¹⁰¹ do CPC (WAMBIER, 2016, p. 339-340).

¹⁰⁰ Observa-se, porém, que mesmo antes da CRFB/88 o prequestionamento era requisito de admissibilidade pelas súmulas n. 282 e 356 do STF (WAMBIER, 2016, p. 339).

¹⁰¹ Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade. (BRASIL, 2015).

Acrescente-se que, para Donoso e Serau Júnior (2016, p. 263), a regra do art. 1.025 do CPC encerrou a divergência entre o STF, que, nos termos da Súmula 356, aceitava o prequestionamento nos embargos, e o STJ, que esposava entendimento mais restritivo, conforme Súmula 211¹⁰².

Contudo, há que se ressaltar que a 2ª Turma do STJ, no REsp 1.667.087, de 13/08/2018, entendeu que a Súmula 211 permanece válida, uma vez que não ocorrendo o prequestionamento explícito, implícito, ou ficto, o REsp será inadmissível, nos termos da referida súmula. Por isso, o art. 1.025 do CPC, que trata do prequestionamento ficto, não superou a Súmula 211.

A exigência de existir ‘causa decidida’ decorre da natureza do RE, que se destina a examinar não a lide, mas, especificamente, a questão de direito que fundamentou o acórdão. Nesse ponto, é relevante a discussão dos limites¹⁰³ entre questão de fato e de direito na admissão do RE, pois poderá haver casos: (i) que existe dúvida a respeito de como os fatos tenham ocorrido; (ii) que, embora esteja definida a ocorrência fatos e a maneira como ocorreram, a *quaestio* está em torno de haver ou não subsunção entre norma e fato; ou (iii) que, embora exista certeza acerca de incidência normativa ao fato, exista dúvida sobre qual seria a norma adequada. Os casos (ii)¹⁰⁴ e (iii) são considerados questão de direito e, por isso, ensejam RE, enquanto o caso (i) não, haja vista o dispositivo na Súmula 279¹⁰⁵ do STF (WAMBIER, 2016, p. 347-357).

Não obstante, Simone Trento posiciona-se contrariamente ao fundamento sumulado, pugnando que as cortes supremas, no Estado Democrático de Direito, não podem eximir-se de apreciar fatos diante de uma decisão injusta, já que as atuais teorias sobre prova não possibilitam a plena separação entre fato e direito (TRENTO, 2016, 181-187).

A autora sustenta, ainda, que o critério de admissibilidade deve considerar principalmente a substancial relevância e transcendência da questão constitucional,

¹⁰² STJ – Súmula 211. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*. (BRASIL, 1998).

¹⁰³ Não se adentrará à problemática ontológica da distinção que, para muitos, a exemplo de Guasp e Jan Schapp, é impossível (WAMBIER, 2016, p. 347).

¹⁰⁴ Sustenta-se, ainda, que na hipótese de a inconstitucionalidade decorrer de erro subsuntivo (adequação do fato a norma) a parte poderá opor embargos de declaração, para que seja o acórdão integrado pelas circunstâncias fáticas que o tribunal *a quo* baseou a decisão, perfectibilizando, assim, o prequestionamento (WAMBIER, 2016, p. 343).

¹⁰⁵ STF – Súmula 279. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. (BRASIL, 1963a).

relegando-se considerações acerca de se distinguir a *quaestio factis* da *quaestio iuris* (TRENTO, 2016, p. 217).

Nesse ponto, verifica-se uma ‘brecha’ na Sumula 279, pois, diferenciando-se ‘reexame’ de prova de ‘reavaliação’ de prova, pode-se entender cabível RE, se o recurso impugnar a prova mal valorada, desde que exista norma constitucional a regular, objetivamente, o valor dessa prova. Limitando-se, dessa forma, a aplicação da súmula aos recursos fundados no reexame da prova (WAMBIER, 2016, p. 357-361).

Outra questão relevante refere-se à consideração, para fins de prequestionamento, da questão constitucional aventada apenas no voto vencido do acórdão recorrido, visto que o STF, conforme RE 131.739, não reconhecia o prequestionamento em sede de voto vencido. Contudo, de acordo com Wambier (2016, p. 346), esse entendimento restou superado, por força do §3º¹⁰⁶, art. 941 do CPC.

4.2.3 Esgotamento das vias ordinárias

O texto constitucional (inciso III do art. 102) prescreve que compete ao STF “III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em **única ou última instância** [...]” (BRASIL, 1988, grifos nossos).

Assim, o esgotamento das vias ordinárias é pressuposto de cabimento do RE, que, antes mesmo da CRFB/88, já era sumulado¹⁰⁷ pelo STF. Além disso, se a decisão recorrida se assentar em fundamento constitucional e infraconstitucional, deverá o recorrente interpor, simultaneamente, o RE e o REsp, sob pena de inadmissibilidade, conforme Súmula 283¹⁰⁸ do STF (WAMBIER, 2016, p. 379).

Ainda, quanto ao esgotamento das instâncias ordinárias, questão que restou superada pelos §§ 3º e 4º, art. 1.024 do CPC, é a reiteração do RE, na hipótese que uma parte interpunha RE e a outra interpunha agravo. Situação que a jurisprudência exigia que, decidido o agravo, deveria o postulante reiterar o RE, sob pena de não

¹⁰⁶ O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento. (BRASIL, 2015).

¹⁰⁷ STF - Súmula n. 281. É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada. (BRASIL, 1963b).

¹⁰⁸ STF - Súmula n. 283. É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. (BRASIL, 1963c).

admitir o primeiro recurso, constituindo-se essa interpretação um dos reflexos do que a doutrina chama de 'jurisprudência defensiva', tendência que o CPC se propôs a mitigar (WAMBIER, 2016, p. 379-383).

4.2.4 Efeitos

Os efeitos dos recursos consistem nas conseqüências jurídico-processuais decorrentes tanto do seu julgamento quanto da sua interposição (DONOSO e SERAU JÚNIOR, 2016, p. 53).

Em regra, no momento da interposição, o RE gera **efeito obstativo** - se posteriormente o recurso é acolhido - ou **retardatário** - se o deslinde recursal é a improcedência - das preclusões e da coisa julgada (WAMBIER, 2016, p. 386).

O **efeito substitutivo**¹⁰⁹, que, por lógica, ocorre após o julgamento, decorre da substituição da decisão recorrida pelo que foi decidido no RE, e só ocorre se o STF reconhecer o *error in iudicando*, não ocorrendo se for o caso de *error in procedendo* (WAMBIER, 2016, p. 386).

Quanto ao **efeito devolutivo**, que ocorre no momento da interposição, diz respeito à transferência, decorrente da interposição, do conhecimento parcial ou total da matéria impugnada do tribunal *a quo* para o STF. No caso do RE, a devolutividade recursal é restrita, posto que a extensão da matéria que pode ser devolvida ao STF é restrita a questão constitucional prequestionada (NEVES, 2016, p. 2624-2625).

Não obstante, ressalte-se que, embora o efeito devolutivo nos recursos ordinários relacione-se com o princípio dispositivo que limita o órgão *ad quem* analisar as razões impugnadas pelas partes, no RE, em razão de sua função institucional que extrapola a de cassação, a devolutividade recursal é ampliada, permitindo, nos termos do art. 1.034¹¹⁰ do CPC, que o tribunal solucione as controvérsias emergentes da relação jurídica, mesmo que não alegadas pelas partes, desde que relativas ao capítulo impugnado (WAMBIER, 2016, p. 386-391). Exemplo de Wambier:

Assim, se se pleiteava em certa ação não se pagar certo tributo porque este seria inconstitucional; se se tivesse que pagar, que fosse por outra alíquota;

¹⁰⁹ O efeito substitutivo está expresso no CPC: "Art. 1.008. O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso" (BRASIL, 2015).

¹¹⁰ Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito. Parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado. (BRASIL, 2015).

e que, na verdade, o tributo não era devido, por ter havido prescrição. [...] Sendo julgada procedente a ação, em 1º e em 2º grau de jurisdição, sob o fundamento de que o tributo seria inconstitucional, haveria recurso do fisco. Considerando o STF que o tributo não é inconstitucional, as duas outras causas de pedir – alíquota equivocada e prescrição – ainda precisariam ser decididas! Foi evidentemente alargado o âmbito de devolutividade desses recursos. [...] O NCPD permite, agora expressamente, que o tribunal **ad quem** conheça das demais. (WAMBIER, 2016, p. 399, grifos nossos).

O **efeito translativo** do RE, que ocorre depois do juízo de admissibilidade, decorrente do princípio inquisitório e não do dispositivo, permite a corte *ad quem* conhecer, embora não apreciadas pelo juízo *a quo*, as matérias de ordem pública, as demais causas de pedir, e os outros fundamentos da defesa não abordados pelo tribunal recorrido (WAMBIER, 2016, p. 401).

O **efeito suspensivo** pode, a rigor, não implicar em suspensão, mas apenas em prolongamento da ineficácia da decisão, como ocorre numa apelação ordinária; ou pode, aí sim, suspender os efeitos de uma decisão, como ocorre num agravo de instrumento (WAMBIER, 2016, p. 405).

O RE é, em regra, desprovido de efeito suspensivo, logo, sua interposição não impede a execução provisória da decisão recorrida. Contudo, presente o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, com base no §5º¹¹¹, art. 1.029 do CPC, poderá a parte pleitear efeito suspensivo no bojo do próprio RE (WAMBIER, 2016, p. 406).

4.2.5 Juízo de admissibilidade

O juízo de admissibilidade do RE é dual, em razão da natureza complexa do instituto, posto que exige, seguidamente, avaliação do tribunal *a quo* e do STF (MANCUSO, 2015, p. 57) (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 331).

Conforme o art. 1.030¹¹² do CPC, o RE será encaminhado à secretaria do tribunal *a quo*, a qual intimará a parte recorrida para apresentar contrarrazões no prazo

¹¹¹ §5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a **recurso extraordinário** ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; II – ao relator se já distribuído o recurso; III – ao presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, no período entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso do recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037. (BRASIL, 2015, grifos nossos).

¹¹² Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido [...]. (BRASIL, 2016).

de 15 dias, que, findo, importará a conclusão dos autos ao presidente ou vice-presidente do tribunal (BRASIL, 2016a).

O tribunal *a quo*, por seu presidente ou vice, nos termos do inciso I¹¹³, art. 1.030 do CPC, negará prosseguimento¹¹⁴ ao RE fundado em questão constitucional sobre a qual o STF tenha reconhecido não existir repercussão geral ou que impugne acórdão julgado em conformidade com tese firmada pelo STF em recursos repetitivos, ou que impugne acórdão em conformidade com entendimento firmado em regime de repercussão geral (BRASIL, 2016a).

Exorte-se que se deve ler ‘recurso extraordinário repetitivo’, onde o legislador disse ‘regime de repercussão geral’, pois, do contrário, equipara-se, quase que integralmente, os regimes (WAMBIER, 2016, p. 408).

Por outro lado, se o acórdão recorrido divergir de tese firmada pelo STF, seja por repercussão geral, seja por recursos repetitivos, a presidência encaminhará o RE ao órgão julgador para juízo de retratação, conforme inciso II¹¹⁵, art. 1.030 do CPC (BRASIL, 2016a).

Deverá, ainda, de acordo com o inciso III¹¹⁶, art. 1.030 do CPC, ser sobrestado o RE que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo, ainda não decidida pelo STF (BRASIL, 2016a). Isto para que se possa aplicar a posterior decisão paradigma ao processo a ser suspenso (WAMBIER, 2016, p. 408).

Outro dispositivo interessante é o §3º¹¹⁷, art. 927 do CPC, que permite os tribunais modularem os efeitos da alteração de entendimento da jurisprudência do

¹¹³ Art. 1.030. Recebida a petição do recurso [o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido] deverá: [...] I – negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos [...]. (BRASIL, 2016, acréscimos nossos).

¹¹⁴ Comparando o inciso I com V do art. 1.030 do CPC, parece o legislador querer diferenciar a o ato de negar seguimento do ato de realizar juízo de admissibilidade; contudo, para Wambier (2016, p. 408), ‘negar seguimento’ equivale a exercer juízo de admissibilidade negativo.

¹¹⁵ Art. 1.030. Recebida a petição do recurso [o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido] deverá: [...] II - encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos [...]. (BRASIL, 2016, acréscimos nossos).

¹¹⁶ Art. 1.030. Recebida a petição do recurso [o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido] deverá: [...] III - sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional [...]. (BRASIL, 2016, acréscimos nossos).

¹¹⁷ § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. (BRASIL, 2015).

STF e dos tribunais superiores ou do firmado em IRDR ou em RE e REsp repetitivos (WAMBIER, 2016, p. 324)

Enfim, ainda quanto à admissibilidade, o RE será admissível, **alternativamente**, nas três hipóteses previstas no inciso V, art. 1.030, desde que não se enquadre nos óbices dos incisos I, II e III (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 333).

A primeira, hipótese da alínea 'a', quando a matéria do recurso não tiver sido submetida ao regime de repercussão geral ou ao julgamento de repetitivos, pois deverá ser sobrestado (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 333).

A segunda, alínea 'b', quando o recurso for selecionado como processo-piloto representativo, uma vez que para tanto deverá, necessariamente, preencher os requisitos de admissibilidade (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 333).

A terceira, alínea 'c', quando o tribunal *a quo* não realizar o juízo de retratação previsto no inciso II do art. 1.030; visto que, por óbvio, se o tribunal de origem decide contra o entendimento do STF, deve o RE ser admitido para que se mantenha a autoridade da corte de vértice (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 333).

Será durante esse juízo da admissibilidade do tribunal *a quo* que ocorre a seleção dos recursos representativos da controvérsia a ser decidida pelo regime de julgamento repetitivo, a partir da combinação do §1º art. 1.036¹¹⁸ com o inciso IV¹¹⁹ do art. 1.030 (BRASIL, 2015).

Pela sistemática do art. 1.030, o RE pode ser admitido e remetido ao STF se (i) não for sobrestado em razão da afetação do julgamento de RE repetitivos; (ii) se foi o RE selecionado para representar a controvérsia; (iii) se, após suspenso o processo, por afetação de julgamento repetitivo, o tribunal *a quo* não lhe aplica a tese prolatada pelo STF (WAMBIER, 2016, p. 109).

¹¹⁸ Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção [Do Julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos] [...] §1º O presidente ou vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso. (BRASIL, 2015, nossos acréscimos).

¹¹⁹ Art. 1.030. Recebida a petição do recurso [...] os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: [...] IV – **selecionar o recurso** como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do § 6º do art. 1.036. (BRASIL, 2015, grifos nossos).

Das decisões de inadmissibilidade do RE prolatadas pelas cortes de origem, em razão das causas do inciso V, art. 1.030 do CPC, cabe agravo em RE¹²⁰ ao STF, nos termos do §1º¹²¹, art. 1.030 do CPC. Enquanto das decisões de inadmissibilidade por quaisquer outras causas, cabe agravo interno¹²², consoante §2º¹²³, do art. 1.030 (BRASIL, 2015).

Alerte-se, quanto ao primeiro ponto, que o texto do art. 1.041 refere-se a agravo interno contra ‘decisão proferida pelo relator’, tornando-se, assim, o §1º do art. 1.030, uma exceção ao dispositivo, visto que será, em rigor, agravo contra decisão do ‘presidente ou vice-presidente’ (WAMBIER, 2016, p. 409).

Ademais, está vedado pelo §3º, art. 1.021, a manutenção da decisão agravada pela simples reprodução de seus fundamentos (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 340).

O recurso de agravo, nos termos do §2º¹²⁴, art. 1.042 do CPC, não demanda recolhimento de custas e pagamentos das despesas postais, porquanto será interposto nos próprios autos onde houver sido inadmitido o RE que já estará instruído com o preparo. Além disso, havendo interposição conjunta de agravos contra RE e REsp, os autos, primeiro, irão ao STJ e depois ao STF (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 334-336).

4.2.6 Repercussão geral

A repercussão geral é requisito de admissibilidade constitucional específico do RE, incluído pela EC n. 45/2004 no §3º¹²⁵, art. 102 da CRFB/88, e explicitado no

¹²⁰ Art. 1.042. **Cabe agravo contra decisão** do presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido **que inadmitir recurso extraordinário** ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos [...] §2º A petição de agravo será dirigida ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem [...] §3º O agravado será intimado, de imediato para oferecer resposta [...] §4º Após o prazo de resposta, não havendo retratação, **o agravo será remetido ao tribunal competente**. (BRASIL, 2016, grifos nossos).

¹²¹ §1º Da decisão de inadmissibilidade proferida com fundamento no inciso V caberá agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042. (BRASIL, 2015).

¹²² Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

¹²³ §2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021. (BRASIL, 2015).

¹²⁴ § 2º A petição de agravo será dirigida ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem e independe do pagamento de custas e despesas postais, aplicando-se a ela o regime de repercussão geral e de recursos repetitivos, inclusive quanto à possibilidade de sobrestamento e do juízo de retratação. (BRASIL, 2016).

¹²⁵ §3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente poderão recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (BRASIL, 2004).

§1º¹²⁶, art. 1.035 do CPC, instituto que reforça o papel do STF de garante da ordem constitucional e não de mero revisor de decisões (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 291).

A norma¹²⁷ exige, além da transcendência dos interesses das partes, relevância, seja econômica, política, social ou jurídica (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 291-292).

É irrelevante se a parte apresenta a repercussão geral como preliminar ou em tópico específico (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 292). Ver também art. 327¹²⁸ do RISTF.

Porém, é parte imprescindível que o recorrente a demonstre sob pena de inadmissão do recurso por decisão irrecorrível, posto que não pode ser reconhecida de ofício pelo tribunal. Outrossim, consoante o §3º, art. 102 da CRFB/88, a competência para reconhecer a repercussão geral é exclusiva do pleno do STF, por decisão irrecorrível de pelo menos 8 dos 11 ministros (WAMBIER, 2016, p. 411).

Interessante questão trazida pelo CPC, no §3º¹²⁹, art. 1.035, refere-se à repercussão geral presumida, hipótese que o STF estará vinculado a admitir o recurso extraordinário (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 292).

Há também doutrina que concebe outras hipóteses de repercussão geral presumida, não explicitada pelo CPC, são elas: (i) divergência entre tribunais a respeito da questão constitucional; (ii) existência de ação de controle concentrado de constitucionalidade; (iii) ações coletivas (NEVES, 2016, p. 2908).

No procedimento de análise da repercussão geral, o relator poderá admitir manifestação de terceiros, nos termos do §4º, art. 1.035, o que era previsto no §3º¹³⁰ do RISTF (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 293)

¹²⁶ §1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social, ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. (BRASIL, 2015).

¹²⁷ Quase a reprodução do parágrafo único do art. 322 do RISTF: “Parágrafo único. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes.” (BRASIL, 2018c, p. 159).

¹²⁸ Art. 327. A Presidência do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão. (BRASIL, 2018c, p. 161).

¹²⁹ § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal. (BRASIL, 2015).

¹³⁰ Dispõe o regimento: “§ 3º Mediante decisão irrecorrível, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral” (BRASIL, 2018c, p. 159).

O reconhecimento de repercussão geral ao RE é decisão que envolve **análise de mérito**, mas **não sobre o mérito**, por isso, nos termos do §11º, art. 1.035, deve ter sua súmula, que valerá como acórdão¹³¹, publicada no diário oficial (WAMBIER, 2016, p. 410).

Uma vez reconhecida a repercussão geral, o relator do STF mandará suspender todos os processos tramitando em território nacional que tratem da mesma questão, conforme §5º¹³², art. 1.035 do CPC (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 293).

Trata-se de regra com objetivo de concretizar o princípio constitucional da isonomia (WAMBIER, 2016, p. 412).

Porém, de acordo com o §6º¹³³, art. 1.035 do CPC, o interessado pode requerer, ao tribunal local, a inadmissão do RE intempestivo e a sua exclusão da decisão de sobrestamento. Entendendo-se, ainda, que o tribunal de origem pode tomar essa providência de ofício, visto que a tempestividade está entre os requisitos gerais de admissibilidade. E contra a decisão que negar esse pedido do §6º, art. 1.035, caberá agravo interno no tribunal *a quo*, nos termos do §7º¹³⁴, art. 1.035 do CPC (DONOSO; SERAU JÚNIOR, 2016, p. 293).

Ademais, havendo impugnação a vários capítulos do acórdão da corte de origem, e apenas um deles ficar sujeito ao julgamento de recursos repetitivos, a suspensão incidirá sobre a íntegra do acórdão (WAMBIER, 2016, p. 414).

Em regra, o RE não terá efeito suspensivo; mas, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a parte poderá pleitear, **ao tribunal a quo**, a suspensão da eficácia do acórdão recorrido no período entre a interposição do recurso e a publicação da decisão que o admite ou que determine o sobrestamento, bem como, poderá pleitear, **ao tribunal ad quem**, a referida suspensão **desde que** o RE seja admitido, conforme regras do art. §5º, art. 1.029 do CPC (WAMBIER, 2016, p. 414).

¹³¹ Reproduz previsão do parágrafo único, art. 325 do RISTF: “O teor da decisão preliminar sobre a existência da repercussão geral, que deve integrar a decisão monocrática ou o acórdão, constará sempre das publicações dos julgamentos no Diário Oficial, com menção clara à matéria do recurso” (BRASIL, 2018c, p. 160).

¹³² § 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional. (BRASIL, 2015).

¹³³ § 6º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento. (BRASIL, 2015).

¹³⁴ § 7º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 6º ou que aplicar entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos caberá agravo interno. (BRASIL, 2016)

Uma regra que merece esclarecimento, é a contida no §2º do art. 1.042, a qual, por força do §1º do art. 1.030, especifica o agravo, a ser julgado pelo STF, contra a decisão de inadmissibilidade do RE pelo tribunal *a quo*, instrumento de impugnação que está adstrito à inadmissão baseada no inciso V, do art. 1.030 do CPC. O parágrafo retrocitado dispõe que:

§ 2º A petição de agravo será dirigida ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem e independe do pagamento de custas e despesas postais, **aplicando-se a ela o regime de repercussão geral e de recursos repetitivos, inclusive quanto à possibilidade de sobrestamento e do juízo de retratação.** (BRASIL, 2016a, grifos nossos).

O trecho negrito dispõe sobre a possibilidade de o STF tratar os agravos à semelhança do RE em regime de julgamentos repetitivos, exemplificando a hipótese, basta imaginar casos em que um tribunal inadmitisse, reiteradas vezes, RE pelas mesmas razões e se acumulassem centenas de agravos no STF. Pela norma acima, a Corte Suprema poderá sobrestar os casos semelhantes, selecionar os casos representativos e julgar a tese para aplicar a todos os agravos com tema semelhantes (WAMBIER, 2016, p. 413).

Em regra, por restrição do §1º do art. 1.030, esse julgamento de ‘agravos repetitivos’ só caberia contra as inadmissões baseada no inciso V; porém, Wambier (2016, p. 413) sustenta ser cabível para as demais causas de inadmissibilidade.

4.3 FECHO

As exposições dessa seção buscaram consolidar o terceiro objetivo específico do trabalho: compreender a natureza funcional e normativa do recurso extraordinário, a partir da TDI.

A par disso, levando-se em conta as exigências da TDI, seção 2.5, e dos apontamentos da seção 3.3, compreendeu-se que o RE, inspirado no *writ of error* americano, deve guardar coerência com a noção do *Rule of Law* da doutrina constitucional inglesa, com a noção do *judicial review* norte-americano, e com a racionalidade das proposições jurídicas da Constituição Federal e de todo ordenamento da comunidade brasileira.

Assim, enquanto esse dever de coerência, com a historicidade do *Rule of Law*, significa que o RE seja assimilado como instrumento a buscar tratamento igualitário

de todos os cidadãos sob as práticas jurídicas reconhecidas pela comunidade de princípios.

O dever de coerência, com a cadeia de sentidos do *judicial review* e com a racionalidade das práticas jurídicas do Brasil, significa que o RE, como instrumento de controle de constitucionalidade, deve, a partir da CRFB/88 e do CPC, consolidar a resposta institucional do STF às controvérsias constitucionais, harmonizando as tensões jurídicas-políticas levadas ao Tribunal.

Compreendeu-se, ainda, que **a alínea 'c', inciso III, art. 105 da CRFB/88, (mutatis mutandis aplicável ao STF) enfatiza a função uniformizadora** da Suprema Corte, ao atribuir-lhe competência para julgar decisões fundamentadas em interpretações divergentes da Constituição Federal.

Especificamente quanto ao RE, essa função é patente no **§1º, art. 1.035 do CPC**, que, expressamente, exige a controvérsia jurídica **ultrapasse os interesses subjetivos do processo** para ser reconhecer a repercussão geral.

Revelou-se que **o parágrafo único, art. 998 do CPC**, ao permitir o tribunal, mesmo com a desistência do recurso pela parte, analisar a questão nele contida, acaso se tenha reconhecido a repercussão geral ou se tenha submetido o recurso ao regime de julgamento repetitivo de RE, **reforça a função de uniformização**. No mesmo sentido, **o art. 1.034 do CPC**, ao permitir que o tribunal solucione as controvérsias emergentes da relação jurídica, mesmo não alegadas pelas partes.

Verificou-se, ademais, que **o inciso III, art. 1.030 do CPC**, ao determinar o sobrestamento do RE sobre controvérsia, de caráter repetitivo, não decidida pelo STF; e que o **§5º, art. 1.035 do CPC**, ao determinar a suspensão de todos os recursos com tema de repercussão geral reconhecida, **realçam o imperativo de isonomia do RE**.

Evidenciando-se, dessa forma, que a racionalidade da Constituição Federal e do CPC, impõem compreender o RE como instrumento para o STF desempenhar sua **função uniformizadora**, a fim de garantir o tratamento igualitário das partes e de manter a unidade da interpretação e aplicação do ordenamento constitucional.

5 PRECEDENTES, RECURSO EXTRAORDINÁRIO E *PER CURIAM*

De acordo com as explicações da seção 3.3, sustentou-se que, à luz da TDI, o precedente judicial, produto do RE, deve realizar o imperativo da igualdade de todos perante o direito; deve manter a coerência com a historicidade dos precedentes que lhes são anteriores; deve manter a integridade com o Direito posto pela comunidade de princípios; e deve representar uma resposta institucional do tribunal, não uma resposta individual dos Ministros do STF.

A partir dessa premissa, será apresentada, nesta seção, a argumentação jurídico-teórica apta a justificar o modelo *per curiam*, como prática deliberativa mais adequada para o julgamento do RE, objetivo cerne desta dissertação.

Para tanto, será necessário compreender a historicidade do precedente judicial e seu correlato esquema de racionalidade, presente nos dispositivos da CFRB/88 e no CPC. E, também, conhecer o atual modelo de deliberação do STF, a fim de contrapô-lo ao modelo *seriatim* e verificar qual modelo é mais adequado à produção de precedentes condizentes com a TDI.

5.1 ELEMENTOS DE PRECEDENTE JUDICIAL

Thiago Aguiar de Pádua (2015, p. 81), em dissertação sobre precedente judicial a partir da prática decisória do STF, explica que se costuma diferenciar os sistemas de Direito, a partir de duas grandes famílias, os sistemas de *civil law*, cuja a fonte principal do Direito é o provimento legislativo, e os sistemas de *common law*, que se informam, principalmente, pelas decisões judiciais do passado.

Esclarece-se, porém, ser possível identificar três tradições jurídicas que mais influenciaram o ocidente a partir do século XVI: a alemã, com prestígio aos **doutrinadores**, a francesa, que enaltece o **legislativo**, e a inglesa, que enfatiza os **provimentos jurisdicionais**. Todas essas tradições lidavam, simultaneamente, com os textos das leis, com os pronunciamentos judiciais e com a produção doutrinária, divergindo, apenas, em relação à eficácia que lhes conferiam e a maneira de utilizá-los (LOPES FILHO, 2016, p. 34-35).

Por isso, Gregório Assagra de Almeida, explica que é um equívoco atribuir exclusividade do precedente judicial, ou do *stare decisis*, seu anterior lógico, ao *common law* para diferenciá-lo do *civil law* (ALMEIDA, 2016, p. 9).

Tanto que *stare decisis* não é sinônimo de teoria de precedentes do *common law*, pois a terminologia decorre da expressão *stare decisis et non quieta movere*¹³⁵, adágio latino de origem romana (PÁDUA, 2015, p. 81-82).

Percebe-se, assim, que o *stare decisis* é anterior ao próprio período de formação e consolidação da concepção de *common law*, a qual remonta à Inglaterra do século XII a XIII (ALMEIDA, 2016, p. 3).

Para compreender a origem do *common law*, é preciso retornar à invasão da Inglaterra por *William* da Normandia, época em que a justiça do país era exercida por cortes locais, *local courts*, controladas pelos respectivos feudos, os quais resolviam as disputas de acordo com os costumes do lugar (ALMEIDA, 2016, p. 3).

Com a conquista normanda, os reis invasores, de origem francesa, não destruíram nem substituíram esse sistema imediatamente, mas estabeleceram juízes reais que, como auxiliares de administração da justiça e conselheiros do rei, passaram a viajar pelo país avaliando as administrações locais e resolvendo os litígios (ALMEIDA, 2016, p. 3).

Com o tempo, esses juízes reais inteiraram-se profundamente do direito consuetudinário de todas as partes da Inglaterra. E para conciliar as necessidades de centralização do poder real com as práticas consuetudinárias, que regulavam as condutas individuais com base nos costumes antigos de cada feudo, essas autoridades concluíram que os casos de interesse de todo o reino deveriam ser decididos não de acordo com o costume local, mas conforme um sistema único de direito comum às diversas cortes locais, esse direito passou-se a se denominar *common law*¹³⁶ (ALMEIDA, 2016, p. 3).

Por isso, àquela época, a expressão *common law* era utilizada para estremar o direito diretamente derivado dos provimentos reais (leis, decretos, *writ*) do direito oriundo de decisões judiciais proferidas a partir dos costumes locais, chamado de *judge-make law*. Portanto, a origem do termo *common law* é histórica e pode ser datada ao período que a Inglaterra foi invadida pelos normandos (ALMEIDA, 2016, p. 3-4).

¹³⁵ O termo também pode ter se originado do adágio *stare rationibus decidendis*, que significa 'atenha-se às razões de decidir dos casos anteriores' (PÁDUA, 2015, p. 88).

¹³⁶ O termo também pode se referir aos costumes gerais que determinavam, por vários séculos, o comportamento dos *Englishmen*, antes mesmo da noção de *stare decisis* e *rule precedent* (ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 337). Porém, a compreensão de Almeida (2016) parece ser mais ajustada.

Percebe-se, aqui, outro equívoco comum, de tratar *common law* como sinônimo de direito consuetudinário.

Como o novo sistema *common law* tinha o objetivo atribuir unidade ao direito aplicado nas diversas cortes das comunidades inglesas, finalidade radicada na necessidade política de estabilizar a governabilidade dos reis invasores sobre o território inglês, os juízes do sistema emergente buscaram manter a consistência de suas decisões, fundamentando suas sentenças a partir de provimentos judiciais pretéritos e se justificando por expressões, tais como, *let the decision stand, to stand by things decided* ou *keep to the rationes decidend of past cases* (ALMEIDA, 2016, p. 3).

Esse modo de proceder dos juízes emergentes consolidou-se no que se passou a chamar de *stare decisis*, significando que os magistrados deveriam ‘deixar a decisão permanecer’, ou ‘permanecer com as coisas decididas’, ou ‘manter as razões decididas de casos passados’ (ALMEIDA, 2016, p. 4).

Esse sistema permaneceu na Inglaterra mesmo após quase toda Europa abandoná-lo em troca do *civil law*. Isso decorreu do sobrepujamento do Parlamento sobre a monarquia inglesa. Pois, à época, o *civil law* convinha aos interesses do rei, já que lhe bastava editar um decreto ou uma lei para controlar os procedimentos e os conteúdos de direito pelo *civil law* (ALMEIDA, 2016, p. 4).

Por outro lado, manter o *common law* convinha ao interesse do Parlamento de limitar o poder monarca, já que os direitos, originados e consolidados pela prática de juízes apegados ao *stare decisis*, não poderiam ser alterados ao arbítrio do rei. Por isso, na Inglaterra, o *common law* subsistiu ao tempo (ALMEIDA, 2016, p. 4).

O *common law* inglês foi adotado pelos EUA, com customizações para atender as necessidades políticas, sociais e jurídicas americanas, originando diferenças¹³⁷ relevantes entre esses sistemas de *common law* (ALMEIDA, 2016, p. 4).

Os sistemas americano e inglês podem ser diferenciados, primeiro, porque o *judicial review*, amplamente adotado nos EUA, é muito restrito na Inglaterra, como visto na seção 3.1, em razão do *Parliamentary Supremacy* (CHEVALLIER, 2013, p. 13-58).

Segundo, porque o Direito americano é mais legislado, por meio dos *statutes*, do que o inglês (ZANETI, JÚNIOR, 2017, p. 336). E, terceiro, porque na Inglaterra há

¹³⁷ As diferenças relevantes a esta pesquisa foram abordadas na seção 3.2, para onde se remete o leitor.

maior deferência aos precedentes, inclusive com a vigência, por um longo período, do entendimento de que uma corte, sequer, poderia rever seus próprios precedentes (LOPES FILHO, 2016, p. 247).

Outro aspecto que merece ênfase, é compreender que a noção de precedente judicial não coincide com o surgimento do *common law*, século XII e XIII, porquanto o termo *precedente* surgiu, no Direito inglês, a partir do século XVI ao XVIII, período que tinha apenas um papel exemplificativo e persuasivo às autoridades judiciais (LEAL, 2017, p. 297).

Embora a lógica do *stare decisis* já estivesse consolidada no período que o *precedente* era apenas persuasivo, a noção de precedente judicial, como um dever, *duty*, do juiz observar as decisões passadas, exigiu a conciliação do *stare decisis* à estruturação hierárquica dos Tribunais ingleses e ao agrupamento e à publicação, amplos, das decisões judiciais (PÁDUA, 2015, p. 88).

Por isso, a construção da lógica de que o precedente judicial teria efeito vinculante, *binding effect*, afirmou-se a partir das obras de Jeremy Bentham (1789) e John Austin (1790-1859) e da estruturação hierárquica do Judiciário inglês, de 1873-1875 (LEAL, 2017, p. 297).

Enfim, percorridas breves noções históricas do *common law*, do *stare decisis* e do *precedent*, serão apresentadas algumas noções elementares de precedente judicial, a partir da experiência norte-americana.

O precedente, *judge-make law*, é encontrado no *case-law*, que, geralmente, é estruturado em seis partes: (i) informações básicas do *case*; (ii) fatos materiais; (iii) histórico processual; (iv) questões legais; (v) *holding*; e (vi) *rationale* (PÁDUA, 2015, p. 89).

Na parte (i) consta-se a jurisdição, a hierarquia do tribunal que emitiu a *opinion*¹³⁸, e a data de sua prolação. Na parte (ii), fatos materiais, localiza-se o detalhamento do quadro fático-circunstancial, onde se descrevem todos os elementos fáticos relevantes para a decisão, os quais servirão, inclusive, para um futuro *distinguish* (PÁDUA, 2015, p. 89).

¹³⁸ A *opinion* americana pode ser compreendida como equivalente do 'voto' de acórdão, as manifestações dos ministros descritas no interior teor dos acórdãos. No *The Law Dictionary*, *opinion* pode significar a manifestação jurídica escrita por um juiz de tribunal, um oficial de justiça, ou doutrinador jurídico; a decisão judicial acerca de um processo, de uma cláusula contratual, ou sobre interpretação de um texto legal. Também se refere a opinião de um conselho. Tradução livre de "Lawful statement written by court judge, judicial officer, or legal expert. Decision on an action, condition, or intent being within the law. Also refer to opinion of counsel". Disponível em: <https://thelawdictionary.org/legal-opinion/>. Acesso em: 29 mar. 2019.

Na parte (iii), histórico processual, pormenorizam-se os eventos processuais, desde o início do caso até o momento de análise pela Corte, relatando-se as asserções das partes e os respectivos pronunciamentos judiciais decorrentes; e identificando-se a qualificação processual das partes em cada fase do case, do querelante e do querelado, do apelante e do apelado (PÁDUA, 2015, p. 89).

Na parte (iv), questões legais, descreve-se a *quaestio iuris*, um sumário racional do problema principal do case, geralmente precedido da expressão 'A questão perante esta Corte é' (PÁDUA, 2015, p. 89).

A *holding*, parte (v), refere-se à resolução, à resposta dada a *quaestio iuris* e deve ser determinada a partir da análise dos fatos materiais, do acórdão do tribunal e da motivação do juízo. A *holding* prescreve uma *rule*, que será o fundamento para os casos futuros (PÁDUA, 2015, p. 89-90).

Por fim, na parte (vi) encontra-se a *rationale*, onde é posta a explicação do tribunal para a sua *holding*. É da *rationale* que se extrai a *ratio decidendi*, as razões de decidir sobre cada questão levada em juízo. Na *rationale* esclarece-se questões do porquê a corte chegou a uma determinada decisão; do porquê se aplicaram as normas, os *statutes*, e os precedentes invocados; e do porquê estes foram considerados vinculantes ou persuasivos (PÁDUA, 2015, p. 89-90).

A *rationale* não se confunde com *ratio decidendi*, enquanto a primeira se refere à argumentação explicitada na *opinion*, a *ratio decidendi* se deduz das proposições de generalidade que originaram o fundamento da decisão (KAYSER, 2016, p. 15).

Pode-se ilustrar essa diferença, imaginando-se um processo, no qual o Tribunal decida pela abusividade de um contrato estabelecendo a recusa de cobrir quimioterapia, embora conste cobertura securitária do câncer. Nesse caso, pode-se definir, como *ratio decidendi*, a proposição de que 'são abusivas as cláusulas que digam que um contrato de seguro-saúde cobre uma doença, mas não a sua principal forma de tratamento' (WAMBIER, 2016, p. 167).

A identificação da *ratio decidendi* é questão intrincada na teoria de precedente judicial. Pode-se, contudo, identificar três métodos de determinação que mais a influenciaram. O método de *MacCormick*, que concebe a *ratio decidendi* como a decisão judicial expressa ou implicitamente **suficiente e necessária** para resolver uma questão jurídica em disputa pelas partes de um caso (KAYSER, 2016, p. 13).

O método *rule precedente*, que, a partir da generalização dos vocábulos utilizados na decisão judicial, deduz uma regra do julgado. E o método de

*Wambaugh*¹³⁹, que identifica a *ratio decidendi* pela reversibilidade do resultado decorrente da alteração de um vocábulo da proposição contida na decisão. Se a mudança de um dos vocábulos da proposição não alterar o resultado, não se trata de uma *ratio decidendi*, se houver a alteração, sim (KAYSER, 2016, p. 13-14).

Outra questão indispensável à compreensão do sistema de precedente é diferenciação entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*. Para tanto, basta identificar, no acórdão, os argumentos que se constituem fundamentos determinantes da decisão, a *ratio*, sendo todos os demais argumentos considerados *obiter dictum*, pois se retirados do acórdão, não modificarão a *holding* (ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 378).

Apresentadas essas noções elementares do sistema *common law* e da teoria de precedente judicial, segue-se, *infra*, o estudo do sistema brasileiro de precedente judicial, a partir das concepções do TDI.

5.2 PRECEDENTE JUDICIAL BRASILEIRO E DIREITO COMO INTEGRIDADE

O sistema de Direito brasileiro é atribuído à tradição jurídica do *civil law*. Porém, diversos eventos têm marcado a aproximação do sistema brasileiro ao *common law*. A exemplo da introdução da súmula vinculante, por meio da EC n. 45/2004, que estabeleceu, nos termos art. 103-A¹⁴⁰ da CRFB/88, o *binding effect*, desta espécie de súmula, sobre os órgãos do poder judiciário e sobre os órgãos da administração pública (THEODORO JÚNIOR, 2016) (AYRES; ZANDONA, 2018, p. 99).

No mesmo sentido, aponta a jurisprudência gradualmente adotada pelo STF acerca da objetivação do controle difuso de constitucionalidade (WAMBIER, 2016, p. 321). E a regulação dos precedentes judiciais e da jurisprudência implementada pelo CPC (LOPES FILHO, 2016, p. 91) (AYRES; ZANDONA, 2018, p. 99).

Anote-se, todavia, que, embora esses sistemas tenham se consolidado a partir de circunstâncias políticas e culturais distintas, acarretando, conseqüentemente, diferenças sistêmicas e conceituais, verifica-se haver muitas semelhanças entre as

¹³⁹ O método *Wambaugh* de separação de *ratio* e *dictum*, por meio da inversão do argumento e verificação de alteração do resultado, foi refutado por Neil Duxbury, objetando acerca da possibilidade de um precedente possuir mais de um fundamento, caso em que a inversão isolada de apenas um deles não é suficiente para alterar o resultado, caso em que não haveria *ratio*, o que é equivocado (LOPES FILHO, 2016, p. 167).

¹⁴⁰ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (BRASIL, 2004).

duas tradições, posto que, desde seus primórdios, ambas não ficaram totalmente alheias às influências uma da outra (PÁDUA, 2015, p. 82).

De maneira que, hoje, em razão da aproximação entre os dois sistemas, as diferenças não são tão facilmente identificáveis ou tão rígidas quanto eram em suas origens (ALMEIDA, 2016, p. 6).

Em perspectiva global, exemplificam essa aproximação de sistemas, a adoção, em 1997, pela Inglaterra, de um Código de Processo Civil, o *Civil Procedure Act*. No mesmo sentido, a formação dos Estados Unidos a partir de uma Constituição escrita, desde 1787, bem como, seu conjunto de normas de direito processual civil, o *Federal Rules of Civil Procedure*, desde 1938, que, embora federal, é facultativo para os estados (ALMEIDA, 2016, p. 6).

Percebe-se, assim, que países de *common law* têm apresentado a tendência de escrituração de suas leis usualmente não escritas, ao passo que os países de *civil law* estão, paulatinamente, impondo força vinculante às decisões judiciais de seus órgãos, principalmente, aquelas proferidas pelas Cortes Superiores (WAMBIER, 2016, p. 320-321).

No Brasil, esse movimento, ao encontro de tradições jurídicas anglo-saxãs, pode ser chamado de harmonização entre o *common law* e o *civil law* (ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 111). Ou de convergência entre *civil law* e *common law* (THEODORO JÚNIOR, 2016).

Lênio Streck, todavia, nega que o CPC tenha fomentado a 'commonlização' do sistema brasileiro, afirmando que nem todos os provimentos do art. 927¹⁴¹ do CPC são precedentes nos termos da doutrina precedentalista do *common law* (STRECK, 2019, p. 29).

Essa aproximação inutilizou a discussão que buscava diferenciar as duas tradições jurídicas a partir da definição de sua fonte¹⁴² primária de direito, pois como Zaneti Júnior explica:

¹⁴¹ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (BRASIL, 2015).

¹⁴² Ressalte-se que, embora seja uma característica do *common law* o estabelecimento do Direito pelos precedentes, não decorre, daí, que os casos sejam julgados apenas por eles, pois há muitas leis nos países de *common law*, os *statutes*, principalmente nos EUA, e, se há leis, o magistrado as aplicam, exceto se afastarem a sua aplicação, no caso, em razão do exercício do controle concreto de constitucionalidade, como ocorre no Brasil (ALMEIDA, 2016, p. 9).

A diferença consiste, portanto, mais no estilo do que na finalidade das normas-estatutos e das normas-jurisprudência, bem como na sua metodologia de aplicação e superação, do que propriamente na negativa das fontes jurisprudenciais do direito, ou seja, não se pode negar que a lei e a jurisprudência são fontes diferentes, com diversa metódica de aplicação para solução de casos (questões ou problemas) jurídicos, contudo, **ambas são atualmente fontes do direito na maior parte dos ordenamentos jurídicos civilizados por expressa disposição da lei ou por força do costume.** (ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 112, grifos nossos).

A regulação, via legislação, do sistema de precedentes brasileiro é circunstância bastante incomum, uma vez que o *stare decisis*, tradicionalmente, se desenvolve por obra do esforço pretoriano e pela sistematização doutrinária, não por obra do legislador (LOPES FILHO, 2016, p. 88).

Por esse motivo, Pádua entende que o sistema brasileiro de precedentes resulta do hibridismo entre *civil law* e *common law*, com a tentativa de implementar a lógica do *stare decisis* por via legislativa (PÁDUA, 2015, p. 74).

A par dessa aproximação, é preciso trazer alguns esclarecimentos sobre termos do *common law*, que podem ser tomados equivocadamente no contexto brasileiro, os quais se cabe esclarecer.

O termo 'jurisprudência' não se confunde com 'precedente'. Na tradição romano-germânica, jurisprudência corresponde ao uso reiterado¹⁴³ de decisões judiciais de tribunais, considerado fonte indireta e formal do direito, com eficácia apenas persuasiva (ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 328).

Por outro lado, precedente é o resultado de densificação da norma, a partir de um provimento judicial sobre um quadro fático-circunstancial-normativo específico, considerado fonte primária e vinculante do direito (ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 335).

Noutras palavras, nem todo pronunciamento de tribunal, constantemente repetido, contém um precedente. Assim como, nem toda decisão judicial gera precedente. Por outro lado, um único *case-law*, o *leading case*, pode formar um precedente, acaso resultar acréscimo, suficiente e necessário, ao texto legal, para resolução de questões jurídicas (KAYSER, 2016, p.15).

Desta feita, não é precedente o provimento judicial que simplesmente aplicar um precedente anterior, ou que se limitar à aplicação de uma norma ao caso, sem

¹⁴³ O CPC significou certa ruptura em relação a noção de jurisprudência do *civil law*, uma vez que há decisões, a exemplo das previstas no art. 927, que já nascem obrigatórias, independentemente de sua repetição (WAMBIER, 2016, p. 277).

apresentar argumentação interpretativa relevante para o litígio atual e para os futuros (ZANETI, 2017, p. 328 e 332).

Isso equivale dizer que nem toda decisão judicial produz precedente, mas só aquela capaz de estabelecer uma relação explicativa, entre o texto da norma e uma realidade fática, suficiente a servir de parâmetro numa realidade fática futura (PÁDUA, 2015, p. 96).

Além disso, a súmula distingue-se tanto de precedente quanto de jurisprudência, pois a primeira decorre de uma atividade administrativa, enquanto o precedente e a jurisprudência decorrem da atividade jurisdicional (LOPES FILHO, 2016, p. 129). Por isso, não há precedentes nas súmulas (WAMBIER, 2016, p. 276).

Esclarecidos os aportes do *common law* na sistemática brasileira, será apresentada, em seguida, a relação entre a TDI e os dispositivos normativos referentes ao precedente judicial. Isso porque, essa relação indicará quais são os atributos do precedente judicial, exigíveis pela TDI, que o modelo *per curiam* se encontra em condição mais adequada de produzir.

Com efeito, é indispensável, primeiro, estabelecer o conceito de precedentes, para, então, compreender o sistema de precedentes do CPC, visto que o conceito orienta a interpretação dos dispositivos normativos.

Nesse ponto, há que se estabelecer o conceito de precedente customizado ao ordenamento jurídico e à comunidade na qual está inserido (MANCUSO, 2015b, p. 430).

Esta também é uma exigência da TDI, posto que o esquema de racionalidade é dessumido da respectiva comunidade de princípios.

Rosemiro Pereira Leal, define precedente como a decisão de mérito, fundamentada a partir das circunstâncias fáticas das pretensões jurídica contidas na *causa petendi*, que enuncia uma singularidade fática, capaz de ser enunciada por uma proposição sintética e objetiva (excluindo os sujeitos cognoscentes), apta a fundamentar decisões jurídicas posteriores que apresentem igual correlação de causalidade jurídica (LEAL, 2017, p. 304).

Esse conceito, no entanto, exige que o provimento jurisdicional, enunciador do precedente, não se fundamente por critérios de uma jurisdição *auctoritas*, ou por uma teoria de decisão jurídica que inclua, no resultado da jurisdição – o provimento, elementos subjetivos do juiz, elementos extra-jurídicos, ou opções axiológicas (LEAL, 2017, p. 304).

Para Hermes Zaneti Júnior, precedentes são resultados da densificação das normas jurídicas, a partir da compreensão de um caso e de suas circunstâncias fáticas e jurídicas, constituindo-se acréscimos aos textos legais, relevantes para solução de questões jurídicas. Estes resultados devem ser de observância obrigatória por todos os tribunais inferiores e resultar efeitos jurídicos normativos para os casos futuros (ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 328-335).

Daniel Mitidiero diz que precedentes são razões generalizáveis extraídas da justificação da decisão judicial, prolatada a partir dos fatos jurídicos relevantes considerados indispensáveis para o resultado da decisão. Destinam-se a reduzir a equivocidade dos textos legais. Os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios (MITIDIERO, 2015, p. 338).

A par desses conceitos, o CPC, no art. 926, expressamente adotou a proposta da TDI para se compreender o precedente judicial. Corroboram isso Humberto Theodoro Júnior *et al* (2016, p. 306), Juraci Mourão Lopes Filho (2016, p. 286), Hermes Zaneti Júnior (2017, p. 396) e Lênio Luiz Streck (2018, p. 10).

Embora Daniel Mitidiero, concorde que o art. 926 do CPC refere-se a TDI, o autor compreende problemática a posituação, no CPC, de uma escolha teórica, dizendo que:

[...] o legislador incorre no equívoco de adotar uma específica proposta a respeito da compreensão do conceito de direito: especificamente, vê-lo a partir do conceito de integridade, defendido por determinados setores da teoria do direito. [não] é possível deixar de registrar que a compreensão do direito como integridade (law as integrity) pressupõe a adoção da tese da resposta certa (right answer) - que de seu turno importa na adoção de uma 'peculiar epistemologia moral interpretativa' (segundo a qual, entre outras coisas, haveria sempre verdades morais objetivas na interpretação). **Não nos parece oportuno, porém, que um Código de Processo Civil tome partido em um assunto tão espinhoso, porque desnecessário à sua operacionalização prática.** A adoção de uma determinada proposta a respeito do irremediável problema do conceito de direito [...] certamente não deve ser objeto de uma disposição legislativa. (MITIDIERO, 2015, p. 339, grifos e acréscimo nossos).

No entanto, a despeito da crítica, a predisposição do CPC a TDI é fato. Razão pela qual, nesta pesquisa, será adotado o conceito elaborado por Juracy Mourão Lopes Filho (2016, p. 162), a partir da conjugação da Hermenêutica Filosófica com a TDI, estabelecendo que precedente:

[...] é uma **resposta institucional a um caso** (justamente por ser uma decisão), dada por meio de uma *applicatio*, que tenha causado um ganho de sentido para as prescrições jurídicas envolvidas (legais ou constitucionais),

seja mediante a obtenção de novos sentidos, seja pela escolha de um sentido específico em detrimento de outros ou ainda avançando sobre questões não aprioristicamente tratadas em textos legislativos ou constitucionais. Essa resposta é identificada em função não só dos elementos de fato (abstratos ou concretos) e de direito (em suas mútuas influências) considerados no julgamento e obtidos da análise da motivação apresentada, **mas também dos elementos amplos que atuaram no jogo de-e-para do círculo hermenêutico e que integram as razões subjacentes do julgamento.** Essa resposta comporá a tradição institucional do Judiciário, merecendo consideração no futuro, inclusive por tribunais superiores, pois mesmo os escalões mais elevados não podem ignorar os outros elos do sistema em rede que formam. Sua **utilidade na ordem jurídica é, adicionalmente, funcional, pois elide o desenvolvimento de outras decisões a partir de um grau zero**, evitando subjetivismos, economizando tempo e **garantindo igualdade de tratamento entre casos substancialmente iguais.** (LOPES FILHO, 2016, p. 275, grifos nossos).

O conceito acima, ao dizer que o precedente é uma **resposta institucional a um caso**, impede que o provimento jurisdicional se desprenda da tradição institucional em que está inserido. A institucionalidade do precedente exige que a resposta à questão jurídica seja coerente com toda a linha jurisprudencial anterior, atitude própria do Juiz Hércules, a fim de se manter estável no futuro. Rejeita-se, por isso, a decisão unilateral ou voluntarista (LOPES FILHO, 2016, p. 213 e 254).

A resposta institucional (institucionalidade) significa, também, isonomia de tratamento. Quem se encontra em situação substancialmente similar, do ponto de vista do jogo de-e-para, deve receber do Judiciário julgamento (resposta) equivalente. Pois, segundo a TDI, quando um Tribunal adota um princípio em um caso, este deve atribuir-lhe integral importância nos outros a serem decididos, mesmo em esferas do direito aparentemente não análogas (LOPES FILHO, 2016, p. 385).

Por isso, a institucionalidade do precedente não permite quebrar a integridade do Direito, por meio de distinções injustificadas entre os casos, tomando-os sempre como situações novas sem qualquer conexão com as anteriormente julgadas pelo Tribunal (LOPES FILHO, 2016, p. 385).

Nesses termos, refoge da TDI o precedente que represente uma posição partidária, de momento, dos membros da Corte Superior; ou que represente apenas a interpretação individual de um dos Ministros. Também não corresponde a TDI o precedente sujeito a discricionárias oscilações jurisprudenciais que façam resultar aplicação desigual do Direito aos jurisdicionados.

Ainda quanto à institucionalidade, Ronald Dworkin, referindo-se à metáfora do Juiz Hércules, explica que:

Sem dúvida, Hércules pode decidir que ao encontrar, em um caso anterior, um arranjo canônico de palavras, usará técnicas de interpretação das leis para decidir se a regra que essas palavras compõem abarca ou não um caso novo. Ele bem pode conhecer aquilo que se **poderia chamar de força de promulgação do precedente (*enactment force of precedent*)**. Não obstante descobrirá que, quando um precedente tem força de promulgação, não se considera que sua influência sobre os casos posteriores se limite a essa força. Os juízes e juristas não pensam que a força dos precedentes se esgota, como aconteceria no caso de uma lei, devido aos limites lingüísticos de uma determinada formulação. Ele **[Hércules] insistiria em que a decisão anterior exerce força gravitacional sobre decisões posteriores**, mesmo quando se situam fora de sua órbita particular. (DWORKIN, 2010, p. 174-175, grifos e acréscimos nossos).

Isso implica, segundo a TDI, compreender que o precedente não tem força de promulgação, *enactment force of precedent*, mas, força gravitacional, significando que a legitimidade do provimento se realiza pela extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar a decisão, não por um argumento de autoridade (LOPES FILHO, 2016, p. 251).

Portanto, há que se rejeitar a concepção que sustente a obrigatoriedade do precedente exclusivamente pela hierarquia da corte emissora, desconsiderando o conteúdo, em si, do provimento jurisdicional.

Na definição de precedente por Lopes Filhos, dizer que a resposta institucional se dá por meio de *applicatio*, implica entender que, na hermenêutica jurídica, compreensão, interpretação e aplicação, são realidades que se confundem e, mutuamente, se condicionam. Rejeitando-se teorias de decisão judicial que separem, em unidades estanques e autônomas, os atos de interpretar e de aplicar, bem com, os atos de motivar e de fundamentar a decisão judicial (LOPES FILHO, p. 261).

Ainda compreendendo o conceito, importa explicar que a exigência de que o precedente, além da *quaestio factis* e *quaestio iuris*, leve em conta, também, os elementos amplos que atuaram no jogo de-e-para do círculo hermenêutico e que integram as razões subjacentes do julgamento, **não pode ser entendida como uma permissão para que o intérprete busque elementos extra-jurídicos ou opções axiológicas para decidir o caso.**

Isso porque **o termo 'jogo de-e-para' refere-se à intencionalidade que guia a interpretação**, a qual não pode ser **extraída** do subjetivismo do interpretante (LOPES FILHO, 2016, p. 149 e 153).

Mas, sim, **da estrutura de racionalidade¹⁴⁴ presente na CRFB/88, nos textos legais, e nos arranjos institucionais que consubstanciam as práticas jurídicas da comunidade política de princípios do Brasil.**

A tese de interpretar o direito como um romance em cadeia, *chain novel*, está presente na parte do conceito que atribui, ao precedente, a função de elidir o desenvolvimento de outras decisões a partir do grau zero de interpretação.

O precedente, a partir dessa perspectiva, não pode ser reduzido a uma regra, imposta pelas Cortes Superiores, que vincule os tribunais a aplicá-la por mera subsunção. Também refuta a decisão que represente uma ruptura jurisprudencial a desconsiderar a produção jurisdicional pretérita, seja de corte superior ou inferior (LOPES FILHO, 2016, p. 250).

Postas essas premissas, cumpre-se, agora, compreender a institucionalidade do RE, a partir dessa concepção de precedente judicial, diante do problema brasileiro de instabilidade jurisprudencial.

5.3 INSTITUCIONALIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Viu-se, na seção 4.3, que a função precípua do RE é servir de instrumento jurisdicional do STF para, realizando o controle difuso de constitucionalidade, garantir a unidade e uniformidade da ordem constitucional. Porém, os juristas apontam certa ineficiência do STF no desempenho dessa função.

Visto que há, no Brasil, um quadro de anarquia interpretativa, em razão da suposição brasileira de que ministros e juízes devem possuir liberdade decisória, mote que dissemina a ideia de que o ato interpretativo do caso *sub judice* pode partir de um marco zero, pois o julgador estaria desvinculado da história e da integridade institucional daquele caso no tribunal (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2016, p. 117).

Alexandre Melo Franco Bahia e Paulo Valério Henriques explicam que as Cortes Superiores brasileiras, em razão do amplo acesso a Justiça fomentado pela CRFB/88, experimentam uma sobrecarga de demandas para solução de litígios, que

¹⁴⁴ A aplicação, pelo STF, de uma racionalidade, dessumida dos textos legais e arranjos institucionais, ao caso concreto, pode ser exemplificada, pelas decisões que desenvolveram a concepção de 'princípios extensíveis'. Concepção pela qual os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no exercício de suas competências constitucionais, devem seguir o padrão estabelecido pela Constituição Federal à União, assim, a estrutura de *check and balances*, no âmbito federal, entre os poderes, é 'extensível' aos demais níveis da Federação. Esta concepção é um postulado, inteiramente construído por precedentes do STF, que não encontra correspondência a enunciado algum da Constituição Federal, mas é dessumido dessa estrutura de racionalidade (LOPES FILHO, 2016, p. 251).

os forçou a se moverem em direção à rapidez da solução jurisdicional com o detrimento da qualidade das decisões, resultando o enfraquecimento institucional do Judiciário e o acúmulo de provimentos judiciais mal fundamentados (BAHIA; HENRIQUES, 2016, p. 206).

Diz-se, ainda, que os Tribunais Superiores, incluindo o STF, têm problemas de flutuações constantes de entendimentos; de pseudocolegialidade; problemas de vinculação horizontal e vertical; e problemas de incoerência de decisões entre os próprios julgadores (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2016, p. 117).

Acerca dessa instabilidade do jurisprudencial no Brasil, Humberto Theodoro Júnior chega afirma que:

[...] Se a discussão em outros sistema seria se o Tribunal respeita seus próprios entendimentos (vinculação horizontal) e se respeita os entendimentos dos Tribunais Superiores (vinculação vertical), **aqui o desafio é o de perquirir até mesmo se o julgador respeita suas próprias decisões**, uma que se torna cada vez mais recorrente que encontremos, em curto espaço de tempo, decisões de um mesmo juiz com posicionamentos claramente opostos sobre casos idênticos, sem que ocorra qualquer motivação ou peculiaridade que os distingam (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 299, grifos nossos).

Essas críticas não se fundam apenas em percepções, pois, são verificáveis mesmo em trabalhos empíricos, a exemplo da pesquisa, sobre precedentes, realizada por encomenda do Conselho Nacional de Justiça, cujo relatório demonstra a rejeição dos próprios magistrados de fundamentar o uso de súmulas.

De um lado, eles não têm segurança quanto ao fato de a Súmula ser suficientemente precisa e bem redigida, já que muitas vezes ela não deixa claros os pressupostos fáticos de sua aplicação. De outro lado, a magistratura de primeiro grau não parece estar disposta a aceitar os encargos decorrentes da aplicação do instituto. Estes magistrados já se encontram bastante atribulados e não querem assumir essa responsabilidade a mais (de demonstrar que a decisão recorrida se subsume integralmente em uma súmula), que representa para eles um risco maior de erro e de receber críticas por parte dos advogados e do próprio tribunal (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 24).

A preocupação com as decisões conflitantes dos Tribunais Superiores e, por conseguinte, dos demais órgãos do Judiciário, extrapolou a academia e se tornou preocupante para o operador do direito por três razões: (i) o fenômeno passou a ser excessivamente frequente, somado a muitas bruscas mudanças de 'opinião' dos Tribunais; (ii) muitas dessas decisões conflitantes são proferidas para resolver controvérsias que envolvem questões de massa. Neste caso, a ofensa à isonomia é

mais gritante e, portanto, intolerável; (iii) passou a ser escancaradamente visível o fato de que os princípios da legalidade, da isonomia, ficam inteiramente comprometidos e a necessidade de que haja segurança jurídica e certa dose saudável de previsibilidade tornam-se, nesse contexto, irrealizáveis no plano empírico (WAMBIER, 2016, p. 517).

A partir desses problemas, visando à redução da instabilidade jurídica, tem-se buscado justificar a ideia de que todo precedente produzido pelo STF vincula as cortes inferiores, tese a que se filiou o STF no Agravo em RE com Agravo Regimental n. 1.147.344/DF:

A definição legal do instituto [a repercussão geral] introduz, no ordenamento positivo nacional, um conceito que, na experiência comparada, tem sido destinado para a definição funcional de precedentes [...] [por causa do sistema de precedentes instituído pelo CPC] **é possível afirmar que, na missão institucional definida pelo constituinte e pelo legislador ao Supremo Tribunal Federal, compete-lhe, no âmbito de sua competência recursal, promover a unidade do Direito brasileiro tanto de maneira retrospectiva quanto prospectivamente [...]** Tal unidade impõe, como o exige o Código, a juízes e tribunais o dever de observar as decisões do Supremo Tribunal Federal. **Isso porque positivou o Código de Processo Civil verdadeiro sistema obrigatório de precedentes** que naturalmente decorreria da hierarquização do Judiciário e da função da Corte Suprema. Observe-se, no entanto, que essa obrigatoriedade não se traduz por vinculação obrigatória. (BRASIL, 2018a, p. 2-6, acréscimo e grifos nossos).

O STF realizou, nesse caso, interpretação sistemática do §5^{o145}, art. 1.035 do CPC, que determina a suspensão de todos os processos que versem sobre matéria afetada pela repercussão geral, e do §3^{o146}, do mesmo artigo, que estabelece a repercussão geral presumida, nos casos do acórdão impugnado contrariar súmula ou jurisprudência dominante do STF (BRASIL, 2018a, p. 5-6).

Raciocínio semelhante, pode ser feito a partir da prescrição do §3^{o147}, art. 927 do CPC, que permite os tribunais modularem os efeitos da alteração de entendimento da jurisprudência do STF. Isso posto, e sabendo-se que o termo 'jurisprudência' extrapola as espécies de provimentos contidas no art. 927 do CPC, não há sentido permitir a modulação de efeitos, motivada por alteração de um entendimento, se este entendimento não for, ao menos, obrigatório. Portanto, os provimentos do STF,

¹⁴⁵ § 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional. (BRASIL, 2015).

¹⁴⁶ § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal [...]. (BRASIL, 2015).

¹⁴⁷ § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. (BRASIL, 2015).

mesmo não elencados no art. 927, também possuem obrigatoriedade (WAMBIER, 2016, p. 324-325).

No mesmo sentido, o STF, no RE 655.265, reconheceu seu papel **Corte de Vértice**, significando lhe caber dar unidade¹⁴⁸ ao direito e estabilizar seus precedentes. O Tribunal aduziu, ainda, que o CPC corrobora a adoção do sistema de *stare decisis* pelo Brasil e o decorrente efeito vinculante dos seus precedentes do STF (BRASIL, 2016c, p. 2-7).

No referido RE, o Tribunal adotou a noção de que seus precedentes possuem obrigatoriedade presumida, razão pela qual as cortes inferiores e o STF só podem deixar de aplicá-los mediante o *distinguish*; ao passo que o *overruling* só pode ser utilizado pelo próprio STF, como maneira de afastar um precedente da Corte Suprema (BRASIL, 2016c, p. 9).

Essa noção de Corte de Vértice, atrelada ao que se pode chamar de funções contemporâneas (ou **funções paradigmáticas**) das Cortes Supremas, desenvolveu-se a partir de dois modelos embrionários, o da corte de cassação francesa e o da corte americana de precedentes (WAMBIER, 2016, p. 308).

A corte de cassação, com a **função nomofilática**¹⁴⁹, está relacionada à teoria formalista¹⁵⁰ de interpretação jurídica, pela qual caberia à corte superior, apenas, desvelar o sentido exato da lei e manter a pureza do texto legal, cassando as decisões inferiores que divergissem desse sentido (ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 315).

Enquanto caberia à corte de precedentes, com **função uniformizadora**, ante os institutos típicos do *common law*, corrigir as decisões inferiores, não para impor o sentido da lei, mas, para uniformizar a interpretação adequada que decorre da lei e dos precedentes judiciais (ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 315).

A função uniformizadora, típica da corte de precedentes, radicava-se na necessidade de garantir o tratamento isonômico a todos aqueles submetidos às mesmas leis. Ou seja, tinha o escopo de realizar o imperativo da igualdade e da

¹⁴⁸ No referido acórdão, a partir das lições de Daniel Mitidiero, o Min. Edson Fachin, ainda, diferenciou a função de **uniformizar**, tarefa das Cortes de Justiça, da função **de dar unidade**, tarefa das Cortes Supremas (BRASIL, 2016b, p. 7).

¹⁴⁹ Wambier explica que a etimologia do termo “[...] deriva da junção de duas palavras de origem grega: *nómos*, que significa ‘uso’, ‘regra’, ‘norma’, ‘lei’, e *phylaktikós*, que quer dizer ‘que tem a virtude de preservar ou conservar’. Daí a palavra nomofilático, que tradicionalmente assumiu o conceito de proteção da letra da lei [...] a significar, nos dias de hoje, simplesmente manutenção da inteireza do direito, e não mais, estritamente, da letra da lei.” (WAMBIER, 2016, p. 289-290).

¹⁵⁰ Opção teórica decorrente da desvinculação iluminista do jusnaturalismo racionalista, para se apoiar no positivismo jurídico (WAMBIER, 2016, p. 296).

legalidade, porquanto se dirigia a garantir, no curso do processo interpretativo realizado na solução dos casos, a segurança e estabilidade gerada pela edição da lei. Não se tratava apenas fazer prevalecer a lei, mas, sim, de fazer prevalecer os próprios fins da legalidade (WAMBIER, 2016, p. 311).

Com o tempo, essas duas concepções embrionárias, **nomofilática** e **uniformizadora**, adquiriram novas funcionalidades. A função nomofilática, por exemplo, deixou de perseguir apenas o sentido exato da lei e passou a buscar a integridade do Direito holisticamente considerado (WAMBIER, 2016, p. 309).

Ao passo que a função uniformizadora, além de buscar a aplicação isonômica do direito e de manter as razões do postulado da legalidade, passou a significar que as Cortes Superiores atuem na construção do Direito, por meio de decisões que agreguem sentido aos textos legais (WAMBIER, 2016, p. 325).

Esses incrementos às funções embrionárias consolidaram-se no que se pode chamar de **funções paradigmáticas** dos Tribunais de Cúpula (WAMBIER, 2016, p. 325).

Outra abordagem acerca do papel dos Tribunais de Cúpula, é atribuí-lo à **concepção teórica privada**, cujo o foco é revisar e corrigir os casos concretos julgados pelas cortes inferiores, com vista aos interesses das partes, limitando a análise do Tribunal às alegações dos litigantes (TRENTO, 2016, p. 157-158).

Ou atribuí-lo à **concepção teórica pública**, cujas as principais funções são uniformizar a interpretação das normas, zelar pela isonômica aplicação do direito, e zelar pela unidade do ordenamento jurídico (TRENTO, 2016, p. 158).

Simone Trento aponta que o ordenamento processual brasileiro priorizou a concepção pública em detrimento da privada, conforme prescrição do §3^{o151}, art. 976 do CPC, que autoriza o STF examinar o mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), mesmo que ocorra a desistência ou abandono do processo pela parte (TRENTO, 2016, p. 158).

No mesmo sentido, o §3^{o152}, art. 1.029 do CPC, que permite desconsiderar o vício formal de recurso ou determinar sua correção para julgá-lo, demonstra que o RE vai além do interesse dos litigantes (TRENTO, 2016, p. 158).

¹⁵¹ §3^o A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado. (BRASIL, 2015).

¹⁵² O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave. (BRASIL, 2015).

É por meio dessas concepções, que se tem buscado atribuir aos precedentes do STF força vinculante, com a justificativa de se querer estabilizar as expectativas da comunidade jurídica (STRECK, 2018, p. 37).

Como corrobora Luiz Guilherme Marinoni, ao dizer que as decisões das Cortes Superiores são precedentes obrigatórios, porque têm, não mais a função de cassar as decisões que exorbitem o exato sentido da lei, mas, sim, a função de definir a norma que deriva da lei, por meio de uma atividade interpretativa do Judiciário com a finalidade de orientar casos futuros e estabilizar as relações jurídicas (MARINONI, 2015, p. 13).

Justificando a obrigatoriedade dos precedentes do STF a partir da autoridade ínsita do Tribunal, Daniel Mitidiero afirma que:

[...] Embora o novo Código tenha introduzido legislativamente o conceito de precedente entre nós, a autoridade do precedente obviamente dele não decorre. Na verdade, **a autoridade do precedente decorre do fato desse encarnar o significado que é adscrito ao direito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Vale dizer: a autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta.** (MITIDIERO, 2016, p. 98, grifos nossos).

Dessa forma, se a lei exige interpretação e a função das Cortes Supremas é exaltadamente interpretar a lei, imprescindível é conceber uma teoria dos precedentes, apta a garantir a unidade do direito, que postule pela vinculatividade normativa do STF aos seus próprios precedentes e, somente a partir disso, a vinculação desta interpretação para os órgãos de hierarquia inferior (ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 362).

Percebe-se nas concepções de Marinoni, Mitidiero e Zaneti Júnior, que a imperatividade das decisões do STF, sobre as cortes inferiores, decorre tão somente do fato da Constituição ter atribuído ao STF a competência para, na posição de Tribunal de Cúpula, realizar a interpretação constitucional.

Essa vinculação presumida, que limita a concepção de precedente à condição de palavra autorizada a ser repetida pelas demais instâncias judiciárias, sob ameaça de cassação, legitima o precedente apenas por prestígio à noção de autoridade e ignora as características ínsitas da decisão judicial (LOPES FILHO, 2016, p. 120).

Contudo, o fundamento da autoridade da instituição, para legitimar a interpretação (ou decisão) sobre o Direito, consiste em erro de lógica, por petição de princípio, já que não há como justificar que a legitimidade da autoridade ou das

instituições está nas regras jurídicas que a conferem se essas regras só podem conferir legitimidade se elas já a têm (DWORKIN, 1999, p. 244-249).

Por isso, a atribuição de vinculatividade a todo precedente do STF, a partir, apenas, da autoridade, contraria o pressuposto da TDI de que o dever, de se manter uma decisão atual coerente com as decisões anteriores, é proporcional ao grau argumentativo nelas presentes, pois o limite do campo gravitacional das decisões anteriores é relativo à extensão dos argumentos de princípio que forem necessários para justificá-las (STRECK, 2018, p. 36).

Noutras palavras, o elemento decisivo acerca do grau de obrigatoriedade do precedente não é o nível hierárquico do Tribunal emissor, mas, sim, a amplitude e profundidade da fundamentação do provimento judicial.

A lógica, de que a cogência do precedente é proporcional à extensão e ao detalhamento da fundamentação, pode ser dessumida das normas positivadas no §1º¹⁵³ do art. 489 do CPC, já que o direito de ter o argumento levado em consideração, uma das faces do contraditório, pressupõe a vinculatividade do precedente não pela autoridade, mas pela *ratio decidendi* do precedente, dado que a vinculação ao precedente é, na verdade, uma vinculação aos fundamentos da decisão, aos princípios que a justificam e que devem ser repetidos, com espeque nas exigências de imparcialidade e universalizabilidade do Direito. O fundamento do precedente não é apenas a *auctoritas*, mas também a *ratio*, que se determina pelas exigências de coerência, integridade e racionalidade do sistema jurídico (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 279).

O §6º¹⁵⁴, art. 1.036 do CPC, que condiciona a seleção do RE, representativo da controvérsia, à abrangência da argumentação e da discussão nele contidas, reflete a exigência do CPC de que os precedentes tenham fundamentação de qualidade, já que um precedente, resultante de um processo deliberativo raso, é prejudicial aos afetados pela sua influência (BAHIA, HENRIQUES, 2016, p. 213).

¹⁵³ § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2015).

¹⁵⁴ § 6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida. (BRASIL, 2015).

No mesmo sentido, o inciso III¹⁵⁵, art. 1.037, que permite o relator do RE no STF requisitar aos TJ ou TRF a remessa de recursos representativos da controvérsia, pode ser compreendido como um fomento à ampliação e à discussão dos fundamentos, no âmbito dos recursos relacionados a função paradigmática do STF.

Outro dispositivo relacionado à importância da fundamentação no RE, é o inciso I¹⁵⁶, art. 1.038 do CPC, que permite o relator do RE, em regime repetitivo, solicitar ou admitir a manifestação da comunidade jurídica com interesse na controvérsia. Evidenciado nítida preocupação com a efetivação da ampla discussão da *quaestio* na sociedade e com qualificação da fundamentação do provimento jurisdicional, no âmbito do RE (BAHIA, HENRIQUES, 2016, p. 216).

Isso porque o Juiz Hércules se caracteriza justamente como aquele que bem entende o contexto onde se encontra, dominando não só todas as facetas do Direito, sua história e evolução, **mas que também se preocupa com uma fundamentação que bem considere os argumentos das partes** e o caso concreto do modo como cada parte o apresenta, e que busque demonstrar ser a sua decisão a única correta na hipótese (LOPES FILHO, 2016, p. 68).

É a fundamentação, e não a *auctoritas* do Tribunal, que produz a força de influência, *gravitacional force*, do precedente e sua institucionalidade. A tese de considerar todos precedentes prolatado em RE viola a integridade da comunidade de princípios brasileira. Lênio Streck sintetiza de maneira esclarecedora o significado da integridade:

A integridade é entendida a luz de Ronald Dworkin: um princípio legislativo que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e **um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas**; coloca efetivos freios, por meio dessa **comunidade de princípios**, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética a qualquer forma de voluntarismo, ativismo e discricionariedade. Ou seja: por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, **não pode ele quebrar a integridade do Direito, estabelecendo um ‘grau zero de sentido’**, como que, fosse o Direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso – a morte do

¹⁵⁵ Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: [...]III - poderá requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia. (BRASIL, 2015).

¹⁵⁶ Art. 1.038. O relator poderá: I - solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno [...]. (BRASIL, 2015).

personagem – **não fosse condição para a construção do capítulo seguinte.** (STRECK, 2018, p. 21-22, grifos nossos).

Aportando-se nessas premissas, vê-se que a tese dos precedentes obrigatórios é incoerente à lógica estabelecida, pela CRFB/88, no §2º¹⁵⁷, art. 102, e no art. 103-A¹⁵⁸, visto que essa cogência dos provimentos do STF foi expressamente limitada, pela Lei Constitucional, às decisões em controle concentrado de constitucionalidade e às súmulas vinculantes.

A mesma racionalidade está representada pela não inserção do RE, fora do regime repetitivo, no rol dos provimentos elencados no art. 927 do CPC, aos quais o legislador atribuiu o dever de observância.

No mesmo sentido, o STF, pela Reclamação n. 8168/SC, mesmo no âmbito do controle concentrado, negou a tese da transcendência dos motivos determinantes da decisão, postulando que apenas o dispositivo da decisão em controle concentrado é que teria efeito vinculante (BRASIL, 2016b). Entendimento incoerente à tese da obrigatoriedade de todos os precedentes da Corte de Cúpula.

Percebe-se, dessas postulações, que o argumento *autorictas* não pode ser integralizado ao conjunto do Direito brasileiro, posto sua incoerência com o sentido das leis e com o próprio sentido das decisões anteriores do STF.

Enfim, pode-se compreender que a racionalidade subjacente dos dispositivos da CRFB/88, do CPC e de parte da jurisprudência do STF, é fomentar procedimentos amplos e profundos de deliberação, para legitimar o provimento a partir da fundamentação adequada e não da autoridade do Tribunal.

A questão é relevante para a dissertação porque diz respeito à relação entre a força do precedente judicial produzido pelo RE e a extensão dos fundamentos da decisão colegiada. O que reflete no objetivo principal da pesquisa, posto que se busca justificar que o *per curiam* é um modelo, de deliberação colegiada, mais adequado à produção de precedente qualificado, contendo fundamentação ampla e profunda, por

¹⁵⁷ §2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade **produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante**, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (BRASIL, 2004, grifos nossos).

¹⁵⁸ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, **terá efeito vinculante** em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (BRASIL, 2004, grifos nossos).

isso, um precedente provido de institucionalidade, com maior força gravitacional e de acordo com a integridade do Direito.

5.4 DECISÕES COLEGIADAS E O MODELO DE DELIBERAÇÃO *PER CURIAM*

De acordo com estudo desenvolvido na seção anterior, viu-se que o STF e parte dos juristas buscam mitigar o problema da instabilidade jurisprudencial, atribuindo obrigatoriedade a todo precedente prolatado no âmbito do RE. Estratégia objetada pelos pressupostos da TDI e pela racionalidade dessumida das prescrições normativas da Constituição e do CPC.

Verificou-se, ademais, que o conceito de precedente, construído a partir da TDI, demanda que se persiga a estabilização e a integridade jurisprudencial, por meio da construção de precedentes adequadamente fundamentados, a partir da institucionalidade, da coerência e da integridade.

Postulou-se, a par disso, compreensões extraídas da Constituição Federal (art. 103-A; e §2^a, art. 103), do CPC (§1^o, art. 489; §6^o, art. 1.036; inciso I, art. 1.037; e inciso I, art. 1.038) e da Reclamação n. 8168/SC, as quais representam o esquema de justificação subjacente ao ordenamento e às práticas jurídicas do Brasil, que denota inescindível fomento **à qualificação da justificação judicial por meio da ampliação da discussão e por meio do estabelecimento da dialeticidade nos processos de deliberação.**

Por isso, buscar-se-á, nesta seção, compreender o atual modelo de procedimental para julgar o RE, a fim de defender, à luz da TDI, o modelo de deliberação *per curiam* (MDPC) como procedimento mais adequado ao atendimento dessas necessidades.

Isso porque, a intensidade da discussão, no processo deliberativo do STF, tornou-se uma exigência para legitimação da Corte, porquanto a adequada discussão propicia a produção de precedentes qualificados com denso raciocínio e com ampla fundamentação, por isso, mais aptos a contribuir com a função de dar unidade ao ordenamento constitucional (MARINONI, 2015, p. 26-28).

O adequado desempenho da função paradigmática, pelo STF, pressupõe o respeito de suas decisões pela sociedade, pelos membros do próprio Poder Judiciário e dos demais órgãos da Administração Pública. Para tanto, concorrem alguns fatores

como a honorabilidade dos seus membros, **a legitimidade do procedimento perante a Corte**, a uniformidade e a estabilidade das suas decisões (WAMBIER, 2016, p. 236).

Por outro lado, como explica Virgílio Afonso da Silva, o instituto da colegialidade, traço característico dos tribunais constitucionais, apresenta-se como mecanismo de produzir fundamentos mais qualificados. Pois, ao estabelecer um procedimento deliberativo pelo qual os argumentos de cada magistrado têm igual valor, por meio da ausência de hierarquia entre os ministros, a colegialidade impõe que cada magistrado ouça os avançados argumentos dos outros membros da corte (SILVA, 2013, p. 562-563).

Percebe-se, assim, que o processo decisório em colegiado relaciona-se à extensão dos fundamentos da decisão judicial e, conseqüentemente, à legitimidade e institucionalidade dos precedentes produzidos. Legitimidade no sentido de respeitar a integridade e manter a coerência da TDI. Institucionalidade com o significado de representar uma resposta coerente com a própria função de um tribunal de cúpula.

Não obstante, Silva (2013), em artigo específico sobre a prática deliberativa em colegiado do STF, identifica a existência de um déficit de legitimidade dos provimentos da Corte Suprema, radicado nas regras do RISTF e nas práticas costumeiras que informam o desenvolvimento do processo de deliberação decisória do Tribunal (SILVA, 2013, p. 584).

Déficit que evidencia a necessidade de estudar a prática deliberativa, para se propor soluções e mudanças, com o intuito de otimizar e legitimar a Suprema Corte brasileira no desempenho de suas funções constitucionais (SILVA, 2013, p. 584).

É nesse ponto que a discussão entre o modelo de deliberação *seriatim* (MDS) e o *per curiam*, como espécies distintas de procedimentalidade decisória em colegiado, torna-se relevante às justificações sobre legitimidade e institucionalidade das decisões resultantes do recurso extraordinário.

Nesse espeque, será estudada a noção de colegialidade, para, em seguida, serem estudados os modelos de deliberação.

Luiz Guilherme Marinoni aduz não haver colegialidade, quando os Ministros do STF prolatam seus votos, como se estivessem sozinhos diante da causa, ou quando, para solucionar o processo, apresentam fundamentos autônomos em relação aos fundamentos dos demais Ministros. A deliberação, nesses termos, não resulta uma

decisão colegiada, mas, apenas, uma mistura de decisões individuais (MARINONI, 2015, p. 34).

Virgílio Afonso da Silva dispõe que os elementos da colegialidade são, entre outros:

[...] (i) the disposition to work as a team; (ii) the absence of hierarchy among the judges (at least in the sense that the arguments of any and all judges have the same value); (iii) the willingness to listen to arguments advanced by other judges (i.e. being open to being convinced by good arguments of other judges); (iv) a cooperativeness in the decision-making process; (v) mutual respect among judges; (vi) the disposition to speak, whenever possible, not as a sum of individuals but as an institution (consensus seeking deliberation) (SILVA, 2013, p. 562-563).

A partir disso, os elementos da colegialidade relacionam-se com a própria noção de institucionalidade de um tribunal, porque colegialidade, da jurisdição constitucional, significa a busca do consenso deliberativo a se externalizar por uma resposta institucional, não por uma resposta que representa apenas a soma de interpretações individuais (SILVA, 2013, p. 562-563).

A colegialidade torna mais complexo ainda o problema da decisão judicial, pois, se no juízo singular a questão sobre como o magistrado fundamenta a decisão é controvertida, ainda mais o será a decisão em colegiado, que exige um processo de decisão dentro de outro, já que, antes de decidir, é necessário decidir como se decidir. Nesse sentido Marinoni (2015) afirma que:

Se o juiz singular certamente realiza juízos de valor no momento em que raciocina para decidir, mas lhe basta justificar os motivos das suas opções, algo um pouco diferente se passa quando se tem em conta um julgamento colegiado. Nesse caso, os valores que dirigem a eleição e a utilização das diretivas devem ser necessariamente explicitados e objeto de plena discussão, uma vez que apenas assim será possível justificar o valor efetivamente compartilhado pelo colegiado ou pela maioria (MARINONI, 2015, p. 113).

Colegialidade, segundo a Ministra Rosa Weber, HC 452.752-PR, como princípio informador da jurisdição constitucional, impõe que **a justificação da decisão judicial expresse a opinião unânime ou majoritária do Tribunal, enquanto voz e voto de um ente coletivo, não plural** (BRASIL, 2018b, p. 197).

A colegialidade, enquanto expressão da **exigência de integridade da jurisprudência**, é instrumento de atribuir **autoridade e institucionalidade** às decisões do STF (BRASIL, 2018b, p. 205). Enquanto método, determina que o

processo decisório se distinga daquele realizado em juízo singular (BRASIL, 2018b, p. 197).

Como elemento funcional, a colegialidade: determina dialeticidade e interação direta, entre os membros do colegiado, para a formação da vontade do ente coletivo; e orienta que os Ministros, não obstante a individualidade das próprias compreensões acerca do Direito, sirvam a um propósito institucional (BRASIL, 2018b, p. 197-198).

No processo decisório em colegiado, as concepções pessoais apresentadas pelos Ministros são enfrentadas pelos demais até certo momento da deliberação: a identificação do resultado majoritário. Após este momento, a deliberação deve guiar-se à consolidação da institucionalização do resultado (BRASIL, 2018b, p. 198).

Além disso, a exigência de integridade, do art. 926 do CPC, impõe, à jurisdição constitucional, considerar que a decisão em RE tenha força suficiente para impor o dever, ao tribunal, de buscar a coerência normativa decisória com suas decisões anteriores (BRASIL, 2018b, p. 200).

A integridade, combinada com a leitura do inciso V, art. 927 do CPC, funciona como exorte da vinculação horizontal das decisões do Plenário do STF, de maneira a garantir a institucionalidade de suas decisões, pois:

Ainda que as razões não sejam capazes de convencer a todos - e nunca serão - **elas devem atender à pretensão de ser racionalmente compreendidas**, senão por todos, pelo menos por aqueles preocupados mais **com a realização institucional de um julgamento correto**, do que com a vicissitude do resultado eventualmente alcançado. (BRASIL, 2018b, p. 205, grifos nossos).

A partir desses expostos, a colegialidade impõe que os Ministros vencidos em Plenário, apliquem, no exercício de juízo monocrático do Tribunal, a interpretação firmada pelo Pleno, mesmo que contrário à concepção individual do próprio Ministro (BRASIL, 2018b, p. 205-208).

Há que se ressaltar, nessa construção da Ministra Rosa Weber, que **não se trata de efetivar, às decisões do Plenário do STF, obrigatoriedade** sobre os demais órgãos jurisdicionais do Tribunal; **mas, sim, de se manter o processo decisório coerente com a institucionalidade e colegialidade**.

Essa linha de intelecção repousa na lógica de que, se o Ministro teve a oportunidade, em Plenário, de expor sua divergência, de enfrentar os argumentos contrários, e de ter enfrentados seus argumentos, o STF, representado

monocraticamente pelo Ministro, incorre em incoerência lógica, ao aplicar uma interpretação que restou superada, pela própria Corte, no julgamento anterior feito no Plenário.

Vê-se, no argumento, que **a oportunidade de levar as divergências interpretativas à plena e ampla discussão é que reforça a colegialidade e, por decorrência, a institucionalidade dos provimentos do STF.**

Nesse sentido, o MDPC tende a ser mais adequado do que o MDS para o processamento do RE, porque oportuniza, em decisão colegiada, a deliberação, a dialeticidade e a refutação dos argumentos aduzidos pelos Ministros. E por causa, também, de outras características que lhes são ínsitas, as quais serão estudadas, em seguida, por meio da diferenciação dos dois modelos de deliberação.

5.4.1 Modelo de deliberação *seriatim*

Os modelos de processamento e deliberação para decisão jurídica de cortes supremas podem assumir diversas características, adotando sessões secretas ou públicas, ou ambas; permitindo a prolação de votos divergentes ou restringindo-os; atribuindo competência discricionária ou vinculada para se definir quais casos estão sujeitos à apreciação da corte; ou adotando o MDPC ou MDS (SILVA, 2015, p. 183).

Em razão da delimitação da pesquisa, serão trabalhadas apenas as questões referentes ao MDPC e ao MDS.

No MDS, as decisões são fundamentadas por mera agregação de votos, pelo mero ajuntamento das *opinions*, contendo a individualização e a identificação dos respectivos ministros redatores (PADUA, 2015, 90).

O MDS permite que cada juiz elabore seu voto, acarretando um significativo aumento do tamanho do acórdão, o que prejudica a identificação e definição da *ratio decidendi* (KAYSER, 2016, p. 53).

Ressalve-se, nesse ponto, que o MDS não impede, necessariamente, a formação de *ratio decidendi*, mas, propicia a formação de justificações menos exatas e detalhadas, prejudicando a extração da *ratio*, quando comparado com o MDPC (KAYSER, 2016, p. 53-54).

Tradicionalmente, a adoção do modelo *seriatim* é mais usual das cortes de países de *common law*, a exemplo da *British House of Lords*, da Suprema Corte da Austrália e da *Supreme Court* dos EUA, esta última apenas em seus primeiros anos.

Lado outro, nos países de *civil law*, os tribunais geralmente optam pelo MDPC, a exemplo, de Alemanha e Itália (SILVA, 2013, p. 570).

O Tribunal Constitucional do Brasil é um caso atípico, pois, embora de tradição *civil law*, adota o *seriatim*, já que o processo de deliberação e julgamento no STF dá-se pela apresentação de opiniões separadas com a individualização de cada Ministro (SILVA, 2013, p. 570).

Acerca da historicidade desses modelos, Pádua (2015) pontua interessante questão sobre as razões que influenciaram a *Supreme Court* americana passar do modelo *seriatim* para o *per curiam*, veja-se:

Menciona-se que durante os anos iniciais de seu nascimento, mais precisamente durante os 11 primeiros anos de sua existência, de 1789-1800, a Suprema Corte Americana teria sido uma Corte inefetiva e desajeitada, mas que sua história mudou radicalmente quando John Marshall se tornou o *Chief Justice* em 1801. [...] Ao assumir a presidência da Corte, Marshall estava preocupado com o valor ambíguo de precedente das decisões seriadas (*seriatim decisions*), e então estabeleceu a prática de o *Chief Justice* anunciar uma única opinião que representaria a 'a opinião não dividida da Corte', baseando esta medida política em ideologia e eficiência [...] afirma-se que Marshall acreditava que uma voz unificada aumentaria o poder e a dignidade da Suprema Corte [...]. (PÁDUA, 2015, p. 122-123).

Por óbvio, não se pode afirmar, a partir desse exemplo, que basta substituir o MDS, do STF, pelo MDPC, da *Supreme Court*, para solucionar todos os problemas relacionados à instabilidade jurisprudencial e ao déficit de legitimidade, apontados alhures.

Primeiro, porque não se pode cometer o erro, apontado por Koerner (2017, p. 177), de se buscar inspiração de métodos e de teorias de decisão judicial na *Supreme Court*, para aplicá-los no modelo de deliberação do STF, sem, antes, considerar as particularidades e diferenças entre essas Cortes.

Na prática americana, por exemplo, há uma forte concepção de que todas as decisões da *Supreme Court* impõem o dever, em maior ou menor grau, de observância a todos os órgãos do Judiciário. No entanto, pela estrutura do sistema recursal norte-americano, uma controvérsia constitucional só alcança a Corte Constitucional, após exaustivo debate nas cortes inferiores (SILVA, 2013, p. 568).

Circunstância que não encontra correspondência na estrutura recursal do Brasil, pois, seja pelo controle difuso ou concentrado, é possível que uma questão controvertida chegue ao STF, mesmo sendo a primeira vez que se debate sobre o assunto (SILVA, 2013, p. 568).

E, segundo, porque uma decisão *per curiam* não é sinônimo de *ratio decidendi* clara e coerente, ou de estabilidade jurisprudencial, visto que o MDPC não é garantia de que todas as decisões terão os atributos necessários para se extrair uma *ratio decidendi* (PÁDUA, 2015, p. 124) (KAYSER, 2016, p. 56).

A grande questão do MDS é a pluralidade de fundamentos da decisão, posto que produzida pela mera agregação de votos, característica ínsita ao modelo. Essa pluralidade transmite, à sociedade e às instituições, a ideia de que o resultado do julgamento corresponde à decisão de determinados Ministros e não à decisão do Tribunal, como instituição, afetando, assim, a legitimidade e institucionalidade dos seus provimentos (KAYSER, 2016).

Outra questão, que será evidenciada na seção 5.4.3, diz respeito ao MDS na prática colegiada no STF, na qual se percebe como o modelo tem se tornado um óbice à ampliação e à dialeticidade do debate no processo decisório.

Enfim, no procedimento deliberativo *seriatim*, o órgão colegiado soma todos os votos individualizados dos Ministros para apurar o resultado majoritário, a partir do qual se elabora a decisão. Impõe-se, a seguir, tratar do MDPC.

5.4.2 Modelo de deliberação *per curiam*

O termo *per curiam*, do latim ‘pela corte’, apareceu pela primeira vez na *Supreme Court* em 1862, no *case Mesa vs. United States*. No Direito americano, o conceito se refere a uma decisão colegiada sem identificação do juiz que a escreveu, uma vez que a autoria do acórdão é institucional e não individual (KAYSER, 2016, p. 38).

No acórdão, os juízes vencedores elaboram breves proposições que representam o denominador comum das diversas perspectivas postas em discussão pelos juízes (KAYSER, 2016, p. 38).

Na origem, as decisões *per curiam* representavam casos incontroversos que, por sua unanimidade, não exigiam um longa *opinion*; contudo, em 1909, no *case Chicago, Burlington e Quincy Railway Co. vs. Williams*, surgiu a primeira decisão *per curiam* com ***opinion dissidente*** (KAYSER, 2016, p. 38).

Aqui é relevante trazer o conceito de decisões plurais e diferenciar decisão concorrente, divergente e dissidente.

As **decisões plurais**, *no-clear-majority decisions*, são aquelas que, embora contenham uma manifestação majoritária para resolução do caso, contêm, em si, duas ou mais *rationes* sem amparo pela maioria do colegiado. Elas ocorrem quando o recurso é provido sem maioria de votos em algum dos fundamentos¹⁵⁹ (MARINONI, 2015, p. 35-39).

A **decisão concorrente** refere-se àquela em que o ministro concorda com o resultado, mas, aponta existir uma fundamentação melhor (MARINONI, 2015, p. 40).

Na **decisão divergente**, o Ministro não concorda com o resultado dos demais votos e também não enfrenta os fundamentos contrários. A decisão diverge, por uma escolha teórica diferente, mas sem refutar o arrazoado dos demais integrantes do colegiado. Na **decisão dissidente**, a não concordância é acompanhada de refutação dos fundamentos contrários (MARINONI, 2015, p. 41-42).

Postos esses esclarecimentos, Kayser explica que o MDPC evoluiu de instrumento de consenso para um método de deliberação capaz de, mantendo a unidade institucional da corte, conciliar a discussão e o desacordo dos juízes em casos complexos e controversos (KAYSER, 2016, p. 38-39).

Inicialmente, pelo MDPC, as **opinions dissidentes** permaneciam no inteiro teor do acórdão, porém, a partir dos anos 70, proliferou-se a prática de redigi-las em separado. Atualmente, na *Supreme Court*, mesmo com o *per curiam*, os juízes conseguem manifestar suas divergências, analisando as seções das *opinions* dissidentes dos demais *Justices* para endossá-las ou refutá-las (KAYSER, 2016, p. 40).

Pelo modelo americano, decisão *per curiam* contém uma única *opinion* sem identificação do *Justice* que a redigiu, no entanto, em alguns circuitos, ante a complexidade e o número de questões em um único caso, pode haver mais de uma opinião escrita em conjunto, assim como, às vezes, os autores das diferentes seções são identificados¹⁶⁰ (SOBEL, 1991, p. 27).

Ainda esclarece o autor que:

¹⁵⁹ Para exemplificar, basta imaginar um julgamento de 6 x 5, no qual seis ministros concordaram pela inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade. No entanto, destes seis, quatro argumentam que a igualdade violada no caso se refere ao *caput* do art. 5º da CRFB/88, enquanto dois defendem que a violação ocorreu em relação à igualdade do inciso XXXIV, art. 7º.

¹⁶⁰ Livre tradução do trecho de "In some circuits, the complexity and number of issues in single case have resulted in jointly written opinions. Sometimes the opinions is designated a *per curiam*, at other times the authors of the different sections are identified." (SOBEL, 1991, p. 27).

Opiniões dos Tribunais de Apelação representam a decisão coletiva de vários juízes. O juiz que escreve a opinião deve ter em conta o pensamento dos outros juízes do painel ou do Tribunal e incorporar o pensamento do grupo no raciocínio da opinião. Às vezes, vários juízes participam da preparação de uma opinião, por exemplo, quando uma opinião é escrita em conjunto ou quando os juízes comentam as minutas preparadas pelo juiz designado para redigir a opinião. Quando a opinião não representa o pensamento de todos os membros do tribunal, alguns juízes podem optar por preparar opiniões concorrentes ou divergentes. Este capítulo discute algumas das considerações colegiadas sobre a escrita de opinião¹⁶¹ (SOBEL, 1991, p. 27).

A partir das recomendações do manual de escrita judicial do Centro Judiciário Federal norte-americano, pode-se identificar as seguintes regras de proceder para elaboração de decisões *per curiam*: empregar planejamento e coordenação suficientes a garantir uma decisão final coerente e legível; reunir previamente, a fim de discutir sobre a estrutura da decisão e suas partes, sobre a interdependência dessas partes, bem como, sobre o juízo de justificação geral ou a delimitação do conteúdo fático (SOBEL, 1991, p. 27).

O *Judicial Writing Manual* ainda recomenda: organizar a sequência das seções de modo a evitar confusões e repetições de análises de direito ou de fato; designar um dos juízes do colegiado para esboçar e resumir as seções propostas pelo colegiado, e para escrever, após a discussão e aprovação, a introdução e conclusão, considerando todas as seções anteriores (SOBEL, 1991, p. 27-28).

Além disso, o juiz coordenador deverá analisar todas as ações, a fim de fazer correções não substanciais e de evitar duplicidades desnecessárias ou diferenças estilísticas grosseiras. Por fim, o manual americano recomenda que os juízes, reciprocamente, se exortem no caso da *opinion* não estiver clara ou se a *ratio*, redigida por um juiz, não corresponder à adotada pelo demais juízes (SOBEL, 1991, p. 28).

Percebe-se que, pelo MDPC da *Supreme Court*, há uma fase distinta de discussão, baseada na minuta da decisão, na qual todos os *Justices* da Corte podem sugerir mudanças e adaptações na decisão a ser publicada (MARINONI, 2015, p. 136).

¹⁶¹ No original: "Appellate opinions represent the collective decision of several judges. The judge who writes the opinion must take into account the thinking of the other judges of the panel or en banc court and incorporate the group's thinking into the opinion's rationale. Sometimes several judges participate in preparing an opinion, for example, when an opinion is written jointly or when judges comment on drafts prepared by the judge assigned to write the opinion. When the opinion does not represent the thinking of all of the members of the court, some judges may choose to prepare concurring or dissenting opinions. This chapter discusses some of the collegial considerations in opinion writing." (SOBEL, 1991, p. 27).

Ressalve-se que o método *per curiam* também permite que os *Justices* apresentem **opiniões dissidentes**, desde que a *opinion* descreva questões jurídicas emergentes que sejam úteis em decisões futuras, porquanto, no costume americano, o voto dissidente no *per curiam* não deve ser utilizado apenas para externalizar a divergência pessoal de algum ou alguns magistrados (SOBEL, 1991, p. 27).

Permite-se, também, no *per curiam*, apresentar **opiniões concorrentes** em casos que, embora a maioria sustente uma decisão, existam fundamentos distintos do resultado (KAYSER, 2016, p. 41).

Por fim, conhecidos os principais aspectos do MDPC e suas diferenças com o MDC, será analisada a atual prática deliberativa do STF, apontando-se questões problemáticas desse modelo, que prejudicam a ampliação do debate e, por consequência, a qualificação dos fundamentos das decisões.

5.4.3 Colegialidade e prática deliberativa no STF

Virgílio Afonso da Silva, no âmbito da deliberação colegiada, distingue a deliberação de um parlamento da deliberação de cortes supremas, pois, embora ambas se desenvolvam por colegiado, naquela o objetivo é vencer com o fim de implementar um posicionamento político específico por meio de um consenso majoritário (SILVA, 2013, p. 564-565).

Enquanto a deliberação colegiada da jurisdição constitucional tem o objetivo de estabelecer um consenso institucional, que significa ir além de prolatar um resultado majoritário sobre determinado assunto, pois visa ao convencimento pela argumentação racionalmente construída (SILVA, 2013, p. 565-566).

O STF, embora tenha que deliberar como Corte Suprema, tem deliberado à semelhança dos parlamentos, posto que, no atual modelo de deliberação, os Ministros, em vez de buscar a conciliação, buscam vencer¹⁶² no julgamento (SILVA, 2013, p. 564-565).

Percebe-se que os magistrados agem como advogados, com a intenção de ganhar, não com a intenção de construir um consenso pelo diálogo e deliberação, já que não enfrentam os argumentos contrários e que citam apenas os artigos

¹⁶² Evidência disso é o resultado da pesquisa empírica, realizada pelo autor, que apontou a oposição dos Ministros à ideia do relator disponibilizar seu voto antes da deliberação, em razão do temor do Ministro-Relator em ver sua tese refutada (SILVA, 2013, p. 197).

acadêmicos e precedentes que lhes são favoráveis, ignorando os desfavoráveis (SILVA, 2013, p. 577).

Não há, entre os membros do STF, consenso no sentido de existir, ou inexistir, um dever para o relator expor, no acórdão, as opiniões contrárias às suas. Também, não há consenso, ser legítimo, ou não, a relatoria ignorar os argumentos que não ajudem a sustentar sua tese (SILVA, 2015, p. 195-197).

Os Ministros produzem seus juízos de justificação para atender um imperativo formal, não para convencer¹⁶³ os demais membros do Tribunal, já que o modelo de deliberação é focado no resultado binário da decisão, busca-se responder, no processo, se há ou não (in)constitucionalidade, a partir do agregado da simples maioria numérica¹⁶⁴ (SILVA, 2013, p. 564-565).

No rito deliberativo do STF, o presidente do Tribunal sempre toma parte nas decisões, diferentemente da Corte americana, cuja a participação do *Chief Justice* é vinculada a casos específico (SILVA, 2013, p. 568).

Para deliberação, não há reunião oficial anterior, seja secreta ou pública, entre os Ministros. Todos escrevem suas próprias opiniões, as quais são todas publicadas sem reparos ou ajustes para torná-las coesas e coerentes entre si. E, dessa mesma forma, são publicadas, exceto a ementa, que é preparada pelo relator (SILVA, 2013, p. 568).

A sessão plenária do STF corresponde à 'sessão de leitura de voto' em vez de 'sessão de deliberação', pois, geralmente, os Ministros comparecem às sessões com seus votos já escritos. A ordem das 'leituras de voto' é prescrita pelo regulamento¹⁶⁵ do tribunal: o primeiro a ler é o relator e o último a ler é o Presidente da Corte. A ordem das leituras para os outros nove Ministros é baseada na ordem decrescente de antiguidade no cargo (SILVA, 2013, p. 570-571).

O relator, diferentemente de outros tribunais constitucionais, é escolhido por sorteio¹⁶⁶, não por especialização, e tem a incumbência de elaborar dois

¹⁶³ Corroborar essa percepção a indiferença, *infra*, aos argumentos da sustentação oral e a prática de elaborar seus votos antes das sessões e de rejeitar a alteração do voto escrito.

¹⁶⁴ Essa constatação deriva da despreocupação de se evitar as decisões plurais (na definição de Marinoni), posto que impossível vincular fundamentos, *ratio decidendi*, que não são identificáveis ou, caso identificáveis, são desprovidos de consenso majoritário. Mácula que contrária, a um só tempo, a lógica da institucionalidade do precedente judicial e o devido processo legal. Quanto à institucionalidade do precedente, remete-se o leitor a nota 158, e quanto ao devido processo legal, remete-se à seção 5.2.6.

¹⁶⁵ Art. 135. Concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros, na ordem inversa de antiguidade. (BRASIL, 2018c).

¹⁶⁶ Art. 66. **A distribuição será feita por sorteio ou prevenção**, mediante sistema informatizado, **acionado automaticamente**, em cada classe de processo. § 1º O sistema informatizado de distribuição automática e

documentos¹⁶⁷: **o relatório**, com a síntese das alegações das partes e de como os tribunais anteriores decidiram; e **o seu voto** (SILVA, 2013, p. 570).

Aspecto interessante diz respeito ao momento de definição do Ministro-Relator, no Brasil, por exemplo, a definição do relator é um dos primeiros atos decisórios do processo, enquanto na *Supreme Court*, o relator é designado somente após uma primeira rodada de deliberação do case (SILVA, 2015, p. 183).

Durante a deliberação é possível interromper a sessão, por pedido de vista¹⁶⁸. Essa prática fomenta o individualismo dos Ministros, e empobrece a extensão e a profundidade da decisão, porquanto significa que o Ministro está pedindo para refletir sozinho sobre o caso e reconhecendo, declaradamente, que os outros Ministros do Tribunal não podem contribuir de forma alguma na sua reflexão (SILVA, 2013, p. 572).

O pedido de vista permite, ainda, o relator adotar uma postura estratégica e ‘segurar’ o processo, a fim de aguardar uma nova formação da Corte, que seja favorável à sua posição (SILVA, 2015, p. 188-190).

Além disso, distinguindo-se que a decisão colegiada pode ser tomada por meio de deliberação, consistente numa discussão orientada para o consenso entre os Ministros, ou por meio de simples votação. Percebe-se que o pedido de vista simplesmente pulveriza a deliberação (SILVA, 2013, p. 557).

Outro aspecto da prática pretoriana, é o costume de ler e publicar todas as opiniões escritas pelos Ministros, mesmo em decisões tomadas por unanimidade. Permitindo-se que um voto concorrente componha, desnecessariamente, a decisão unânime (SILVA, 2013, p. 568).

Noutro artigo, Virgílio Afonso da Silva, colhendo, mediante entrevista anônima, as percepções pessoais de diversos Ministros do STF e ex-integrantes da Corte,

aleatória de processos é público, e seus dados são acessíveis aos interessados. **§ 2º Sorteado o Relator, ser-lhe-ão imediatamente conclusos** os autos Art. 67. Far-se-á a **distribuição entre todos os Ministros**, inclusive os ausentes ou licenciados por até trinta dias, **excetuando o Presidente**. (BRASIL, 2018c, grifos nossos).

¹⁶⁷ Esclarece-se que essa descrição de Silva (2013) está delimitada ao processo de deliberação em si, ao momento que os ministros efetivamente decidem a questão. Pois, conforme o RISTF, o ministro-relator possui inúmeras atribuições relacionadas à efetiva condução do processo. A exemplo, veja-se: “Art. 21. **São atribuições do Relator: I – ordenar e dirigir o processo**; II – executar e fazer cumprir os seus despachos, suas decisões monocráticas, suas ordens e seus acórdãos transitados em julgado, bem como determinar às autoridades judiciárias e administrativas providências relativas ao andamento e à instrução dos processos de sua competência, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais não decisórios a outros Tribunais e a juízos de primeiro grau de jurisdição [...]”. (BRASIL, 2018c, grifos nossos).

¹⁶⁸ Resolução n. 278, de 15 de dezembro de 2003. Regulamenta o art. 134 do Regime Interno. [...] Art.1º O Ministro que pedir vista dos autos deverá devolvê-los no prazo de dez dias, contados da data que os receber em seu Gabinete. O julgamento prosseguirá na segunda sessão ordinária que se seguir à devolução, independentemente da publicação em nova pauta. **§1º Não devolvidos os autos no termo fixado no caput, fica o pedido de vista prorrogado automaticamente por dez dias**, findos os quais a Presidência do Tribunal ou das Turmas comunicará ao Ministro o vencimento do referido prazo. (BRASIL, 2018c).

identificou algumas concepções do Tribunal sobre o **papel do relator**, do seu relatório e do seu voto; sobre os **votos redigidos com antecedência** e o papel do relator; sobre a postura do relator em relação a **argumentos contrários**; e sobre a relação entre **relatoria e redação do acórdão vencedor** (SILVA, 2015, p. 186-199).

Verificou-se que o papel do relator é decisivo nos processos de litigância massiva, porque, na prática, ante o volume de demanda, o relator decide e os demais membros o acompanham, sem deliberar (SILVA, 2015, p. 186-188).

Esse tipo de decisão, sem deliberação e meramente agregativa, atribui indevida proeminência à relatoria, a ponto de desvirtuar a colegialidade, provocando a monocratização das decisões que deveriam ser colegiadas (SILVA, 2015, p. 184).

Nas causas de repercussão político-social, o papel do relator pode ser relevante a ponto de balizar o debate ou pode não ter protagonismo algum, acaso o voto do Ministro-Relator seja tomado como um voto qualquer (SILVA, 2015, p. 188).

Nos casos polêmicos, cada Ministro leva seus votos individuais prontos para as sessões, indicando uma posição refratária ao debate e à discussão da causa, visto que os Ministros constroem suas *opinions* de maneira hermética e individualizada, naturalmente, as decisões plurais são uma constante (SILVA, 2015, p. 184).

A confecção integral do voto, antes mesmo da deliberação, pode significar, ainda, a indisposição dos Ministros para reconsiderar o posicionamento, visto que isso representaria dispêndio, em vão, do tempo e do esforço do Ministro (SILVA, 2015, p. 191-193).

Outrossim, o relator, antecedentemente à sessão, não disponibiliza seu voto aos demais membros do colegiado, para evitar a refutação dos seus fundamentos pelos demais, o que consubstancia prática antideliberativa do processo decisório (SILVA, 2015, p. 193-195).

Sobre isso, cumpre-se ressaltar o procedimento do RE, em regime repetitivo, na hipótese que o relator admitir ou solicitar a participação da comunicação jurídica no processamento do RE. Caso que, conforme o §2º, art. 1.038 do CPC, o relator do RE deverá remeter cópia do seu relatório aos demais ministros antes do julgamento (BRASIL, 2015).

Os Ministros do STF consideram muito limitada a influência das sustentações orais das partes sobre a opinião dos ministros, dado que o relator, já tendo elaborado seu voto anteriormente, dificilmente irá alterá-lo por conta dos argumentos apresentados na sustentação oral (SILVA, 2015, p. 193).

Outro aspecto relevante, é a compreensão do STF de ser necessária a substituição do relator vencido para redação do acórdão final, classificando, ainda, como ‘violência intelectual’ a prática de outros tribunais constitucionais de manter a incumbência ao relator, mesmo vencido. Essa percepção evidencia uma cultura de respeito às individualidades dos Ministros em detrimento do caráter institucional do processo decisório (SILVA, 2015, p. 197-198).

Descrita a prática deliberativa em decisões colegiadas do STF, verificou-se que o conjunto de regras e práticas que regem a procedimentalidade decisória do STF, atrelado ao MDS, pode estar relacionado aos problemas do déficit de institucionalidade dos provimentos e da oscilação jurisprudencial, os quais tanto afastam os precedentes da Corte Suprema das exigências da TDI.

5.4.4 Expectativas do *per curiam* aplicado ao recurso extraordinário

Viu-se, na seção 5.3, que a institucionalidade do provimento de uma corte de cúpula se legitima pela fundamentação adequada de suas decisões, não pela autoridade do Tribunal.

Verificou-se, também, que a colegialidade, nas significações estudadas na seção 5.4, pressupõe oportunizar, aos Ministros do STF, a discussão, ampla e plena, sobre as divergências interpretativas acerca do Direito, de maneira que os Ministros enfrentem os argumentos que lhes são contrários, e de modo que os argumentos apresentados por esses Ministros também se sujeitem ao desafio dos demais membros e de todos os sujeitos intervenientes no processo.

É esta dialeticidade que leva os Ministros, nos julgamentos posteriores, renunciarem suas perspectivas individuais em prol da institucionalidade, aplicando o precedente do Plenário em detrimento da sua particular compreensão do Direito.

Isso demonstra que a influência do precedente, sobre os casos futuros, tem relação com a maneira que seu deu o debate, o chamado **princípio da vinculação ao debate**, como explica Theodoro Júnior *et al*:

O denominado *Mootness Principle*, ou **princípio da vinculação ao debate**, que estabelece que os tribunais não podem discursar abstratamente sobre regras jurídicas hipotéticas, mas apenas estabelecer as regras que derivam especificamente da análise de cada caso concreto. Esse princípio implica uma especificação do âmbito do debate, a fim de permitir uma consideração de todas as particularidades e circunstâncias individualizadoras do caso concreto (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2016, p. 276, grifos nossos).

Por essa razão, somente serão considerados fundamentos determinantes aptos a formarem a *ratio decidendi*, aqueles efetivamente debatidos ou incorporados ao voto majoritário dos juízes em decisão colegiada. De tal maneira, que os fundamentos não referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão, terão conteúdo de *obiter dictum* ou voto vencido e não de *ratio decidendi* (ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 378).

Noutras palavras, apenas os fundamentos, debatidos e endossados pela maioria do STF, podem ser considerados para elaboração da *ratio decidendi*, e, como tal, podem influenciar os casos futuros (MARINONI, 2015, p. 139).

Eis, então, o primeiro argumento a favor do MDPC: é um modelo superior ao MDS, pois exige que todos os fundamentos da decisão sejam enfrentados e discutidos por todos os membros do Tribunal, mesmo que não compartilhados por todos.

Enquanto no MDS, em razão do voto escrito e do mecanismo *seriatim*, um Ministro pode simplesmente fazer a leitura de seu voto, ignorando os argumentos deduzidos pelos demais, no MDPC, isso não é possível, pois o Ministro, mesmo vencido, deverá participar, após proclamação do resultado, da discussão sobre a minuta da decisão.

O segundo argumento a favor do MDPC, refere-se ao problema da rejeição, por parte dos Ministros do STF, em permitir que os seus próprios argumentos sejam enfrentados e refutados pelos demais Ministros.

Essa rejeição, evidenciada, na seção 5.4.3, pela oposição dos Ministros à ideia de que o relator tem o dever de encaminhar, antes da sessão, o relatório aos demais Ministro, também está externalizada no julgamento do HC 152.752/PR.

Caso em que a Ministra Rosa Weber, ao terminar a leitura de seu voto e ter seus argumentos questionados pelo Ministro Ricardo Lewandowski e pelo Ministro Marco Aurélio, foi blindada pela Ministra Cármen Lúcia, Presidente do STF, à época, que interviu a fim de evitar o enfrentamento (BRASIL, 2018b, p. 217).

Em seguida, embora as Ministras declarassem que a finalidade do colegiado seria realmente o debate, a dialeticidade não ocorreu, como se pode ver abaixo:

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, a Ministra Rosa Weber justificou muito bem, exatamente dentro da opinião dela. Então, acho que há de se respeitar. Ela tem o direito até porque ela poderia também evoluir. **O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – No colegiado, a troca de ideias é cabível. **A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Eu

gosto muito de ouvi-los, mas há um detalhe, eu estabeleci premissas teóricas. Todavia, eu compreendo, às vezes, na leitura, não se acompanha... O **SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – No início, confesso que não sabia o sentido do voto de Vossa Excelência. Olha que tenho alguma experiência no colegiado. **A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** – Meu voto é tão claro! Quem me acompanha nesses 42 anos de magistratura não poderia ter a menor dúvida com relação a ele. Tenho critérios de julgamento e procuro manter a coerência nas minhas decisões. Embora, claro, as compreensões sejam diversas. E isso é normal, saudável, faz bem, faz evoluir. **A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** – O colegiado é exatamente para isso. **A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Procurei explicitar tudo isso, dizendo que as vozes individuais são muito importantes, devem se fazer presentes no debate. Mas, uma vez estabelecida uma voz coletiva por meio de decisões majoritárias ou – melhor seria – unânimes, essa passa a ser a voz da instituição. Pode-se alterar? Pode sim! Eu disse com todas as letras, nem precisaria dizer, hoje o Código de Processo Civil é expresso a respeito. Mas essa é a minha compreensão, não necessariamente a de Vossa Excelência. (BRASIL, 2018b, 217-218, grifos do original).

A postura dos Ministros, refratária ao lançamento de suas teses à crítica e ao enfrentamento dos argumentos que lhes são contrários¹⁶⁹ no julgamento, é incoerente às próprias premissas da noção de colegiado. E incoerente à racionalidade presente no inciso IV¹⁷⁰, §1º do CPC, que prescreve o dever de enfrentamento de todos os argumentos capazes de infirmar a conclusão deles decorrente.

Além disso, essa rejeição ao debate não é coerente à racionalidade dessumida do §2º¹⁷¹, art. 1.038 do CPC, que determina ao relator do RE, em regime repetitivo, remeter cópia do seu relatório aos demais Ministros antes do julgamento, visto que o dispositivo tem o escopo de possibilitar, aos demais Ministros, o aprofundamento na controvérsia, para permitir um debate amplo e profícuo.

Bahia e Henriques anotam que a redação anterior do §3º¹⁷², art. 1.038 do CPC, determinava, expressamente, que o acórdão do RE, em regime repetitivo, abrangesse os fundamentos contrários e favoráveis da tese jurídica discutida. No entanto, a Lei n. 13.256/16, que alterou a redação do dispositivo¹⁷³, desonerou o STF desse dever, deixando o legislador de contribuir para uma melhor fundamentação das decisões em jurisdição constitucional (BAHIA; HENRIQUES, 2016, p. 217-218).

¹⁶⁹ Para os juízes do Tribunal Constitucional da Alemanha, é inaceitável que o relator do processo ignore as posições contrárias em seu voto (SILVA, 2016, p. 196).

¹⁷⁰ § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador [...]. (BRASIL, 2015).

¹⁷¹ § 2º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais ministros, haverá inclusão em pauta, devendo ocorrer o julgamento com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. (BRASIL, 2015).

¹⁷² § 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de **todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários**. (BRASIL, 2015, grifos nossos).

¹⁷³ § 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos **fundamentos relevantes da tese jurídica discutida**. (BRASIL, 2016, grifos nossos).

Por isso, o MDPC, ao vedar que os Ministros prolatem seus votos isoladamente, e determinar que todos membros discutam, não só o resultado do julgamento, mas os últimos termos e os pormenores do acórdão final, é um modelo mais apto a estimular a dialeticidade da deliberação e, com isso, atender à exigência de coerência com o sentido da colegialidade, às demandas de institucionalidade do provimento, e à necessidade de integridade com os citados dispositivos do CPC.

O terceiro argumento em prol do MDPC, diz respeito ao déficit de institucionalidade, decorrente do isolacionismo hermenêutico, da prática de transformar a sessão de deliberação em sessão de leitura de votos, uma vez que o MDS permite que os Ministros do STF se limitem a ler os respectivos votos, elaborados previamente à sessão, e decidir o RE sem, contudo, efetivamente deliberar com dialética.

Se a decisão deve ser resultado da deliberação colegiada, não há racionalidade haver uma decisão consolidada e escrita antes do início da sessão. O voto do relator, ou as anotações dos demais Ministros, devem ser um ponto de partida, um convite à discussão, e não um ponto de chegada ou convite à adesão (MARINONI, 2015, p. 105).

Mais uma vez, o MDPC apresenta-se superior ao MDS, visto que veda a permanência dos Ministros em suas ilhas cognitivas, contidas no voto escrito, e força-os a compartilhar as compreensões sobre o Direito, por exigência da consolidação da decisão final. Nesses termos, pelo MDPC, os votos escritos deixam de ser a argumentação pronta e acabada dos Ministros, para se tornarem apenas o ponto de partida do diálogo a construir o provimento final.

Quarto, o MDPC mitiga o déficit de institucionalidade do RE, relacionado à extensão textual do acórdão e relacionado aos problemas das decisões plurais.

Em relação à **extensão textual**, que não se confunde com extensão e profundidade dos fundamentos, o MDS, no qual o ajuntamento de votos escritos que não relacionam entre si, é suficiente à decisão final, e, por isso, não impede que o interior teor do acórdão contenha repetições desnecessárias. E não evita que a decisão se fundamente em precedentes distintos para justificar uma mesma interpretação, ou que a decisão considere definições conceituais incompatíveis.

Óbices que são mitigados pelo MDPC, o qual determina a redação do acórdão em um único documento, mediante elaboração de um texto coeso e coerente com todas as partes da decisão, sem repetições inócuas (SOBEL, 1991, p. 27-28).

O MDPC estimula a prolação de sentenças menores e mais compreensíveis, permitindo-se identificar com clareza as justificações que subsidiaram as posições centrais do acórdão, favorecendo a identificação da *ratio decidendi*, sua compreensão, e utilização pelos tribunais inferiores (KAYSER, 2016, p. 49).

Enfim, o MDPC substitui a série de longos arrazoados, que não se comunicam, por um texto coeso e coerente, que integra e correlaciona as diversas teses aventadas durante a deliberação.

As decisões plurais prejudicam a institucionalidade do RE porque, ao produzirem diversas fundamentações, militam contra o papel¹⁷⁴ que deve ser desempenhado pelo STF. Isso porque dificultam, por sua inexatidão, a identificação e compreensão dos fundamentos da sentença (MARINONI, 2015, p. 59-60).

E porque contribuem à prolação de decisão desprovida de razões sustentadas pela maioria do colegiado, inviabilizando a extração da *ratio decidendi* e o uso da decisão como precedente para decisões futuras (MARINONI, 2015, p. 59-60).

O MDPC estabelece três momentos do processo decisório. O anterior ao início da sessão, quando se discute, previamente, sobre a estrutura da decisão e suas partes, sobre a interdependência dessas partes, sobre o juízo de justificação geral, e sobre a delimitação do conteúdo fático, permitindo que os membros do tribunal formem, antes da deliberação, um acordo em posições básicas.

O momento da deliberação em si. E o momento posterior a proclamação do resultado do julgamento, quando se delibera a fim de estabelecer a coesão e coerência entre os argumentos contidos na decisão final.

Dessa forma, o MDPC atua antes, durante, e depois da deliberação para restringir as decisões plurais.

Além disso, o MDPC **obsta**, peremptoriamente, **a produção de acórdão com fundamentos divergentes**, o que não ocorre no MDS, principalmente, com a prática do STF de elaborar votos escritos antes da sessão de deliberação.

A aceitação do acórdão divergente na decisão em colegiado contribui para o déficit de institucionalidade, decorrente da influência de idiosincrasias e subjetividades dos Ministros no processo deliberativo, como visto na seção 5.4.3.

¹⁷⁴ Relembre-se que o STF tem a função de manter a unidade do ordenamento constitucional, por meio da produção de precedentes que respeitem a integridade do Direito. Para se evitar repetições desnecessárias, remete-se o leitor às seções 5.2 e 5.3.

E na medida em que o voto divergente não enfrenta os argumentos dos demais membros, sua finalidade está limitada a servir de canal para que o Ministro divergente apresente sua particular visão sobre o Direito.

O que muito se difere do **voto dissidente e do concorrente**, aceitos pelo MDPC, desde que, após desafiar todos os argumentos majoritários, contenha questão emergente, apta a permitir a evolução do Direito.

Nesse sentido, o MDPC concilia, ao mesmo tempo, a necessidade de manter o Tribunal aberto às novas necessidades de construção jurídica com a necessidade de respeitar a institucionalidade do precedente e de inibir manifestações pessoais dos Ministros.

Ademais, o MDS, com a prática do voto escrito, além de não inibir o voto divergente, é um modelo que estimula a produção de decisões com fundamentos divergentes, prejudicando a formação de fundamentos compartilhados pela maioria e, conseqüentemente, o uso da decisão como precedente.

Por isso, o MDPC, ao atuar na redução de decisões plurais e vedar a presença de fundamentos divergentes no acórdão final, favorece à força da colegialidade, à institucionalidade do RE e a observância da integridade do Direito.

O quinto argumento a favor do MDPC, refere-se ao problema do déficit de institucionalidade, decorrente da baixa influência da sustentação oral sobre a decisão final do STF. Esse problema contraria à **concepção do contraditório como garantia de influência** na decisão judicial.

Partindo da premissa de que o processo se consubstancia por direitos e garantias de natureza constitucional, por isso, de observância compulsória em todos os procedimentos, o contraditório, mais que direito de dizer e contradizer, passou a significar a garantia, exigível em todo tipo de processo, de influência no resultado do provimento jurisdicional (BAHIA; HENRIQUES, 2016, p. 206).

No âmbito dos precedentes, o contraditório como garantia de influência, encontrada na lógica estruturada dos artigos¹⁷⁵ 7º, 8º, 9º e 10 do CPC, impõe que os

¹⁷⁵ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

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

argumentos aduzidos por todos sujeitos processuais devam influenciar a decisão e, por isso, devam integrar a sentença (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 56).

Isso reclama que a práxis decisória no STF considere as alegações orais, no curso do julgamento, de modo a viabilizar um efetivo debate (entre magistrados, advogados e demais sujeitos processuais), capaz de atingir o resultado final da decisão (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 122).

A par dessas considerações, viu-se que, no MDS, a influência desse debate, sobre o deslinde do julgamento, é quase nula, visto que, diante dos votos escritos e pré-elaborados, dificilmente os Ministros alteram suas argumentações a fim de incorporar os fundamentos trazidos pelas sustentações orais dos outros atores do processo.

Essa tendência é desfavorecida pelo MDPC, pois valoriza as justificativas produzidas em ampla e dialética discussão, em detrimento dos argumentos pré-concebidos no voto escrito. E mesmo que os Ministros, deliberando pelo MDPC, tragam os seus votos escritos, estes naturalmente se modificarão, em razão dos desafios postos a eles, durante a dialética decisória. Realizando, assim, o contraditório como garantia de influência e atendendo a exigência de coerência à racionalidade dessumida dos artigos 7º, 8º, 9º e 10 do CPC.

Ressalve-se, acerca dessa questão, que a influência dos demais sujeitos do processo sobre a definição dos limites da *ratio decidendi*, após o resultado do julgamento, é prática consolidada no STF, a exemplo, da atuação do Procurador da Fazenda no RE 590.809/RS, que interviu, decisivamente, para aplicar, de maneira ampla, e não só ao creditamento de IPI, o entendimento sobre o não cabimento da rescisória aos acórdãos compatíveis com a jurisprudência do STF, em vigor à época da prolação do acórdão (MARINONI, 2015, p. 131-132).

Porém, o que a pesquisa aponta é a não influência antes do resultado do julgamento, conforme se viu na seção 5.4.3.

A sexta razão pela qual o MDPC é mais adequado para o processamento do RE, relaciona-se ao problema das oscilações jurisprudenciais, dado que o MDPC dificulta a mudança, ao alvedrio, dos entendimentos individuais dos Ministros.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (BRASIL, 2015).

Isso porque, uma vez oportunizada a plena apresentação e defesa de seus argumentos, em processo dialético, a todos os Ministros, a decisão *per curiam* consolidará o resultado dessa dialeticidade num acórdão uno e íntegro, mesmo nos casos de pequena margem majoritária, a exemplo de um placar de 6 x 5.

Essa particularidade do MDPC desincentiva a alteração do precedente da Corte, resultante da mudança de entendimento promovida por apenas um dos Ministros que compuseram a apertada maioria.

Pois, enquanto, no MSD, para efetivar a alteração, esse Ministro precisa enfrentar apenas os próprios argumentos esposados no voto individual pretérito. No MDPC, o Ministro oscilante tem o dever de enfrentar os argumentos de todos os Ministros, institucionalizados no bloco *per curiam*, isso exige um esforço hermenêutico-argumentativo muito maior.

A mesma lógica se aplica para vedar as situações nas quais o Ministro, vencido em Plenário, com voto dissidente ou concorrente, intenta afastar-se, em juízo monocrático, ou mesmo atuando nas Turmas, do entendimento do Pleno para aplicar sua compreensão jurídica individual. Já que a colegialidade exigirá justificativa suficiente a refutar as questões postas por todos no Plenário, antes de aplicar a sua particular compreensão do Direito.

Vê-se, por essas razões, que o MDPC atua como um reforço à colegialidade, porque compele os Ministros a observar a institucionalidade dos precedentes do STF, concretizando do dever de estabilização, contido no *caput* do art. 926 do CPC, e, assim, realizando as exigências da TDI.

Bem por isso, o MPDC atua como reforço à respeitabilidade do STF, pois se o Tribunal muda sua jurisprudência de acordo com a sua composição, a confiança pública na Corte Suprema, como instituição, decai; visto que seus Ministros, demonstrando mais apego a partidarismos do que a imparcialidade, transmitirão a ideia de que a solução do recurso extraordinário é mais resultado do jogo de poder do que resultado da razão (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 293).

A sétima justificativa do MDPC, diz respeito ao baixo aproveitamento do potencial deliberativo dos Ministros mais antigos da Corte, uma vez que, conforme regulamento do RISTF, os Ministros com mais tempo no Tribunal são os últimos a votarem.

Por isso, num processo em que o resultado da votação esteja 6x0, 7x1, 8x2, e assim em diante, a manifestação dos demais julgadores, no MDS, será inócua, como se percebe no relato do Ministro Luiz Fux, no HC 152.752/PR:

Senhora Presidente, há alguns momentos em que **a antiguidade** nos traz um certo conforto, porque, se por um lado, **esvazia um pouco a nossa capacidade argumentativa, em razão dos votos antecedentes**, por outro lado, também nos dá a oportunidade de ouvirmos vários enfoques que aqui foram trazidos. De sorte que eu gostaria de começar manifestando a minha admiração pelos votos que me antecederam, do Relator, do Ministro Alexandre, do Ministro Barroso, da Ministra Rosa Weber, que trouxe o enfoque da colegialidade distinto dos enfoques trazidos até então, **o que facilita a minha tarefa, mas ao mesmo tempo me torno um pouco repetitivo**. (BRASIL, 2018b, p. 220, grifos nossos).

Percebe-se que, no MDS, uma vez definido o resultado do julgamento, as exposições dos Ministros tornam-se repetitivas ou poucos proveitosas. Circunstância diferente, acaso o julgamento se desse pelo MDPC, posto que permitiria os Ministros mais antigos se manifestarem e influenciarem no resultado da decisão, refutando e argumentando, do início ao fim do processo de deliberação.

5.5 FECHO

Por fim, levando em consideração as sete razões apresentadas, verificou-se que o MDPC, em relação ao MDS, estabelece um processo de deliberação dialético, propício a elaboração de construções jurídicas mais extensas, exatas e profundas.

Incentiva que todos os Ministros enfrentem e desafiem as teses aventadas pelos membros da Corte, aproveitando o potencial argumentativo e de produção do conhecimento sobre Direito.

Estende esse desafio e enfrentamento ao demais sujeitos do processo, propiciando-lhes, mais do que participar, influenciar no resultado da decisão.

O MDPC atua fortemente na institucionalidade dos provimentos e reforça a colegialidade, compelindo os Ministros a renunciarem suas compreensões individuais, em prol da colegialidade.

Ao desestimular as decisões plurais, ao vedar os votos divergentes, e estabelecer demandas de organização e coesão textual, o MDPC intervém em prol da produção de precedentes com fundamentos claros, coerentes, coesos, apoiados pela maioria do colegiado, e textualmente menores, já que impele o órgão jurisdicional antes, durante e após a deliberação, a observar a unidade do acórdão final, exigindo

que todo acórdão consubstancie uma unidade de encadeamento lógico-argumentativo.

Essas características dos precedentes facilita a tarefa da comunidade jurídica (tribunais, advogados, acadêmicos etc) de identificar e compreender a *ratio decidendi* contida no RE, estimulando a unidade de aplicação do Direito e legitimando a respeitabilidade dos provimentos do STF.

O MDPC mitiga a oscilação jurisprudencial, seja por alteração da Corte, seja por mudança de entendimento dos membros da Corte, pois, desencoraja os Ministros de, individualmente, alterarem, sem denso juízo de justificação, seus próprios entendimentos. Da mesma forma, desencoraja o Plenário, com nova formação, de alterar os precedentes da formação anterior, porque, mais do que simplesmente aderir ao resultado vencido na última deliberação, o Plenário terá que refutar por completo o bloco de justificações no qual se fundamentou o julgamento anterior.

Essas razões, que justificam a adequação da decisão *per curiam* como procedimento deliberativo para processamento e julgamento do RE, mostram-se compatíveis ao esquema de racionalidade presente nos dispositivos constitucionais e nas diversas normas do CPC.

Ao mesmo tempo que respeitam a historicidade do RE, como instrumento de realizar o imperativo da igualdade de todos perante o Direito, visto que o MDPC incentiva o STF a se manter coerente com a historicidade dos seus próprios precedentes.

E ao mesmo tempo que conecta o RE ao sentido ancestral do *due process of law*, de servir como limitador do poder estatal com base na racionalidade reconhecida pela comunidade.

Fica evidenciado, dessa forma, que o MDPC atende à exigência da integridade no âmbito do processo judicial, uma vez que concita os Ministros do STF a construir seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, de maneira a consolidar o precedente judicial do RE como uma garantia contra arbitrariedades interpretativas, em observância à moralidade (esquemas de racionalidade) da comunidade brasileira de princípios.

Por tudo isso, o MDPC é mais adequado, segundo a teoria do direito como integridade, ao processamento do RE.

6 CONCLUSÕES

O tema-problema da pesquisa consistiu em compreender como o modelo de deliberação colegiada, para julgamento do recurso extraordinário, influencia no desempenho institucional do Supremo Tribunal Federal. Postulando-se que o MDPC seria mais adequado que o MDS, atualmente, adotado pelo STF, para processar o RE.

O primeiro passo, para sustentar essa postulação, foi descrever, na seção 2, os principais elementos do marco teórico, onde as premissas, a seguir, foram evidenciadas.

A TDI considera que as proposições jurídicas (sejam regras, princípios, costumes, práticas jurídicas) são conceitos interpretativos cujas significações devem ser coerentes com a história institucional dessa proposição e do esquema de racionalidade que lhe é subjacente.

Essa proposta teórica, por meio da teoria da única resposta correta, e das metáforas do Juiz Hércules e do romance em cadeia, remeteu a decisão judicial à concepção de força gravitacional de precedentes.

A TDI pressupõe que o precedente, produto do RE, contém força gravitacional em vez de força de promulgação, significando que o provimento do STF deve ser coerente com a história institucional e respeitar a integridade do direito como um todo.

Além disso, todo instituto jurídico (prática jurídica) deve atender aos imperativos de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo, este último definido como o conjunto de procedimentos para aplicação das regras criadas pela comunidade política.

Na seção 3, foi apresentada a concepção evolutiva do *due process of law* e sua relação com o precedente judicial.

Verificando-se que o *due process of law*, na roupagem inglesa de *law of the land*, além de servir como garantia processual aos litigantes, continha o significado de limitar o poder estatal com base na racionalidade reconhecida pela comunidade, a *legem terrae*.

Com o tempo, o *due process of law* passou a estruturar a própria ideia de *Rule of Law*, quando assumiu o significado de tratamento igualitário de todos sob as práticas jurídicas reconhecidas pela comunidade, as quais englobavam as regras reconhecidas pelos Tribunais, as regras consideradas integrantes da Constituição, as

leis elaboradas pelo Parlamento, e, também, toda a estrutura de racionalidade que justificam essas práticas.

Já nos EUA, o *due process of law* inglês foi reconstruído para justificar a realização do controle de constitucionalidade por uma Corte judiciária, com o escopo de proteger os direitos dos cidadãos e os ditames da Constituição escrita.

A par dessas leituras, buscou-se conectar as racionalidades do *due process of law* com o RE, sob a justificativa de que, sendo o RE uma prática jurídica com a finalidade de avaliar a violação do Direito, o RE seria um dos desdobramentos da concepção de devido processo legal adjetivo da TDI, a qual o definiu como conjunto de procedimentos para aplicação do Direito criado pela sistema jurídico.

Com isso, integrando-se a cadeia de significações desses institutos jurídicos, ao modo de um romance em cadeia, concebeu-se o RE como um instrumento de controle de constitucionalidade, por influência do *judicial review*, orientado a realizar o tratamento igualitário de todos perante as práticas jurídicas reconhecidas pela comunidade, por influência da racionalidade do *Rule of Law*.

Raciocínios que consolidaram o substrato teórico da premissa de que o precedente judicial, produto do RE, deve realizar o imperativo da igualdade de todos perante o direito. E, também, manter a coerência com a historicidade dos precedentes que lhes são anteriores, e manter a integridade com o Direito posto da comunidade de princípios, a fim de representar uma resposta institucional do tribunal e não uma resposta individual de Ministros de uma Corte.

Na seção 4, consolidou-se o terceiro objetivo específico do trabalho: compreender a natureza funcional e normativa do recurso extraordinário, a partir da TDI.

A par disso, levando-se em conta as exigências da TDI, seção 2.5, e dos apontamentos da seção 3.3, compreendeu-se que o RE, inspirado no *writ of error* americano, deve guardar coerência com a noção do *Rule of Law* da doutrina constitucional inglesa, com a noção do *judicial review* norte-americano, e com a racionalidade das proposições jurídicas da Constituição Federal e de todo ordenamento da comunidade brasileira.

Assim, enquanto esse dever de coerência, com a historicidade do *Rule of Law*, significa que o RE seja assimilado como instrumento a buscar tratamento igualitário de todos os cidadãos sob as práticas jurídicas reconhecidas pela comunidade de princípios.

O dever de coerência, com a cadeia de sentidos do *judicial review* e com a racionalidade das práticas jurídicas do Brasil, significa que o RE, como instrumento de controle de constitucionalidade, deve, a partir da CRFB/88 e do CPC, consolidar a resposta institucional do STF às controvérsias constitucionais, harmonizando as tensões jurídicas-políticas levadas ao Tribunal.

Em seguida, a análise de diversos dispositivos constitucionais e do CPC reforçou a premissa de que a racionalidade da Constituição Federal e do CPC, impõem compreender o RE como instrumento para o STF desempenhar sua função uniformizadora, a fim de garantir o tratamento igualitário das partes e de manter a unidade da interpretação e aplicação do ordenamento constitucional.

Na seção 5, compreendeu-se o precedente judicial a partir dos pressupostos teóricos da TDI, sendo estabelecidas as concepções adiante listadas.

A TDI rejeita que o precedente judicial represente uma posição partidária, de momento, dos membros da Corte Superior; ou que represente apenas a interpretação individual de um dos Ministros.

O precedente judicial sujeito a discricionárias oscilações jurisprudenciais, que façam resultar aplicação desigual do Direito aos jurisdicionados, também não é aceito pela TDI.

O elemento decisivo para se estabelecer o grau de obrigatoriedade do precedente não é o nível hierárquico do Tribunal emissor, mas, sim, a amplitude e a profundidade da fundamentação do provimento judicial. O que exige rejeitar concepções que sustentem a obrigatoriedade do precedente, exclusivamente, pela autoridade da corte emissora.

Enfatizou-se, ainda, que a teoria de precedentes da TDI, ao exigir que a *applicatio* leve em conta os elementos amplos que integram as razões subjacentes do julgamento, não pode ser entendida como uma permissão para que o intérprete busque elementos extra-jurídicos ou opções axiológicas para decidir o caso.

Isso porque as razões subjacentes não podem ser extraídas do subjetivismo do interpretante, mas, sim da estrutura de racionalidade presente na CRFB/88, nos textos legais, e nos arranjos institucionais que consubstanciam as práticas jurídicas da comunidade política de princípios do Brasil.

Após a concepção de precedente judicial ser correlacionada com o recurso extraordinário e com a TDI, expôs-se, na seção 5.4.4, sete blocos de argumentos de justificação do MPDC como procedimento mais adequado de processamento do RE,

pelos quais se verificou que o MDPC, em relação ao MDS, estabelece um processo de deliberação dialético, propício a elaboração de construções jurídicas mais extensas, exatas e profundas.

Incentiva que todos os Ministros enfrentem e desafiem as teses aventadas pelos membros da Corte, aproveitando o potencial argumentativo e de produção do conhecimento sobre Direito. E estende esse desafio e enfrentamento ao demais sujeitos do processo, propiciando-lhes, mais do que participar, influenciar no resultado da decisão.

Constatou-se, ainda, que o MDPC atua fortemente na institucionalidade dos provimentos e reforça a colegialidade, compelindo os Ministros a renunciarem as respectivas compreensões individuais em prol da colegialidade.

E, ao desestimular as decisões plurais, ao vedar os votos divergentes, e estabelecer demandas de organização e coesão textual, demonstrou-se que o MDPC intervém em prol da produção de precedentes com fundamentos claros, coerentes, coesos, apoiados pela maioria do colegiado, e textualmente menores, já que impele o órgão jurisdicional antes, durante e após a deliberação, a observar a unidade do acórdão final, exigindo que todo acórdão consubstancie uma unidade de encadeamento lógico-argumentativo.

Essas características dos precedentes facilitam a tarefa da comunidade jurídica (tribunais, advogados, acadêmicos etc) de identificar e compreender a *ratio decidendi* contida no RE, estimulando a unidade de aplicação do Direito e legitimando a respeitabilidade dos provimentos do STF.

Argumentou-se, ademais, que o MDPC mitiga a oscilação jurisprudência, seja por alteração da Corte, seja por mudança de entendimento dos membros da Corte, pois, desencoraja os Ministros de, individualmente, alterarem, sem denso juízo de justificação, seus próprios entendimentos.

Da mesma forma, desencoraja o Plenário, com nova formação, de alterar os precedentes da formação anterior, porque, mais do que simplesmente aderir ao resultado vencido na última deliberação, o Plenário terá que refutar por completo o bloco de justificações no qual se fundamentou a julgamento anterior.

Essas razões mostraram-se compatíveis ao esquema de racionalidade presente nos dispositivos constitucionais e nas diversas normas do CPC. Ao mesmo tempo que respeitaram a historicidade do RE, como instrumento de realizar o imperativo da igualdade de todos perante o Direito, visto que o MDPC incentiva o STF

a se manter coerente com a historicidade dos seus próprios precedentes. E, concomitantemente, conecta o RE ao sentido ancestral do *due process of law*, de servir como limitador do poder estatal com base na racionalidade reconhecida pela comunidade.

Pugnou-se, por isso, que o MDPC atende às exigências da integridade no âmbito do processo judicial, uma vez que concita os Ministros do STF a construir seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, de maneira a consolidar o precedente judicial do RE como uma garantia contra arbitrariedades interpretativas, cumprindo-se os deveres impostos pelos esquemas de racionalidade que justificam as práticas jurídicas brasileiras.

Por fim, percorridas todas seções, o trabalho concluiu que o modelo de deliberação *per curiam* é adequado para o processamento do recurso extraordinário, segundo as premissas da TDI.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O sistema jurídico nos Estados Unidos – common law e carreiras jurídicas (judges, prosecutors e lawyers): o que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro? **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 1-26, jan. 2016. Disponível em:

AYRES, Ana Luíza Zakur; ZANDONA, Sérgio Henriques. A sociedade brasileira é governada pelo Supremo Tribunal Federal?. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 8-113, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/acessojustica/article/view/4240>. Acesso em: 03 ago. 2019.

BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; HENRIQUES, Paulo Valério. Recursos extraordinário e especial repetitivos no CPC/2015: uso e interpretação de acordo com o modelo constitucional de processo. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 258, ano 41, p. 205-223, ago. 2016.

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana**. Tradução de Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art2. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 dez. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9494.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.256 de 04 de março de 2016. Altera o Código de Processo Civil para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 fev. 2016a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm#art2. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 211**. Enunciado aprovado pelo Corte Especial em 01 de julho de 1998. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 25 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial n. 1.667.087/RS**. Processual civil. Ambiental. Recurso especial. Omissão. Prequestionamento ficto. Ocorrência. Aplicação do disposto no art. 1.025 do CPC de 2015. Posicionamento da segunda turma em torno da consolidação das novas técnicas processuais [...]. Relator: Min. Og Fernandes, 13 de agosto de 2018a. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1667087&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 07 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus n. 152.752/PR**. Matéria criminal. Execução provisória da pena. Impetração em substituição a recurso ordinário constitucional. Cognoscibilidade. Ato reputado coator compatível com a jurisprudência do STF. Ilegalidade ou abuso de poder. Inocorrência. Alegado caráter não vinculante dos precedentes desta corte. Irrelevância. Deflagração da etapa executiva. Fundamentação específica. Desnecessidade. [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 26 de junho de 2018b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Reclamação n. 8168/SC**. Reclamação. Aposentadoria espontânea. Acumulação de proventos de aposentadoria com vencimentos. ADI 1.770. Ausência de pertinência temática estrita. Transcendência dos motivos determinantes. Relator: Min. Ellen Gracie. Redator p/ acórdão: Min. Edson Fachin, 29 de fevereiro de 2016b. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11847> Acesso em: 06 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso extraordinário n. 590.809/RS**. Ação rescisória – Verbete n. 343 da Súmula do Supremo. O Verbetes n. 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda. Relator: Min. Marco Aurélio, 21 de novembro de 2014. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2630912>. Acesso em: 09 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso extraordinário n. 655.265/DF**. Ingresso na carreira da Magistratura. Art. 93, I, CRFB/88. Triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em direito. Requisito de experimentação profissional. [...] Papel da corte de vértice. Unidade e estabilidade do direito. Vinculação aos seus precedentes. Stare decisis. Princípios da segurança jurídica e da isonomia. Ausência dos requisitos de superação total (overruling) do precedente. Relator: Min. Luiz Fux. Relator p/ acórdão: Min. Edson Fachin, 13 de abril de 2016c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310064847&ext=.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo n. 1.147.344/DF**. Preliminar de repercussão geral. Deficiência na fundamentação. Relator: Min. Edson Fachin, 15 de outubro de 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+1147344%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+1147344%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y83szxjf>. Acesso em: 06 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno**. Brasília: STF, 2018c. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 279**. Enunciado aprovado em sessão plenária de 13 de dezembro de 1963a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>. Acesso em: 25 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 281**. Enunciado aprovado em sessão plenária de 13 de dezembro de 1963b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2487>. Acesso em: 25 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 283**. Enunciado aprovado em sessão plenária de 13 de dezembro de 1963c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2226>. Acesso em: 25 mar. 2019.

BRINA, Christina Vilaça. **Dworkin e Raz**: uma análise comparada sobre o conceito de direito, a relação entre direito e moral, e a interpretação jurídica. 2016. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-ASJFJX>. Acesso em: 23 nov. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura?. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, p. 91-118, jan./jun. 2009.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Tradução Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **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. Coord. Thomas Bustamante [et al]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/publicacoes>. Acesso em: 07 ago. 2019.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno**: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the Law of the Constitution**. Indianápolis: Liberty Found, 1982.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: meio de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais. 18. ed. Salvador: JusPodvm, 2016.

DONOSO, Denis; SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. **Manual dos recursos cíveis**: teoria e prática. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Tradução Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

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

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FURQUIM, Lilian de Toni. **O liberalismo abrangente de Ronald Dworkin**. 2010. 235 f. Tese (Doutorado em Ciência Política), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-02122010-111403/pt-br.php>. Acesso em: 28 out. 2018.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**: um ensaio. Tradução Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012.

KOERNER, Andrei. **Política e direito na suprema corte norte-americana**: debates teóricos e estudos de caso. Ponta Grossa: UEPG, 2017. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/rwcyd/epub/koerner-9788577982332.epub>. Acesso em: 01 jul. 2019.

KAYSER, Kevin Bertamoni. **O modelo de tomada de decisão das cortes supremas e o problema da formação de precedentes** (Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero). 2016. 61 f. Monografia (Bacharelado em Ciências Jurídicas), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/157554>. Acesso em: 05 jan. 2019.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 295-313, abr./jun. 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2013. (E-BOOK)

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia e operacionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, coord. **Direito jurisprudencial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 2 v.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 245, p. 333-349, jul. 2015. Disponível em: www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao.../RPro_n.245.12.PDF. Acesso em: 05 ago. 2019.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática.** (Orientador: Prof. Dr. Lênio Luiz Streck). 2014. 292 f. Tese (Doutorado em Direito), UNISINOS, São Leopoldo, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3148>. Acesso em: 06 jun. 2019.

MUZZI FILHO, Carlos Victor. Limites do direito e o Pós-escrito de Hart: impressões de um advogado. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, p. 77-98, jan./jun. 2013. Disponível em: www.fumec.br/revistas/meritum/article/download/1781/1152. Acesso: 26 jul. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo.** 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. O prequestionamento e o novo CPC. **Revista de processo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 1-7, jun. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.256.08.PDF. Acesso em: 25 mar. 2019.

PÁDUA, Thiago Aguiar de. **Análise da prática decisória do STF: o precedente e as 11 dimensões funcionais da *ratio decidendi* a partir de Pierluigi Chiassoni.** (Orientador: Prof. Dr. Jefferson Carús Guedes). 2015. 276 f. Dissertação (Mestrado

em Direito), Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12079>. Acesso em: 24 jul. 2019.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Em busca da legitimidade do direito contemporâneo: uma análise reconstrutiva das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther**. Belo Horizonte: Clube de Autores, 2013.

PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única resposta correta, de Ronald Dworkin. **Revista CEJ**, Brasília, a. XIII, n. 45, p. 102-109, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/1080>. Acesso em: 18 jul. 2019.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. Recurso extraordinário: efeitos da decisão de (in)constitucionalidade sobre a administração pública direta e indireta. **Revista de direito da administração pública**, Rio de Janeiro, a. 3, v. 1, n. 1, p. 6-14, jan./jul. 2018. Disponível em: www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/146. Acesso em: 07 jul. 2019.

PRINCIPE, Michael L. Albert Venn Dicey and the Principles of the Rule of Law: Is Justice Blind? A Comparative Analysis of the United States and Great Britain. **International and Comparative Law Review**, Los Angeles, v. 22, n. 3, 2000. Disponível em: <https://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol22/iss3/2/>. Acesso em: 22 jul. 2019.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Evolução histórica do princípio do devido processo legal. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, dez. 2007. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view14975>. Acesso em: 23 nov. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 11, n. 3, jun., p. 557-584, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mot019>. Acesso em: 31 mar. 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/vas-publicacoes/>. Acesso em: 04 jan. 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito da Faculdade - UFMG**, Belo Horizonte, v. 250, p. 197-227, jan. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144/2927>. Acesso em: 28 nov. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Um voto qualquer? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 181-200, 2015.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal (due process of law)**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOBEL, Sylvan. **Judicial Writing Manual**. Washington: Federal Judicial Center, 1991. Disponível em: <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/JudiWrit.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2019.

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

TERCEIRO, Agostinho Gonçalves Rodrigues da Cunha. **Cognição processual democrática: um estudo sobre as matrizes filosóficas do processo de conhecimento**. (Orientador: Prof. Dr. André Cordeiro Leal). 2018. 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/6733/3278>. Acesso em: 24 jul. 2019.

TRENTO, Simone. **A medida da cognoscibilidade das questões concernentes à prova dos fatos em recurso especial e extraordinário: a assunção pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal do status de cortes de precedentes**. (Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni). 2016. 246 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/42443/R%20-%20T%20-%20SIMONE%20TRENTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 jan. 2019.

THEODORO JÚNIOR, H. *et al.* **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores do direito brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WALDRON, Jeremy. O judicial review e as condições da democracia. *In*: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. (Org.) **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-157.

ZANDONA, Sérgio Henriques. Devido processo constitucional e institutos jurídicos de teoria geral no Estado Democrático de Direito. **Revista Jurídica – Cadernos Jurídicos do Instituto Mineiro de Direito Processual**, Belo Horizonte, n. 11, p. 1, 1. sem. 2015. Disponível em: <http://www.imdp.com.br/revista/detalhes.aspx?c=342-Cadernos-Juridicos-IMDP-n%C2%BA-11---1%C2%BASem--2015---DEVIDO-PROCESSO-CONSTITUCIONAL-E-INSTITUTOS-JUR--DICOS-DE-TEORIA-GERAL-NO-ESTADO-DEMOCR--TICO-DE-DIREITO>. Acesso em: 10 ago. 2019.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; Leonardo de Medeiros Garcia. **Direitos difusos e coletivos**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.