

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



**OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

JOAQUIM ARAÚJO DE BARROS QUEIROZ

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas,
Menção em Direito Constitucional – ano letivo 2013/2014, orientado pelo Senhor
Doutor Professor Alexandre Sousa Pinheiro, apresentada na Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa.

LISBOA, 2016



JOAQUIM QUEIROZ

**OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídico-Políticas.

Menção: Direito Constitucional.

Orientador: Senhor Doutor Professor Alexandre Sousa Pinheiro

**LISBOA
2016**

Joaquim Araújo de Barros Queiroz

Os precedentes obrigatórios como mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais / Joaquim Araújo de Barros Queiroz – Lisboa, 2016
129 fls.; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2016.

Bibliografia: f. 129

Orientador: Senhor Doutor Professor Alexandre Sousa Pinheiro

1. Os Precedentes Obrigatórios 2. Efetivação 3. Direitos Fundamentais

JOAQUIM ARAÚJO DE BARROS QUEIROZ

**OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada no âmbito do 2º
Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade
de Direito da Universidade de Lisboa.

Data da defesa: _____

Resultado: _____

Banca Examinadora

Senhor Doutor Professor Alexandre Sousa Pinheiro
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Examinador 1
Instituição

Examinador 2
Instituição

LISBOA
2016

À minha bela e amada mãe Jane Queiroz.

RESUMO

O presente trabalho pretende abordar a temática dos precedentes obrigatórios, implementado no Brasil pela lei 13.105/2015, analisando a sua disciplina no ordenamento jurídico Brasileiro, considerando os posicionamentos perfilados pela doutrina e jurisprudência do Brasil e uma análise comparativa com os países de cultura do *common law*. Posto que Portugal seja um país *civil law*, o mesmo terá um destaque no estudo, em razão da sua influência com o Brasil. Será levado como ponto importante a hibridização do controle de constitucionalidade utilizado em Portugal, e aderido pelo Brasil, como forma de demonstrar as implicações que decorreram aos direitos fundamentais. O trabalho tem como finalidade discorrer sobre a aproximação do sistema brasileiro ao sistema do *stare decisis* adotados nos países anglo-saxão, e utilizar os precedentes obrigatórios como forma de efetivar direitos fundamentais, este devastado por uma morosidade judicial que, carente de isonomia, torna a máquina judicial brasileira uma das mais sobrecarregadas por sua vultosa demanda processual. Por fim, o presente estudo visa demonstrar como os precedentes criados pelo novo código de processo civil de 2015 tem a pretensão de efetivar os essenciais direitos fundamentais, visando trazer ao leitor as indagações sobre os limites, extensões ou, até mesmo, a não aplicação dos precedentes como mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: 1. Os Precedentes Obrigatórios 2. Efetivação 3. Direitos Fundamentais

ABSTRACT

The following essay is meant to address the theme of mandatory precedents, implemented on Brazil by the Law number 13.105/2015, by studying its effects on Brazilian law system, taking into account the positions adopted by the Brazilian jurisprudence and doctrine, in a comparative study against common law countries. Since Portugal also adopts the Civil Law system, it will be analyzed with emphasis due to its influence on Brazil. In addition, since Portugal adopts the hybridization system as regards its constitutionality, which Brazil adopts as well, this essay will also study it, as a way to show the changes regarding the fundamental rights. This essay will discourse about the ongoing changes to the Brazilian system that is starting to become more similar to the stare decisis system, used by the Saxons countries, as it uses the “mandatory precedents form of decision” as a way of giving effect to the fundamental rights, which suffer from negligence due to the Brazilian judicial lethargy. Lastly, this essay will also study as the precedents created by Brazilian’s new Code of Civil Procedure intend to give effect to the fundamental rights, as it brings the reader inquiries about its limits, extensions, and even the non-application of precedents as a way to give effect to basic rights.

Keywords: 1. Mandatory Precedents 2. Effectiveness 3. Fundamental Rights

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS MODELOS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL	13
1.1 Modelo de justiça constitucionla sem efetivação as proteções aos direitos fundamentais	13
1.2 Embate entre democracia e Estado de Direito: Uma análise sobre o guardião da constituição	18
1.3 Direitos fundamentais: Dimensões objetivas e subjetivas uma análise em face dos poderes públicos	26
1.4 Modelo Híbrido braileiro de controle de constitucionalidade e seus reflexos nos direitos fundamentais com a adoção dos precedentes do novo código de processo civil (lei 13.105/15)	30
1.5. Breve análise sobre o debate da criatividade jurisdicional entre Herbert L. A. Hart e Ronald Dwoking	32
CAPÍTULO II – OS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (LEI 13.105/15)	38
2.1 A doutrina dos precedentes do novo código de processo civil: Aproximação brasileira ao <i>common law</i>	38
2.2 Princípios, regras e deveres gerais dos tribunais ao sistema dos precedentes obrigatórios	40
2.2.1. Princípio da legalidade.....	40
2.2.2. Princípio da legalidade.....	42
2.2.3. Princípio da segurança jurídica.....	44
2.3 Falha na filtragem de matérias de direitos fundamentais; luta contra o ativismo judicial e a necessidade dos precedentes obrigatórios	46
2.3.1. Repercussão geral, sobrestamento de causas idênticas e súmulas vinculantes: Método de correção da hibridização do modelo brasileiro.....	58
2.3.2. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), incidente de Recursos Repetitivos e Incidente de Assunção de Competência.....	62
2.3.3. O instituto dos assentos portugueses e súmulas vinculantes brasileiras..	69

2.4 Ratio decidendi: Um desafio às cortes brasileiras.....	73
2.4.1. <i>Amicus curiae</i> : Ampliação do processo dialógico para construção de precedentes.....	77
2.4.2. Contraditório dinâmico e a vedação as decisões-surpresas na formação da <i>Ratio decidendi</i>	82
2.5. Precedentes nas resoluções das demandas de massa e o perigo do potencial multiplicador.....	85
CAPÍTULO III – DIREITOS FUNDAMENTAIS FORMAIS E ABERTOS: REFLEXOS NA SUA EFETIVAÇÃO	89
3.1 Eficácia, efeciência e efetividade dos direitos fundamentais: considerações introdutórias	89
3.2 Cláusulas abertas nos direitos fundamentais e o perigo da ineficiência dos direitos fundamentais	92
3.3 Densidade normativo-constitucional dos direitos fundamentais e a necessidade de estabilização pelos precedentes obrigatórios	102
CAPÍTULO IV – PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS COMO EFETIVADOR DOS DIREITOS FUNDAMENATAIS	106
4.1 Arguição de descumprimento de preceito fundamental: método do <i>civil law</i> não efetivador dos direitos fundamentais brasileiros	106
4.2 Os precedentes obrigatórios e os direitos fundamentais formais e abertos	111
4.3 Precedentes obrigatórios e direitos fundamentais sociais	113
4.4 O guardião dos direitos fundamentais: precedentes obrigatórios como mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais.....	116
CONCLUSÕES	122
REFERÊNCIAS	125

INTRODUÇÃO

O Brasil vive um período de euforia e incertezas sobre o novo código de processo civil que, com a lei 13.105/15 – ainda em *vacatio legis*, trouxe a inovação dos precedentes obrigatórios com base na teoria do *stare decisis* do modelo *common law*.

O presente trabalho visa trazer ao leitor as possibilidades que os precedentes obrigatórios podem acarretar na efetivação dos direitos fundamentais, estes necessários em razão de uma massificação brutal do volume de processo que o Brasil julga anualmente. Como preservar e efetivar os direitos mais fundamentais de uma constituição num judiciário abarrotado por litígios de massa que, mesmo sem relevância, chegam constantemente a mais alta corte – O Supremo Tribunal Federal.

O novo código de processo civil, como vem sendo chamando no Brasil, surge como a missão de filtrar as matérias irrelevantes e unificar decisões com o fito de garantir uma maior segurança jurídica, isonomia e celeridade processual, com o objetivo de afastar a perniciosa morosidade judicial, este que é um dos motivos de grande descrença dos nacionais para com seu poder judiciário.

No primeiro capítulo retratamos os modelos de justiça constitucional, uma análise sobre o guardião da constituição, este responsável pela última palavra nas matérias de direitos fundamentais e a escolha Brasileira, com influência de Portugal, em adotar um modelo híbrido de constitucionalidade. Assim, andou bem o constituinte em adotar um sistema híbrido de controle de constitucionalidade pegando “o melhor dos dois mundos”?

Será a hibridização uma boa escolha brasileira? Dar o poder de qualquer juiz declarar a inconstitucionalidade de uma lei sem os limites de precedentes obrigatórios foi uma boa alternativa? Não ter um tribunal autônomo responsável por dirimir apenas questões essenciais e com um poder concentrado de declarar ou não a constitucionalidade de uma lei com efeitos *erga omnes* faz falta no ordenamento brasileiro? Ou é salutar o Supremo Tribunal Federal poder decidir de forma difusa e concentrada?

Estas indagações são objeto de intensa reflexão combinada com uma análise comparativa e empírica sobre os dados dos principais países de ambos os modelos *common law* e *civil law*.

O trabalho também faz uma breve explanação sobre a polêmica de ser ou não uma atividade criativa os precedentes, bem como discorreremos, numa breve síntese, sobre a polêmica entre Herbert L. A. Hart e Ronald Dworking e suas principais ideias sobre a criatividade jurisdicional dos precedentes.

No segundo capítulo, abordamos aspectos pontuais acerca do funcionamento dos precedentes obrigatórios, conceituando sua finalidade e explanando pontos relevantes, como: Aproximação brasileira ao *common law* e os princípios que são alicerce dos precedentes (legalidade, isonomia, segurança jurídica), bem como a luta contra o ativismo judicial.

A adoção dos precedentes obrigatórios no Brasil não é oriunda de uma completa inercia por parte do legislador, uma vez que o mesmo observando os constantes aumentos do número processual editou leis alterando o código de processo civil de 1973 para filtrar matérias com o implemento de mecanismo como: Repercussão geral, sobrestamento de causas repetitivas e, com advento da EC/45, súmulas vinculantes.

Embora tais mecanismos prestem sua contribuição para minimizar os efeitos da massificação processual, a taxa de congestionamento manteve-se ainda muito alta, fazendo-se necessários novos mecanismos para diminuir as demandas de massa e efetivar os direitos fundamentais.

Ainda no segundo capítulo trataremos de demonstrar os mecanismos escolhidos pelo legislador para impedir a litigiosidade de massa, mediante os incidentes de resolução de demandas repetitivas, incidentes de recursos repetitivos e o incidente de assunção de competência, todos devendo ser criados por tribunais via *ratio decidendi*, isto é, uma tese jurídica majoritária sobre uma determinada matéria que deverá ser pautada num contraditório dinâmico e ampliação do processo dialógico.

No terceiro capítulo os direitos fundamentais formais e abertos são o foco do trabalho. Neste ponto serão abordados os termos eficácia, eficiência e efetividade

dos direitos fundamentais e o possível conflito que as cláusulas abertas podem trazer aos princípios formalmente elencado no corpo da constituição e qual deve ser a densidade de cada, bem como deve portasse os precedentes obrigatórios como estabilizadores destes conflitos.

Por fim, no quarto capítulo retramamos a necessidade dos precedentes obrigatórios iniciando com uma comparação da figura da arguição de descumprimento de preceito fundamental com o recurso de amparo clássico do *civil law*. Neste ponto levaremos ao leitor uma comparação entre os dois institutos, discriminando suas semelhanças e diferenças e seu modo de funcionamento no Brasil.

O foco do último capítulo gira em torno de como os precedentes podem e devem ser utilizado para uniformizar direitos fundamentais e quais os caminhos, obstáculos e trunfo a serem atingido. No último capítulo traremos ao leitor uma análise sobre o modelo atual e como os precedentes podem efetivar normas essenciais para um bom funcionamento do poder judiciário.

1 CAPÍTULO 1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS MODELOS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

1.1. Modelo de justiça constitucional sem efetivação as proteções aos direitos fundamentais.

Os dois principais modelos de justiça constitucional *common law* e *civil law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais distintas, fato que acarretou em tradições metodológicas diferentes. A jurisdição dos modelos têm suas bases conceituais próprias, carregadas de contextos históricos diferentes, o que naturalmente culminou em modelos distintos.¹

De uma lado a cultura do *civil law*, também conhecida como direito romano-germânico, com berço na Europa continental, espalhou-se por quase totalidade da América latina, incluindo o Brasil. O Modelo ganha força com a bandeira da Revolução Francesa e tem como base a lei como principal fonte primária.

Do outro lado o modelo do *common law* de origem anglo-saxão, influenciou diversos países como Estados Unidos da América, Canadá (exceto Quebec), Austrália entre vários outros países de colônias Inglesas. Com um viés muito voltado a cultura dos costumes, formado pelo *stare decisis* e posteriormente adicionando a figurada dos precedentes obrigatórios.

Apesar das notáveis diferenças entre os modelos há uma imprecisão no mundo jurídico no que concerne a utilização das leis nos países do *common law*. Muitos acreditam que, em virtude da figura dos precedentes obrigatórios ou pelo fato da Inglaterra não ter uma constituição escrita, os países deste modelo não possuem muitas leis, ou pensam que as leis são fontes secundárias. Tais pensamentos são equivocados porque neste modelo existe tantas leis quantos nos países de *civil law*, bem como também são fontes primárias, inclusive aptas a revogar precedentes, como veremos mais a frente.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 21.

Assim, saindo desta breve conceituação de ambos os modelos, os caminhos traçados nas constituições dos países mostraram-se diferentes, principalmente nas matérias de direitos fundamentais.

Inicialmente, faz-se necessário aclarar que as mais diversas constituições pelo mundo não tinham uma aplicabilidade, tratava-se de uma carta de recomendações, um postulado retórico sem efetividade jurisdicional para cautelar os mais diversos direitos fundamentais. Neste cenário, o poder judiciário é palco de diferentes posições para com a constituição, os juízes do *common law* e *civil law* são visto de forma diferente, isso trouxe consequências distintas para os países de ambos os modelos.

Os fatores históricos são os principais responsáveis pela postura dos modelos. Na Europa continental, principalmente na França a figura dos juízes era amplamente vinculada ao monarca da época, tornando-os numa classe politizada, aristocrática e bastante atrelada ao feudalismo da época. Assim, as constituições não eram aplicadas e sim a vontade do rei e das minorias do poder.

Neste cenário era um impensável um juiz que, constituído por um monarca, ir de encontro aos interesses do mesmo, assim era débil a proteção a quaisquer violações aos direitos fundamentais.

Contudo em 1789-1799 com advindo da revolução francesa caem à figura do rei, como também boa parte da aristocracia da época, acarretando num desprestígio popular da figura do magistrado, haja vista sua ampla vinculação com o mesmo.

Por conseguinte, se já não havia uma controle de constitucionalidade, seja porque a constituição era fraca, seja porque os juízes eram visto como serviços do Rei, dos nobres e do clero, o desprestígio fez com que a sociedade olhe os magistrados como desconfiança, e colocam na mão do poder legislativo a competência de dirimir violações aos direitos fundamentais.

A revolução Francesa trouxe à ideia de mantendo o juiz a literalidade da lei traria uma maior certeza jurídica. Neste contexto histórico o famoso filósofo francês Charles-Louis de Secondat, mais conhecido como Montesquieu, afirmava

que o juiz deveria ser apenas a boca da lei, não sendo permitido ao mesmo a possibilidade de interpretação da lei.²

Em contrapartida a tendência da Europa continental, A Inglaterra passou por um momento diferente, o poder judiciário tinha uma clara aliança com o poder legislativo em face do arbítrio do monarca. As casas eram tão próximas que muitas vezes chegavam a se confundir. Assim, por meio da Revolução Gloriosa 1688 teve como fundamento instituir uma ordem no qual o monarca estivesse limitado pelos direitos e liberdades do povo inglês, numa clara submissão do soberano a lei.³

A revolução gloriosa não teve um verdadeiro espírito revolucionário, apenas mostrava um luta do poder legislativo (Parlamento) e Judiciário em proteção as garantias de direitos e liberdades dos ingleses.

Em razão deste cenário, os juízes ingleses eram vistos como “amigo” do povo em combate ao arbítrio do monarca. Assim, os juízes ingleses, diferentemente dos magistrados franceses e demais da Europa continental, gozavam de confiança na interpretação dos direitos de seus nacionais, sendo a mola propulsora para as proteções aos direitos fundamentais.⁴

Os Estados Unidos da América, seguindo a tradição de *common law*, também adota também uma postura de confiança na interpretação das leis fundamentais. No caso norte-americano o cenário era ainda mais fértil e com menos desconfianças no poder judiciário, uma vez que diferentemente do que ocorria em quase totalidade da Europa, o país era livre de grandes guerras, revolução francesa e não tinha a figura do monarca.

² A expressão do filósofo Montesquieu ficou famosa com sua frase “*Le juge est la bouche de la loi*” trecho do próprio Montesquieu: “*Le juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n’em peuvent modérer ni la force ni la rigueur*” (“os juízes da nação são apenas a boca que pronuncia palavras da lei, seres inanimados, que não têm nem moderada força ou rigor” – tradução livre do autor). Referência: Club du Chatelet, Nov. 2011, *Discurs de Jean-Claude Marin, “Le Juge Est-il Toujours La Bouche De La Loi”*. Apud WANDERLEY, Maria de Lourdes Uchôa. Monografia – A eficácia temporal do *overruling* do precedente judicial: aspectos da aplicação do prospective *overruling* no contexto brasileiro. 2014

³ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 46.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47

Assim, Os Estados Unidos teve um caminho mais livre e inovador nas revisões constitucionais (*judicial review*), onde viabilizou mais cedo as limitações das leis abusivas de direito fundamentais.

Nos Estados Unidos da América havia à figura do controle inovador, este intitulado de controle difuso, fato marcante pelo clássico julgado entre *Marbury vs Madison*. Em breve síntese, os juízes da suprema corte tinham de se locomover pelo extenso território americano em causas polêmicas de afronta a constituição. O fato não agradava boa parte da corte suprema, três meses antes da posse do terceiro presidente dos Estados Unidos da América, Thomas Jefferson, vagou o cargo da corte suprema, e o então presidente da corte Adams, optou pelo seu sucessor John Marshall.⁵

Em virtude do curto prazo até a posse de Jefferson, Adams acelerou a nomeação dos juízes federais e de paz, tendo muitos desses juízes sido nomeados uma noite antes da nomeação do presidente Jefferson, sob tal acontecimento surgiu à alcunha de juízes da meia-noite⁶

No específico caso julgado entre *Marbury vs Madison*, o então William *Marbury* que era para ser um dos nomeados teve sua posse esquecida, fato acarretado pela presa nas diversas nomeações, ficando o então *Marbury* sem sua nomeação como juiz. Episódio que culminou em uma ação contra o então Secretário *Madson* que não aceitou sua posse.⁷

Baseado num writ *Marbury* usou suas armas, mas o então secretário esnobou a corte, omitindo-se em responder ao caso. Não esperou o mesmo pela possibilidade de controle por parte do judiciário que, afirmando ser de competência originária da corte, deferiu o pleito de *Marbury* sob o fundamento da supremacia constitucional para fixação do máximo do valor jurídico.

Nesse diapasão, as cortes norte-americanas começavam a dar uma resposta à falta de efetivação aos direitos constitucionais, principalmente os direitos fundamentais, pois de nada adiantava uma carta de recomendações, um mero

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira – Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco – 4 ed. ver. E atual – São Paulo: Saraiva, 2009 – P. 227

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira – Op. Cit. P. 227

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira – Op. Cit. P. 228

postulado retorico, a aplicabilidade é essencial para o bom funcionamento de um Estado de direito.

Já a partir do século XIX havia controle de constitucionalidade nos estados unidas da América, apesar de medida eficaz, o prestígio da corte não era completo, uma vez que em outros casos teve decisões polêmicas como manter os negros como sendo propriedades privadas excluindo aos indivíduos afrodescendentes a sua personalidade jurídica.

Como lembra Lêda Boechat Rodrigues, “foi tão grande a perda de prestígio da corte, que ela custaria a recuperar a confiança popular dessa decisão”⁸ Confiança esta que não atingiu apenas a população americana, mas também grande parte do mundo.

Os países que adotam o *civil law* não virão com boas o suficiente as inovações norte-americanas na efetivação dos direitos fundamentais, seja pelo receio histórico na desconfiança de seus juízes, seja pela polêmicas decisões da Suprema Corte Americana.

Nos países de *civil law*, as lacunas da lei por não poderem ser interpretadas pelos magistrados deveriam ir ao poder legislativo para que o mesmo dirimisse os buracos. Neste modelo de prender o magistrado a letra da lei, o legislador, mesmo que de forma frustrada, tentava abarcar o máximo de situações fáticas para amparar seus nacionais e limitar quaisquer tentativas de controle pelos magistrados.⁹

As constituições que disciplinavam os direitos fundamentais sofreram duros golpes em sua essência. O poder legislativo, mesmo que eleitos de forma democrática, nem sempre respeitaram os postulados mínimos dos direitos fundamentais. Infelizmente o mundo aprendeu com as tragédias ocorridas nas duas

⁸ RODRIGUES, Lêda Boechat. A corte suprema e o direito constitucional americano. Rio de Janeiro: Forense, 1958. P. 66 *apud* Moraes, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*, 3ª edição. Atlas, 2013-05-01. VitalBook file.

⁹ A ideia de prender o magistrado a literalidade da lei é antiga, em 1793, Frederico II, o Grande, criava o famoso código prussiano (*allgemeines landrecht für die preussischen staaten*) onde continham mais de 17.000 artigos com a pretensão de tipificar todas as situações fáticas possíveis, chamava-o de direito à prova de juízes. Bem como o código de Napoleão Bonaparte que continham 2.281 artigos. – MERRYMAN, John Henr; Pérez-Perdomo, Rogelio, *The civil law tradition: na introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 2007 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme, Op Cit. P. 55.

grandes guerras mundiais, os regimes nazistas e fascistas foram exemplo notórias violações aos direitos fundamentais cometidas pelos representantes do povo.

Por conseguinte, é no período pós-guerra do século XX que, com as trágicas lições adquiridas, alavanca o controle de constitucionalidade nas suas mais diversas constituições, a fim de dar uma maior efetividade aos direitos dos cidadãos, percebendo que não se pode mais entregar em sua amplitude os direitos fundamentais aos poderes políticos.¹⁰

1.2. Embate entre democracia e Estado de Direito: Uma análise sobre o guardião da constituição

O Estado democrático significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, ou seja, é uma soberania popular em escolher seus representantes, com a finalidade de haver uma representatividade dos interesses da maioria.¹¹

Antes de chegar a uma visão mais clássica sobre o fundamento de estado democrático de direito, o filósofo Aristóteles já avaliava o critério da escolha em seu número de governantes como sendo o fator indicativo de qual modelo de estado foi adotado, na concepção do filósofo se for um governante, tem-se uma monarquia; se forem poucos, a aristocracia e se forem muitos, a democracia.¹²

No Estado de direito significa que ninguém, presidente ou indivíduos comuns, estão acima da lei maior, desta forma dando o timbre de constitucionalidade em um país. Assim, os governos democráticos exercem e obtêm

¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição – 2ª ed. 2010. P. 24.

¹¹ MORAIS, alexandre de morais – Reforma política do estado e democratização – internet – disponível no site <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev5.htm>, acesso em 04 de outubro de 2015.

¹² CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de e CADEMARTORI, Serigio – A relação entre Estado de direito e democracia no pensamento de Bobbio e Ferrajoli – Sítio <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15097/13752>. Acesso em 11 de Setembro de 2014

sua legitimidade por meio de lei e estão eles próprios sujeitos aos ditames impostos pela mesma.¹³

Já na altura indagava-se a existência ou não de uma colisão entre democracia e estado de direito, a quem competia dar a última palavra em questões que envolviam direitos fundamentais.

Desta forma, sendo um estado democrático, o limitador essencial é o direito, formando o atual estado democrático de direito. Assim, o próprio estado escolheu se autolimitar com base numa lei maior chamada constituição, corpo e leis fortes para coexistência pacífica e efetiva nas efetivações dos direitos fundamentais.¹⁴

Esta autolimitação deu uma ampliação ao poder judiciário na figura do guardião da constituição, seja num país que adote o *civil law*, onde as violações aos direitos fundamentais serão levadas aos tribunais constitucionais que, em seu controle concentrado, poderá dar a última palavra sobre a constitucionalidade da lei, ou seja um país de *common law* que, mediante um controle difuso, poderá declarar a inconstitucionalidade da lei, também podendo dar a última palavra sobre a constitucionalidade da lei nos casos de julgamentos pela suprema corte.

O importante fator gira em torno em dar ao poder judiciário a possibilidade de atribuir à última palavra, mesmo sendo um órgão predominantemente não democrático, ou seja, não eleito pelo povo em uma legitimidade indireta.

Por conseguinte, este entorse a democracia poderá ocorrer em virtude da quebra de leis legitimamente constituída pelo poder legislativo, porém, desde que pautados nos ditames dos direitos fundamentais.

O guardião da constituição deve ser fortalecido por uma constituição forte, principalmente em momentos de crise, pois são os momentos que exigem mais controle por parte dos tribunais superiores. Assim ocorrem em Portugal e no Brasil onde, em virtude de uma crise econômica, a mais alta corte foi chamada para avaliar

¹³ Princípio da democracia – O estado de direito. Extraído de texto da embaixada norte-americana no brasil - <http://www.embaixada-americana.org.br/democracia/law.htm>. Acesso em 11 de Setembro de 2014.

¹⁴ STARCK, Christian. La Légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité. In: Vários autores. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p.62. apud Moraes, Alexandre de. Op. Cit. P. 10

questões de direito constitucional envolvendo questões políticas, ou seja, são as entorses entre os poderes legislativo, executivo e judiciário.

O primeiro choque entre os poderes decorre da ausência lógica do alcance, conceito e conteúdo de direito fundamental. Em razão da falta de precisão sobre o que são direitos fundamentais os países posicionam-se de forma distinta. Alguns têm um posicionamento mais extensivo sobre a matéria, outros com posicionamento mais restritivo.

Independente do grau de expansão da matéria direito fundamental, é cediço que é impossível prever todas as normas fáticas sobre a matéria, ou seja, a natureza criativa existirá no poder judiciário, em menor ou maior escala.

Portugal foi um país que passou, hoje em menor proporção, numa grave crise econômica que abarcou o grande bloco da união europeia. As medidas de austeridade impostas a Portugal gerou grandes debates no tribunal constitucional português, tendo suas decisões chamadas de jurisprudência da crise.

A problemática está pautada sobre até que ponto a criatividade jurisdicional ultrapassa a separação de poderes. A problemática tem um ponto não questionado, a linha entre o ativismo judicial e a separação dos poderes é tênue, frágil, sensível, “imperceptível a olho nu”.

Por conseguinte, esta sensível linha entre o estado democrático e direito que influenciou no comportamento do judiciário nas jurisprudências da crise. Faz-se mister aclarar que antes das medidas de austeridade o tribunal constitucional português sempre teve sua importância parente o país, contudo, nunca foi alvo de destaque nos jornais e periódicos da nação. Todavia, com as diversas problemáticas que as medidas austeras trouxeram ao país nas restrições aos direitos fundamentais sócias, pontos como, direito à pensão ou o direito à retribuição, veio à voga.

A corte em momento delicado sofreu diversas críticas por todos os lados, quando ia de encontro às decisões impostas pelo poder executivo para redução dos gastos foi chamada de incoerente, carente de bom senso ou em descompasso com a situação econômica do Estado. De outra feita, quando era condescendente com as medidas de austeridades do governo, como realmente observou-se, foi amplamente contestada pela sociedade, juristas e afins.

Aduz o professor José de Melo alexandrino que a partir do momento em que o tribunal constitucional foi condescende com o legislador, o mesmo foi contrário a uma justiça constitucional forte, haja vista, na afirmação do douto professor, ter a suprema corte cedida medidas contrárias aos postulados da constituição numa fuga das regras - fato juridicamente inaceitável. Posto que haja posicionamentos contrários sobre o exposto pelo doutrinador português.¹⁵

Conforme exposto alhures, a linha entre o Estado democrático e de direito é tênue, até que ponto pode o poder judiciário interferir nas decisões dos demais poderes, até que ponto, nas ideias do doutrinador Vital Moreira, Uma corte suprema se porta ou deve se portar como um legislador negativo.¹⁶

As questões são polêmicas, havendo posicionamento em vários sentidos. Alguns doutrinadores reputam como um dever do poder judiciário agir pela ausência de disposição legal num processo mais criativo, como aduzia Hart ou Kelsen em menor proporção, entre outros, conforme Vital Moreira e José de Melo Alexandrino, reputam que a capacidade criativa do poder judiciário não pode extrapolar a separação dos poderes, bem como devem ficar conscrito aos ditames constitucional.

Todavia, independente do posicionamento adotado, não resta dúvida quanto a inerente politização que as cortes supremas têm. O motivo é simples, o próprio método de composição com viés político interfere em maior ou menor escala, segundo ponto a ser observado consiste na natural semi-imparcialidade dos juízes conselheiros ou ministros do Supremo Tribunal Federal.

A imparcialidade está ligada à figura do juiz natural que afirma a necessidade de ser competente e imparcial. Quando falamos em imparcialidade é a necessidade do juiz não ter vinculação direta com a demanda, contudo, a imparcialidade, não se deve confundir com neutralidade, haja vista que todo ser humano é dotado de valores e ideais inerentes a pessoa humana.

¹⁵ ALEXANDRINO, José de Melo - o impacto jurídico da jurisprudência da crise – Internet – Disponível no Sítio http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/o_impacto_juridico_da_jurisprudencia_da_crise.pdf. Acesso em 12 de outubro de 2015.

¹⁶ ALEXANDRINO, José de Melo - o impacto jurídico da jurisprudência da crise – Internet – Disponível no Sítio http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/o_impacto_juridico_da_jurisprudencia_da_crise.pdf. Acesso em 12 de outubro de 2015.

Nas jurisprudências da crise há uma semi-imparcialidade pelos juízes conselheiros (ministros), fato que não os tornam ilegítimo. A justificativa ocorre por tratar-se de julgados com afetam toda uma nação, inclusive os próprios juízes conselheiros que também estão inseridos nesta sociedade, assim, por mais preferível seja a natureza imparcial dos magistrados, tratando-se de pontos polêmicos e cruciais ao andamento de um país, percebe-se uma maior interferência em seus julgados.

No Brasil em 2001 passou por uma crise energética, mais conhecida como a crise do apagão que perdurou até meados de Setembro de 2002. Em virtude da falta de planejamento e investimentos na geração de energia, principalmente no setor hidrelétrico que foi agravado também pela falta de chuvas do período.

Inicialmente levantou-se a hipótese de ser necessário corte de energia, chamados de “apagão” ou como Blecautes (do inglês *blackout*). Neste período foi levantado pelo ministro do Desenvolvimento, Alcides Tápias, que o Presidente da República poderia declarar oficialmente estado de defesa/emergência, em decorrência da crise.

Em meio a este cenário a mídia e entidades públicas ventilaram a possibilidade de controle de constitucionalidade e vedações pelo STF e STJ das possíveis medidas que pudessem cercar o fornecimento de energia, por tratar-se de um direito essencial.

No momento da crise, o presidente Paulo Costa Leite ministro da justiça concedeu entrevistas relatando que o judiciário estava sendo usado como bode expiatório da crise energética, no período, após críticas do diretor-geral da Agência Nacional do Petróleo, David Zylbersztajn que afirmou que os juízes brasileiros estão em marte, uma vez que no entender do diretor da agência, os magistrados não estavam a par da gravidade, afirmação rebatida pelo ministro da justiça, afirmando que os juízes estão no país e não podem se eximir de dirimir qualquer lide solicitada, sob pena de violação ao princípio do *non liquet*.¹⁷

¹⁷ Costa Leite : Judiciário não pode ser usado como bode expiatório da crise energética
O Poder Judiciário não pode ser apontado como o bode expiatório, como o responsável por um futuro apagão. Esta preocupação foi manifestada hoje (23/05) pelo presidente do Superior Tribunal de Justiça, ministro Paulo Costa Leite em audiência concedida ao coordenador da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, ministro Pedro Parente, e ao advogado-geral da União, ministro Gilmar Mendes. Por isso eu disse aos ministros que devemos respeitar o Poder Judiciário, respeitar

A constituição que legitima o guardião da constituição deve ser forte o suficiente para não gerar uma constituição de exceção, a carta magna deve ser uma, não pode haver constituições distintas para períodos de crise. Todavia, é cediço que o guardião da constituição tem uma comum politização, tendo as mais altas cortes discricionariedade para interpretar os seus direitos fundamentais.

Conforme já mencionado, uma grande característica peculiar que possui o estado de direito é seu atributo de ser “antidemocrático”, mesmo no contexto evolutivo de um país democrático, pois, como é cediço, nem sempre a maioria tem a razão, exemplos clássicos ocorreram no nazismo e fascismo, por mais que estas nações tenham sido ludibriadas pelos líderes do período, exprimia à vontade e o sentimento da maioria um antissemitismo, a repulsa pelo comunismo e a falta de tolerância racial ou cultural.

No caso Alemanha no período nazista a constituição de Weimar deu um terreno fértil para “legitimar” as atrocidades nazistas. A ideia foi pautada pelo art. 48 da constituição alemã de 1919 que dava plenos poderes para o Hitler suspender total ou parcialmente os Direitos fundamentais.¹⁸

Ademais, mesmo Hitler tendo sido legitimado por um partido calcado no ódio, totalitarismo e antissemitismo, o mesmo foi legitimado de forma democrática,

principalmente as decisões judiciais, afirmou o presidente do STJ durante entrevista coletiva concedida após a audiência. O ministro Paulo Costa Leite apontou no próprio texto da Constituição Federal a necessidade de serem respeitadas as prerrogativas de cada um dos Poderes. Deve haver respeito e consideração recíprocos entre autoridades. Isso deriva do princípio constitucional da harmonia. Os Poderes são independentes e também são harmônicos, explicou. O presidente do STJ reconheceu, ainda, que o apelo feito em nome do respeito institucional foi motivado pelas recentes declarações do diretor-geral da Agência Nacional do Petróleo, David Zylbersztajn. Não me parece correto dizer que os juízes estão em Marte. Os juízes estão em nosso País cumprindo com seu dever e sua obrigação. Eles vão cumprir as Leis e a Constituição. Justamente por isso eu digo que deve haver respeito e consideração recíprocos. Indagado sobre a atuação dos órgãos do Poder Judiciário diante de processos originados pelas medidas de racionamento de energia elétrica, o presidente do STJ ressaltou que não há como fazer nenhum prognóstico sobre as futuras decisões judiciais. Nós não podemos adiantar nenhum tipo de juízo de valor. As questões jurídicas controversas vão chegar ao Judiciário que, sobre elas, irá se pronunciar com a isenção e imparcialidade que o caracterizam – Sítio disponível na internet em:

http://ns1.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=68196&acs.tamanho=
 acesso em 26 de Abril de 2014.

¹⁸ *Art. 48 da constituição de Weimar* - caso a segurança e a ordem pública sejam seriamente perturbadas ou feridas no Reich alemão, o presidente do Reich deve tomar as medidas necessárias para restabelecer a segurança e a ordem públicas, com ajuda se necessário das Forças Armadas. Para este fim ele deve total ou parcialmente suspender os Direitos fundamentais definidos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124, e 153.

Em 1932, Hitler conseguiu ficar em segundo lugar nas eleições presidenciais, pouco tempo depois, o presidente vencedor e reeleito, Paul Von Hindenburg, obrigou o general a renunciar a fim de legitimar Hitler, fato que o tornou III Reich da Alemanha.

Em 1934, após o falecimento de Hindenburg, Hitler assume o título de chefe de Estado acumulando as funções de chanceler.¹⁹

O caso nazi mostrou-se ser emblemático, haja vista que as violações tiveram um timbre “legal”, neste sentido até que ponto deve o judiciário insurgir-se contra tais decisões, sendo possível uma criatividade jurisdicional, poderiam os juízes recusar aplicação da norma. O período foi complicado, percebe-se uma flexibilização e um forte centralização de poder nas mãos de Hitler, por conseguinte, havendo um real medo do poder judiciário em não legitimar decisões do Reich, haja vista tratar-se de um partido autoritário que tinha como hábito perseguir seus opositores.

No que concerne à questão da entorse a democracia, faz-se necessário apontar alguns doutrinadores como Jeremy Waldron que não vislumbra um verdadeiro conflito ou tensão entre direitos fundamentais e princípio democrático. Na concepção do autor, que vale lembrar, jamais há um real conflito entre os ideais de uma maioria contra os princípios democráticos, sendo, segundo sua percepção, apenas um desacordo entre o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais.²⁰

Em contra senso, centrar-nos-emos na doutrina de Jorge Reis Novais em sua teoria da reserva geral imanente de ponderação, sob o enfoque da doutrina do *Ronald Dworkin* dos direitos fundamentais como um trunfo contra as maiorias.

Na concepção do autor, os conflitos existentes são reais e aduz “mais do que atingir a pureza ou a integridade sistemática dos conceitos ou pretender construir um ideal normativo de democracia, o que nos importa é garantir o aperfeiçoamento, racional, objetivo e adequação dos mecanismos e técnica de

¹⁹ MORAIS, Débora – Nazismo e os direitos fundamentais – Internet, disponível no site http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6863. Acesso em 26 de Outubro de 2015.

²⁰ Waldron, J. – *Derecho y desacuerdos*, Madrid, 2005, trad. De law and Disagreement, Oxford, 1999 *apud* NOVAIS, Jorge Reis – *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*. 2ª ed. 2010. P. 34

controle de constitucionalidade das restrições e intervenções restritivas que afectam os direitos fundamentais em Estado de Direito.”²¹

A cunhagem de trunfos de Dworking difundida pela obra do autor Jorge Reis Novais traz um solução para tensão natural que existe entre os direitos fundamentais e princípios democráticos.

Com a finalidade de adequar estado de direito com a democracia de uma maioria, Jorge Reis Novais afirma que apesar do Estado reconhecer os direitos fundamentais de cada indivíduo, os trunfos funcionam contra preferências externas, que tenham a finalidade de “impor ao indivíduo restrições da sua livre autodeterminação em nome de concepções de vida alheias e que, por razões utilitárias ou por beneficiarem de um apoio maioritário...”²²

A ideia vislumbrada dos trunfos contra a maioria demonstra o que a história já relatou. As violações aos direitos de minorias que apesar de estarem cauteladas pela constituição ou desprotegida na essência fundamental tiveram seus direitos fundamentais violados, em virtude do Estado que, apoiado uma maioria, sentia-se legitimado a impor a estes indivíduos medidas que causam prejuízos e perdas dos seus direitos fundamentais.²³

A entorse entre Estado democrático e de direito sempre haverá, trata-se de um conflito natural, mas que pode ser mitigado pela figura dos precedentes obrigatórios.

O modelo *common law*, no plano de uma justiça constitucional, é capaz de mitigar conflitos de direitos fundamentais. De fato os precedentes não são remédios adequados em dirimir todos os conflitos de ordem constitucional, inclusive os oriundos de direitos fundamentais, mas sua natureza tem como objetivo dar uma maior estabilidade e segurança jurídica, não ao ponto de solucionar todos os conflitos, haja vista muitos conflitos terem uma característica singular não possuindo um potencial multiplicador. Todavia, a simples aplicação dos precedentes

²¹ NOVAIS, Jorge Reis – Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático. 2ª ed. 2010. P. 24

²² NOVAIS, Jorge Reis – Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático. 2ª ed. 2010. P. 37

²³ NOVAIS, Jorge Reis – As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizados pela constituição. 2ª edição. 2010 – P. 603

obrigatórios, mesmo em matérias que não envolvam direitos fundamentais, servirão como meio de filtragem de matérias não fundamentais desobstruindo as cortes de matérias irrelevantes. Assim, havendo conflitos fundamentais, estará a corte suprema livre de processos homogêneos já pacificados em corte, tendo-a espaço para focar nos possíveis conflitos de direito fundamental.

Seria utópico pensar que poderia o constituinte disciplinar sobre possíveis conflitos de ordem fundamental, é impensável prever todas as possíveis crises que por ventura poderia atingir uma nação. Os precedentes têm como objetivo a unificação de matérias com potencial multiplicador bem como as matérias que tenha uma especial repercussão social, ou seja, aquelas matérias que “batem” muito a porta da suprema corte ou são de extrema importância à sociedade.

Há de se perceber que momentos de crise são mais exigidos o trabalho das cortes superiores, porque as mesmas estão diante de questões ímpar, atípicas, com baixa possibilidade de previsão, pois, por óbvio, se fosse previsível, teria o legislador disciplinado às soluções cabíveis.

1.3. Direitos fundamentais: Dimensões objetivas e subjetivas uma análise em face dos poderes públicos

Entre as várias vertentes e evoluções em que sofreu os direitos fundamentais, duas dimensões mostram-se importantes para a compreensão e aplicação dos direitos fundamentais pelos guardiões da constituição.

Na primeira fase, também chamada de clássica, tinha como alicerce as teorias liberais dos direitos fundamentais, chamada por muitos doutrinadores como dimensão subjetiva, teoria esta que exigia comportamentos negativos ou positivos por parte dos poderes públicos. Na ótica do doutrinador Vieira de Andrade, a caracterização de um direito subjetivo esta ligado à proteção exigida pelo sujeito para se auto regulamentar, a fim de ter seu direito fundamental funcional, podendo desta forma exigir ou pretender comportamentos ou por si mesmo produzir autonomamente efeitos jurídicos.²⁴

²⁴ VIEIRA DE ANDRADE apud SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos Fundamentais. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 178.

No decorrer da história os correspondentes da teoria liberal dos direitos fundamentais se viram numa posição difícil, uma vez que os direitos subjetivos de alguns sobressaíam sobre os demais, criando uma situação de desigualdade. Assim não bastava uma concepção oriunda puramente de cada indivíduo, faziam-se também necessárias intervenções em uma sociedade como um todo.

Neste contexto, é afastado um lado mais jurídico-individual, vem à concepção da dimensão objetiva que resultou numa defesa do indivíduo contra atos do Estado, com eficácia em toda ordem jurídica.²⁵ Neste contexto, o objeto de proteção dos direitos fundamentais sofre processo de expansionismo, conferindo uma proteção mais ampla, também sob o ponto de vista da sociedade.²⁶

A dimensão objetiva teve sua eficácia valorada com o propósito de ampliar a tutela jurisdicional em nome da coletividade, numa clara visão de ampliar a proteção jurídico-individual. Tutela esta que, por conseguinte, atingiu o volume de demandas processuais, problema enfrentado pelo Brasil que se encontra abarrotado de processos sem efetividade jurisdicional, principalmente quando se trata de direitos fundamentais.

É notório que existe uma semelhança nas dimensões objetivas e subjetivas, se indaga até que ponto termina uma e começa a outra, ou até se não há uma mescla dessas dimensões. Fato este que muitos falam num direito subjetivo em sentido lato.²⁷

Apesar da similitude, o doutrinador Ingo Salert embasado no pensamento de Vieira de Andrade, reputa que, ao versar sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, não se trata dizer ser o “reverso da moeda” da dimensão subjetiva, mas sim considera a dimensão objetiva como uma dimensão que outorga direitos a dimensão subjetiva, assim transcendendo a perspectiva desta.²⁸

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos Fundamentais. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 168.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos Fundamentais. 12ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 151

²⁷ Novais, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição – 2ª ed. 2010. P. 68

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos Fundamentais. 12ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 150

No presente trabalho, aderimos à posição do doutrinador Ingo Salert, todavia, mesmo reputando a dimensão objetiva como uma vertente mais ampliativa e densa, principalmente quando se trata de efetivar os direitos fundamentais. Todavia, não se pode ignorar a finalidade e funcionamento da dimensão subjetiva, haja vista tratar-se de uma vertente já muito utilizada na primeira fase clássica dos direitos à liberdade, bem como deve ser utilizada em casos que não comportem precedentes obrigatórios pela sua natural subjetividade e individualidade.

A distinção se torna mais clara nos momentos de resolução dos conflitos por parte do judiciário em seu controle de constitucionalidade, se uma corte tem uma concepção de proteção de um direito baseado exclusivamente nas partes envolvidas, a mesma terá como linha de seguimento a dimensão subjetiva, apenas cautelando as partes.

Em contra partida, as cortes supremas que visualizam os conflitos individuais numa ótica ampliativa, ou seja, extraem destes casos concretos a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de uma lei estendendo seus efeitos jurídicos para toda a sociedade, terá um posicionamento da dimensão objetiva, evitando assim uma enxurrada de ações homogêneas perante os tribunais constitucionais ou cortes superiores.

Em virtude desta realidade, não se pode olvidar a existência e funcionamento da dimensão subjetiva, uma vez que a mesma ainda é muito utilizada, principalmente no Brasil, conforme será demonstrada no presente trabalho.

Pelo temor de haver muitos processos idênticos subindo as cortes supremas, ambos os modelos clássicos do *common civil* e *civil law* preocuparam-se em restringir, filtrar o que reputam-se ser essencial, a fim de ter uma característica de efetivo guardião da constituição com efetividade na cautela de direitos fundamentais.

A concepção dos modelos norte-americano (*common law*) e Europeu continental (*civil law*) é clara, desde o início verificavam que o excesso de matérias na última instância tornaria débeis as questões relevantes de direitos fundamentais.

Neste viés, os Estados Unidos fortalece a figura dos seus precedentes em seu *common law*, dando força aos magistrados de primeira e segunda instância,

mediante o mecanismo do controle difuso. Assim, se permite um controle de constitucionalidade por qualquer juiz, contudo a filtragem e a figura dos precedentes são fortes e respeitam os ditames das demais cortes norte-americanas, inclusive a suprema corte. Assim o modelo estadunidense obstar uma enorme gama de processos homogêneos.

Com uma vertente diferente, contudo, também eficiente na filtragem e fortalecimento da proteção, ocorre no modelo Europeu, que tem um tribunal constitucional autônomo, com uma dedicação exclusiva em apreciação de matérias constitucionais. Assim, a corte não permite o controle difuso por qualquer juiz, mas em contra partida dá uma autonomia aos magistrados de fazerem um juízo de admissibilidade para levantamento de questões constitucionais.

Os magistrados de primeira instância do *civil law* têm um poder não de decisão de controle de constitucionalidade, uma vez que está cabe aos tribunais constitucionais, mas sim um forte poder de decidir, já em um processo de filtragem, se a matéria envolve ou não questões constitucionais.

Neste diapasão, percebe-se que os dois modelos clássicos tem uma forte inclinação pela dimensão objetiva, uma vez que se verifica que a forma de julgar tem uma dimensão e amplitude coletiva atingindo não apenas os particulares da lide, mas todos os demais em situações análogas, assim o importante é cautelar qualquer cidadão que tenha sofrido abuso no seu direito fundamental.

O papel da efetivação dos direitos fundamentais na dimensão objetiva entra na concepção de combater os abusos que quaisquer entes públicos possam vir a ferir o indivíduo e toda a coletividade.

Não importa para os modelos clássicos se suas gerências decorrem de proteções com base no controle difuso ou concentrado, importa para os modelos clássicos uma efetivação dos direitos fundamentais para com toda a coletividade, para que isso seja possível é fundamental haver uma efetiva filtragem do que é relevante e essencial para uma apreciação perante as supremas cortes ou tribunais constitucionais.

Seguindo a vertente objetiva, observa-se que os direitos fundamentais estão intrinsecamente ligados ao princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade no *common law*), sobretudo após os avanços dogmáticos do pós-guerra.^{29 30}

Conforme exposto nos capítulos anteriores, havia uma dificuldade em controlar as violações de direitos fundamentais, seja nas cortes do *common law*, seja nas cortes do *civil law*, uma vez que dar a última palavra expurgando leis violadoras é uma missão árdua, um choque de poderes, contudo, essencial a efetivação da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais.

1.4. Modelo Híbrido brasileiro de controle de constitucionalidade e seus reflexos nos direitos fundamentais com a adoção dos precedentes do novo código de processo civil (lei 13.105/15)

Antes do poder constituinte originário criar a vigente constituição federal brasileira de 1988, muitos doutrinadores debatiam sobre qual o melhor modelo a ser adotado no Brasil.

Os dois modelos clássicos apresentavam suas vantagens e desvantagens, então pensou o constituinte originário que criar uma corte suprema com características mista traria uma melhor efetivação ao guardião dos direitos fundamentais.

Contudo, a ideia que parecia ótima, na prática frustrou. O caráter híbrido, na tentativa de unir o melhor dos “dois mundos” apenas fez a corte ser menos

²⁹ Novais, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição – 2ª ed. 2010. P. 66

³⁰ O surgimento do princípio da proporcionalidade adveio da jurisprudência do Tribunal constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), que, em resoluções de casos concretos, dirimiu lides com base no princípio da proporcionalidade. Advindo de um pós-guerra, onde as medidas arbitrárias foram decretadas em desfavor dos direitos fundamentais dos cidadãos alemães, o tribunal constitucional renovou sua jurisprudência, com a precípua finalidade de cautelar e evitar novos abusos, como os que ocorreram no período do terceiro Reich de Adolf Hitler.

Em um emblemático julgado da suprema corte germânica, que proferiu em 1971 uma decisão sobre armazenamento de petróleo, no qual a suprema corte limitou o entendimento do legislador, sob o fundamento de violação ao princípio da proporcionalidade, transcrevendo conforme aduz a doutrinadora Marina de Araújo Monteiro: “O meio empregado pelo legislador dever ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental.” Trecho extraído de MONTEIRO, Marina de Araújo op. Cit *apud* BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília Jurídica, 1996. P - 44

efetiva como a guardiã da constituição, mostrando-se abarrotada e morosa na defesa dos direitos fundamentais.

A partir do momento que a Constituição Brasileira tenta fazer uma junção dos modelos clássicos, por sua vez não vinculou corretamente os filtros, pois admitiu um controle difuso por qualquer juiz de primeira ou segunda instância e também permitiu o Supremo Tribunal Federal de efetuar ambos o controle difuso e concentrado.

Na prática, a partir do momento em que se permite um controle difuso por qualquer juiz, amplia a proteção, contudo, no momento de encerrar, ou seja, dar a última palavra para solucionar a lide, perde-se na morosidade do judiciário em seus excessivos recursos e decisões apenas entre as partes.

Se o Brasil seguisse o modelo norte-americano de *common law*, os precedentes obstarium um enorme vulto de processos de subirem, porém, na prática muitos processos sobem e na hora da última decisão a Suprema corte dá uma decisão *inter partes*, não vinculando os demais processos, mesmo que homogêneos.

Na outra vertente, o Brasil também não tem uma corte autônoma nos moldes Kelseniano, haja vista que no Brasil existe a possibilidade de um controle difuso, inclusive na esfera da corte máxima, afastando-se do modelo Europeu.

Em parte da Europa que adotou o modelo Kelseniano, os juízes de primeira instância não julgam questões de constitucionalidade da lei, contudo, se levantada à questão de constitucionalidade, o próprio juiz da causa fará um juízo de admissibilidade, e, aceitando-se à necessidade de controle constitucional, remeterá ao tribunal constitucional, assim ficando a causa sobrestada até a decisão final do Tribunal.

Se declarada inconstitucionalidade desta lei, o tribunal constitucional expurgará do ordenamento jurídico a lei violadora, assim como impedirá a criação de outra com igual teor ou semelhante.

Neste viés, no modelo Europeu há uma espécie de “precedentes”, pois, apesar de distintos, em ambos os modelos às decisões tem um caráter definitivo,

efetivando os direitos constitucionais, uma vez que dá a última palavra sobre a matéria.

O Problema do Brasil foi permitir um controle muito amplo, criando uma espécie de “super juiz”, pois conforme afirma o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni “Aliás, o juiz brasileiro, hoje, tem o poder criativo maior do que o juiz do *common law*, uma vez que, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes”.³¹

A hibridização dos modelos clássicos tornou o juiz brasileiro com poucos filtros, uma vez que nem se exime de dirimir questões constitucionais, nem tem o devido respeito à figura dos precedentes, não se enquadrando em nenhum dos modelos clássicos.

Por conseguinte, tornou um judiciário ineficiente na filtragem das matérias que cautelam os direitos fundamentais, mostrando-se débil na efetivação dos mesmos.

A hibridação mostrou-se tão precário no sistema brasileiro que se fez necessário à criação da figura dos precedentes obrigatórios, mediante a lei 13.105/15, a fim de evitar processos homogêneos de pouca relevância que preterem importantes julgamentos envolvendo direitos fundamentais, tema que será abordado no capítulo 2 deste trabalho.

1.5. Breve análise sobre o debate da criatividade jurisdicional entre Herbert L. A. Hart e Ronald Dwoking

Antes de adentrarmos na figura os precedentes obrigatórios, faz-se necessário discorrer sobre a possibilidade do juiz, seja do *civil law* ou *common law*, criar direito ao formular decisões sem uma expressa formalização legal.

Será que o termo estadunidense *judge make law* deve ser deduzido que nos precedentes obrigatórios as cortes, na ausência de lei sobre a matéria, têm o poder de criar o direito a fim de suprir lacuna legislativa? Poderia um precedente obrigatório ou súmula vinculante criar verbetes jurídicos como se lei fosse?

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 39

A resposta não há um pleno consenso, mesmo nos países de modelo *common law* que, dotados de uma maior capacidade criativa pelo *stare decisis*, não há unanimidade sobre se os precedentes são dotados de uma criatividade jurisdicional no sentido de criar lei. Esta emblemática problemática foi palco de uma grande discussão entre dos fortes nomes no mundo jurídico, Herbet L. A. Hart e Ronald Dworking.

É cediço que os avanços sociais e tecnológicos de uma sociedade acarretam num eterno déficit entre o plano normativo e o plano fático.³² Neste sentido Hart, em sua obra *O Conceito de Direito*, afirma, sem titubear, que o juiz cria o direito na ausência de regras que permitam a resolução do caso.³³ Dworking em contrario senso, não admitiu a capacidade criativa, afirmando-o que para cada caso deverá o magistrado extrair uma única solução para o caso, da qual deveria ser descoberto pelo mesmo, inclusive nos “*hard cases*” onde argumentava que “mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa”, e “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de intervir novos direitos retroativamente”.³⁴

Há de se perceber que se tratava de posições antagônicas sobre a possibilidade de o juiz criar direito, as indagações são legítimas, principalmente ao tratar de precedentes obrigatórios, uma vez que sua utilização gerará uma amplitude de verbetes jurídicos mediante a *ratio decidendi* que, como tese principal adotada, trará novos enunciados que são passíveis de interpretação.

Hart, ao se posicionar sobre a textura aberta o autor é incisivo na afirmação que os aplicadores do direito exercem uma função criativa, embasando-se que o déficit normativo em seus conceitos jurídicos indeterminados ou na própria

³² SOUZA, Wagner Mota Alves de. A polêmica entre Hart e Dworkin a respeito da textura aberta do direito ARACAJU: Evocati Revista n. 29. Maio de 2008 Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=231&tmp_secao=9&tmp_topico=teoriadireito&wi.redirect=0S4W1OHIGDI7U9M0GR6D. Acesso em: 16 de Dezembro de 2015

³³ HART, Herbert L. A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1993. P. 135 *apud* Marinoni, Luiz Guilherme. *OP. Cit.* 87

³⁴ DWORKING, Ronald. *Taking rights seriously*, cit., p.12 e ss. *apud* Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. Cit.* 87

lacuna da lei. Assim, afirma ter o magistrado à capacidade de criar direito para suprir omissões do legislador, desde que necessário para o julgamento da causa.

O autor externa o dever discricionário dado ao aplicador do direito que, autorizado pelo legislador, poderá exercer um papel criativo uma vez que o próprio legislador atribuiu-o leis manifestamente indeterminadas, tais como: preço justo, mulher honesta, segurança devida, diligência devida, preço vil, justa causa entre tanta outras.³⁵

Há de se perceber que a partir do momento que o legislador perceber não ser possível prever todas as situações fáticas, atribui de forma tácita ao judiciário a função de completar o entendimento da norma.

A problemática agrava-se com os “*hard cases*” que, sem previsão legal, devem ser julgados mesmo sem expresso dispositivo de lei com base no princípio do *non liquet* que atribuí à obrigatoriedade por parte dos magistrados julgarem todas às causas com base nas fontes do direito.

No sentido oposto, Dworkin ao tratar sobre as cláusulas abertas sustenta a não discricionariedade do judiciário, devendo o mesmo ficar adstrito a uma única descoberta pelo magistrado.^{36 37}

Não há dúvidas que Dworking tem como pretensão reduzir, se não eliminar, a discricionariedade judicial para as cláusulas abertas, vetando a ideia de

³⁵ SOUZA, Wagner Mota Alves de. A polêmica entre Hart e Dworkin a respeito da textura aberta do direito ARACAJU: Evocati Revista n. 29. Maio de 2008 Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=231&tmp_secao=9&tmp_topico=teoriadireito&wi.redirect=0S4W1OHIGDI7U9M0GR6D. Acesso em: 16 de Dezembro de 2015

³⁶ No livro O império do Direito Dworking afirma: [...] o argumento da imprecisão comete um erro adicional. Supõe que se o legislador aprova uma lei, o efeito dessa lei sobre o Direito é determinado exclusivamente pelo significado abstrato das palavras que usou, de modo que se as palavras são imprecisas, deve decorrer daí que o impacto da lei sobre o Direito deve, de alguma maneira, ser indeterminado. Mas essa suposição está claramente errada, pois os critérios de um jurista para estabelecer o impacto de uma lei sobre o Direito podem incluir cânones de interpretação ou explicação legal que determinem que força se deve considerar que uma palavra imprecisa tem numa ocasião particular, ou, pelo menos, fazer sua força depender de questões adicionais, que, em princípio, tem uma resposta certa”. DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. 1. Ed Tradução Luis Calos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P.189

³⁷ Bem como no seu livro Levando o Direito a sério Dworking completa afirmando: “Defende, ainda, que, mesmo nos casos não regulados, uma das partes tem o direito de vencer a demanda, cabendo ao juiz descobrir os direitos das partes e não inventar um direito novo e aplicá-lo retroativamente” - DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério 1 ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 127

criatividade jurídica pelas lacunas ou leis indeterminadas. Embasando seu posicionamento, afirma que os magistrados são dotados de uma legitimidade indireta, da qual não os legitimam criar direito, sob pena de usurpar competência do poder legislativo, ferindo assim, o princípio da separação dos poderes.

Os questionamentos levantados não são pacífico nem pelo modelo de *common law* que tem em sua história um depósito de confiança nos magistrados onde, e, mediante os costumes, tiveram a liberdade de criar os precedentes como forma de estabilizar decisões.

A importância do fenômeno da possibilidade criativa nos precedentes tem como suporte a ideia de se o instituto usurpa poder ou não do legislador, este legitimado direto.

Poder-se-ia um precedente obrigatório estipular uma decisão sem nenhuma possibilidade de interpretação contrária? De antemão, defendemos que não, assim, qualquer verbete, por mais sucinto que seja, levanta a possibilidade de novas interpretações sobre seu conteúdo.

Desta feita, posicionamos pelo processo da criatividade jurisdicional natural aderindo ao posicionamento de Hart, uma vez que pelo natural déficit normativo sobre as evoluções fáticas, o próprio constituinte permitiu de forma tácita a criatividade do poder judiciário, sendo cedida ao mesmo a possibilidade de, no caso concreto, dirimir as questões subjetivas sem expresse amparo legal.

A ideia da criatividade trata-se da vontade estatal em conceder ao poder judiciário uma parcela de sua competência com a finalidade do mesmo estabilizar decisões homogêneas, a fim de contemplar os princípios da segurança jurídica e isonomia processual, dando ao ordenamento jurídico uma maior efetividade para, com menor gasto de recursos públicos, resolver uma gama maior de causas que chegam ao judiciário.

A criatividade vem como moeda de troca que o legislador decidiu para ampliar a efetividade jurisdicional. A confiança depositada no judiciário de modelo anglo-saxão do *common law* permitiu melhor efetivar os direitos fundamentais. Assim, percebe-se que se houvesse uma total separação dos poderes voltar-se-ia ao pós-revolução francesa trancando os juizes a letra da lei, devendo toda a inércia

legislativa ser dirimida pelo legislador o que geraria uma enorme morosidade processual.

Ademais, a concepção de Ronald Dworking sobre uma única solução correta sobre um determinado caso, mediante uma “descoberta” pelo magistrado, tal ideia beira um utopismo judicial. Como e quem seria o responsável por esta proeza de afirma que dentre tantas interpretações, ser apenas uma cabível? Mesmo sobre a ótica dos precedentes obrigatórios que tem como base encontrar um entendimento a ser seguido não têm a pretensão de afirmar que, dentre todas as interpretações, apenas uma é cabível. Neste sentido, o próprio funcionamento dos precedentes rechaça essa ideia, pois além de ser permitida mais de uma tese jurídica (*ratio decidendi*), as matérias residuais não contempladas (*obiter dicta*) são valoradas, haja vista que existe a possibilidade de no futuro haver uma revogação dos precedentes (*overruling*) com base nas teses residuais não contempladas naquele período, mas que pode ser posto em voga novamente desde que haja significativas incongruências com as noções sociais vigentes.

Todavia, há de se salientar que o processo criativo no âmbito dos precedentes obrigatórios não são livres e sem limites, como todo poder concedido, a criatividade jurisdicional deve estar calcada nas mais diversas fontes do direito, devendo, sempre que possível, cumprir o dispositivo legal de forma a preservar seu conteúdo e núcleo essencial do dispositivo.

Ademais, apesar de defendermos a posição criativa do Herbet L. A. Hart, não concordamos com o termo *Judge make law* difundido nos Estados Unidos da América, posto que reputamos há existência da criatividade jurisdicional. Todavia, a criatividade não deve ser confundida com lei em sentido estrito, haja vista tratar-se de uma competência do poder legislativo, este legitimado para tais atos. O natural processo criativo adotados nos precedentes obrigatórios, estes devem ser pautados em legítimas fontes do direito e seus novos verbetes não têm a mesma força normativa atribuída à lei, fato que havendo uma lei contrária a um precedente não se poderá alegar o conflitos ou até mesmo choque a dispositivo constitucional, porque a lei por si só revoga precedente em sentido contrário.

No mais, reputamos a ideia de Kelsen mais se aproxima da questão natureza criativa dos precedentes que, não admite que o juiz crie direito, mais afirma

que “o legislador aplica a constituição e cria a norma geral e o juiz aplica a norma geral e cria a norma individual.”³⁸

Para alguns doutrinadores Kelsen tinha o receio de afirmar que o juiz cria lei quando evocado para dirimir questões com leis indeterminadas ou em lacunas legais, todavia, a ideia ao ser fixado nos precedentes obrigatórios à mesma pode valer-se de uma hierarquia das fontes do direito. Onde as leis tem a primazia máxima e, não sendo possível a utilização primária, ter-se-ia o colegiado a liberdade de formula decisão em criativas embasadas nas fontes do direito.³⁹

Em suma a criatividade é um natural instrumento utilizado pelos precedentes obrigatórios, bem como por qualquer interpretação que estenda o conteúdo do direito, sendo uma concessão tácita de competência concedida pelo legislativo ao judiciário que, poderá, desde que dentro dos limites das fontes do direito, usar do mecanismo criativo para produção de precedentes obrigatórios.

³⁸ KELSEN, Hans. Teoria geral do Estado. Coimbra: Armênio Amado, 1945. P. 105-109; KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1994. P. 388. KELSEN, Hans. La garantie jurisdictionnelle de la constitution. La justice constitutionnelle. *Reveu de Droid Pubic*, 1928, p. 204) *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit. P. 89

³⁹ Insta aclarar que a linha entre criatividade e o ativismo judicial é tênue. Reputamos que deve haver uma atividade de criatividade nos precedentes, todavia, reforçamos que além de necessitar estar amparado nas fontes legítimas do direito, a ampliação dos princípios do contraditório dinâmico e ampliação do processo dialógico são fundamentais para que extensão de qualquer texto de precedente. Desta feita, com uma maior ampliação da discursão entre os entes legitimados dão uma maior segurança jurídica, esta alicerce dos precedentes obrigatórios.

2. OS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (LEI 13.105/15)

2.1. A doutrina dos precedentes do novo código de processo civil: Aproximação brasileira ao *common law*

O contato brasileiro com ambos os modelos clássicos, fomentou num projeto de lei iniciado em 2009 que culminou com a lei 13.105/15, mais conhecida como o novo código de processo civil.

Uma das grandes inovações trazidas por este código foi a criação da obrigatoriedade do respeito à figura dos precedentes judiciais. Esta escolha não ocorreu por acaso, mas sim, fruto da necessidade do poder judiciário em melhor efetivar as tutelas jurisdicionais, tornando-as mais eficientes, a fim de combater um velho vício conhecido no Brasil, à morosidade judicial.

Conforme explica o promotor de Justiça Leonardo Roscoe Bessa. No Brasil o poder judiciário não está aguentando a quantidade de demandas. Hoje, ao levar uma ação ao judiciário, sabemos como se inicia, mas não sabemos como e quando ela acabará. Por isso a necessidade dos precedentes obrigatórios.⁴⁰

Reflexo decorrente da hibridização dos modelos clássicos escolhido no Brasil que, com um déficit de filtragem de matérias relevantes, acarretou numa enxurrada de litígios homogêneos.

Preocupado com esta situação o novo código de processo civil brasileiro visou à implementação dos precedentes obrigatórios como forma de sobrestar matérias irrelevantes, a fim de melhor efetivar a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais.

A inclinação pelo modelo do *common law* não foi uma tarefa tão árdua, haja vista que os modelos de *civil law* e *common law* são compatíveis. De forma clara explana o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni sobre os três mitos sobre o *common law*: “i) o *common law* não existe sem o *stare decisis*; ii) o juiz do *common*

⁴⁰ Academia Brasileira de Direito – Reconhecimento de precedente judicial é principal mudança no novo código de processo civil. Extraído do sítio: <http://abdir.jusbrasil.com.br/noticias/100372821/reconhecimento-de-precedente-judicial-e-principal-mudanca-do-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em 05 de Agosto de 2015.

law, por criar o direito, realiza uma função absolutamente diversa daquela do seu colega do *civil law*; e iii) o *stare decisis* é incompatível com o *civil law*.⁴¹

O terceiro mito é o mais emblemático, porque demonstra não haver incompatibilidade entre os modelos, como já posicionado, é um equívoco pensar que nos países de *common law* não possuem muitas leis, ou pensam que as leis são fontes secundárias. Existem tantas leis como nos países que adotam o *civil law*, a diferença compõe-se mais na forma de julgar do que na estrutura.

Para alguns doutrinadores, os precedentes tratam-se mais de uma técnica do que uma ciência, conforme aduz Edward Allan Farnsworth: Na visão do doutrinador aprender o funcionamento dos precedentes por meio de livros é o mesmo que aprender a andar de bicicleta através de um livro sobre mecânica.⁴²

A função precípua dos precedentes no ordenamento jurídico é de dar um parâmetro aos litigantes e a todos os juristas envolvidos no caso. De forma clara o doutrinador Marinoni expõem a dificuldade dos advogados regidos pelo *civil law* em aconselhar seus clientes sobre o futuro do processo, pois fica obrigado a alertar seus clientes que determinada lei pode ser interpretada a favor ou contra seu cliente. Diferentemente do advogado regido pelo sistema de precedentes do *common law* que, aparado por precedentes obrigatórios, tem uma maior possibilidade de aconselhar seus clientes, uma vez que faz parte da cultura do *common law* uniformizar as decisões.

Esta falta de uniformização, calcada no princípio da isonomia, cria um vício sério no Brasil, a jurisprudência de loteria. Este vício decorre da ausência de uniformização pelas entidades do poder judiciário e a falta de obrigatoriedade de serem cumpridas as jurisprudências brasileiras, ou seja, no Brasil as jurisprudências têm um caráter meramente persuasivo, e pior, nem têm tanto poder de convencimento, uma vez que as mais diversas cortes desrespeitam seus próprios precedentes, bem como são simplesmente ignoradas por diversos juízes de primeira

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 25

⁴² DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela/Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria de Oliveira – 10. Ed. – Salvador. Ed. Jus Podivm, 2015 v.2.

instância, a ponto de sequer fundamentar o porquê do não acolhimento da jurisprudência levantada.

A falta de respeito às jurisprudências no Brasil tem como justificativa a ausência de uniformidade e falta de obrigatoriedade de sua aplicação. Assim, no Brasil é fácil encontrar decisões de tribunais nos mais diversos sentidos, ficando em muitos casos vagos quais as jurisprudências devem ser respeitadas.

Neste diapasão, o novo código de processo civil estabelece em seu art. 926 que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. São os postulados básicos para estabelecer a figura dos precedentes e de fato aproximar o Brasil ao modelo de *common law*.

2.2. Princípios, regras e deveres gerais dos tribunais ao sistema dos precedentes obrigatórios

A escolha brasileira na inclinação pelos precedentes sai da premissa de diminuir o grande volume processual, principalmente de matérias homogêneas de menor densidade de direitos fundamentais, assim, abrindo caminho para uma jurisdição mais efetiva.

Contudo, para chegar a este ponto estável, faz-se necessário que os tribunais sigam princípios, regras e deveres gerais para construir bons precedentes obrigatórios, tornando as cortes mais céleres, eficientes e eficazes nas resoluções das diversas matérias jurídicas.

2.2.1. Princípio da legalidade

Não se pode acreditar no mito que os precedentes são superiores a lei ou não são oriundos dele. Quando se traz a tona a figura dos precedentes, não se pode olvidar que sua construção tem o dever de observar a lei, bem como as demais fontes do direito.

Há de se perceber que as construções e aplicações dos precedentes devem observar os ditames legais, haja vista que o precedente é uma interpretação das fontes de direito com o cunho de atingir situações homogêneas e similares para o futuro. Assim, a escolha dos precedentes não exclui a necessidade de observância do princípio da legalidade.

Ainda no período de construção do novo código de processo civil, alguns doutrinadores, como a exemplo Lenio Streck, afirmava ser a decretação da morte da lei. Afirma o doutrinador que o novo código de processo civil, texto de natureza infraconstitucional, revoga o princípio constitucional da legalidade, sob o fundamento que a implementação dos precedentes mudaria o art. 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988 que afirma “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” para um “novo” “os juízes não serão obrigados a decidir senão em virtude dos precedentes”⁴³

Reputamos na presente dissertação que tão afirmação é de longe exagerada e descabida. Ambos os modelos clássicos do *common law* e *civil law* são dotados de um poder interpretativo jurisdicional. A diferença encontra-se no método adotado, os precedentes têm a natureza de interpretar uma situação e aplicar de forma homogêneas para as demais situações futuras, já o sistema de *civil law* não estipula um precedente, possibilitando uma gama maior de interpretações de para casos semelhantes.

Ademais, é mister apontar que a lei tem uma importância tão grande no modelo dos precedentes (*common law*) que, havendo alteração legal sobre determinado tema com precedente formulado, anula precedentes de qualquer corte, mesmos os formados pela suprema corte. Os precedentes são formados por uma *ratio decidende* baseada numa interpretação legal, assim, havendo uma alteração do dispositivo, se quer falar-se-á em conflito, pois o dispositivo sempre revoga precedente.

Desta feita, não resta dúvidas que os precedentes são frutos de um natural processo hermenêutico baseado no ordenamento jurídico, a tese jurídica adotada tem como base um amplo contraditório dinâmico, a fim de fortalecer a *ratio* que determinou o precedente.

É natural que todo novo sistema receba críticas sobre sua implementação. O jurista Júlio César Rossi afirma que o incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR), que é uma das espécies de aplicação dos precedentes,

⁴³ STRECK, Lenio Luiz – Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law! – Internet – disponível no site <http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law> - Acesso em 12 de Outubro de 2015

é inconstitucional por não haver amparo legal na constituição, pois na visão do doutrinador os precedentes tem a mesma força que as súmulas vinculantes.⁴⁴

Primeiramente vale ressaltar que o precedente obrigatório não tem a pretensão de ser como uma súmula vinculante que, embora tenha um artigo constitucional, carece de um processo dialógico reforçado. Assim, o precedente tem a pretensão de ser melhor que a súmula vinculante, uma vez que a aquela não tem o condão de legislar, mas sim de utilizar uma técnica para uniformizar jurisprudência.

Ademais, a ausência de artigo constitucional na constituição não impossibilita, vez que é sabido ser inconstitucional aquilo que vai de encontro aos ditames da constituição.

Sem a finalidade de exaurir ou apontar o melhor modelo, haja vista que em ambos os modelos tem seus pontos positivos e negativos. A finalidade é demonstrar que o princípio da legalidade é inerente a ambos, não havendo maior ou menor densidade do princípio em pró de um modelo ou de outro.

2.2.2. Princípio da isonomia

O sistema brasileiro sofre um problema típico do modelo do *civil law*, casos similares ou homogêneos com decisões divergentes. É difícil justificar a um cidadão comum que tem o seu pleito recusado e vê outro cidadão conseguir, sob a mesma causa de pedir e direito.

Não se trata de afirmar que falta justiça, uma vez que esta é vestida de um vasto subjetivismo, mas trata-se de estabelecer parâmetros mínimos de coerência entre os julgados.

A igualdade é elemento indissociável do Estado Democrático de Direito, afirma o art. 5.º, caput, da Constituição federal Brasileira que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”, sendo cediço que a desigualdade só pode ser aplicada quando exijam comportamentos que se

⁴⁴ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino – Os problemas e os desafios decorrentes da aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas nos juizados especiais. Internet. Disponível em https://www.academia.edu/19658267/Os_problemas_e_desafios_decorrentes_da_aplica%C3%A7%C3%A3o_do_incidente_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_demandas_repetitivas_-_IRDR_nos_juizados_especiais – Acesso em 29 de Fevereiro de 2016. Apud ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e incidente de resolução de demandas repetitivas. Revista de processo. a. 37, v. 208, jun 2012, p. 234.

justifiquem, com a finalidade de igualar os desiguais. Contudo, sendo rechaçadas quaisquer discriminações gratuitas.⁴⁵

Há de se perceber que à mera aplicação de lei não garante a isonomia, uma vez que esta pode ser amplamente interpretada pelos juízes o que pode gerar uma discrepância entre os julgados. Nos Estados Unidos o “*treat like cases alike*” é uma expressão muito levantada para justificar a necessidade de julgar os casos iguais de forma igual.

A expressão americana é um dos alicerces dos precedentes que têm como finalidade dar uniformidade aos julgados, ou seja, tratar com igualdade os litígios semelhantes, olhar para os precedentes como forma de dar coerência aos que se encontram em situação de igualdade.

A visão do *common law* em unificar e criar precedentes é uma prática que chega a ser natural nas sociedades modernas, em forma exemplificativa e analógica trazemos o funcionamento de uma empresa, qualquer companhia ao tomar decisões sobre o futuro da mesma leva em consideração seus atos já praticados, seria uma enorme incoerência um empresa constantemente alterando suas diretrizes de funcionamento sem observar sua decisões pretéritas, não apenas pela incoerência formada como a nível de confiabilidade para com os seus investidores.

O princípio da isonomia não tem o condão de ser um princípio absoluto, mesmo no exemplo acima formulado, tanto as empresas como Estados, podem e até devem reformular seus precedentes quando necessário. Por conseguinte, os precedentes judiciais têm técnicas de revogação dos precedentes como o *overruling* que decorre da alteração do precedente ou da não aplicação do mesmo pela figura do *distinguishing*.

As técnicas têm como finalidade oxigenar o poder judiciário quando pela ausência de consistência sistêmica, mostrem-se desatualizado nas razões jurídicas que originou ou pela impossibilidade jurídica de aplicação dos precedentes por casos supervenientes.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 139

Ou seja, o princípio da isonomia não é um meio de petrificar o poder judiciário, mas sim estabilizar decisões futuras, a fim de assegurar estabilidade, coerência e integridade, com a finalidade de garantir à segurança jurídica necessária para efetivação dos direitos fundamentais.

2.2.3. Princípio da segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica é descrito nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho como “o homem necessita de segurança jurídica para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsável a sua vida”⁴⁶

O princípio da segurança jurídica é um princípio consolidado nas demais áreas do direito, não por menos tem sua raiz constitucional elencada no art. 5º, XXXVI da Constituição federal Brasileira de 1988 afirma que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, raiz esta que também foi consolidada no código de processo civil de 2015 (lei 13.105/15).⁴⁷

Em Portugal a segurança jurídica também pode ser desdobrada como um subprincípio da proteção da confiança ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. O princípio tem por base não apenas garantir a estabilidade de atos passados, mas também pautar a conduta de todos perante a lei, ou seja, seu alcance é máximo, atingindo tanto os poderes públicos como todos os cidadãos.⁴⁸

Aqui o princípio da segurança jurídica tem como finalidade modelar as condutas dos litigantes, dando-os uma maior estabilidade. Todavia, há de se ressaltar que não se trata de uma regra absoluta, pois há mecanismos de alteração de precedente que, conseqüentemente, poderá alterar condutas.

⁴⁶ CANOTILHO, J.J.Gomes 1941- Direito constitucional e teoria da constituição- 7ª ed., 11 reimpr. (manuais universitários) 2003 – P. 257

⁴⁷ Elenca o doutrinador Luiz Elias Miranda dos Santos que “A certeza e a segurança jurídica são duas das qualidades mais perseguidas pela função judicial, independentemente de qual instância ou tipo de corte se esteja inserido” Ademais relata o autor que a segurança jurídica tem por obrigação um mínimo de previsibilidade, ou seja, cabe ao poder judiciário resolver questões conflituosas com o fito dar uma resposta as possíveis dúvidas que podem surgir. – SANTOS, Luiz Elias Miranda – Súmula vinculante e o instituto dos assentos: seu sentido normativo e o problema da liberdade judicial. Internet – Disponível no site www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/.../2014_02_01383_01423.pdf - Acesso em 13 de Novembro de 2015

⁴⁸ CANOTILHO, J.J.Gomes 1941- Direito constitucional e teoria da constituição- 7ª ed., 11 reimpr. (manuais universitários) 2003 – P. 257

Seguindo a ideia da conduta no princípio da segurança jurídica, externou o doutrinador Helmut Coing que "o que é determinado legalmente deve ser excluído da arbitrariedade; nem aquele que determina o Direito, nem aquele ao qual o direito se dirige, deve violá-lo. Ele deve perdurar... a pessoa pode organizar-se com base nisto, ela pode construir sua vida na proteção desta ordem"⁴⁹

A segurança jurídica não deve ser uma forma de congelamento da atividade jurisdicional. Assim, optou o legislador brasileiro em garantir uma previsibilidade quanto à atuação do Estado-juiz, principalmente, mediante os precedentes obrigatórios.⁵⁰

Os precedentes obrigatórios têm como base moldar condutas, esta vestimenta tem um viés pragmático, pois no modelo de *common law* é cultural a uniformização das decisões, o judiciário deste modelo tem a pretensão de unificar as decisões, publicando-as, a fim de dar previsibilidade aos julgados. Assim, padronizando a jurisprudência, mantendo-a estável íntegra e coerente, condutas elencadas no art. 926 do CPC.⁵¹

A prática de promover decisões uniformes dando aos juizes de primeira instância um maior suporte jurídico fortalece o poder judiciário como um todo. Há de se perceber que no Brasil são muitos os recursos onde às partes constantemente recorrem sobre a ideia de não uniformidade dos julgados, ou seja, como existe jurisprudência para todos os sentidos maior as chances de se insurgir contra as decisões. Quando as partes têm parâmetros sobre os caminhos do processo, maior a segurança jurídica e menor as insurgências contra as decisões, pois se espera tal conduta pelo Estado-juiz e, conseqüentemente, as partes adequam sua conduta.

Por conseguinte, a ideia defendida no trabalho não alude que não há segurança jurídica nos modelos de *civil law*. Seguramente não há uma segurança jurídica eficiente no Brasil, em virtude da hibridação dos modelos. Todavia, mesmo

⁴⁹ COING, Helmut. Elementos fundamentais da filosofia do direito, trad. da 5ª. Edição alemã por Elisete Antoniuk. - Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2002. pp. 190/191. Apud NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança jurídica. Internet – Acesso em 23 de Setembro de 2015. Disponível no sítio <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/6a-edicao/seguranca-juridica>

⁵⁰ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela/Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria de Oliveira – 10. Ed. – Salvador. Ed. Jus Podivm, 2015 v.2. P.470

⁵¹ DIDIER JR., Fredie op. Cit. P. 470

reputando que o modelo dos precedentes obrigatório é o mais apto para alcançar a segurança jurídica, não podemos esquecer que países como a Alemanha segue um modelo de *civil law* e é dotada de segurança jurídica, inclusive, tendo o seu judiciário jurisprudência que influenciam o mundo.

A influencia germânica na Europa continental ocorre devido a seu tribunal constitucional estar aberto a qualquer cidadão, chamado pela doutrina de corte do povo por ter a possibilidade de receber originariamente processos de qualquer nacional, mesmo sem a presença de advogado. O reflexo desta postura dá a corte alemã uma boa gama de julgados em matérias de direitos fundamentais, pois a ausência necessidade de exaurimento de instância trouxe uma maior celeridade e efetividade nas matérias de direitos fundamentais, fato que não exclui a necessidade de filtragem como será abordado no próximo tópico.

2.3. Falha na filtragem de matérias de direitos fundamentais; luta contra o ativismo judicial e a necessidade dos precedentes obrigatórios

O método de filtragem das cortes supremas é um dos principais mecanismos de efetivar a proteção da constituição, assim como é elemento basilar de uma justiça constitucional forte.

No Brasil, apesar de sofrer influencias dos principais modelos de justiça constitucionais, o país pecou na filtragem de matéria de direitos fundamentais quando adotou em seu sistema uma hibridização na tentativa de reunir no modelo nacional o melhor dos Estados Unidos (*common law*) e Europa continental (*civil law*).

Esta característica híbrida de modelo gerou um vulto processual tão elevado nas demais cortes e suprema que botou em xeque a efetividade dos direitos fundamentais e afins.

A filtragem de matérias, principalmente nas cortes superiores, é essencial para uma boa efetivação dos direitos fundamentais. A dificuldade começa em delimitar o que é fundamental, ou seja, o que é essencial às cortes supremas. A terminologia direitos fundamentais é dotado de um vasto e relevante universo temático. Neste diapasão, o jurista lusitano Vieira de Andrade, ao discorrer sobre as perspectivas dos direitos fundamentais enumera três concepções: “a) perspectiva filosófica (ou jusnaturalista, para o autor), que cuida do estudo dos direitos

fundamentais como direitos de todos os homens, em todos os tempos e lugares; b) perspectiva universalista (ou internacionalista), como direitos de todos os homens (ou categorias de homens) em todos os lugares, num certo tempo; c) e perspectiva estatal (ou constitucional), pela qual os direitos fundamentais são analisados na qualidade de direitos dos homens, num determinado tempo e lugar.”⁵²

Conforme demonstra o jurista português as perspectivas sobre os direitos fundamentais são vasta, ou seja, filtrar as matérias essenciais por si só é uma tarefa árdua, uma vez que tem uma vestimenta subjetiva, bem como carece de uniformidade na doutrina e jurisprudência sobre conceituação, terminologia, significado ou alcance de seu conteúdo.

O presente trabalho foca na perspectiva constitucional (ou estatal), sob o entendimento do conteúdo e alcance ser estipulado pela constituição federal num determinado tempo e lugar, haja vista a natural limitação jurisdicional que cada constituição possui.

Todavia, não se pode olvidar que os conteúdos de direitos fundamentais estão espalhados pela constituição brasileira de 1988, o motivo é simples, não havendo consenso sobre o que é direito fundamental, restou à possibilidade ampliativa em vários artigos na CF/88.

Sem dúvidas a falta de conteúdo exato sobre o que são matérias de direitos fundamentais são uma das principais fraquezas do catálogo de direitos fundamentais, ensejando numa ausência de tratamento lógico sobre a matéria, bem como a própria nomenclatura é variável em diversos países, como: direito dos homens, direito essencial entre outros.⁵³

Ademais, além da ausência de tratamento lógico decorrente do subjetivismo sobre a matéria de direitos fundamentais, o debate sobre a possibilidade ampliativa são também fragilidades aos filtros constitucionais.

⁵² J.C.Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais, p.11 e ss apud Salert, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional /Ingo Wolfgang Salert. 12. Ed. Ver. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. P. 22

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang – A eficácia dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional /Ingo Wolfgang Salert. 12. Ed. Ver. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. P. 69

O conteúdo e alcance de direitos fundamentais são muito debatidos pela doutrina. O debate gira em torno dos direitos fundamentais de origens formais e matérias, discutindo-se a possibilidade de direitos fundamentais não elencados na constituição (material) terem a mesma chancela dos devidamente dispostos na constituição (formal).

A constituição portuguesa se limita a mencionar a possibilidade de haver outros direitos fundamentais nas leis e regras de direito fundamental, com base no art. 16/1 da Constituição de Portugal.⁵⁴

Todavia, o Brasil, com base no art. 5º §2º da Constituição federal de 1988 possibilita outros direitos fundamentais, mesmo que não expressos na constituição, incluindo os decorrentes de princípios e tratados internacionais.⁵⁵

A ampliação dos direitos fundamentais é uma vertente bem explorada por vários doutrinadores, sob a ideia de ser impossível prever todas as situações fáticas do ordenamento jurídico. Neste sentido afirmou o doutrinador Carlos Maximiliano que, ao comentar a constituição brasileira de 1946, “não pode especificar todos os direitos, nem mencionar todas as liberdades. A lei ordinária, a doutrina e a jurisprudência completam a obra.” Todavia, o presente trabalho focará sobre as cláusulas abertas no capítulo 3.⁵⁶

O presente trabalho tem como foco demonstrar as falhas nos filtros de direitos fundamentais. A capacidade ampliativa adotada por vários doutrinadores é respeitada, todavia, não é completamente aceita. Atualmente, principalmente no

⁵⁴ SALERT, Ingo op. Cit. P. 86

⁵⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

(Constituição Da República Federativa Do Brasil de 1988)

⁵⁶ Cf. C. Maximiliano, Comentários à constituição Brasileira, vol. III. P. 175 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang – op. Cit. P. 87

direito brasileiro, utilizam-se questões principiológicas de forma banalizada, principalmente para justificar controle difuso de constitucionalidade.

Ao levantar questões de princípios não expresso na constituição brasileira para fundamentar a inconstitucionalidade de uma lei, a má utilização, sem dúvidas, pode acarretar numa insegurança jurídica que, por conseguinte, aumentará os litígios sobre a matéria, uma vez que o subjetivismo principiológico gera a parte adversa um sentimento de revolta e vontade de insurgir sobre a decisão.

Conforme já explanado, a ausência dos precedentes obrigatórios no direito brasileiro torna débeis os filtros e limites necessários para efetivar os direitos fundamentais. O “super juiz” brasileiro decide com base em princípios frágeis e remete os mesmos a um direito fundamental, bem como nas palavras do jurista Jorge Octávio Lavocat Galvão onde chama de juízes Hércules “que, em virtude de sua capacidade de traduzir questões políticas em problemas jurídicos, tornaram-se os guardiões não só da constituição, mas da moralidade pública em geral.”⁵⁷

É muito fácil o magistrado colocar, ou até criar, um princípio no seu dispositivo e depois remeter a uma violação a dignidade da pessoa humana que, por conseguinte, é um direito fundamental susceptível de chegar ao Supremo Tribunal Federal.

Ademais, a situação brasileira é ainda pior, uma vez que os exemplos de violações a constituição vem do próprio guardião, como exemplificaremos agora.

No primeiro caso, em 2011, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 633.703, que discutiu a constitucionalidade da Lei complementar 135/2010, conhecida como a lei da ficha limpa que impedia candidatos de serem eleitos em caso de condenação em segunda instância, e sua aplicação nas eleições de 2010. Julgamento de relatoria do Ministro Gilmar Mendes que foi seguido pela maioria dos ministros entenderam pela literalidade do art. 16 da Constituição Brasileira que aduz: “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.” Ou seja,

⁵⁷ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat – É hora de reinventarmos a interpretação constitucional – Internet – Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-mar-30/observatorio-constitucional-teoria-juridica-reinventada> - Acesso em 21 de Dezembro de 2015

decidiu pela aplicação da “lei da ficha limpa” só poderia ter sua plena aplicabilidade nas eleições seguintes, em razão do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança. Em sentido oposto os ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ayres Britto, Ellen Gracie e Ricardo Lewandowski, invocaram a moralidade e a probidade administrativa, com o ímpeto de aplicar a Lei complementar chamada de “ficha limpa” para as eleições de 2010.⁵⁸

No momento da discursão sobre a matéria, cercado pelo clamor público, o ministro Luiz Fux, acompanhando o voto do relator Gilmar Mendes, ponderou que “por melhor que seja o direito, ele não pode se sobrepor à constituição”.⁵⁹

No presente exemplo não houve grandes problemas sobre a decisão, uma vez que o conflito entre princípios e regras foi decidido de forma acertada. A literalidade do art. 16 é uma regra com maior densidade normativa contra princípios invocados pela constituição. Contudo, as decisões contrárias mostram que os ministros estavam tentando dar uma maior moralidade a decisão, uma vez que esta era a esmagadora vontade pública, mas desprezando a literalidade da norma constitucional, num inegável guardião da moralidade pública no geral com seus “juízes Hércules”, conforme o já mencionado outrora.⁶⁰

Todavia, nem sempre a Suprema corte anda bem no que concerne à aplicação e proteção da constituição. No segundo exemplo, e recente na história do Brasil, o então presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha (PMDB-RJ), aceita o pedido de impeachment da então presidente Dilma Rousseff que, após vários entraves políticos, é escolhida à comissão do rito processual do Impeachment na câmara. A decisão não agrada o governo e a derrota do governo na escolha da comissão faz com que o partido aliado ao governo PCdoB entrasse com uma arguição de descumprimento de preceito fundamental no que tange ao rito de Impeachment contra a presidente Dilma.

⁵⁸ Notícia STF – Lei de Ficha Limpa não deve ser aplicada às Eleições de 2010 - Internet – Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=175082> – Acesso em 21 de Dezembro de 2015

⁵⁹ Notícia STF – Lei de Ficha Limpa não deve ser aplicada às Eleições de 2010 - Internet – Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=175082> – Acesso em 21 de Dezembro de 2015

⁶⁰ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat – É hora de reinventarmos a interpretação constitucional – Internet – Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-mar-30/observatorio-constitucional-teoria-juridica-reinventada> - Acesso em 21 de Dezembro de 2015

ADPF 378 teve vários pedidos a serem analisados pela corte, todavia, forçar-nos-em no ponto mais polêmico e controverso. Em um dos pedidos da ADPF impugna a admissibilidade pelo senado, na intenção possibilitar ao Senado Federal rejeitar a denúncia. No presente julgamento sobre a ADPF 378 de relatoria do ministro Edson Fachin, o mesmo enfatizou que não competia ao Supremo determinar uma admissibilidade, pois conforme dispõem o artigo 86 da constituição: “Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.”

Ademais, além do artigo 83 da constituição brasileira, aduz o art. 52 da constituição onde afirma “compete privativamente ao Senado Federal: I – Processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;”

Há de se perceber que na literalidade do artigo 83 diz “será” ele e não “pode ser, a depender de....” no mais a literalidade do artigo 52 diz que o Senado deve “processar e Julgar”, ou seja, em nenhum momento afirma a constituição uma discricionariedade do senado ao seguimento do processo de impeachment.⁶¹

Todavia, o Supremo tribunal federal rejeita a decisão do relator e por maioria altera o rito constitucional do processo de impeachment para permitir que o Senado Federal possa receber ou não o processo de impeachment pelo quórum de maioria simples, vencidos os ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Dias Toffoli.

A máxima sobre este emblemático e importante caso para o STF ficou por conta decano e Ministro Celso de Mello que chegou a proferir no seu julgamento que o senado precisaria ter o poder de instauração de um processo levando-se em conta o “útil, oportuno e o conveniente”.

⁶¹ AZEVEDO, Reinaldo – Supremo atropela a Constituição e o Regimento da câmara em tarde vergonhosa... – Internet – Disponível em <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/supremo-atropela-a-constituicao-e-o-regimento-da-camara-em-tarde-vergonhosa/>. Acesso em 21 de Dezembro de 2015.

Em suma, o que ocorreu na mais alta corte brasileira foi um ativismo judicial, uma vez que sem respaldo legal outorgou direito ao Senado Federal mesmo contrariando a constituição Brasileira, seria então, nas palavras do ministro Celso de Mello, pode o Senado Federal decidir seus assuntos pelo “princípio do oportuno ou conveniente” mesmo que em descompasso com a constituição?

Como então vincular por meio de precedente obrigatório uma corte que estipula decisões em contraria a constituição? Se a mais alta corte não segue parâmetros mínimos para proferir seus julgados, como “educar” os juízes e desembargadores?

A importância deste caso vem com um agravante, pois o presente processo de impeachment tem um “precedente” em 1992, quando o então ex-presidente Fernando Collor foi impichado sobre também crime de responsabilidade. Ora, por mais que o STF atribua à culpa, e de fato há, ao legislador por não ter legislado sobre as lacunas da matéria, uma vez que a lei do impeachment (1.079/50) é dos anos cinquenta, ambos os processos de impeachment do Brasil decorreram pós constituição de 1988.

Desta feita, a ausência de um precedente obrigatório e sólido para os demais casos futuros não teve sua efetividade no STF, uma vez que a decisão de admissibilidade do Senado Federal já tinha sido suiciada em 1992.⁶²

Não se pode negar a importância que uma decisão na mais alta corte sobre um processo traumático de impeachment não crie um precedente para casos análogos, uma vez que, conforme já mencionado, os precedentes obrigatórios

⁶² Insta aclarar que a tese da maioria dos Ministros do Supremo em adotar “o mesmo procedimento do impeachment do Collor” destoa com a realidade. No Impeachment do ex-presidente Collor a câmara dos deputados em 20 de Setembro de 1992, mediante ofício SGM (Secretaria Geral da Mesa) nº 1388 encaminhou ao Senado Federal a decisão de admissibilidade da acusação contra o presidente, com base no art. 86 da Constituição brasileira de 1988. No mesmo dia, o presidente do Senado, senador Mauro Benevides assina um documento acusando o recebimento e, no mesmo dia, convocou uma sessão de plenário, onde, dos 52 senadores presentes, 21 foram escolhido para essa sessão especial. Desta comissão especial, os senadores compostos enunciaram o ofício nº 302 remetendo ao presidente do senado informando que “o processo por crime de responsabilidade deve ser instaurado, pois a documentação está adequada, de acordo com a Lei nº 1079 e a Constituição”. Ou seja, o senado federal não fez qualquer juízo de valor, simplesmente, e conforme a constituição deu seguimento sem entrar no mérito de processar ou não. Internet nos sites: <http://blogs.oglobo.globo.com/merval-pereira/post/forca-minguante-de-renan.html>; <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/20-anos-do-impeachment/tramitacao-impeachment-senado-federal>; Acesso em 22 de Dezembro de 2015

também podem ser utilizado para casos em que haja uma repercussão a nível nacional, o que *in casu*, não resta dúvidas.

As indagações acima demonstram o desafio dos precedentes obrigatórios dentro do ordenamento jurídico brasileiro, para efetivar, filtrar e otimizar o processo no Brasil, Necessitar-se-á uma mudança na postura dos julgadores colegiados, pois esses são os exemplos a serem seguidos. Não basta uma simples implementação de um direito estrangeiro sem uma harmonização e conscientização dos aplicadores do direito.

Infelizmente o ativismo judicial é uma patologia no atual ordenamento jurídico que atingi todos os níveis da magistratura. A exemplo do exposto, na emblemática súmula nº 2⁶³ do Superior Tribunal de Justiça do Brasil que, “regulamentando” o habeas data, contrariou dispositivo constitucional, bem como o enunciado 310 do TST⁶⁴ que, também contraria ao art. 8 inciso III da CF/88, teve seu enunciado cancelado pela contrariedade contra a constituição federal.⁶⁵

⁶³ Súmula 02 do STJ – “ Não cabe o habeas data (cf, art. 5. LXXII letra “a”) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa.”

⁶⁴ CANCELADA PELA RES. 119, de 25/09/2003 - DJ 01/10/2003).

Cancelamento da súmula mantido pelo Pleno do TST (Res. 121, de 28/10/2003).

Redação anterior: 310 - I - O art. 8º, III, da CF/88 não assegura a substituição processual pelo sindicato.

II - A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis 6.708, de 30/10/79, e 7.238, de 29/10/84, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 03/07/89, data em que entrou em vigor a Lei 7.788/89.

III - A Lei 7.788/89, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria.

IV - A substituição processual autorizada pela Lei 8.073, de 30/07/90, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial.

V - Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade.

VI - É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto.

VII - Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações

Neste sentido, também afirma o jurista João Maurício Adeodato quando afirma que “há, no Brasil, um irracionalismo decisionista que despreza inteiramente o texto. Seus representantes não chegam a dizer que a concretização pelo judiciário pode resolver, pois são mais cétricos. Mas dizem que, independente de juízos sobre se isso é bom ou mau, o juiz faz o direito”. Acrescenta ainda o mesmo autor que a expansão do judiciário e do ministério público se deve as custas de parte do poder do legislativo.⁶⁶

A fragilidade nos filtros do ordenamento jurídico brasileiro tem como fundamento o agigantamento do poder judiciário as expensas do poder legislativo.

O agigantamento do poder judiciário tem vários fatores, um poder legislativo débil e de atuação tímida na criação de leis que fortaleçam e cautele os direitos dos cidadãos. A fragilidade dos legitimados diretos em sua própria formação acadêmica, uma vez que no Brasil o exercício da atividade de representação do povo apenas carece da necessidade de ler e escrever, bem como alguns critérios de idade, o que varia a depender do cargo. E por fim, a vultosa demanda processual sem efetivação pelos mecanismos já existentes.

No Brasil, a falência da capacidade de ter um sistema judiciário efetivo e eficaz fez com que o legislador outorgasse parte importante de sua atividade ao permitir à utilização das súmulas vinculantes, mediante a emenda constitucional de nº 45, e por não se opor ao ativismo judicial existente. Mais parece que o legislador tenta se eximir de sua atividade funcional (“lavando suas mãos”) para resolver o problema de efetividade jurisdicional.

de cumprimento.
VIII - Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios.»
(Referências: CF/88, art. 8º, III. Lei 6.708/79. Lei 7.238/84. Lei 8.073/90. Lei 7.788/89, art. 8º. Res. 1/93 - DJU de 06/05/93).

⁶⁵ STRECK, Iênio Luiz – Constituição e democracia Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Canotilho – Editora Malheiros - 2006 – P. 401

⁶⁶ ADEODATO, João Maurício – “jurisdição constitucional à Brasileira – Situações e Limites – P.180 *Apud* STRECK, Iênio Luiz – Constituição e democracia Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Canotilho – Editora Malheiros - 2006 – P. 402

De outra feita, a ampliação ou agigantamento do poder judiciário, mesmo com as súmulas vinculantes, ainda não chegou perto de um nível satisfatório⁶⁷ para efetivar direitos fundamentais, conforme será melhor discorrido no tópico 2.3.2.

A fragilidade nos filtros do ordenamento jurídico brasileiro também tem como fundamento um pan-principiologismo, ou seja, uma banalização dos princípios de direitos fundamentais.

É cediço que em se tratando da matéria direitos fundamentais que envolve uma ampla elasticidade, como ocorre nos direitos fundamentais, é natural a existência de vários princípios sobre a matéria, não por menos a constituição brasileira de 1988 surgiu após um período de 21 anos de ditadura militar, período de autoritarismo, extinção e supressão de vários direitos fundamentais.

Contudo, não se justifica a existência de tantas matérias de direitos fundamentais, exemplificando o exposto, no art. 5º da constituição brasileira de 1988 é dotado de 77 incisos, como também no art. 6º relata os direitos sociais de forma genérica sem um tratamento lógico ou pelo menos uma linha progressiva.⁶⁸

Desta feita, a não relação lógica sobre o que são exatamente os direitos fundamentais, bem como seu conteúdo está espaçado pela constituição, gerando assim, um desprestígio e falta de efetividade.

A falta de efetividade tem uma correlação também com o pan-principiologismo em que o Brasil vive, há uma banalização dos princípios norteadores dos direitos fundamentais. Assim, ao trazer uma constituição com um vasto conteúdo não exato ou lógico sobre os direitos fundamentais, somado a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade pelo controle difuso obtém uma clara ausência de filtros para as matérias de direitos fundamentais que, por conseguinte, não são devidamente efetivados.

Todavia, o presente trabalho enfatiza que a origem principal da má efetivação dos direitos fundamentais ocorre mais pela hibridização dos modelos do

⁶⁷ No que concerne à ideia de satisfatório, deve-se entender pela efetivação do direito, todavia, reputamos que não deve ser as súmulas vinculantes meio hábil de alcançar a efetividade, uma vez que a mesma tem um potencial perigoso em ultrapassar sua competência jurídica e romper com a separação dos poderes.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang – op. Cit. P. 70

que sobre o alcance e adequada escolha nas matérias de direitos fundamentais, bem como pela ampla utilização do controle difuso (dimensão subjetiva) para dirimir questões em última instância, ou seja, além do natural subjetivismo que norteia os direitos fundamentais, o problema é agravado pelas seguidas decisões *inter partes* (apenas entre as partes). A concepção traz um enorme prejuízo ao guardião da constituição, uma vez que o mesmo se vê obrigado a julgar várias vezes a mesma matéria em vários casos similares.

Em uma análise comparativa com a doutrina alemã, o controle difuso inexistente para os germânicos, logo, em caso de arguição de possível inconstitucionalidade, caberá o juiz de primeira instância, caso entenda, remeter os autos ao tribunal constitucional que se manifestará sobre a constitucionalidade. Após este juízo de admissibilidade competirá ao tribunal constitucional declarar ou não a inconstitucionalidade da lei. Caso entenda pela inconstitucionalidade, emitirá uma decisão com efeitos *erga omnes* expurgando a lei violadora, bem como impossibilitando a criação de nova com conteúdo idêntico ou similar.

O método alemão segue a chamada reclamação ou queixa constitucional (*verfassungsbeschwerde*), adota uma postura protetiva dos direitos fundamentais, chegando a ser chamada de corte do povo, por ter a possibilidade de tramitação direta na corte suprema, inclusive sem a presença de advogado. Seria uma espécie de mandado de segurança *per saltum* no ordenamento jurídico brasileiro.⁶⁹

Todavia, apesar da possibilidade de tramitar originalmente no tribunal constitucional alemão, o sistema germânico tem uma preocupação clara nos seus filtros. Neste contexto afirma Peter Herberle, apesar do acesso direto, cerca de 97% dos recursos de amparo não são admitidos pelas seções do Tribunal Constitucional.⁷⁰

⁶⁹ CABRAL, Antonio do Passo – Requisitos de relevância no sistema recursal alemão – Internet – disponível no site https://www.academia.edu/12973611/Requisitos_de_relev%C3%A2ncia_no_sistema_rekursal_alem%C3%A3o – Acesso em 28 de Setembro de 2015.

⁷⁰ Moraes, Alexandre de. Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição, 3ª edição. Atlas, 2013-05-01. VitalBook apud Haberle, Peter – El recurso de amparo em el sistema germano-federal. In: Vários autores. La jurisdicción constitucional en Iberoamericana. Madris: Dykinson, 1997 – P. 154

A não admissão do recurso é característica de um sistema jurídico preocupado com a filtragem das matérias, pois o acesso direto é uma grande benéfica ao tutelado, deve ser utilizado excepcionalmente e de forma cuidadosa. Assim, mesmo a constituição alemã estipulando pré-requisitos sobre sua admissão, vige a discricionariedade, uma vez que são utilizados critérios subjetivos como a significação geral (*allgemeine bedeutung*).

Observando-se o critério germânico, a significação geral é algo muito parecido com a repercussão geral elencada no código de processo civil de 2015 em seu art. 1.035.⁷¹ A diferença constitui mais na utilização do que no significado teleológico dos institutos.

A ideia de significação geral filtra as matérias relevantes na proteção dos direitos fundamentais, utilizando-as com cautela naquilo que tenha uma forte carga constitucional, sempre com a ideia de tal apreciação ter um efeito *erga omnes*, num claro posicionamento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Além do instituto, o direito germânico estabeleceu mais critérios para as filtrações recursais. O que se percebe na cultura germânica é uma tendência a uniformizar os julgados, mesmo sendo um modelo precipuamente do *civil law*. O que apenas demonstra que o problema da filtragem não está no modelo de *civil law*, mas sim, como já discorrido, com a hibridização dos modelos.

No direito Alemão a revisão ou cassação (*revision*) tem por finalidade assegurar a uniformidade da jurisprudência, teria uma semelhança com os recursos extraordinários e especiais, havendo apenas à apreciação de matéria de direito por reexame *in iure*. Nota-se que a excepcionalidade dos recursos alemães tem como

71 Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 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.

base a uniformidade jurisprudencial, evitando-se assim a jurisprudência de loteria (jurisprudência conflitantes).⁷²

A posição alemã traz uma maior efetividade aos direitos fundamentais, uma vez que quando aceita apreciar a constitucionalidade emite uma decisão para toda a sociedade. Diferentemente no Brasil, onde um grande vulto processual é apreciado mediante os recursos extraordinários que, de extraordinário só tem o nome, chega a ser mais “ordinário”, uma vez que é o recurso mais dirimido pelo STF em sua última instância, chegando a dezenas de milhares de processos com este timbre.

Desta feita, o Brasil em sua hibridização divergiu dos países clássicos do *civil law*, pois além de não aplicar apenas um controle concentrado, quando recebe em sua corte máxima emite vários julgados com efeitos apenas entre as partes, bem como não tem o devido cuidado com os filtros recursais.

Por conseguinte, a má filtragem do ordenamento jurídico brasileiro tem dois responsáveis como protagonistas. O primeiro pela fraqueza do catálogo do que é exatamente os direitos fundamentais, numa ausência de tratamento lógico na matéria, e em segundo, como maior responsabilidade, a hibridização dos modelos. Reputamos o segundo como o maior vilão por ser algo peculiar do ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido, o poder judiciário brasileiro percebe o fracasso em seu filtro, tendo-o de recorrer a novos métodos de filtragem para melhor efetivar os direitos fundamentais. Entre a evolução desses métodos temos a repercussão geral, sobrestamento de causa repetitivas, súmulas vinculantes e por fim, os precedentes obrigatórios.

2.3.1. Repercussão geral, sobrestamento de causas idênticas e súmulas vinculantes: métodos de correção da hibridização do modelo brasileiro.

⁷² CABRAL, Antonio do Passo – Requisitos de relevância no sistema recursal alemão – Internet – disponível no site https://www.academia.edu/12973611/Requisitos_de_relev%C3%A2ncia_no_sistema_recurisal_alem%C3%A3o – Acesso em 28 de Setembro de 2015.

A hibridização do modelo brasileiro mostrou-se um fracasso para efetivar os direitos fundamentais. O número de demandas batendo à porta do Supremo Tribunal Federal à procura da última palavra sobe de forma exponencial, os dados oficiais assustam. A exemplo, em 2006 a corte suprema brasileira registrou seu maior número de demandas em sua casa, foram computados 129.079 (cento e vinte nove mil e setenta e nove) processos no STF. Valor absurdo se comparado com várias cortes ao redor do mundo, sendo assustador inclusive ao Brasil que adotou alterações infraconstitucionais visando à diminuição deste vultoso número.

Nos anos de 2006 e 2008 o poder legislativo altera o Código de Processo civil, acrescentando filtros ao acesso ao Supremo tribunal Federal, mediante as leis 11.418/06 e 11.672/08, adicionando os artigos 543-A, B e C. Tornando essencial a comprovação de repercussão geral relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem questões de interesses subjetivos.

Assim como foi estabelecido que havendo multiplicidade de recursos com fundamento de idêntica controvérsia (processos homogêneos) caberá ao Supremo Tribunal Federal selecionar por amostragem um ou mais recurso que se mostrem mais representativos, ficando em sobrestamento os demais.

Como também com a Emenda Constitucional 45, também conhecida como a emenda da reforma do judiciário, onde retirou competências originárias do Supremo Tribunal Constitucional passando para o Superior Tribunal de Justiça, como no tocante à homologação de sentença estrangeira e a concessão de *exaquetur* às cartas rogatórias (art. 102, I, "h" (revogada); 105, I, "i", e art. 9.º da EC n. 45/2004)⁷³ e ter criado o instrumento da súmula vinculante que, conforme aduz Nelson Nery Junior, tem por base unificar teses jurídicas reveladoras da dominante jurisprudência do tribunal e vem implantá-la sob a forma de verbetes sintéticos e numerados.⁷⁴

As medidas foram boas, haja vista a diminuição dos números dos processos após a vigência das leis e o acréscimo das súmulas vinculantes, reduziu o volume de processos que passou de 129.079 (cento e vinte nove mil processos e

⁷³ LENZA, Pedro – Reforma do Judiciário. Emenda Constitucional nº 45/2004 – Sítio em <http://jus.com.br/artigos/6463/reforma-do-judiciario-emenda-constitucional-n-45-200>. Acesso em 11 de Setembro de 2014

⁷⁴ NERY JUNIOR, nelson. Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos, p. 86

setenta e nove) em 2006 para 44.420 (quarenta e quatro mil quatrocentos e vinte) processos no ano de 2013, mas já em 2014 novamente sobe a um patamar de 79.993 (setenta e nove mil novecentos e noventa e três) processos no STF.

Há de se perceber que mesmo como a vigência das medidas supramencionadas a diminuição ainda não chegou a um ponto adequado, preterindo questões relevantes de direitos fundamentais. Exemplo clássico e atual da apreciação de causas insignificantes chegarem ao Supremo Tribunal Federal como ocorreu em Rochedo de Minas cidade 209 km de capital Belo Horizonte, onde no presente caso será julgado na mais alta corte o furto de duas galinhas no valor de R\$ 40,00 (quarenta) reais.⁷⁵

O relator Ministro Luiz Fux rejeitou um pedido de liminar de arquivamento da ação penal contra o réu Afanásio Guimarães que afirma ter matado as galinhas do vizinho para comer, pois as mesmas ficavam soltas e ciscavam em seu terreno.⁷⁶

Se não bastasse o absurdo deste caso emblemático, numa corte que recebe dezenas de milhares de processos, tendo como seu maior julgado o “Mensalão” que foi um processo penal de mais de 50 (cinquenta) mil páginas, composta por 53 sessões e com 38 réus, terá agora que julgar também o caso de furto de duas galinhas. Como se não fosse o bastante, o Supremo já julgou questões como um furto numa casa de 1 (um) ferro de passar, 1 (um) carregador de celular, 1 (um) fone de ouvido, 1 (uma) chave de fenda, 1 (uma) fita isolante e parafusos de cadeado (valor da causa R\$ 84,89). Assim com um furto no supermercado de 6 (seis) barras de chocolate no valor de R\$ 31,80.⁷⁷

Neste contexto, não é de se chocar que o judiciário brasileiro seja tão moroso, sendo a responsabilidade jogada de um lado ao outro, o judiciário culpa o

⁷⁵ Internet – sítio da Globo.com - Dois casos de furto de galinhas vão parar no Supremo Tribunal Federal – <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/04/dois-casos-de-furto-de-galinhas-vaio-parar-no-supremo-tribunal-federal.html>. Acesso em 06 de Setembro de 2014.

⁷⁶ Richeter, André – Fux e o roubo de galinhas. Conteúdo encontrado no sítio da internet - <http://jornalgggn.com.br/noticia/fux-e-o-roubo-de-galinhas>. Acesso em 06 de Setembro de 2014.

⁷⁷ Internet – sítio da Globo.com - Dois casos de furto de galinhas vão parar no Supremo Tribunal Federal – <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/04/dois-casos-de-furto-de-galinhas-vaio-parar-no-supremo-tribunal-federal.html>. Acesso em 06 de Setembro de 2014.

legislativo pela tipificação das leis e o legislativo atribui ao judiciário à responsabilidade de filtrar os casos com base na ponderação.

Ademais, mesmo com os avanços acrescentados nos artigos 543-A, B e C no código de processo civil, o termo “repercussão geral relevante” e a seleção de processos idênticos acarretaram em mais uma competência ao judiciário ter de decidir pela relevância ou não do caso. Assim, hábeis advogados, muito em questões tributárias e previdenciárias, alegam a repercussão geral, sob o fundamento do “efeito cascata” ou “efeito dominó” de que essas decisões podem causar.

Assim como, no que concerne a súmula vinculante, apesar do cuidado que deve haver neste instrumento, o mesmo ainda se mostra tímido, muito pela real preocupação que tem com o princípio da separação dos poderes. Todavia, apesar de ser um mecanismo que visa à diminuição processual, a finalidade e nomenclatura (vinculante) só existe em razão de no Brasil não haver a figura dos precedentes obrigatórios.

Ora, com a figura dos precedentes não seria necessária a súmula vinculante, pois a cultura do *common law* tem como base criar parâmetros de julgamentos com carácter obrigatório. Assim, também afastando o receio do ativismo judicial ou da violação da separação dos poderes.⁷⁸

Levando em conta os precedentes do código de processo civil de 2015, a sua devida utilização culminará numa redução ou termino da figura das súmulas vinculantes não por revogação, haja vista que uma lei ordinária não tem o poder de revogar uma norma constitucional, mas pela desnecessidade. A súmula vinculante foi criada em razão do não cumprimento pelos magistrados e tribunais inferiores as súmulas da suprema corte. Havendo o precedente obrigatório, o mesmo terá o mesmo poder da súmula vinculante, sem, contudo, incorrer em quaisquer possíveis violações a separação de poderes e ativismo judicial, logo, e possivelmente, cairá em desuso às súmulas vinculantes.⁷⁹

⁷⁸ Faz-se necessário aclarar que o perigo do ativismo judicial independe do modelo adotado, e sim de como é utilizado, uma que o *common law* não está imune ao ativismo judicial.

⁷⁹ A súmula vinculante nº 11 do STF acarretou em críticas pelos juristas brasileiros que afirmaram que o teor da súmula mais parecia uma lei do que uma uniformização dos julgados. Assim dispõem a súmula nº11: “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de

2.3.2. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), Incidente de Recursos Repetitivos e Incidente de Assunção de Competência

Levando-se em consideração a repercussão geral e os sobrestamentos de demandas repetitivas, os requisitos são absorvidos pelos precedentes, dando-os ainda um caráter mais objetivo, pois a terminologias “repercussão geral” e “sobrestamentos de demandas repetitivas” são subjetivas, o que pode parecer uma repercussão para uns, pode não ser para outros, assim, não são uniformizados os critérios.

Neste sentido, e com a visão de dar mais estabilidade às matérias jurídicas, os precedentes do código de processo civil de 2015 vêm com dois importantes mecanismos para dirimir as questões repetitivas passíveis de criação de precedentes. Os incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR), estes sendo de competência aos tribunais regionais federais e tribunais de justiça estaduais com base no art. 976 do NCPC⁸⁰ podendo ser interposto, conforme o

perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”. Inicialmente insta mencionar que a utilização de termos vagos como “resistência”, “fundando receio de fuga” torna a presente súmula aberta para interpretações contrárias sobre o teor da súmula. No mais as súmulas vinculantes encore sempre no perigo de usurpação do poder legislativo que, já em 2008 tinha editado a lei 11.689/08, dispondo sobre o uso das algemas no art. 474 do Código de Processo Penal Brasileiro com o seguinte teor: “Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do Júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes”. No presente caso, apesar da similitude textual, há uma espécie de revogação tácita e um sobrestamento do poder judiciário entre os demais poderes, fato reprovável pela divisão clássica de Montesquieu, materializada pelos três poderes.

⁸⁰ CAPÍTULO VIII - DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 3º 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.

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

comando inserto no art. 977 do Código do processo civil de 2015, pelos juízes ou relatores, mesmo que de ofício, partes, ministérios público ou defensoria, bem como, agora vinculado às cortes superiores como o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, os incidentes de recursos repetitivos.⁸¹

Interessante apontar antes de adentrar sobre o procedimento-modelo que, mesmo tratando-se de um sistema de precedentes, o mesmo é oriundo do sistema alemão (Musterverfahren) país com base no *civil law*. A ideia foi criada no sistema alemão (Kapitalanger-Musterverfahrengesetz – KapMug) editado em 2005 para um período de 5 anos com o intuito de dirimir os litígios no campo do mercado de capitais, mas foi aplicada e expandida em 2008 para os casos envolvendo a assistência e previdência social.⁸²

A primeira observação que fazemos, corroborando com ditos anteriores, é que o *civil law* e o *common law* não são incompatíveis, haja vista em ambos os modelos adotem características do outro sem que isso represente numa ruptura de suas origens. Reputamos tratar-se de uma evolução.

Há de se perceber que há uma dilação dos entes capazes de invocar os incidentes de demandas repetitivas, primeiro grande filtro, ou como preferimos “pedágios”, na possibilidade de conter demandas de massa, dando-as “resoluções de massa” mediante os precedentes obrigatórios.⁸³

Diferentemente do que ocorria nas ações declaratórias de inconstitucionalidade por omissão ou não, ou nas ações declaratórias de

§ 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

⁸¹ Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício;

II - pelas partes, por petição;

III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

⁸² NUNES, Dierle – IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido. Internet – Disponível em <http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/> - Acesso em 29 de Fevereiro de 2014.

⁸³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. Revista de Processo. São Paulo, n. 179,p. 139-173, jan. 2010 *apud* BARTILOTI, Alexandre Soares – op. Cit – P. 20.

constitucionalidade e afins, estes instrumentos posto que deem uma resposta em dimensão objetiva para toda a sociedade são limitados por um rol taxativo de legitimados “especiais”. Diferentemente da IRDR que, ampliando o rol de legitimados, permitem que maiores interessados processuais possam arguir a necessidade de criação de um precedente via o IRDR.

Assim, a partir do momento em que se permite que qualquer juiz ou relator, mesmo que de ofício, possa invocar a necessidade de criação dos Incidentes de demandas repetitivas, demonstra a clara motivação de o legislador descomplicar a criação dos precedentes obrigatórios, bem como a permissão legal de qualquer parte ou dos institutos do Ministério Público e Defensorias.

Façamos uma ressalva importante, mesmo com a ampliação dos legitimados do para instaurar os incidentes de demandas repetitivas, competirá aos tribunais se convencerem que se trata de uma matéria com potencial multiplicador. Trata-se de uma mediada discricionária pelo desembargador do tribunal que fará uma análise sobre o quão madura está à matéria de ser julgada como um incidente de demandas repetitivas, haja vista o instrumento unificador pelo precedente tem repercussão nos demais casos similares como o sobrestamento de todos os demais casos de teor parecido.

Neste sentido, reputamos que, mesmo em se tratando de matérias com potencial multiplicador, os Tribunais aguardarão um período, da qual se espera ser razoável, para aceitar um incidente de demandas repetitivas, ou seja, a matéria necessitará de uma maturação para por parte dos tribunais para que se atestem tratar-se de uma demanda de massa com potencial multiplicador.

Neste sentido, os doutrinadores José Borge Motta e Maurício Ramires afirmam que a aplicação do IRDR nas cortes devem “evitar a afoiteza das soluções por varredura geral; é preferível que andem devagar, com “cuidado e humildade”, complementando com as palavras de Tribe e Dorf, mediante um método de “formulação e reformulação caso a caso” (“case-by-case formulation and reformulation”). Isso porque as naturais tensões que possam gerar IRDR deve ser observado dois parâmetros. A) O caso individual não será o primeiro nem o último e

B) não deve parametrizar todos os casos pela mesma regra sem observar a integridade e coerência do precedente.⁸⁴⁸⁵

Está maturidade é um elemento importante para não sobrestar matérias que apesar da similitude têm e devem ter julgamentos distintos, pois como alhures citado, o instituto dos precedentes tem como alicerce a segurança jurídica e isonomia de sua criação, havendo uma precipitada criação dos precedentes obrigatórios, os mesmo poderão perder sua finalidade no momento em que se verificar haver muitos mecanismos que afastem os precedentes obrigatórios como o *distinguishing* e *overruling*. Fatos que incorreriam na banalização e descrença no instituto como meio hábil de unificar matérias jurídicas com o fito de efetivar direitos fundamentais ou não.

Outro importante mecanismo, agora voltado para as cortes superiores, são os incidentes de recursos repetitivos. Este mecanismo terá como objetivo criar precedentes de âmbito nacional, haja vista decorrerem de julgados dos órgãos superiores. A implementação deste instituto não chega ser inédita ou tão inovadora como o IRDR, uma vez que aqui há uma complementação com dos já existentes filtros da repercussão geral e sobrestamento de causas repetitivas, já contempladas no Código de Processo Civil de 1976, e também acolhidas pelo Código de 2015.

O incidente de recursos repetitivos não tem artigos específicos como ocorre nos Incidentes de demandas repetitivas, todavia sua aplicação já era utilizada pelo antigo código via dos artigos 543-A, B e C que dirimia sobre a repercussão geral e sobrestamento de processos idênticos.⁸⁶

⁸⁴ MOTTA, Francisco José Borges e RAMIRES, Maurício – O Novo Código de Processo Civil e a decisão democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade?

⁸⁵ TRIBE, Laurence H. & DORF, Michael. *On Reading the Constitution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991, p. 31. *Apud* MOTTA, Francisco José Borges e RAMIRES, Maurício – O Novo Código de Processo Civil e a decisão democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade?

⁸⁶ Insta aclarar que, apesar de não possuir um artigo específico sobre o incidente de recursos repetitivos, o código de processo civil de 2015 com base no art. 928, II prevê como recursos repetitivos os oriundos dos dois principais recursos do STF e STJ, que são respectivamente Recurso extraordinário e Recurso Especial conforme dispõem:

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Em razão do acúmulo injustificável de causas perante o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, as cortes, mediante técnica de processamento e julgamento por amostragem, visam diminuir o fluxo de casos que chegam constantemente as cortes superiores.⁸⁷ Esta Amostragem consiste em apreciar apenas poucos recursos, em regra os mais emblemáticos, sobrestar os demais e atribuir uma decisão homogênea para os casos sobrestados. Com advento dos precedentes obrigatórios, as cortes superiores utilizaram às já então figuras da repercussão geral e sobrestamento de causas repetitivas para criação dos precedentes, com o diferencial de agora gerar um efeito *erga omnes* não apenas para os casos que foram sobrestados como também quaisquer causas que tenha por base a *ratio decidendi* que originou os precedentes obrigatórios.⁸⁸

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual. (CPC de 2015)

⁸⁷ CUNHA, Leonardo da – Recursos Repetitivos – Internet - Disponível em <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/recursos-repetitivos/> - Acesso em 02 de Dezembro de 2015.

⁸⁸ O Código de processo civil de 2015 traz em sua artigo 1.036 que a escolha dos processos mais emblemáticos ocorreram pela seleção de 2 (dois) ou mais recursos representativos, todavia poderá o relator do tribunal superior selecionar 2 (dois) ou mais recursos distintos da escolha no presidente ou vice-presidente do tribunal de origem.

Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o 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.

§ 2º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 3º Da decisão que indeferir este requerimento caberá agravo, nos termos do art. 1.042.

§ 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.

§ 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

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

Neste sentido, o recurso extraordinário, principal demanda do STF, poderá ser objeto de precedente obrigatório desde que tenha um potencial multiplicador a fim de dirimir causas futuras com teor similar. Por tratar-se de uma precedente obrigatório que terá repercussões para diversos casos futuros, os julgamentos além de terem uma maior participação dos entes interessados como partes, *amicus curiae* e entidades públicas, numa clara ampliação do contraditório dinâmico e processo dialógico, conforme aduz o jurista Luiz G. Marinoni, a partir do momento que os magistrados têm ciência que suas decisões geram um efeito para o futuro gera “uma responsabilidade do juiz consigo mesmo”⁸⁹

Assim, o código de processo civil não estipula legitimados para arguir precedentes nas cortes supremas, todavia, os mesmo terão, com base nos artigos já existentes, criar precedentes obrigatórios em quaisquer recursos perante as supremas cortes desde que possuam as premissas básicas de criação.

Desta feita, poder-se-ia criar um precedente obrigatório sem que haja um potencial multiplicado? Sim, contudo não é a regra. O código de processo civil de 2015 possibilita a criação de precedente obrigatório via incidente de assunção de competência estipulado pelo artigo 947 nas matérias que tenham grande repercussão social, mesmo que sem multiplicidade de causas.⁹⁰

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme – Op. Cit. 107

⁹⁰ CAPÍTULO III - DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator propondá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.
– (CPC 2015)

O incidente de assunção de competência apenas corrobora com a aproximação do Brasil ao modelo de *common law* anglo-saxão que têm como cultura a criação dos precedentes, haja vista que nestes países os precedentes são criados mesmo sem que necessite do potencial multiplicador. Assim, optou o Brasil também pela criação dos precedentes obrigatórios mesmo sem a multiplicidade de causas, contudo desde que cumpra o pré-requisito da ampla repercussão social, instrumento da qual reputamos dever ser utilizado com parcimônia, bem como preferencialmente nas cortes superiores, uma vez que em se tratando de uma repercussão social relevante, a mesma terá, em via de regra, um alcance nacional, devendo as supremas cortes dirimir sobre está matéria a fim de pacificar entendimento por via de precedente.

Há doutrinadores como Pedro Lenza, Lênio Streck entre outros que reputam o incidente de assunção de competência, bem como os demais incidentes serem instrumentos infraconstitucionais que usurpa competência constitucional no controle concentrado. Os juristas rechaçam o cabimento constitucional de cabimento da reclamação perante os tribunais como forma de compelir sua aplicabilidade.

Ora, em se tratando de adotar os precedentes obrigatórios no ordenamento jurídico, afastar o mecanismo hábil da reclamação como forma de compelir os magistrados de cumprirem os *decisum* tornaria inócua à figura dos precedentes, bem como há de se observar que a criação via lei infraconstitucional não choca com os ditames constitucionais. Os precedentes obrigatórios, além de não ir de encontro com a constituição brasileira, trata-se de um instrumento que amplia a possibilidade de efetivar direitos.

Desta feita, os precedentes obrigatórios necessitam de uma plena aplicabilidade para de fato efetivar direitos fundamentais ou não. Podar os direitos de aplicação aos precedentes obrigatórios acabará com sua capacidade de efetivar direito, ou seja, para o funcionamento pleno dos precedentes deverá ser incutido na cabeça dos juristas que será “um tudo ou nada”, os precedentes obrigatórios vêm com a ideia de adotar um modelo jurídico robusto com a intenção de dar uma nova roupagem às causas repetitivas no ordenamento, caso contrário estará fadado como mais um mecanismo não efetivador de direitos.

Em suma, os três incidentes mencionados, mesmo que não possuam matérias relevantes de direitos fundamentais, servirão de como filtro processual, a fim dar mais espaço para que matérias fundamentais que exijam mais tempo possam tramitar no judiciário com maior liberdade no intuito de construir um precedente de qualidade.

2.3.3. O instituto dos assentos portugueses e súmulas vinculantes brasileiras

Não obstante o presente trabalho tenha como finalidade à utilização dos precedentes obrigatórios como forma de efetivar direitos, não devemos olvidar de dois polêmicos institutos que têm ou tiveram sua função nos ordenamentos jurídicos brasileiros e portugueses.

Em meados dos anos 20 em Portugal o instituto dos assentos passou por várias transformações, e pelo próprio entendimento Supremo tribunal de Justiça português que utilizou a figura dos assentos em seus julgados como forma de unificar decisões e pacificar entendimentos.⁹¹

Ao falarmos do instituto dos assentos, elemento desconhecido no ordenamento jurídico brasileiro, fala-se em um instituto que teve a pretensão de ser fonte criadora de direito pelo judiciário. O termo assento, conforme relata o professor António Castanheira Neves, adveio das crônicas do El-rey D. Afonso IV que consistiam “num juízo ou Assento, que se tomava sobre algum feito notável e duvidoso que, por autoridade de que o fez, e dos que o aprovaram, ficou servindo como de Aresto para se imitar, e seguir como Lei, quando outra se acontecesse”⁹², ou seja, tratava-se de uma decisão de alguma(s) importante(s) autoridade(s) que, em virtude do seu prestígio e influência, valer-se-ia como se lei fosse, devendo o feito ser perpetuado como forma de um “precedente” mesmo que sem embasamento jurídico e carente de legitimidade.

⁹¹ SANTOS, Luiz Elias Miranda – Súmula vinculante e o instituto dos assentos: seu sentido normativo e o problema da liberdade judicial – Internet – disponível no site www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/.../2014_02_01383_01423.pdf - Acesso em 18 de Novembro de 2015.

⁹² CASTANHEIRA NEVES, António. O Instituto dos assentos e a função jurídica dos suoremias tribunais. Coimbra: Coimbra editora, 1983, p. 6 *apud* SANTOS, Luiz Elias Miranda – Súmula vinculante e o instituto dos assentos: seu sentido normativo e o problema da liberdade judicial – Internet – disponível no site www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/.../2014_02_01383_01423.pdf - Acesso em 18 de Novembro de 2015.

A crítica ao instituto do assento decorreu por longos anos até que no julgamento do processo 474/88 pela seção do Tribunal constitucional decorreu o acórdão 810/93 da corte máxima portuguesa que, com força obrigatória geral, declarou a sua inconstitucionalidade por violação aos artigos 114, 115 nº5, 207, 277 nº 1, todos da Carta constitucional Portuguesa.⁹³

A figura dos assentos teve uma forte vinculação à figura das súmulas vinculantes brasileira, instituto não muito bem quisto pela comunidade jurídica portuguesa, bem como também controversa entre os juristas brasileiros.

A ideia de um poder ter uma ampliação a ponto de poder sobrepor sobre os demais traz o um grave receio da violação da separação dos poderes desequilibrando a necessária balança de um Estado democrático de direito, bem como no receio de um governo dos juízes (*Rechtsstaat*).⁹⁴

Diferentemente do que ocorreu em Portugal com a declaração de inconstitucionalidade do instituto dos assentos, o Brasil, em sentido contrario, em meados da década de 1960 em decorrência da vultosa demanda processual que batia a porta da corte decidiu, com base num regimento interno, começar a dar publicidade de decisões reintegradas no formato de verbetes numerados. Há de se perceber que o início das súmulas teve sua origem de forma regimental e não legal, tendo a mesma sido disciplinada legalmente apenas em 1973 pelo código de processo civil brasileiro.⁹⁵

Insta aclarar que a súmula criada em meados dos anos 1960 não tem a força jurídica que possui as súmulas vinculantes incluídas pela emenda constitucional nº 45 de 2004 em seu artigo art. 103-A da CF/88.⁹⁶ Todavia, ambas as súmulas têm a mesma finalidade dar segurança jurídica com a unificação dos entendimentos da corte, a fim de obstar demandas irrelevantes no STF.

⁹³ SANTOS, Luiz Elias Miranda – Ob. Cit. P. 1398

⁹⁴ SANTOS, Luiz Elias Miranda – Ob. Cit. P. 1404

⁹⁵ SANTOS, Luiz Elias Miranda – Ob. Cit. P. 1404

⁹⁶ 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. – Constituição Brasileira de 1988.

A diferença consiste na obrigatoriedade da aplicação por parte da súmula vinculante que, com a obrigatoriedade e o próprio nome diz, vincula o poder judiciário, bem como à administração pública direta e indireta, tendo força de lei, mesmo que não seja. Daí consiste a maior crítica e similitude com os institutos dos assentos.

A importância sobre trazer a tona ambos os institutos utilizados consiste em diferenciá-los da figura dos precedentes obrigatórios, haja vista tratar-se de mecanismo distinto das súmulas vinculantes e dos assentos portugueses. Neste sentido o professor A. Castanheira Neves discorre sobre a distinção afirmando que os precedentes obrigatórios distintamente dos assentos, trata-se de uma “concreta decisão jurisprudência, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu” trata-se de uma vinculação judicial que, pautada e legitimada pela lei, confere modelos de decisões a serem aplicadas em casos análogos.⁹⁷

No mesmo sentido, mas distinguindo agora das súmulas vinculantes, o doutrinador Lênio Luiz Streck aduz que o instituto das súmulas vinculantes não são tidas como *Stare decisis* (precedentes) do modelo *common law*, uma vez que esta necessita para surgir seus efeitos uma necessária justificação (contextualizada).⁹⁸ Ou seja, enfatizando o que já alhures exposto, as decisões com o potencial multiplicador capaz de gerar precedentes obrigatórios tem o dever de melhor fundamentar o(s) motivo(s) que levou sua decisão, ampliando o contraditório dinâmico e o processo dialógico com o fim de ampliar e dar maior robustez os precedentes obrigatórios.

Além do perigo das súmulas vinculantes terem no princípio da separação dos poderes, os novos enunciados dão margem para novas interpretações jurídicas o que pode gerar uma abertura insegura no ordenamento jurídico. Mesmo com a ideia das súmulas vinculantes terem como finalidade filtrar matérias já consolidada pela corte, os novos verbetes podem ser motivos de novas interpretações sobre a matéria, o que conforme o jurista Lênio Luiz Streck, as súmulas vinculantes podem acarretar em um paradoxo, pois “sem retirá-la do sistema através de

⁹⁷ CASTANHEIRA NEVES, António – O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais – Coimbra: 2014 – P. 12

⁹⁸ STRECK, Lênio Luiz – Constituição e democracia Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Canotilho – Editora Malheiros - 2006 – P. 422

inconstitucionalidade, não mais resolve problemas concretos. Com isso, “abre-se” a possibilidade para outros casos.⁹⁹

Faz-se mister discorrer que, apesar de reputamos como boa fundamentação do jurista lênio luiz streck, o paradoxo argumentado pelo jurista incide apenas sobre novos textos conflituosos. Desta feita, o paradoxo só pode incidir sobre qualquer mecanismo, seja súmula, jurisprudência, precedente ou até mesmo nova lei, se o conteúdo for contraditório com a lei/súmula/jurisprudência inicialmente formulado. Os precedentes obrigatórios não tem como objetivo fazer construções contraditórias do conteúdo de determinada matéria, mas apenas, e, após um contraditório dinâmico cumulado com um processo dialógico, unificar decisões conflitantes, dando-o uma maior segurança jurídica para os litigantes, com a finalidade de demonstrar a forma de comportamento dos litigantes, haja vista que os precedentes serviram de parâmetros a serem observados sobre todos os que pleiteiam perante a justiça.

Neste sentido os precedentes obrigatórios dá uma maior estabilidade jurídica sem ultrapassar os limites estabelecidos pela separação dos poderes, não havendo de se falar em uma usurpação de um poder em detrimento de outro, haja vista que, diferentemente das súmulas vinculantes, os precedentes obrigatórios têm um finalidade criativa concedida tacitamente pelo poder legislativo, a partir do momento este poder atribuí leis indeterminadas e pelas naturais lacunas do ordenamento. Posto isso, a criatividade concedida não pode ser confundida com ativismos judicial, uma vez que os precedentes obrigatórios seguem as legítimas fontes do direito com a precípua finalidade de dar um entendimento uniforme para os demais casos análogos.¹⁰⁰

Por conseguinte, os precedentes obrigatórios, conforme alhures citado, surge do modelo *common law* enfatizando a figura dos costumes como uma forte valoração como fonte do direito. A implementação dos precedentes obrigatórios pelo novo código de processo civil, demonstra uma inclinação brasileira pelo modelo anglo-saxão do *common law* como forma de desafogar a maquina pública dando-a

⁹⁹ STRECK, lênio luiz – Op, Cit. P 422

¹⁰⁰ A afirmação formulada no presente trabalho reafirma a nossa posição que os precedentes obrigatórios são dotados de uma natural criatividade jurisdicional, posicionamento que se inclina aos ditames de Herbert L. A. Hart, todavia não entendemos que haja uma criação de lei, mas uma criação de uma fonte normativa, esta última dotada de menor densidade que uma lei em sentido estrito.

efetividade necessário para uma salutar e razoável duração do processo com um menor dispêndio de recursos públicos.

2.4. *Ratio decidendi*: um desafio às cortes brasileiras

O processo civil de 2015 trouxe várias inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, inovações estas que são inócuas em caso de não aderência aos ditames do novo código processual. Esta adesão tem como desafio uma mudança na postura das cortes brasileiras, alteração de postura e cultura na forma de julgamento.

É cediço que alterar leis não é uma tarefa simples, principalmente quando se trata de uma alteração de um código com mais de mil artigos (lei 13.105/15), mas seguramente mudar a cultura de julgamento, esta sem dúvida é um dos maiores desafios que o código de processo civil de 2015 terá pela frente.

A antiga cultura brasileira de não respeito às jurisprudências e súmulas, foi sem dúvida um dos fortes responsável pela vultosa demanda processual, uma vez que a hibridização dos modelos deu ao juiz brasileiro “superpoderes” no controle de constitucionalidade sem qualquer tipo de freios. Contudo, a mudança deve vir de cima, ou seja, para uma melhor adesão dos juízes de primeira instância deve haver o exemplo de seus tribunais e a das cortes superiores, pelo simples fato de serem os órgãos responsáveis pela formação dos precedentes e, infelizmente, no atual sistema são os primeiros a não respeitarem seus próprios precedentes.

Tal afirmação é visto pelo doutrinador Marinoni como uma espécie de patologia que, infelizmente, arraigou-se no sistema judiciário brasileiro, fomentando uma cultura de incertezas judiciais e as jurisprudências de loterias que são “descartáveis”..¹⁰¹

Foi-se o tempo que as Cortes Supremas tinham por destinação declarar a norma contida na lei. Piero Calamandrei, jurista italiano, ao falar sobre a Corte de Cassação nas primeiras décadas do século passado, afirmava que a corte deveria

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 106

buscar o texto exato da lei, e a “uniformização jurisprudencial” ocorria mediante reiterados julgados.¹⁰²

A ideia de jurisdição vinculada à letra de lei do legislativo foi difundida por muitos autores clássicos, muito pela influência francesa que, em virtude da descrença da população, limitou seus magistrados a letra de lei.

Em 1903, após uma conferência nos estudos de Processo civil, Giuseppe Chiovenda, torna-se famoso e manifestava que a jurisdição deve ser despontada a partir da revelação da vontade do legislador.

Todavia, Em virtude das lacunas no judiciário cumulando com o fato de que o juiz não pode se eximir de julgar pela ausência de lei, este dispositivo configura a proibição do *non liquet* (*não decidir*), também chamada pela doutrina alemã de “*Verbot der Justizverweigerung*”. Assim, a teoria de Chiovenda e Calamandrei perdia força.

Por conseguinte, além das lacunas fáticas, a fragilidade da teoria clássica formulada também por Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei habitava no caso concreto de um conflito, ou nos famosos “*hard case*”, pois não é possível o legislador prever todos os casos concretos, todas as possibilidades. Assim, havia uma necessidade de correção que, mediante o mecanismo da criatividade, tornou possível e necessário que os magistrados interpretarem a lei para decidir casos concretos não exemplificados na legislação.

Mais do que interpretar a lei, os precedentes do *common law* traz à tona a necessidade inerente de uma *ratio decidendi*, figura central para formação dos precedentes obrigatórios. A *ratio decidendi* é a tese jurídica adotada por um precedente, é a razão que motivou o judiciário a decidir daquela forma, visando casos futuros.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. A função das cortes supremas e o novo CPC. Site disponível na Internet.

https://www.academia.edu/12417491/A_FUN%C3%87%C3%83O_DAS_CORTES_SUPREMAS_E_O_NOVO_CPC. Acesso em: 19 de Julho de 2015

O desafio das cortes do judiciário brasileiro que pretende ter efetivamente à figura dos precedentes obrigatórios será em construir uma boa *ratio decidendi*, tese esta que só pode ser alcançada mediante um processo dialógico e ampliação dos debates sobre as matérias.

Um dos atuais vícios do judiciário brasileiro é o pedido de vista, o que aparentemente demonstrar ser apenas um pedido pelo magistrado em melhor estudar a matéria, a fim de melhor fundamentar sua decisão, na prática demonstra ser um instrumento de despreparo sobre boa parte dos desembargadores e ministros. Ora, se é sabido a existência de uma discursão sobre qual tese jurídica (*ratio decidendi*) será debatida, o pedido de vista é quase uma confissão que o magistrado não estudou a matéria.

Há de se perceber que tão afirmação não deve ser vista como uma verdade absoluta, haja vista que, se bem utilizado, é um importante mecanismo para garantir um bom julgado. Todavia, não há racionalidade trazer votos escritos após os pedidos de vista. O voto escrito não é uma forma dialógica de chegar a um bom *ratio decidendi*, mas sim, apenas convida à adesão.¹⁰³

Ora, um voto escrito em nada pode ser discutido, ou os demais magistrados aderem ou não, sendo vedada uma saudável discursão sobre a matéria. Desta feita, o relator e demais magistrados que compõem a mesa devem propor e convidar à discussão da matéria, devendo rechaçar fundamentações escritas.¹⁰⁴

É oportuno, ao falar sobre os desafios dos precedentes obrigatórios, trazer a visão de alguns juristas sobre o funcionamento dos precedentes do novo código de processo civil. Como toda a inovação, não há uma uniformidade sobre a matéria, bem como exemplos sobre o sistema, uma vez que ainda encontra-se em *vacatio legis*. Contudo, os debates já são calorosos.

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. A função das cortes supremas e o novo CPC. Site disponível na Internet.

https://www.academia.edu/12417491/A_FUN%C3%87%C3%83O_DAS_CORTES_SUPREMAS_E_O_NOVO_CPC. Acesso em: 19 de Julho de 2015

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. A função das cortes supremas e o novo CPC. Site disponível na Internet.

https://www.academia.edu/12417491/A_FUN%C3%87%C3%83O_DAS_CORTES_SUPREMAS_E_O_NOVO_CPC. Acesso em: 19 de Julho de 2015

Muitos juristas reputam o precedente obrigatório como o trunfo do novo código de processo civil, seria este o sistema que daria o timbre de “novo” ao código, pois não se trata apenas de alterações de microssistemas. Na linha de defensores sobre o precedente como o “trunfo” do novo código temos: Freddie Didier Jr, Leonardo da Cunha, Alexandre Câmara, Luiz Guilherme Marinoni entre tantos outros.

Na visão desses notórios juristas brasileiros os precedentes são uma das maiores mudanças no processo civil para efetivar direitos. Posto que sejam muitos participantes do projeto de criação do código de 2015 não se isentam de indagar possíveis problemas que possam surgir no funcionamento do sistema no Brasil.

Entretanto, há juristas que criticam os precedentes obrigatórios. Marcelo Barbi Golvalves que acusa ser o precedente mais forte que a norma legal, assim, violando o princípio da separação dos poderes e por criar uma subordinação hierárquica entre os juízes, o que na visão do jurista seria um afronta ao princípio da independência do julgador.¹⁰⁵

Vale salientar que o douto jurista é magistrado de carreira, fato que não o impossibilita de ter sua opinião sobre a matéria, mas é cediço que a figura do “super juiz” ou juízes Hércules tende a cair. No caso dos magistrados é cediço que, a *prima facie*, o instituto representa uma “diminuição de poder” pela vinculação. Em contrapartida ganham poder, pois decisão embasada em precedente dá ao magistrado uma força a sua sentença que, com arrimo nos precedentes, ocorrerá uma diminuição das insurreições contra as decisões.

É cediço que os magistrados não gostam de ter suas decisões recorridas, assim, o instituto vem com a missão de diminuir o número de recurso com o fito de estabilizar as matérias. Ademais, além da força que o precedente pode dar na decisão do juiz de primeira instância, o mesmo ainda goza de sua liberdade judicante quando tem a possibilidade de não aplicar os precedentes pelo *distinguishing*.

¹⁰⁵ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino – Os problemas e os desafios decorrentes da aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas nos juizados especiais. Internet. Disponível em https://www.academia.edu/19658267/Os_problemas_e_desafios_decorrentes_da_aplicacao%C3%A7%C3%A3o_do_incidente_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_demandas_repetitivas_-_IRDR_nos_juizados_especiais – Acesso em 29 de Fevereiro de 2016.

Ainda sobre as críticas do jurista Marcelo Barbi Gonçalves, os precedentes não são mais fortes que a norma legal, uma vez que, conforme já citado, este é embasado nas próprias fontes do direito. Sobre afetação da independência do julgador, este nunca foi ou será podado, o fato de vincular decisões aos magistrados tem como finalidade dar uma maior confiança ao poder judiciário, uma vez que será agora dotado de uma maior segurança jurídica.¹⁰⁶

Faz-se mister aclarar que críticas aos precedentes já foram formulados por vários outros juristas como Lênio Streck, Júlio César Rossi, entre outros.

Neste cenário de novidades, e naturais críticas, surge o código de processo civil de 2015 preocupado com a necessidade de ampliar um processo dialógico para criação de bons precedentes, o que fez expandir à figura e poderes do *Amicus curiae*.

2.4.1. *Amicus curiae*: ampliação do processo dialógico para construção de precedentes

O *amicus curiae* é o amigo da corte que, auxiliando nas mais diversas questões, funciona como uma espécie de *expert* sobre determinados assuntos. Não é por menos que o CPC de 2015 tira a velha roupagem de pessoa “sem legitimidade” por não ser parte direta no processo e amplia seus poderes, inclusive legitimando a recorrer nos processos que atue, conforme aduz no capítulo V (do *amicus curiae*) em sua art. 138 do CPC de 2015.¹⁰⁷¹⁰⁸

¹⁰⁶ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino – Os problemas e os desafios decorrentes da aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas nos juizados especiais. Internet. Disponível em https://www.academia.edu/19658267/Os_problemas_e_desafios_decorrentes_da_aplica%C3%A7%C3%A3o_do_incidente_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_demandas_repetitivas_-_IRDR_nos_juizados_especiais – Acesso em 29 de Fevereiro de 2016. Apud GOLÇALVES, Marcelo Barbi. O incidente de resolução de demandas repetitivas e a magistratura deitada. Revista de Processo a. 38, v. 222. Ago. 2013 p.227

¹⁰⁷ Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

A expansão dos poderes atribuídos aos *amicus curiae* é um reflexo da tendência de ampliar o diálogo para melhor dirimir e construir bons precedentes.

A criação dos precedentes deve ser amplamente discutida, não apenas pelas partes envolvidas, mas também por entidades especializadas sobre a matéria abordada.

No ordenamento jurídico o choque entre princípios inerentes aos direitos fundamentais é sem dúvida um das principais dificuldades ao julgador, pois são questões polêmicas e muitas vezes envolvendo questões técnicas das quais os magistrados desconhecem.

É cediço que não há hierarquia entre os direitos fundamentais, logo, compete ao julgador, mediante uma ponderação de valores, mitigar e decidir qual direito fundamental deve ser acolhido, tentando-o mitigar o máximo possível do direito fundamental que foi preterido (visão clássica do princípio da proporcionalidade).¹⁰⁹

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Lei. 13.105/15. Disponível no sítio oficial do ministério da casa civil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 24 de Agosto de 2015.

¹⁰⁸ Faz-se mister aclarar que apesar de não estipular quais recursos poderá ser interposto, a jurisprudência limita aos embargos de declaração.

¹⁰⁹ O surgimento do princípio da proporcionalidade adveio da jurisprudência do Tribunal constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), que, em resoluções de casos concretos, dirimiu lides com base no princípio da proporcionalidade. Advindo de um pós-guerra, onde as medidas arbitrárias foram decretadas em desfavor dos direitos fundamentais dos cidadãos alemães, o tribunal constitucional renovou sua jurisprudência, com a precípua finalidade de cautelar e evitar novos abusos, como os que ocorreram no período do terceiro Reich de Adolf Hitler.

Em um emblemático julgado da suprema corte germânica, que proferiu em 1971 uma decisão sobre armazenamento de petróleo, no qual a suprema corte limitou o entendimento do legislador, sob o fundamento de violação ao princípio da proporcionalidade, transcrevendo conforme aduz a doutrinadora Marina de Araújo Monteiro: “O meio empregado pelo legislador dever ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental.” Trecho extraído de MONTEIRO, Marina de Araújo op. Cit *apud* BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília Jurídica, 1996. P - 44

Os *amicus curiae* são entidades que podem ser pessoa jurídica ou física, especializada em determinadas matérias ou a simples participação da sociedade. Ocorre que, mesmo tratando-se de, em regra, um órgão especializado, compete à última palavra a corte ou o congresso nacional nos casos de criação/alteração de leis. És que ocorrem os choques entre os entes, por tratar-se de questões polêmicas onde muitas vezes são levantados também questões religiosas e convicções pessoais.

A parcialidade da figura do *amicus curiae* já é algo levantando por diversos juristas. Em conclusão de dissertação de mestrado da doutrinadora Damares Medina intitula de “Amigo da corte ou amigo da parte?”, a jurista traz dados empíricos demonstrando que na maioria dos casos os *amicus curiae* são parciais com convicções firmadas e posicionadas para um dos lados.¹¹⁰

Tão explanações não são reputadas como maléficas. Se a interferência do *amicus curiae* não obtivesse qualquer interferência nos julgados, não faria sentido continuar com as interferências, bem como a partir do momento que mais pessoas, jurídicas ou físicas, trazem mais argumentos a serem debatidos, só amplia o processo dialógico.

É imperioso que a parcialidade que possa existir seja compensada com mais de uma figura de *amicus curiae*, uma possível entidade que pense de forma contrária, instigando, assim, a figura do contraditório dinâmico e do processo dialógico. Neste sentido à arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 378 que tratou sobre o rito processual do impeachment da presidente Dilma teve vários amigos da corte manifestando-se sobre o rito a ser seguido, notarialmente os *amicus curiae* era dos mais diversos partidos, sejam de oposição ou pró governo.

Neste sentido, mesmo sabendo ser entidades políticas, logo, com parcialidade sobre a decisão, a parti do momento que vários entes manifestam-se nos mais diversos sentidos, atribuíram aos ministros do supremo novas ideias e

¹¹⁰ HAIDAR, RODRIGO. Amicus curiae influi em decisões do STF, mostra pesquisa. Internet - disponível no site http://www.conjur.com.br/2008-dez-06/amicus_curiae_influi_decisoes_stf_mostra_pesquisa. Acesso em 08 de Setembro de 2015.

informações, inclusive tendo ministros sustentando seu voto com base em informações trazidas pelos *amicus curiae*.¹¹¹

¹¹¹ **Amigos da Corte manifestam-se no julgamento da ADPF 378 sobre processo de impeachment**

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 378, ajuizada contra normas que disciplinam o processo de *impeachment*, sete representantes de entidades admitidas no processo como "amigos da Corte" (*amicus curiae*) fizeram sustentações orais da tribuna do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF).

PSD

O primeiro a se manifestar foi Claudio Lembo, pelo Partido Social Democrático (PSD). Ele ressaltou a função fundamental que o Supremo tem para a democracia brasileira no atual momento. "Os senhores é que darão o equilíbrio ao jogo político. As garantias fundamentais da nossa Constituição, tão duramente conquistadas, têm que ser preservadas por essa Casa, tais como o contraditório e a ampla defesa", afirmou. Ele destacou que o impedimento é uma "nova forma de violentar a vontade popular" e acrescentou que as nulidades processuais não podem ser admitidas no regime democrático. Por fim, salientou que o STF é a "Casa do equilíbrio e do bom senso" a qual sinaliza o melhor da justiça.

PSDB

Em nome do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), Flávio Henrique Costa Pereira afirmou que o que se pretende na ADPF não é algo novo, uma vez que o Supremo na década de 90 e, à luz da Constituição de 1988, já se pronunciou sobre como deve ser o procedimento em questão. Segundo ele, o STF além de reanalisar a matéria, tem papel não só jurídico, mas cívico e social "que é tirar o discurso de que aplicar a Constituição Federal no Brasil é um golpe". "Nossas instituições funcionam de forma legítima e aplicando nossa Lei Maior", afirmou. Ele ressaltou que o sistema brasileiro, embora bicameral, é uno, portanto, a decisão da Câmara dos Deputados em processo de *impeachment* vincula o Senado Federal.

DEM

O Democratas (DEM) também se pronunciou por meio do advogado Fabrício Juliano Mendes Medeiros. Para o partido, não haveria incompatibilidade entre a Constituição Federal e a eleição secreta da comissão mista no âmbito da Câmara dos Deputados. Ele estabeleceu uma distinção entre deliberação e eleição e afirmou que as votações devem ser abertas em situações de deliberação, "a fim de que a sociedade, como um todo, possa fiscalizar a atuação dos mandatários". Porém destacou que no caso da eleição, dentro ou fora do parlamento, é preciso que se proteja o eleitorado, seja ele qual for. "Essa proteção é vetor importante para que se evite a sedução, muitas vezes pouco republicana, do eleitor", concluiu. Assim, a entidade pede o indeferimento da liminar e, no mérito, a improcedência do pedido.

PT

Pelo Partido dos Trabalhadores (PT), falou Flavio Croce Caetano, que concorda com os pedidos formulados na petição inicial da ADPF. De acordo com ele, com o ajuizamento da ação pretende-se que a definição do rito do *impeachment* seja fiel à Constituição e com a lei sobre o tema para que ela seja indiscutivelmente respeitada. Flavio Caetano destacou que o ato inicial do processo de *impeachment*, realizado pelo presidente da Câmara, é de conteúdo decisório, não é meramente protocolar. Ele também fez uma análise das diferenças do rito aplicado ao então presidente Collor. Observou que a Constituição está mais madura; o Brasil passou a integrar o sistema internacional de proteção a direitos humanos e as convenções internacionais que não integrava naquele momento; citou mudanças substanciais nas matérias de processo penal (possibilidade de defesa prévia antes da aceitação da denúncia) e na lei de improbidade administrativa (defesa prévia antes da aceitação da petição inicial pelo magistrado).

PSOL

Pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), André Maimoni afirmou que a legenda tem denunciado supostos abusos cometidos pelo presidente da Câmara no processo de *impeachment* e observou que tais ilegalidades são decorrentes da confusão de normas internas que se sucedem nas duas Casas do Congresso. Segundo ele, o PSOL entende que a insegurança jurídica trazida – ser corrigida pelo Supremo sem necessidade de legislar – "tem feito grassar interesses escusos". Ele informou que o PSOL representou no Conselho de Ética contra o presidente da Câmara, além de demais pedidos, entre eles à PGR, para o afastamento de Eduardo Cunha do cargo, a fim que o processo possa ter

Há de se perceber que houve uma evolução da figura do *amicus curiae* no decorrer da legislação. Inicialmente, à figura dos *amicus curiae* era limitada as ações declaratórias de inconstitucionalidades, constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Todavia, a implementação do CPC de 2015 trouxe uma ampliação da figura dos precedentes, chamando-os em questões de âmbito subjetivo e principalmente para ações de demandas repetitivas que tenham o condão de produzir precedentes, como nos incidentes de demandas repetitivas (IRDR) nos tribunais regionais federais e tribunais estaduais, nos incidentes de recursos de demanda repetitivas para as cortes superiores, como supremo tribunal federal e superior tribunal de justiça e nos incidentes de assunção de competência.

Em discursão a cerca da descriminação do uso da maconha para uso recreativo e medicinal, foi levado a discursão pelo senador Cristovam Buarque (PDT-DF) junto ao pesquisador e neurobiólogo Renato Malcher Lopes, da Universidade de Brasília (UNB) apresentou uma série de estudos que sobre possíveis benesses da tetraidrocannabinol (TCH) e cannabinol (CBD), contudo, foi duramente criticado pelo então ex-deputado federal Luiz Bassuma (PV-BA) que acusou-o de fazer uma “apologia” a drogas psicoativas.¹¹²

um andamento mais isento, impessoal e imparcial. Assim, o partido posicionou-se favoravelmente à ADPF, aderindo aos pedidos contidos na ação.

Rede

Representando a Rede Sustentabilidade, Eduardo Mendonça afirmou que a legenda adere à manifestação da PGR. De acordo com ele, o Estado de Direito está em jogo e no procedimento de *impeachment* deve haver transparência e previsibilidade. Ele destacou que todas as votações desse processo devem ser abertas, porque essa deve ser a regra geral na República “e mais ainda em se tratando de representantes eleitos que devem contas ao povo”. “Não se pode interpretar que o silêncio da lei signifique a permissão do sigilo”, disse. Também salientou que Câmara dos Deputados faz juízo de admissibilidade e que não caberia ao Senado Federal desfazer esse juízo.

UNE

Ao representar a União Nacional dos Estudantes (UNE) Pedro Dallari afirmou que a ADPF envolve questões técnicas relevantes, mas que devem ser examinadas à luz de um contexto histórico e político. Ele recordou que a UNE teve um papel de liderança importante no processo de *impeachment* de Fernando Collor em 1992, com os “cara-pintadas”. “A UNE se sente autorizada em ponderar por cautela, entendendo que naquela ocasião havia uma situação excepcional e que na história política e constitucional brasileira a regra é a da garantia dos mandatos, da preservação do mandato presidencial”, concluiu, ao acrescentar que no presidencialismo a garantia da plenitude do mandato presidencial é elemento basilar. – Internet no site oficial do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306516>. Acesso em 22 de Dezembro de 2015

¹¹² Especialistas defendem uso medicinal da maconha – BAPTISTA, Rodrigo. Site disponível na internet. <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/08/25/especialistas-defendem-uso-medicinal-da-maconha>. Acesso em 25 de Agosto de 2015

Os choques entre especialistas e entes do poder legislativo e judiciário são comuns. Não por menos os *amicus curiae* são convocados para questões polêmicas, como a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 54, foi discutido sobre o aborto de anencéfalos, em julgados sobre a constitucionalidade das terras indígenas da Reserva Raposa Serra do Sol e sobre a possibilidade jurídica da pesquisa científica com células-tronco embrionárias.

2.4.2. Contraditório dinâmico e a vedação as decisões-surpresas na formação da *Ratio decidendi*

A figura do contraditório no novo código de processo civil teve sua importância reforçada, não apenas com garantidor constitucional dos direitos fundamentais do art. 5º, inciso LV da Constituição federal brasileira, possibilitando as respostas pelos litigantes pelo contraditório e ampla defesa, mas também para reforçar institutos com os precedentes.

Um bom precedente obrigatório é obtido através de uma ampla discussão sobre a matéria, devendo ser chamado ao debate não apenas as partes envolvidas, como também, sempre que possível, *amicus curiae* e demais entidades públicas ou privadas que tenham relevância na construção do precedente.

A *ratio decidendi*, como já devidamente enfatizado, é a núcleo formador do precedente obrigatório, é a tese jurídica adotada para calcar as demais decisões homogêneas ou similares. Por conseguinte, um bom precedente deve ser formulado mediante um contraditório dinâmico ou reforçado (como alguns doutrinadores preferem chamar), isso tudo através de uma ampla discussão (dinâmica) sobre a tese jurídica adotada nos precedentes.

A preocupação de ampliar a figura do contraditório no código de processo civil de 2015 decorre do cuidado em evitar as decisões-surpresas, pois conforme aduz a doutrinadora Maíra Coelho Torres Galindo “as decisões-surpresas são consideradas perniciosas à concretização nos moldes constitucionalmente delineados”.¹¹³

¹¹³ GALINDO, Maíra Coelho Torres. Processo cooperativo: o contraditório dinâmico e a questão das decisões-surpresas. Curitiba: Juruá, 2015. P. 110

A doutrina contemporânea traz à figura da vedação as decisões-surpresas com uma espécie do princípio do contraditório, ampliando a possibilidade jurídica das partes interferirem no cognitivo judicial da decisão prolatada, ampliando e chamando os entes processuais a se manifestarem sobre os julgados, numa debate trilateral sobre o julgado.

No que concerne à aplicação da vedação as decisões-surpresas no âmbito dos precedentes, esta tem um cunho mais construtivo do que nas discursões da lide no decorrer do processo. A explicação é simples, a cultura do *common law* nos seus precedentes tem por objetivo criar parâmetros para casos futuros idênticos ou similares. Assim, após a construção dos precedentes, e a construção obstará decisões surpresas, pois não cabe mais, em regra, a discursão sobre a matéria, uma vez que esta foi amplamente debatida para seu surgimento.

Há de se perceber que a vedação das decisões-surpresas têm uma forte corrente no modelo de *civil law*, mas também tem espaço no modelo de *common law*, o que apenas corrobora com à afirmação de compatibilidade entre ambos os modelos.

A diferença da vedação as decisões-surpresas consistem no momento a serem utilizadas. Nos países que adotam os precedentes do *civil law*, esta vedação será construída e evitada no decorrer do processo com a possibilidade da ampliação do debate. Nos países de *common law*, haverá uma criação de blindagem prévia para com as decisões-surpresas, esta decorrerá da criação da *ratio decidendi*, isto é, com a criação da tese dos precedentes formuladas já impedirá que as decisões peguem os litigantes de surpresa.

A perniciosidade das decisões-surpresa só decorrerá em ambos os modelos nos casos de não haver um devido processo dialógico e contraditório dinâmico, pois uma ampla discursão sobre à matéria obstar pegar os litigantes de surpresa.

Neste sentido, os precedentes criam uma espécie de prévia proteção das decisões-surpresas. Esta blindagem consiste nos parâmetros já formulados no bojo dos precedentes sobre a matéria, ambos os litigantes já terão conhecimento sobre. Desta feita, não há o que se falar em violação do contraditório, uma vez que no

momento de criação do precedente a corte teve o dever de abrir uma ampla discussão sobre a matéria, com vários entes processuais, com ou sem interesse processual, como nos casos do *amicus curiea*.

Em suma, há de se perceber que à figura do contraditório dinâmico devem ser utilizados em ambos os modelos, a divergência consiste apenas no momento de sua utilização.

A preocupação brasileira consiste na forma que serão utilizadas os precedentes, como os juristas aplicarão os parâmetros já preestabelecidos (precedentes). Conforme já mencionados, os precedentes são método de unificar decisões, contudo são dotados de técnicas que o permitem sua não aplicação nos casos de notórias distinções fáticas (*distinguishing*) que, tendo por finalidade a não petrificação do judiciário, a técnica visa separar/distinguir casos em que não comporte o precedente, todavia, a sua aplicação deve vir acompanhada de uma ampla densidade argumentativa, um dever de dispor os motivos (fundamentação) da não aplicação daquele precedente que norteia os demais julgados.

A preocupação é legítima, num país que adotou um sistema híbrido dando amplos poderes para o magistrado, reestabelecer limites não será uma tarefa fácil, mas é imperiosa para a vedação das decisões-surpresas, proibição esta que surge nos ordenamentos jurídicos modernos, resultado de uma reestruturação democrática processual embasada já nos ditames constitucionais da ampla defesa e contraditório.¹¹⁴

As decisões-surpresas não são bem quistas em nenhum modelo de ordenamento jurídico, mas sem dúvida nos países de *common law* são mais reprováveis, porque culturalmente são formadores de precedentes sobre as mais diversas matérias, sempre procurando parâmetros (isonomia) entre seus julgados, os litigantes já esperam um comportamento decisório.

É cediço que decisões judiciais que não seguem os precedentes anteriores análogas os similares gera ao postulante uma sensação de violação,

¹¹⁴ GALINDO, Maíra Coelho Torres. Processo cooperativo: o contraditório dinâmico e a questão das decisões-surpresas. Curitiba: Juruá, 2015. P. 110

inquietação, fato que acarretará na provável insurreição contra a mesma, o que cominará num sistema moroso.¹¹⁵

Esta morosidade, em virtude da não parametrização (isonomia) entre os julgados, é uma das principais causas da volumosa demanda processual sem efetivação aos direitos fundamentais, porque não há filtros sobre aquilo que vai subir as cortes, quando um indivíduo já espera uma conduta pelo magistrado, baseado num precedente, tende ao mesmo não se revoltar contra as sentenças. Não apenas não se recorre das decisões como também estimula as autocomposições como: conciliação, mediação, transação e etc. Medidas estas que, judicial ou extrajudicial, põem fim a litígios mais simples com pouco ou nenhum contexto aos direitos fundamentais, assim dá uma célere resposta aos litigantes e abri caminho para as cortes concentrarem-se nas demandas importantes de direitos fundamentais.

Exemplo clássico da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 54 que, mesmo num processo de competência originária pelo STF, não garantiu uma boa eficácia aos direitos fundamentais, pois a corte, completamente abarrotada por várias lides irrelevantes, só conseguiu julgar em definitivo a matéria após longos 8 anos.

2.5. Precedentes nas resoluções das demandas de massa e o perigo do potencial multiplicador

Após discorrer sobre vários aspectos dos precedentes obrigatórios, não podemos olvidar das demandas de massa com potencial multiplicador das matérias que são susceptíveis à criação dos precedentes obrigatórios. Os potenciais multiplicadores nas matérias de massa mostram-se uma necessidade a ser observada pelo poder judiciário, uma vez que sua inobservância coloca em xeque à segurança jurídica, celeridade e economia processual.

Causas repetitivas ou demandas de massa têm, na visão do jurista Antônio Adonias, demandas-tipos que, decorrente de uma relação-modelo, acarreta em soluções padrão. Os processos na ótica do jurista chegam a se assemelhar em seus elementos (causa de pedir e pedido), todavia, não chegam à pura semelhança. Ou seja, há um vínculo jurídico entre os litigantes em razão de matérias que têm por

¹¹⁵ GALINDO, Maíra Coelho Torres. Op. Cit. P. 111

natureza uma capacidade de englobar diversas pessoas como nas matérias previdenciárias, tributárias e afins.¹¹⁶

Ao falar em demanda de massa não importa os elementos subjetivos do processo (partes), ou seja, não interessa saber quem são as partes envolvidas, mas sim observar as matérias que têm o potencial multiplicador para que sejam utilizados os precedentes obrigatórios como “pedágio” para filtrar o que deverá chegar ao Supremo Tribunal Federal.

Já com relação aos elementos objetivos (causa de pedir e pedido) que, conforme aduz o jurista Alexandre Bartilotti, “identifica-se a existência de similitude no que diz respeito à questão de fato ou de direito em discussão, embora, conforme ressaltado acima, não correspondem à mesma causa de pedir, mas sim, a causas de pedir semelhantes”.¹¹⁷

Ainda na linha do jurista A. Bartilotti onde relata que mesmo nas demandas de massa não existe qualquer identidade nas relações dos seus sujeitos, bem como não comporta as mesmas causa de pedir, haja vista serem litígios onde cada litigante tem sua relação jurídica individualizada. Saliencia o doutrinador que “os pedidos não são os mesmo, pois cada um tem um valor específico a buscar.” Neste sentido aduz o autor que a característica comum entre os litigantes de massa são por serem litigantes habituais, uma vez que possui um contato em larga escala com a máquina do poder judiciário. Diferentemente dos litigantes eventuais que, em decorrência do pouco contato com a máquina pública, são também chamados de processos “artesanais”.¹¹⁸

A massificação das matérias no poder judiciário gera um pernicioso defeito na efetividade dos direitos, uma vez que há ampla frequência de matérias repetitivas no poder judiciário gera um abarrotamento e elevados gastos públicos. Assim, a adoção dos precedentes obrigatórios tem por finalidade gerenciar todo este

¹¹⁶ BASTOS, Antônio Adnias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. Revista de Processo. São Paulo, n 186, p 87-106, ago. 2010 *apud* BARTILOTTI, Alexandre Soares – O incidente de resolução e demandas repetitivas no projeto do novo código de processo civil. Dissertação Mestrado. 2012 – P. 18.

¹¹⁷ BARTILOTTI, Alexandre Soares – O incidente de resolução e demandas repetitivas no projeto do novo código de processo civil. Dissertação Mestrado. 2012 – P. 19.

¹¹⁸ BARTILOTTI, Alexandre Soares – op. Cit – P. 19.

vulto processual, a fim de dar uma razoável resposta aos demandantes com uma maior segurança jurídica.

Em uma excelente explanação sobre as demandas de massa, aduz o processualista Leonardo Carneiro da Cunha: “É preciso que as demandas de massa tenham “soluções de massa”, ou seja recebam uma solução uniforme, garantindo-se, inclusive, o princípio da isonomia...esforços no sentido de eliminar as divergências jurisprudências, pois não se deve admitir que alguém na mesma situação de outrem, tenha solução judicial diferenciada da que lhe fora conferida”¹¹⁹

A primeira frase do jurista Leonardo da Cunha traduz o sentimento dos precedentes obrigatórios, porque havendo demanda de massa, as mesmas devem ter soluções de massa, o que nesse caso não resta dúvida ser o precedente obrigatório mecanismo hábil para solucionar este problema.

Os precedentes estipulados no código de processo civil brasileiro de 2015 têm duas importantes ferramentas para efetivar direitos via precedente que são: os incidentes de demandas repetitivas e os incidentes de recursos repetitivos, estes já nas cortes superiores como o STF e STJ. Ambos os mecanismos têm a mesma finalidade servir de filtro das matérias com menor relevância e parametrizar decisões sobre determinadas matérias com tenha o potencial multiplicador.

A utilidade dos mecanismos adotados no código de processo civil implica também em elevar a confiança de investidores estrangeiros no país, pois dentre os critérios estabelecidos pelo Banco Mundial para aferição do fator risco país estão a não homogeneização dos julgados e tempo de tramitação pelo mecanismo Judiciário.¹²⁰

Há de se perceber que além das naturais repercussões negativas que uma longa e não homogenia decisão traz a um país, o não seguimento implica em repercussões financeiras de âmbito internacional, uma vez que investidores receiam colocar altos importes financeiros em países com baixa efetividade pelo poder

¹¹⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. Revista de Processo. São Paulo, n. 179, p. 139-173, jan. 2010 *apud* BARTILOTTI, Alexandre Soares – op. Cit – P. 20.

¹²⁰ BARTILOTTI, Alexandre Soares – Op. Cit. 31.

judiciário, este detentor de parcelar significativa para elevação ou rebaixamento da confiança no mercado internacional.

Neste viés, esclarece José Roberto dos Santos que, estudos indicam que o Brasil atende a média de magistrados na relação juiz/população que é de 7,62 (sete vírgula sessenta e dois) por 100.000 (cem mil) habitantes de acordo com o padrão recomendado pela Organização das Nações Unidas (ONU), todavia peca na proporção de processos que os magistrados recebem por ano, sugerida em até 400 (quatrocentos) processos por juiz, haja vista que, a exemplo, no Estado de São Paulo recebe número superior a mil processos ano por magistrados.¹²¹

Desta feita, há de se concluir que o Brasil tem eficácia no que concerne ao acesso e procedimentos no judiciário, todavia mostra-se extremamente débil quando o assunto tem por base a efetivação dos direitos sejam eles fundamentais ou não.

Em suma, ao tratar do potencial multiplicado, relata o professor A. Bartilloti que o mesmo funciona como uma espécie de “gremlins” no ordenamento jurídico. Trata-se de uma interessante analogia “as pequenas criaturas” oriundas do filme de Steven Spielberg de 1984 onde retrata um jovem rapaz que ganha de presente uma pequena e dócil criatura chamada “Gizmo” que, ao ser molhado, multiplica-se transformando em várias criaturas ferozes que invadem e dominam a cidade. O exemplo mencionado tem por finalidade apenas demonstrar de forma lúdica que no ordenamento jurídico brasileiro há várias matérias que, aparentemente inofensiva, transformam-se em gigantes demandas de massa que, obstruindo o poder judiciário, sobrecarrega ao ponto de torná-lo moroso, ineficiente e débil como efetivador de direitos.¹²²

¹²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 20. Apud BARTILLOTI, Alexandre Soares – Op. Cit. 32.

¹²² BARTILLOTI, Alexandre Soares – Palestra ministrado na Universidade Católica do Recife junto com a escola superior de advocacia (ESA) ministrada no dia 12 de Março de 2015.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS FORMAIS E ABERTOS: REFLEXOS NA SUA EFETIVAÇÃO.

3.1. Eficácia, eficiência e efetividade dos direitos fundamentais: considerações introdutórias

Antes de adentrar-nos na questão dos precedentes obrigatórios como efetivador dos direitos fundamentais, faz-se necessário uma breve passagem sobre as normas constitucionais de direitos fundamentais de eficácia imediata (direta), bem como discorrer sobre os postulados básicos sobre eficácia, eficiência e efetividade da norma fundamental.

A concepção clássica sobre a matéria decorreu com o jurista Ruy Barbosa que afirmava ter a essência da norma constitucional natureza autoaplicável, gerando seus efeitos independentemente de qualquer atuação do legislador. Todavia, a expressão “autoaplicável” remetia uma ideia falsa da norma não poder ter qualquer regulamentação por parte do legislador.¹²³ Impressão esta que gerava uma insegurança no mundo jurídico, haja vista que tal afirmação rompe com o princípio da separação dos poderes.

Por conseguinte, havendo esta problemática sobre a eficácia dos direitos fundamentais, o jurista José Horácio Meirelles Teixeira sugeriu uma classificação das normas constitucionais em dois grupos, o primeiro de eficácia plena e o segundo de eficácia limitada (ou reduzida).¹²⁴ A qualificação do termo tem como base a demonstração de diferentes intensidades na aplicação da norma constitucional e retirando a falsa impressão da limitação ao legislador, uma vez que, havendo normas limitadas, este limite é conduzido aos cuidados do poder legislativo.

Ademais, a partir do momento que distingue em dois grupos (plena e limitada), a densidade normativa vem à voga, principalmente no que concerne aos direitos fundamentais. A qualificação, em outras palavras, demonstra que dentro da constituição tem grupos com forças diferentes, assim, conforme expõe Ingo Sarlet, deixa claro que “toda e qualquer norma constitucional alcança algum tipo de eficácia,

¹²³ SALERT, Ingo Wolfgang – op. Cit. P. 252

¹²⁴ SALERT, Ingo Wolfgang – op. Cit. P. 254

de tal sorte que a eficácia das normas constitucionais pode ser considerada de natureza gradual, isto é, variando entre um mínimo e um máximo”.¹²⁵

Desta feita, a doutrina deixa clara a intenção que direitos, como os fundamentais, devem possuir um peso diferenciado perante as demais normas constitucionais.

Sobre este enfoque de diferenciar a densidade normativa do conteúdo constitucional, vários juristas como José Afonso da Silva, Maria Helena Diniz, Celso R. Basto, Carlos A. Brito entre outro tanto outros deram classificações sobre a eficácia das normas constitucionais. Todavia, no presente trabalho não tem o intuito de discriminar as demais qualificações sobre normas constitucionais, bem como discorrer sobre as teorias de eficácia mediata e imediata. Concentrar-nos-emos no art. 5º §1 da Constituição Brasileira que aduz “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”.

Obstante à escolha do legislador constituinte da aplicação imediata dos direitos fundamentais, o dispositivo, bem como todos os relacionais aos direitos fundamentais, não tem qualquer finalidade se os enunciados não forem dotados de eficácia, eficiência e efetividade.

Desta feita, apesar de existir uma ligação entre os três institutos devem ser observados suas diferenças para adentrarmos na questão fulcral da efetividade dos direitos fundamentais.

Ao tratar da figura da eficiência, aduz o doutrinador Amilcar Araújo Carneiro Júnior que “está relacionada ao modo pelo qual se realiza a atividade jurisdicional, relacionada à conduta dos juízes e servidores. Por isso, pode admitir gradações.”¹²⁶

Já a eficácia está correlacionada com a instrumentalização e meios que podem ser adotados pelos agentes no exercício da jurisdição.¹²⁷

¹²⁵ SALERT, Ingo Wolfgang – op. Cit. P. 254

¹²⁶ CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo – A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais / Amilcar Araújo Carneiro Júnior ; coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Petronio Calmon – Brasília, DF : Gazeta Jurídica, 2012. P 338

¹²⁷ CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo op. Cit. 338

Há de se perceber que apesar da similitude, enquanto eficiência foca no modo, a eficácia traz os meios e instrumento como forma de exercer a atividade jurisdicional. Assim, pode-se concluir que no ordenamento jurídico brasileiro há eficácia dos direitos fundamentais, pois há vários instrumentos hábeis de solucionar conflitos fundamentais como: Arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação direta de constitucionalidade, controle incidental ou concreto, recurso extraordinário entre outros instrumentos. Por conseguinte, o sistema jurídico brasileiro não peca na eficácia porque esta tem vários *writ* constitucionais hábeis para solucionar as divergências de ordem fundamental, o problema consiste na eficiência, pois os modos existentes não têm a capacidade de efetivar os direitos fundamentais, fato demonstrado pela vultosa demanda no STF de cerca de oitenta mil processos.

Em suma, um bom ordenamento jurídico não se baseia apenas nos números de vias capazes de solucionar os conflitos de direitos fundamentais, mas sim no modo em que os instrumentos dão efetividade, pois conforme aduz Almircar Júnior “a simples previsão legal, por si só, não é eficaz se não colocada em prática de uma maneira eficiente.”¹²⁸

A conjuntura entre a eficiência e eficácia dá a possibilidade haver efetividade, pois se os meios instrumentais (eficácia) adotados são o melhor modo (eficiência) para alterar positivamente a realidade jurídica, com o mínimo dispêndio de dinheiro, tempo e energia, aí haverá direitos fundamentais efetivados capazes de atender as expectativas da sociedade, principalmente em direitos fundamentais sociais.¹²⁹

O precedente obrigatório introduzido pelo código civil brasileiro de 2015 não veio pela ausência de instrumentos cauteladores de direitos fundamentais, mas sim como instrumento hábil capaz de trazer efetividade jurídica mediante estabilização, uniformização, previsibilidade e celeridade jurídica.

A problemática da falta de efetividade dos direitos fundamentais já foi objeto de intervenção pela Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, onde foi

¹²⁸ CARNEIRO JÚNIOR, Almircar Araújo op. Cit. 340

¹²⁹ CARNEIRO JÚNIOR, Almircar Araújo op. Cit. 339

acrescentada a Constituição brasileira o inciso LXXVII estabelecendo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

A intenção do constituinte derivado foi tentar dar uma resposta à velha conhecida morosidade judicial que, mesmo possuindo meios e instrumentos para cautelar direitos fundamentais, não filtra às matérias fundamentais, logo não sendo efetivo naquilo que se propôs.

Conforme citado alhures, não basta apenas o conteúdo codificado, a tarefa de efetivar os direitos fundamentais tem o poder judiciário como a instituto jurídico capaz de dar esta resposta à sociedade, o legislador atribuiu ao judiciário o dever de efetivar os postulados constitucionais.

Desta feita, percebe-se que a uma grande aposta por parte do legislador no código civil de 2015 na figura dos precedentes, pois, após vários *writ* ineficazes, os precedentes obrigatórios têm como proposta efetivar os direitos fundamentais, conforme será melhor discorrido no momento adequado.

3.2. Cláusulas abertas nos direitos fundamentais e o perigo da ineficiência dos direitos fundamentais.

Quando a constituição brasileira estipula aplicação imediata aos direitos fundamentais teve como objetivo maximizar seus efeitos, numa constituição a eficácia e efetivação dos dispositivos fundamentais não apenas é uma necessidade, como uma obrigação do Estado, seja por sua conduta comissiva ou omissiva. O fato decorre do antigo receio histórico onde, por muitos anos, as constituições no decorrer do mundo eram vistos apenas como uma simples carta de recomendações, postulados retóricos sem aplicabilidade, tinha um cunho mais político do que jurídico.

De nada adianta um rol extenso de direitos fundamentais codificados, como ocorre no Brasil e Portugal, sem que os mesmos não tenham o condão de gerar efeitos jurídicos que possam ter aplicabilidade na realidade social.¹³⁰ Neste sentido afirma o jurista Paulo Otero que as constituições só existem quando há

¹³⁰ CARNEIRO JÚNIOR, Almilcar Araújo op. Cit. 336

consciência de Estado, os cidadãos devem ter ciência do valor dos postulados constitucionais, sob pena de, conforme afirmava o jurista polonês Ferdinand Lassalle, a constituição jurídica é um simples pedaço de papel, devendo ser compatibilizada com uma “constituição real”. Ou seja, se a sociedade como um todo não vislumbra a dimensão jurídica da constituição, ter-se-á um pedaço de papel.¹³¹

A consciência do valor constitucional já teve seu papel na história das constituições brasileiras. No período de ditadura militar, produto da Revolução de 1964, o Brasil promulga a constituição de 1967 que, mesmo em período de exceção, houve uma ampliação dos direitos e garantias fundamentais, num extenso rol elencado no artigo 150 da Constituição de 1967. Todavia, conforme afirma os juristas Paulo Bonavides e Paes de Andrade, entre tantos outros, afirmam que o chamamento do constituinte nada mais foi que uma farsa a fim de dar um timbre legal ao período militar. Desta feita, a simples composição de normas constitucionais de nada adiante sem que haja uma verdadeira constitucionalidade efetivadora de direitos fundamentais.^{132 133}

¹³¹ SOUSA, Rebeca Santiago de – Hesse e Lassalle, análise da Constituição – Internet – Disponível do sítio <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAe0wAE/hesse-lassalle-analises-constituicao>. Acesso em 08 de Dezembro de 2015.

¹³² MENDES, Gilmar – OP. Cit. P. 197

¹³³ Em exemplo contemporâneo, o Estado de Israel que, mesmo composto por diversos dispositivos sobre direito fundamentais, não os respeitam – “Conselho de Direitos Humanos condena Israel ao aprovar relatório sobre conflito em Gaza.

O Conselho de Direitos Humanos condenou, hoje, vigorosamente uma série de medidas tomadas por Israel no território palestino ocupado, apelando a ambas as partes para que cumpram as recomendações de uma missão das Nações Unidas que encontrou provas de que Israel e os Palestinos cometeram crimes de guerra graves, durante o conflito de três semanas em Gaza, há nove meses.

....

O relatório considera a maneira como foram tratados muitos civis que foram detidos ou mortos, ao tentarem render-se, como uma manifestação da forma como as regras efetivas de intervenção militar, a condução das operações e as instruções às tropas no terreno parecem ter sido estruturadas, de modo a criar um ambiente em que o respeito pela vida de civis e a dignidade humana básica foram substituídos pelo desrespeito pelos princípios fundamentais do direito humanitário internacional. – Internet – disponível em <http://www.unric.org/pt/actualidade/26146-conselho-de-direitos-humanos-condena-israel-ao-aprovar-relatorio-sobre-conflito-em-gaza> - Acesso em 08 de Dezembro de 2015 –

Partindo desta premissa, far-nos-emos uma análise crítica do art. 5º §2º da constituição brasileira sobre as cláusulas abertas e sua consequente ampliação aos princípios de direitos fundamentais.

É cediço que a constituição brasileira teve uma forte influência da constituição portuguesa de 1976, uma vez que a mesma também dá uma ampliação do alcance do conteúdo fundamental, conforme dispõem o comando inserto no art. 16º número 1 que afirma que os direitos fundamentais consagrados no código português não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional, bem como afirma que os preceitos constitucionais de ordem fundamental devem ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.¹³⁴

A constituição brasileira ao dispor sobre as cláusulas abertas trouxe no art. 5º §2 um dispositivo parecido com o Português: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

As cláusulas aberta ou os direitos fundamentais atípicos, conforme aduz o professor Jorge Barcelar Gouveia, é a possibilidade elástica dos direitos fundamentais em ampliar a matéria fundamental em razão do acompanhamento histórico da sociedade, como uma forma de não petrificar direitos fundamentais em determinado momento. Neste sentido vale lembrar os ensinamentos já citados de Carlos Maximiliano que, discorrendo sobre a constituição de 1946, já afirmava ser impossível o constituinte prever todos os possíveis direitos que por ventura poderão

¹³⁴ Constituição de Portugal de 1976 - Artigo 16.º
Âmbito e sentido dos direitos fundamentais

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

surgir, ficando a cargo da lei ordinária, doutrina e jurisprudência o papel de completar a obra.¹³⁵

A origem histórica das cláusulas abertas advém do nono aditamento à constituição dos Estados Unidos onde afirma “A enumeração de certos direitos na constituição não deverá ser interpretada como negação ou coibição de outros direitos inerentes ao povo.”

A ideia da antiquíssima constituição norte-americana é de não fechar as portas a novos direitos fundamentais que por ventura possa surgir no decorrer do tempo, como afirma o doutrinador Jorge Miranda, adotar uma postura de qualificar apenas os direitos fundamentais formais seria o mesmo que abandonar a historicidade e, por conseguinte, denegar a existência de novos direitos fundamentais que, no decorrer dos anos, adquiriam relevância para a sociedade sobre o prisma da fundamentalidade.¹³⁶

Ao tratarmos das cláusulas abertas de direitos fundamentais, faz-se necessário aclarar que são direitos fundamentais não escritos no corpo da constituição, ou seja, não tem seu conteúdo formal estabelecido na carta magna, e sim, trata-se de princípio decorrente de regime, princípio e tratados internacionais das quais o Brasil seja parte.

A problemática deste capítulo concentrar-se-á em até que ponto as cláusulas abertas são uma benéfica ao ordenamento jurídico e até que ponto os precedentes obrigatórios podem e devem intervir neste instituto.

Inicialmente, antes de resolver as indagações provocadas, faremos uma breve explanação sobre os limites impostos às cláusulas abertas nas constituições do Brasil e Portugal. Apesar da similitude o conteúdo de ambas possui distinções, resta saber qual constituição possui uma maior abertura para os direitos fundamentais de cláusulas abertas. Na visão do jurista Ingo Salert, o mesmo afirma que a constituição de Portugal (at. 16/1) se limita a mencionar a possibilidade de

¹³⁵ Cf. C. Maximiliano, Comentários à constituição Brasileira, vol. III. P. 175 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang – op. Cit. P. 87

¹³⁶ EMERIQUE, Lillian Márcia Balmant; GOMES, Alice Maria de Menezes; de SÁ, Catharine Fonseca – A abertura constitucional a novos direitos fundamentais – Internet, disponível no site www.icjp.pt/sites/default/files/media/637-954.pdf, acesso em 20 de Outubro de 2015 *apud* MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. T. 4, 2. Ed. Coimbra, 1998. P. 10-11

haver outros direitos fundamentais de regras internacionais e leis. Já no Brasil, na visão do autor, teve uma amplitude maior, porque aduz que “ao referir os direitos decorrentes do regime e dos princípios, evidentemente consagrou existência de direitos fundamentais não escritos....”.¹³⁷

Em visão contrária, o doutrinador Paulo Otero, ao fazer uma análise comparativa afirma o oposto. Na ótica do jurista a constituição portuguesa ao mencionar de forma mais genérica o art. 16/1 “que não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”, ou seja, o termo quaisquer não estabelece qualquer limite, se quer parametriza quais serão esses direitos, estando-os abertos a novos princípios fundamentais. Em contrapartida, ao mencionar sobre a constituição brasileira de 1988, o jurista português afirma que o termo “decorrentes” são limitadores, isto é, no momento em que o art. 5º §2º da CF/88 diz que pode haver novos direitos fundamentais, o mesmo afirma que a permissão esta condicionada (decorrentes) de regime e dos princípios por ela adotados. Desta feita, o presente trabalho posiciona-se-rá pela visão do professor Paulo Otero.

Retornando as indagações supramencionadas, será as cláusulas abertas uma saudável extensora dos direitos fundamentais, meio hábil de efetivar direitos fundamentais a fim de evitar um engessamento dos futuros direitos que decorrem da evolução social?

Nas palavras de professor lusitano Paulo Otero as cláusulas abertas são uma espécie de “cavalo de Tróia” dos direitos fundamentais. Drástica afirmação decorre de um natural receio na efetivação dos direitos fundamentais, porque surgindo novos direitos fundamentais maiores as possibilidades de conflitos, bem como abrem a possibilidade dos direitos fundamentais decorrentes de cláusulas abertas (infraconstitucional) terem repercussão nos direitos fundamentais formalmente contidos na constituição.¹³⁸

Ao falarmos em repercussão dos direitos fundamentais infraconstitucionais de conteúdo constitucional (formal) estamos falando em choque

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. 86

¹³⁸ OTERO, Paulo – Aula ministrada ao curso de mestrado científico em direito constitucional no dia 26 de Outubro de 2015 na Faculdade de Direito da Universidade de Direito.

de direitos fundamentais, uma vez que é maior problemática encontra-se nos vários litígios que chegam as cortes pondo em xeque a efetividade em razão da ampliação da matéria que, por subjetiva sua conceituação, não cumpre um razoável tempo processual, bem como peca na isonomia em suas várias matérias similares, acarretando numa insegurança jurídica.

Ademais, além dos novos choques, direito fundamental infraconstitucional decorrente de cláusula aberta pode enfraquecer direitos já existentes na constituição federal formal. O “cavalo de troia”, exposto pelo jurista lusitano Paulo Otero, transcorre da possibilidade de “novos” direitos fundamentais inseridos em lei ordinária chocando com a carta magna e, por conseguinte, enfraquecendo e banalizando o instituto.¹³⁹

A título de exemplo entre choques de direitos fundamentais escritos e não escritos, em Portugal o governo anunciou, em 26 de maio de 2006, que havia tomada a decisão política de encerra o antigo regime jurídico das farmácias portuguesas onde dava exclusividade da propriedade aos licenciados em ciências farmacêuticas.¹⁴⁰

Na ocasião, a Associação Nacional de Farmácias (ANF) manifestou-se contra tal decisão que teve entrada em vigor em 2007 pelo Decreto-Lei nº 307/2007. Após a promulgação da lei, houve um choque de direitos fundamentais não escritos (abertos) e formais. A antiga lei que disciplinava Decreto-lei nº48547 de 1968 previa a exploração exclusiva pelos licenciados farmacêuticos, sob o fundamento do “direito fundamental da defesa da saúde pública”. Todavia, tal direito fundamental não inserto no conteúdo constitucional, batia de frente com outros direitos fundamentais específico na constituição como: direito de propriedade privada (art. 62º 1), princípio da igualdade (art. 13), ambos da constituição portuguesa de 1976.¹⁴¹

¹³⁹ OTERO, Paulo – Aula ministrada ao curso de mestrado científico em direito constitucional no dia 26 de Outubro de 2015 na Faculdade de Direito da Universidade de Direito.

¹⁴⁰ ALVES, Catarina Mesquita – Novo regime jurídico das farmácias portuguesas de Oficina – Internet – Disponível no sítio http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/meg_ma_11527.pdf - Acesso em 04 de Novembro de 2015.

¹⁴¹ Acórdão nº 187/01 – processo nº 120/95 - Tribunal constitucional português – Relator Paulo Mota Pinto.

O embate entre os interessados chegou as mais diversas cortes portuguesas invocando os mais diversos direitos fundamentais. A problemática consiste em um direito fundamental estabelecido por uma lei ordinária de 1968 indo de encontro com direitos fundamentais da constituição de 1976.

O presente trabalho não visa fazer um juízo de valor sobre a justeza da lei ou se andou bem decisões contra e a favor o Decreto-lei 307/2207. O exemplo narrado visa demonstrar o receio existente em direitos fundamentais não escritos que podem enfraquecer direitos formais, bem como, até a pacificação da matéria, houve muitos litígios sobre a constitucionalidade da lei, fato que fragiliza o instituto fundamental e diminui a efetividade do ordenamento jurídico.

Faz-se necessário aclarar que mesmo tratando-se de uma lei ordinária anterior a constituição, no presente caso não há o que falar sobre recepção ou não pela constituição, haja vista que os direitos fundamentais abertos são uma permissão expressa na constituição portuguesa de 1976, logo não há evidente choque com a mesma, por conseguinte, trata-se de um caso a ser resolvido pelo poder judiciário, órgão capaz de dirimir os naturais conflitos sobre a fundamentalidade da lei.

Em exemplos de decisões polêmicas no Brasil com o levantamento de princípios não insertos no corpo da constituição deu-se pela justiça do Rio de Janeiro que, em 2004, concedeu o direito de 8 (oito) cariocas de receber mensalmente um lote de Viagra para o tratamento de disfunção erétil sobre a alegação do “princípio” ao “estado de necessidade sexual”, haja vista que a constituição garante o direito a saúde a todos conforme estipula o art. 23 da constituição Brasileira.¹⁴² No Emblemático caso de adoção de uma cláusula aberta a fim de cautelar direitos, em entrevista o coordenador da área farmacêutica da

Antes do Decreto-Lei 307/207 o Tribunal constitucional já havia sido chamado para dirimir uma possível inconstitucionalidade da antiga lei 48547 sob os fundamentos de violação ao direito de propriedade e liberdade inserto na constituição. No presente julgado foi declarado constitucional a lei, tendo obtido três votos pela inconstitucionalidade.

¹⁴² Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

secretaria, Antônio Carlos Moraes, informou que não era a primeira vez que o Estado era compelido a cumprir decisões polêmicas, relatando-o que além do caso, a secretária já tinha sido obrigada a fornecer esmalte para combate de micose nas unhas, bloqueador solar para um caso de vitiligo, bem com vitamina C efervescente e Nescau (achocolatado em pó) para combater Anemia.¹⁴³

Há de se perceber que uma banalização das decisões baseadas muitos em cláusulas abertas que, além de tumultuar o poder judiciário, enfraquece a fundamentalidade necessária para que sejam aplicadas as cláusulas abertas como direito fundamental.

A problemática em tela tem como base a força normativo-constitucional dos direitos fundamentais, ou seja, qual deve ser a força da matéria formalmente constitucionalizada perante as cláusulas abertas. Sobre a problemática aduz o professor lusitano Jorge Bacelar Gouveia que no âmbito dos direitos fundamentais deve haver uma supremacia hierárquica que impossibilite que qualquer norma ou princípio tenha a mesma qualidade e densidade do que os direitos fundamentais formalmente constituídos.¹⁴⁴

Além da supremacia hierárquica, a força normativo-constitucional dos direitos fundamentais deve seguir a rigidez constitucional que, estabelecendo limites ao controle, torna o mecanismo mais seguro as possíveis violações aos direitos fundamentais.

Há de se perceber que apesar do professor Jorge Bacelar Gouveia discriminar a existência de uma força normativo-constitucional dos direitos formalmente constituídos na carta magna, o mesmo não nega a existência das

¹⁴³ ALMEIDA, Roberto de Almeida – Economistas Voláteis e Juízes Malucos: dois males do Brasil contemporâneo (II) Fazendo Justiça com as próprias mãos – Internet – Disponível no sítio <http://www.espacoacademico.com.br/046/46pra.htm> - Acesso em 09 de Dezembro de 2015.

¹⁴⁴ GOUVEIA, Jorge Barcelar – A afirmação dos direitos fundamentais no estado constitucional contemporâneo – Internet – disponível no sítio www.icjp.pt/sites/default/files/media/637-954.pdf - Acesso em 01 de Novembro de 2015

cláusulas abertas, pois reputa que devem ser valoradas com peso distinto dos direitos fundamentais estabelecido pelo constituinte originário.¹⁴⁵

Ademais, além de afirmar a existência das cláusulas abertas, o mesmo reflete sua importância classificando-as como uma dupla finalidade: de integração e de aperfeiçoamento.¹⁴⁶

A integração tem o condão de expressar a vontade do constituinte originário de forma subjetiva e por causa superveniente, devendo ser entendidos como direitos fundamentais. No viés de aperfeiçoamento, entende-se que novas fontes do direito são aptas a apresentar contornos fundamentais, assim, completando os direitos já existentes dando-os uma maior especificidade.¹⁴⁷

As cláusulas abertas dos direitos fundamentais são abordadas por diversos doutrinadores, havendo várias posições sobre seu conceito e alcance, no presente trabalho focaremos na necessidade das cláusulas abertas, haja vista que, oriundas de direitos fundamentais formais, podem e devem compor as matérias de direitos fundamentais, integrando e aperfeiçoando a fundamentalidade necessária que precisa a sociedade em sua constante evolução.

Todavia, apesar de entender o posicionamento mais expansionista dos autores Jorge Miranda e Ingo Salert sobre os direitos fundamentais de cláusulas abertas, limitar-nos-emos as cláusulas abertas a uma posição hierárquica inferior aos direitos fundamentais formais, devendo ser observada e tratada como tal nas hipóteses de choques com o conteúdo constitucional.

A ideia de absorver as cláusulas abertas como direitos fundamentais, mesmo que com força normativo-constitucional inferior, dão as mesmas um ânimo jurídico maior, haja vista que tendo o semblante fundamental são, com base no art. 5 §1º, de aplicabilidade direta e imediata.

¹⁴⁵ GOUVEIA, Jorge Barcelar – A afirmação dos direitos fundamentais no estado constitucional contemporâneo – Internet – disponível no sítio www.icjp.pt/sites/default/files/media/637-954.pdf – Acesso em 01 de Novembro de 2015

¹⁴⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar – Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976 – Internet – disponível no sítio seer.ufms.br/index.php/revdir/article/download/1233/784 – Acesso em 04 de Novembro de 2015.

¹⁴⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar – Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976 – Internet – disponível no sítio seer.ufms.br/index.php/revdir/article/download/1233/784 – Acesso em 04 de Novembro de 2015.

Insta mencionar que a jurisprudência do Brasil já se manifestou sobre a posição hierárquica (força normativo-constitucional) dos direitos fundamentais de cláusulas abertas referente aos tratados de direitos fundamentais. Na ocasião, o ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso extraordinário 446.343-SP sobre o tema da prisão civil do depositário infiel em face de tratados internacionais de direitos humanos, de relatoria do ministro Cezar Peluso, classificou com natureza supralegal, ou seja, na visão do ministro os direitos fundamentais não escritos na constituição têm um valor maior que leis ordinárias, mas inferior à constituição.¹⁴⁸

Em trecho de seu voto, o ministro aduz: “Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.”¹⁴⁹

Na visão do trabalho, tão divisão hierárquica formulada pelo Supremo Tribunal Federal é irrelevante, uma vez que estando abaixo da constituição de nada interfere se a mesma está acima de lei ordinária, pois está sempre abaixo da constituição, por conseguinte, não havendo conflitos com os direitos fundamentais formais. Todavia, entendemos esta celeuma jurídica é decorrente do art. 5º §3º da CF/88, onde estipula a possibilidade dos direitos fundamentais terem força constitucional desde que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

O polêmico art. 5º §3 da Constituição brasileira traz mais uma questão para as cláusulas abertas, o acréscimo de tal parágrafo é decorrente da natural preocupação com a força normativo-constitucional das cláusulas abertas, pois se fosse claro e pacífico uma natureza constitucional, não haveria motivo para

¹⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio – O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal. Internet – disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16223-16224-1-PB.pdf> - acesso em 03 de Novembro de 2015.

¹⁴⁹ Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 446343 de SP. Disponível no site do STF: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em 23 de Dezembro de 2015

diferenciar com um novo parágrafo no artigo quinto, isto é, o acréscimo apenas corrobora com a dúvida ou medo de equiparar todas as cláusulas abertas aos direitos fundamentais formais. Assim, a dúvida diz, mesmo que de forma implícita, que as cláusulas abertas de direitos fundamentais não podem ser equiparadas as formalmente estipuladas na constituição.

Em suma, há de se perceber que a insegurança na força normativa dos direitos fundamentais abertos gera um variado número de conflitos que põem em xeque a efetividade jurídica, pois a parti do momento que, vários direitos fundamentais chocam-se, maior a ineficácia dos tribunais que têm a obrigação de dirimir todas as questões.

Neste sentido o presente trabalho tem como ponto à defesa dos precedentes obrigatórios estipulado do código civil de 2015 como efetivador dos direitos fundamentais formais e abertos, conforme será discorrido nos capítulos seguintes.

3.3. Densidade normativo-constitucional dos direitos fundamentais e a necessidade de estabilização pelos precedentes obrigatórios

O extenso rol de direitos fundamentais brasileiros é composto por regras e princípios que dotados de uma maior ou menor densidade normativa que serão parâmetros para dirimir choques entres os mesmos.

A densidade normativo-constitucional está ligada a uma maior ou menor positivação de uma regra ou princípio dentro de um ordenamento jurídico, isto é, quanto mais densa uma regra ou princípio mais detalhada e objetiva será sua redação.

Quando falamos da dignidade da pessoa humana, é cediço que se tratar de um alicerce de todo o direito fundamental, todavia, sua breve redação elencada no Art. 1º, III da constituição do Brasil é detentora de baixa densidade normativo-constitucional, uma vez que se trata de um princípio de extrema subjetividade sem maiores detalhamentos.

Em contrapartida, o princípio da isonomia no que concerne aos direitos trabalhistas do art. 7º, XXX da constituição brasileira, onde veda diferenciação

salarial em decorrência de sexo, idade, cor ou estado civil, são de densidade normativo-constitucional alta, uma vez que traz um maior detalhamento sobre a forma de funcionamento deste princípio, assim, não dando muita margem para interpretações contrárias ao dispositivo.¹⁵⁰

A importância de se levar em consideração a densidade-normativa constitucional de uma regra ou princípio surge no momento dos choques na constituição, todavia, até que ponto pode-se afirmar ser uma regra ou princípio de direitos fundamentais? Existe uma hierarquia entre os princípios e regras de direitos fundamentais?

Na ótica de Ronald Dworkin a diferença entre regra e princípio é composta pela seguinte explanação: As regras são hipóteses de fatos valorados, com uma norma que tem em sua raiz um fato gerador e uma consequência jurídica já delimitada. Já os princípios são observados como valores que preveem direitos e obrigações *prima facie*. Para Dworking, como dissemos atrás, as regras são um “tudo ou nada”, devendo qualquer conflito ser dirimido por simples subsunção. Já os princípios este carregados de valores que, em muitos casos, subjetivos deveram ser ponderados para resolução do caso.¹⁵¹

Todavia, a visão de uma separação clara não é unanime entre juristas. Para Humberto Ávila aduz não é correto afirmar que um dispositivo constitucional contém uma regra ou um princípio, pois reputa que a depender de uma “interpretação” poderá ser considerado como regra ou princípio, o mesmo afirma “Tudo depende das conexões valorativas que, por meio da argumentação, o intérprete intensifica ou deixa de intensificar e da finalidade que entende deva ser alcançada”, o que evidencia a relativização entre as duas espécies normativas.

Baseado nas considerações de Humberto Ávila, André Rufino do Vale faz uma classificação em forma de “distinção dúctil”, maleável ou flexível, entre regras e

¹⁵⁰ MARTINS FILHO, Ives Gandra – Os princípios jurídicos e sua densidade normativa – Internet – disponível em <http://www.editorajc.com.br/2012/09/os-principios-juridicos-e-sua-densidade-normativa/> Acesso em 08 de Janeiro de 2016.

¹⁵¹ DE SOUZA, Rodrigo Telles – A distinção entre regras e princípios e a derrotabilidade das normas de direitos fundamentais. Internet – Disponível em http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-34-janeiro-junho-de-2011/a-distincao-entre-regras-e-principios-e-a-derrotabilidade-das-normas-e-direitos-fundamentais/at_download/file. Acesso em 10 de Janeiro de 2016

princípios, onde o autor elenca haver uma zona de certeza e penumbra entra a distinção.¹⁵²

Há de se perceber que de fato não existe nas constituições brasileira ou portuguesa um título das regras dos direitos fundamentais ou dos princípios fundamentais, todavia, por mais que autores como Humberto Ávila traga essa indagação sobre até que ponto é considerado regra ou princípio, faz-se necessário atribuir uma visão mais objetiva para o direito constitucional.¹⁵³

A partir do momento em que existe uma zona de penumbra entre regras e princípios e com a combinação da natural variável densidade-normativo constitucional, compete aos precedentes obrigatórios suprir esses setores de incertezas.

Os precedentes obrigatórios é um forte mecanismo contra as inseguranças jurídicas que existe em qualquer modelo constitucional, as interpretações, lacunas, zonas cinzentas são inevitáveis. Assim, se bem aplicado, os precedentes pode ser um estabilizador das incertezas sobre choques entre regras e princípios quando os mesmo não possuam uma clara distinção sobre os mesmos, principalmente na importante área dos direitos fundamentais.

O mecanismo deve ser utilizado sempre que houver um maior volume de conflitos sobre até que ponto tem-se uma regra ou princípio e, naturalmente, entre os choques entre princípios que, se dotados de baixa densidade normativa, são mais subjetivos.

¹⁵² DE SOUZA, Rodrigo Telles – A distinção entre regras e princípios e a derrotabilidade das normas de direitos fundamentais. Internet – Disponível em http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-34-janeiro-junho-de-2011/a-distincao-entre-regras-e-principios-e-a-derrotabilidade-das-normas-e-direitos-fundamentais/at_download/file. Acesso em 10 de Janeiro de 2016

¹⁵³ Apesar de haver uma possível dúvida sobre a linha que separa as regras e princípios fundamentais, é mister discorrer que em vários pontos de ambas as constituições são claras sobre uma determinada regra ou princípio. Não resta dúvida que o artigo 24º 2. Da constituição portuguesa trata-se de uma regra clara, onde afirma: “em caso algum haverá pena de morte.” É um comando proibitivo expresso, não se poderá afirmar tratar-se de um princípio que pode ser valorado, aqui como na visão de Ronald Dworking é um “tudo ou nada”. Quando a constituição brasileira afirma em seu artigo 5º, inciso XLVII alínea “b”, afirma: “Não haverá penas: de caráter perpétuo; isto é, não tem prisão perpetua no Brasil. Aqui vale mencionar que não há ressalvas como na pena de morte que, em caso de guerra, permitir-se-á. Diferentemente do comando constitucional Português.

Há de se enfatizar que os precedentes obrigatórios não é uma ferramenta “mágica” capaz de dirimir e estabilizar todas as incertezas jurídicas. As estabilizações dependeram da possibilidade jurídica em uniformizar as decisões, isto é, conflitos entre princípios fundamentais com muita subjetividade, por melhor que fosse a criação de precedente, dificilmente serão capazes de serem objetos da mesma, pois rodeados de várias teses, discursões e peculiaridades sobre a matéria, torna difícil delimitar uma *ratio decidendi* majoritária. Esta que é o alicerce para a criação de um precedente obrigatório estabilizador de direitos fundamentais.

Exemplificando a possibilidade de estabilização dos direitos fundamentais por precedente, temos o caso Siegfried Ellwanger Castan autor de livros de conteúdo anti-semita que, após ser preso, entrou com um pedido de *Habeas Corpus* sobre o principal argumento que judeu não é raça, pois só existe a raça humana.

Observando o caso e sobre o comando inserto no art. 5º XLII da constituição brasileira que diz: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;”. Primeiro, trata-se de uma regra, contudo com média densidade normativa, pois mesmo discriminando algumas consequenciais jurídicas para os que transgredirem a norma, remete a uma lei ordinária a função de complementar o conteúdo normativo. Segundo, a lei ordinária que aduz sobre o racismo, por mais clara que tenta ser, abriu discursão sobre o que seria racismo no pleno do STF (exemplo mais elucidado no tópico 4.4)

A estabilização de regras ou princípios pelos precedentes obrigatórios é uma ferramenta hábil e necessária para uniformar discursões sobre matérias que envolvem direitos fundamentais, pois um sistema jurídico incapaz de dar um mínimo de previsibilidade, celeridade e isonomia estará fadado à ineficácia e morosidade, estes extremamente perniciosos para qualquer modelo de justiça.

4. PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS COMO EFETIVADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

4.1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: método do *civil law* não efetivador dos direitos fundamentais brasileiros

Antes de adentrarmos sobre os precedentes obrigatórios como efetivador dos direitos fundamentais, faremos uma passagem sobre a inefetividade da arguição de descumprimento de preceito fundamental como forma de resposta ao ceticismo pelo modelo anglo-saxão dos precedentes.

Ao fazermos menção sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental estamos afirmando que o Brasil já tentou, mediante a ADPF, seguir o modelo de *civil law* a fim de efetivar os direitos fundamentais.

Assim sendo, não se pode afirmar que o Brasil não tem eficácia em seus instrumentos constitucionais, isto é, eficácia tem, o que não tem é efetividade. É cediço que o Brasil adotou um modelo híbrido, contudo, não devemos esquecer sua maior influência decorreu do modelo europeu continental, onde em seus tribunais autônomos permitem a figura do recurso de amparo ou caixa constitucional como instituto hábil para dirimir a constitucionalidade ou não de lei ou norma.

Dever-se-ia o Brasil acrescentar um recurso de amparo ou caixa constitucional em seu ordenamento? De antemão afirmamos que o recurso de amparo “já existe” no Brasil, mas com outra roupagem, sobre o nome de Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A ADPF tem uma característica muito semelhante do que ocorre no recurso de amparo alemão e espanhol, também conhecida como a corte do povo.

Todavia, o mecanismo no Brasil foi aprovado de forma distinta, além de podar o acesso a qualquer cidadão, conforme era prevista na original lei 9.882/99 aprovada no congresso nacional, ficou estabelecido os mesmo legitimados da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

O que ocorreu no Brasil, nesta frustrada tentativa de se acrescentar um “recurso de amparo brasileiro” foi um rápido acesso ao STF, contudo, sem impedir os velhos acessos ao Supremo Tribunal Constitucional. Assim, este novo e célere

caminho pode até chegar rápido, porém, já existem diversas formas de acesso que o Supremo continua recebendo, ou seja, a chegada é rápida, mas todas as vias se desembocam em num único lugar, o Supremo Tribunal Federal.

Há de se perceber que ocorre uma espécie de afunilamento no Supremo Tribunal Constitucional, todavia a falta de efetividade não consiste nos meios hábeis de chegar ao supremo, e sim na filtragem das matérias, falta nestas abarrotada vias uma espécie de “pedágio”, este que deve ser os precedentes obrigatórios, não como instituto que impede ou obsta o acesso ao poder judiciário, mas apenas como um selecionador daquilo que tem relevância constitucional.

Assim, apesar das modificações e tentativas de celeridade por vias distintas, como no caso da ADPF, de nada adianta dar uma devida efetivação aos direitos fundamentais se não houver medidas eficazes e duras a fim de obstar o fácil acesso sem que seja realmente comprovada uma legítima repercussão geral.

O obstáculo ao acesso rápido não deve ser para inibir os cidadãos que realmente tenham o seu direito violado, mas sim para evitar que um indivíduo, por não comprovar efetivamente ter tido gravemente seu direito fundamental podado, possa impetrar ações no Supremo Tribunal Federal.

Por oportuno, em uma análise comparativa, em Portugal apesar de também ter adotado um sistema híbrido no controle de constitucionalidade, faz-se necessário constar que no direito lusitano existe a “regra dos três”, que consiste numa obrigatoriedade do Tribunal constitucional em realizar um juízo de mérito sobre a constitucional de uma matéria que teve por três vezes declaradas sua inconstitucionalidade pelo controle difuso. O tribunal constitucional receberá a matéria e discorrerá num controle concentrado se andou bem ou mal as decisões que afastou à aplicabilidade da lei por suposta inconstitucionalidade.

A análise comparativa mostra-se apropriada, haja vista a “regra dos três” ter um viés de filtragem de matérias que molestam três vezes o poder judiciário, bem como mostra a preocupação com a uniformização das matérias que tenha um conteúdo polêmico sobre a constitucionalidade da lei ou norma.

No caso Portugal, o mesmo também não possui um recurso de amparo ou caixa constitucional como ocorre em países da Europa continental, bem como

não possui a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Dever-se-ia então Portugal acrescentar a figura do recurso de amparo? Na ótica o presente trabalho reputamos ser benéfica o não acréscimo do instituto pelas mesmas razões que criticamos a postura brasileira, pois seria mais um caminho para chegar à suprema corte sem controlar os demais meios processuais hábeis para levar matéria à corte suprema.

É cediço que a recurso de amparo na Alemanha tem grande êxito na em sua efetivação, não a toa recebeu o “título de corte do povo” uma vez que possibilita qualquer pessoa requerer uma reclamação constitucional, inclusive sem advogado, a filtragem é tão rigorosa que apenas os casos notórios de violações são apreciados e julgados, tornado uma corte com ampla jurisprudência sobre várias matérias, influenciando boa parte dos países de modelo *civil law*.¹⁵⁴

Neste sentido, não há problemas com o recurso de amparo ou arguição de descumprimento de preceito fundamental, a problemática consiste na hibridização do controle constitucional, desta feita os institutos têm sua plena efetividade quando é adotado em sua forma pura do *civil law*. Assim, o acréscimo da ADPF no ordenamento brasileiro não foi um malefício do legislador, mas no contexto que se encontra o poder judiciário brasileiro, o mecanismo não entrou em harmonia com os demais procedimentos processuais.

Ao retornar sobre a ADPF, primeiramente indaga-se a amplitude do o que é um preceito fundamental. A escolha do legislador na utilização da palavra “preceito” permite que seja abrangida uma gama maior de proteções, como os princípios, regras ou qualquer norma que seja violadora dos direitos fundamentais. A terminologia evitou restrições às proteções visadas pelos requerentes.¹⁵⁵

Mas se discute, como um estado democrático de direito quer ser efetivo guardião limitando o acesso aos seus cidadãos? O que exatamente é preceito fundamental e como efetivamente o proteger?

¹⁵⁴ A título de explanação estatístico, o Tribunal constitucional alemão no ano de 2011 recebeu 6,036 (seis mil e trinta e seis) recurso de amparo, sendo deste número apenas 77 foram reconhecidos e julgados. Estatística retirado do sítio oficial alemão. www.bundesverfassungsgericht.de/en/organization/gb2011/A-IV-1.html. Acesso em 22 de Abril de 2014.

¹⁵⁵ VINCENTE PAULO, Marcelo Alexandrino – Direito constitucional descomplicado – 10ª edição – 2013 - P. 900

Na visão do professor e ministro do supremo tribunal Federal Gilmar Mendes aduz: “É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo da arguição de descumprimento”¹⁵⁶

Contudo, afirma o doutrinador que alguns preceitos foram explicitamente elencados no corpo da constituição como os direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Assim como os protegidos pelas cláusulas pétreas do art. 60, §4 da CF/88 que são: o princípio federativo, a separação de poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico.¹⁵⁷

Portanto, o fundamento básico de qual matéria pode ser objeto da arguição de descumprimento fundamental é boa, não se pode dizer que é clara, uma vez que ainda há subjetivismo. Competindo o poder judiciário elencar o que é violador de preceitos fundamentais, bem como compete à figura dos precedentes obrigatórios delimitarem os alcances da fundamentalidade da norma com potencial multiplicador, isto é, quando várias vezes uma matéria é discutida como fundamental ou não, compete o judiciário, por meios dos mecanismos dos precedentes obrigatórios, uniformizar a fundamentalidade e por fim a dúvida.

Por conseguinte, os precedentes do código de processo civil de 2015 têm como finalidade complementar a arguição de descumprimento fundamental com a finalidade de melhor efetivar direitos fundamentais.

Há de se perceber que o presente trabalho não visa à exclusão de outros meios eficazes de direitos fundamentais, mas sim como mais uma arma propensa a efetivar, uniformizar o conteúdo fundamental.

Em uma análise comparativa, nos estados unidos da América, um caso somente é apreciado pela suprema corte para verificar-se a potencialidade de criação de precedente se houver um juízo de admissibilidade realizado por pelo menos quatro juízes da suprema corte, discricionariedade chamada de *writ of*

¹⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira – Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco – 4 ed. ver. E atual – São Paulo: Saraiva, 2009 – P. 1216

¹⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira op. Cit. 1217

certiorari.¹⁵⁸ Assim, reputamos ser uma forma de filtra e fazer um juízo prévio de admissibilidade para se verificar a maturidade do dispositivo em ser objeto de precedente obrigatório.

De forma semelhante, mas como uma atipicidade notória, no Tribunal constitucional Alemão formalmente não pode exercer uma escolha discricionária dos casos a serem julgados, todavia, com base na própria lei alemã, na prática o tribunal Constitucional Alemão, assim como o norte americano, pode exercer um juízo de admissibilidade, uma vez que sua recusa em julgar não carece de fundamentação, ou seja, na prática a discricionariedade impera.^{159 160}

Desta forma, o Tribunal constitucional alemão é conhecido como a corte do povo, dotada de uma vasta jurisprudência que influencia a Europa e o mundo, contudo, conforme afirma Peter Herberle, apesar do acesso direto, cerca de 97% dos recursos de amparo não são admitidos pelas seções do Tribunal Constitucional.¹⁶¹

O porquê da necessidade desta forte filtração pode ser exemplificado na famosa ADPF 54 que tratou de aborto de feto anencéfalo, um julgado de que teve

¹⁵⁸ Moraes, Alexandre de. Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição, 3ª edição. Atlas, 2013-05-01. VitalBook file. P. 153

¹⁵⁹ Moraes, Alexandre de. Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição, 3ª edição. Atlas, 2013-05-01. VitalBook file. P. 153

¹⁶⁰ Com Fulcro no §24 da Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão (Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz) - Unzulässige oder offensichtlich unbegründete Anträge können durch einstimmigen Beschluß des Gerichts

verworfen werden. Der Beschluß bedarf keiner weiteren Begründung, wenn der Antragsteller vorher auf die

Bedenken gegen die Zulässigkeit oder Begründetheit seines Antrags hingewiesen worden ist.

(indeferimento liminar) Pedidos improcedentes ou manifestamente infundados podem ser recusados por meio de resolução unânime do tribunal. A resolução não carece de outra motivação se para o promovente foram anteriormente indicadas as dúvidas sobre a procedência ou fundamentação do seu pedido.

¹⁶¹ Moraes, Alexandre de. Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição, 3ª edição. Atlas, 2013-05-01. VitalBook apud Haberle, Peter – El recurso de amparo em el sistema germano-federal. In: Vários autores. La jurisdiccion constitucional em Iberoamericana. Madris: Dykinson, 1997 – P. 154

início em 2004 e somente após oito anos teve sua conclusão descriminando o aborto nestes casos.

No vertente caso deixou uma clara a sensação de ausência de cautela nos direitos fundamentais das mulheres. Apesar de ser uma decisão polêmica, uma vez que envolvia a integridade física e psicológica da mulher e do outro lado um possível direito da personalidade do feto e questões religiosas, o lapso temporal para dirimir tão questão levou a um simples fato, ou a mulher fazia um aborto clandestino, pondo em risco sua vida e praticando o crime de aborto, ou o tinha já esperando sua morte, afetando sua saúde psicológica.

Não apenas a ADPF 54 teve grande repercussão, como a exemplo a ADPF 186, que considerou constitucional a criação de cotas para o acesso ao ensino da Universidade de Brasília.

Em suma, o instituto não deve ser visto como mais um, contudo carece de um suporte jurídico que, a nosso ver, é encontrado na figura dos precedentes obrigatórios.

4.2. Os precedentes obrigatórios e os direitos fundamentais formais e abertos

Os direitos fundamentais têm uma subjetividade natural, haja vista terem um viés principiológico o que acarreta em diversas interpretações e, conseqüentemente, choques entre os institutos. A subjetividade dos direitos fundamentais lhe confere sua maior vantagem e desvantagem, por um lado o instituto tem uma grande elasticidade o que lhe confere uma ampla capacidade cautelatória dos cidadãos, todavia, e isto, independentemente da teoria utilizada em sua aplicação, são bastante particulares o que lhes conferem uma insegurança jurídica. Exemplificando o exposto, tratando-se da dignidade da pessoa humana, princípio alicerce dos direitos fundamentais tem seu conteúdo conceituado de diversas formas pela doutrina e jurisprudência.

Na visão do doutrinador Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana é um valor unificador de todos os direitos fundamentais, assim, todos os direitos

fundamentais encontram sua vertente no princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁶²

Há de se perceber que o alcance da dignidade da pessoa humana é extremante amplo dificultando uma objetividade mínima. O risco de tudo poder no fundo torna-se direitos fundamentais por violar a dignidade da pessoa humana é enorme, desta feita, o acréscimo das cláusulas abertas é mais um fator ampliativo desta subjetividade que acarreta uma fraca efetividade dos mesmos, bem como torna débil a segurança jurídica deste importante instituto.

O precedente obrigatório estipulado pelo código de processo civil de 2015 tem como missão, além de uniformizar questões que não envolva questões constitucionais, pacificar e filtrar matérias de direitos fundamentais com a finalidade de obstar que um grande vulto processual chegue à máxima corte.

Atualmente no Brasil em virtude de um panpriciopiologismo combinado com um controle difuso de constitucionalidade, os juízes brasileiros, responsáveis por dirimir conflitos de ordem constitucional também de direitos fundamentais têm uma liberdade imensa para decidir com poucos filtros e limites sobre sua atuação, muitas vezes sem uma devida explanação em sua fundamentação do por que do julgado, violando o dispositivo constitucional artigo 93, IX da CF/88.¹⁶³

Conforme citado acima, o problema brasileiro consiste na possibilidade de um controle difuso sem o respeito à figura dos precedentes obrigatórios, desta feita, o juiz pode declarar ainda em primeira instância a inconstitucionalidade de uma lei com base numa violação a direito fundamento o que, conseqüentemente, amplia a insegurança jurídica também em razão das cláusulas abertas.

Assim, no Brasil é muito fácil e comum o magistrado em seu dispositivo fundamentar a inconstitucionalidade de uma lei com base num princípio de cláusula aberta que secundariamente viola o amplo conceito da dignidade da pessoa humana.

¹⁶² SARLET, Ingo Wolfgang – Op. Cit. P. 96

¹⁶³ “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” Constituição Brasileira art. 93, IX

O precedente obrigatório deverá funcionar como um grande filtro para os juízes e tribunais que deverão obedecer às decisões formuladas, assim, parametrizando várias decisões de cunho fundamental, bem como ser um dever do magistrado em zelar pela coerência, respeitabilidade e credibilidade do poder judicial.

4.3. Precedentes obrigatórios e direitos fundamentais sociais.

No decorrer do trabalho sobre as matérias de direitos fundamentais sustentamos a aplicabilidade dos precedentes obrigatórios como meio hábil de efetivar direitos fundamentais, todavia ao tratarmos de direitos fundamentais sociais, como direitos prestacionais não possuímos o mesmo entendimento pelas seguintes razões a seguir.

Primeiramente ao tratar de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, entende-se como um sentido estrito, na qual aduz ser um direito particular a obter algo mediante atos comissivos do Estado (educação, saúde, segurança social, direitos trabalhistas, programas sociais e etc.), a satisfação do particular depende da prestação Estatal.¹⁶⁴

É cediço que eficácia e efetivação dos direitos fundamentais prestacionais necessitam de uma conduta comissiva por parte do Estado, há de se observar que existe uma dimensão econômica relevante sobre a matéria, pois diferentemente dos direitos de defesa, podem ser efetivados com um menor ou sem dispêndio econômico, haja vista tratar-se de condutas omissivas pelo Estado, assim, garantir dos direitos fundamentais a vida, intimidade, liberdade e etc. os mesmo podem ser assegurados independente de dispêndio de pecúnia.¹⁶⁵

Todavia, ao tratar-se de direitos sociais como, a exemplo, saúde e educação, há de se perceber que sua efetivação dependerá diretamente de uma conduta ativa por parte do Estado, fato que há repercussões financeiras, aí devendo ser observado não apenas sua efetividade cega, mas deverá ser observada também a reserva do possível.

¹⁶⁴ CANOTILHO, op. Cit. P. 408

¹⁶⁵ SALERT, Ingo Wolfgang – Os direitos fundamentais sociais na constituição federal de 1988: resistências à sua eficácia e efetividade – 20 anos da constituição cidadã de 1988 efetivação ou impasse inconstitucional? – 2008. P. 305

A reserva do possível foi uma expressão utilizada nos anos de 1970 pela doutrina alemã com o fundamento que as prestações materiais devem observar a real disponibilidade financeira por parte do Estado. A expressão reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) teve seu fundamento em observar que apesar da necessidade efetivar direitos fundamentais sociais, sua aplicação deve ter por observância a possibilidade estatal em cumprir tais requisitos.¹⁶⁶

A doutrina da reserva do possível foi amplamente difundida pelo mundo e discutido por diversos doutrinadores e sistemas jurídicos como método de limites aos direitos fundamentais.

As discussões sobre a matéria é complexa, haja vista a subjetividade do termo, bem como a dificuldade de mensurar até que ponto o Estado pode não efetivar um direito fundamental social com base na reserva do possível e até ponto o Estado fica compelido a garantir o mínimo existencial desses direitos fundamentais sociais.

O atrito entre a reserva do possível e a garantia do mínimo existencial são robustos e acirrados, contudo, o presente trabalho não possui a finalidade de discorrer sobre a matéria, mas sim expor o porquê da não criação de precedentes obrigatórios nas matérias de direitos prestacionais sociais.

Uma das principais premissas dos precedentes obrigatórios consiste na segurança jurídica, na isonomia e possibilidade uniformização de decisões homogêneas, ou seja, estabilidade. Desta feita, os direitos prestacionais sociais, além de um amplo subjetivismo, possui uma forte vinculação com a capacidade econômica de um Estado, a sua efetivação depende de um alocue de recursos para cumprimento.

Assim, esta natural dependência econômica obsta a criação de precedentes obrigatórios tendo em vista que saúde econômica de uma nação é volátil, bem como, em muitos casos, decorrem de casos supervenientes difíceis de constatar.

¹⁶⁶ SALERT, Ingo Wolfgang – Os direitos fundamentais sociais na constituição federal de 1988: resistências à sua eficácia e efetividade – 20 anos da constituição cidadã de 1988 efetivação ou impasse inconstitucional? – 2008. P. 308

Crises econômicas internacionais podem, em menor ou maior escala, afetar um país e suas finanças, a título de exemplo, a crise imobiliária que atingiu os Estados Unidos da América em 2008 teve um forte impacto em outros países como Portugal, Itália, Grécia e Espanha. Países com finanças já fragilizadas foram contaminada pela crise e tiveram que recorrer a empréstimos e medidas de austeridades, haja vista ser um natural efeito da globalização.

O simples exemplo formulado apenas tem como finalidade demonstrar que a dificuldade de criação de precedentes que vinculem um Estado a gastos públicos, haja vista que a volatilidade econômica inviabiliza os precedentes.

A inviabilização social prestacional não significa uma impossibilidade jurídica de utilizar o instituto precedente, contudo, as diversas modificações econômicas que podem atingir uma nação acarretaria numa constante utilizado do mecanismo *outruling*. A técnica se demasiadamente utilizada apenas enfraqueceria em razão da banalização e insegurança jurídica, vícios incompatíveis com os precedentes obrigatórios, ou seja, não o torna impossível, mas não recomendável.

Ademais, faz-se necessário demonstrar que os precedentes obrigatórios em matéria de direitos fundamentais sociais pode ser má utilizada, inclusive para prejudicar o cidadão. Da mesma forma que um precedente obrigatório pode prejudicar um Estado pela inviabilidade financeira (reserva do possível) o mesmo precedente se formulado em período de crise financeira poder-se-ia ser um limitador de direitos fundamentais sociais em um Estado que já ultrapassou o período de crise, contudo, poderia embasar sua má ou inaplicação em razão de um precedente desatualizado com a situação atual do Estado.

Ademais, ao tratarmos sobre direitos prestacionais sociais devemos também observar a evolução natural das prestações sociais, sob pena da ineficiência em decorrência de desatualização. Exemplificando o exposto, supondo que exista um precedente obrigatório sobre o tratamento de portadores de HIV, em pouco tempo pode haver tratamentos mais modernos, inclusive mais barato, ou mesmo a criação de uma cura o que tornaria ineficaz tratar de uma enfermidade já dotada de uma cura.

Em suma, os direitos fundamentais que exijam uma conduta mais comissiva por parte do Estado tendem a serem subjetivas e de eficácia condicionada a vários fatores, inclusive a saúde econômica de uma nação. Desta feita, há uma dificuldade em uniformizar decisões sobre direitos fundamentais sociais, devendo os mesmos serem dirimidos caso a caso, em observância as particularidades dos litígios.

Há de se perceber que apesar da fatia que envolve os direitos fundamentais sócias prestacionais ser volumosas, a figura dos precedentes obrigatórios não se limitam apenas aos direitos fundamentais, o mecanismo visa atingir o máximo demanda possível, seja constitucionais ou não. Desta feita, mesmo os direitos prestacionais sociais não estando aptos a serem unificado pelo precedente, a partir do momento que o precedente obsta que matérias irrelevantes cheguem a suprema corte, conseqüentemente o caminho dos direitos sociais estarão livres para serem efetivamente julgados, observando-se uma razoável duração processual e celeridade jurídica.

4.4. O guardião dos direitos fundamentais: precedentes obrigatórios como mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais

O guardião dos direitos fundamentais é composto pela mais alta corte de uma nação, seja um Supremo tribunal federal ou um Tribunal constitucional, o mesmo tem por objetivo guardar e cautelar o conteúdo mais essencial de uma constituição.

Dentro do vasto conteúdo elencado nas constituições brasileiras e portuguesas estão os direitos fundamentais que, mesmo de forma espaçada pelos artigos das constituições, são o núcleo essencial que devem ser seguidos e protegidos ao máximo.

Compete ao guardião da constituição dar a última palavra sobre os possíveis choques fundamentais que possam surgir. Os naturais choques de princípios são inerentes num ordenamento jurídico. Desta feita, compete analisar os casos concretos e dirimir sobre quais princípios devem prevalecer, isso adotando uma postura clássica da ponderação como meio hábil de dirimir conflitos, tentando, sempre que possível, mitigar ao máximo o direito fundamental preterido.

A responsabilidade do guardião é enorme, ainda mais com a implementação dos precedentes obrigatórios, pois com a *ratio decidendi* formulada para criação de um precedente que tenha um choque de direito fundamental, acarretará numa maior responsabilidade dos ministros que o preferirem, uma vez que suas decisões terão implicações nos futuros julgados.

Conforme alhures citado, os direitos fundamentais podem apresentar uma ampla variedade de pesos normativos, os mesmos podem ter estrutura de regra ou princípios, este que podem ser oriundos formalmente da constituição federal ou mesmo estarem espalhada por leis infraconstitucionais pelas cláusulas abertas.

As diferenciações da estrutura dos direitos fundamentais têm relevância nos julgados, não por uma hierarquia fixa, mas os direitos fundamentais devem ser observados e julgados levando em consideração sua densidade normativa-constitucional, isto é, as regras fundamentais devem ser vistas e ponderadas levando em consideração o seu peso, isto é, as regras têm naturalmente uma densidade normativo-constitucional maior, pois são menos subjetivas e discriminam seu funcionamento, devendo ter aplicabilidade imediata numa espécie de “tudo ou nada”, como afirma Ronald Dworking.

Os choques entre princípios, este sim, em razão de um amplo subjetivismo, logo, menor densidade normativo-constitucional, deveram ser ponderados para preservar o máximo de eficácia em detrimento do princípio vencido. A importância dos precedentes obrigatório nos direitos fundamentais de cunho principiologicos deveram ter um cuidado mais acentuado, haja vista seus reflexos para demais casos.

Há de se perceber que os tribunais que pretendam utilizar o mecanismo dos precedentes obrigatórios terão, *a prima facie*, à obrigação de verificar a potencialidade de utilização dos precedentes ou não.

Havendo um choque entre princípio de direitos fundamentais, deverá ser observado pela corte se trata de um choque susceptível a uniformizar decisões futuras. A valoração será feita pela corte em compasso com os demais entes interessados para verificar se deve ou não criar precedente sobre a matéria. O ponto

fulcral deve consistir na discursão (processo dialógico) sobre o potencial em uniformizar condutas a ponto de criar uma *ratio decidendi* majoritária.

Exemplificando o exposto, caso Siegfried Ellwanger Castan autor de livros de conteúdo anti-semita no Rio Grande do Sul sendo, com isto, processado pelo movimento de Justiça e Direitos Humanos (MJDH), sob os crimes de racismo (lei 7716/89, artigo 20, dado pela redação da lei 8081/90), bem como pelas cláusulas constitucionais de inafiançabilidade e imprescritibilidade inserto no artigo 5º, inciso XLII da constituição Brasileira. O autor ingressou com um *habeas corpus* sob o fundamento de que judeu não é raça e evocando sua liberdade de expressão constitucional.

O Habeas Corpus nº 82.424 chegou ao plenário do Supremo Tribunal Constitucional com os seguintes argumentos jurídicos, pelo autor: 1) Liberdade de expressão; 1.1) Judeu não seria raça e, portanto não estariam inserto nos ditames da Lei 7716/89. O que geraria ausência de tipicidade. 1.2) Só existe uma raça, a raça humana. Argumentos do ministério público: 2) Prática inconciliável com os princípios do Estado Democrático de Direito; 2.1.) Dignidade humana superior à liberdade de expressão. Valor absoluto em choque com valor relativo; 2.2) As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (art. 5º, §2º, primeira parte); 2.3) Crime imprescritível e inafiançável (artigo 5º, XLII da CF/88) para dar mensagem às gerações presentes e futuras.¹⁶⁷

Os ministros do STF num julgamento de maioria vencedora de (8 a 3) resolveram a questão mediante a ponderação de princípios. Posto que todos os ministros ao tenham entendido que qualquer atentado a dignidade humana deve ser enquadrado como crime de racismo, contudo no ponto sobre a liberdade de expressão houve divergência. Para o Ministro Gilmar Mendes que ponderou os princípios da liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana negou o *habeas corpus* afirma que, no caso de livros com conteúdo antissemita, a liberdade de expressão é proporcionalmente injustificável. Em sentido apostro, o Ministro Marco Aurélio também ponderou os dois princípios, contudo decidiu em pró do

¹⁶⁷ FERREIRA, Daniel – Caso do Editor de livros nazistas – Internet disponível em <http://supremoemdebate.blogspot.com.br/2008/06/caso-do-editor-de-livros-nazistas.html> - Acesso em 26 de Dezembro de 2015.

Habeas corpus sob o fundamento que não cesurar as publicações seria proporcionalmente melhor à promoção da democracia e de uma cultura pluralista, uma vez que deixa a cargo da opinião pública.¹⁶⁸

Inicialmente percebe-se claramente a proporcionalidade como meio hábil de dirimir princípios fundamentais sobre direitos fundamentais, uma vez que, não havendo hierarquia entre os princípios, caberá à ponderação dirimir sobre qual princípio deve prevalecer no caso concreto.

O presente caso tem o potencial necessário para criação de precedente obrigatório que felizmente, mesmo não havendo muitos casos, serve de parâmetros para casos futuros onde existam conflitos de natureza similar como discriminações sobre cor de pele, religião e grupos minoritários. Pois conforme o próprio teor da decisão o termo “racismo” foi interpretado pelo tribunal por meio de uma interpretação teleológica e sistêmica da constituição, levando em conta fatores históricos, políticos e sociais, com a finalidade de formalizar sua aplicação e alcance que devem compatibilizar com os conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos e biológicos. Sendo discriminação desta ordem incompatível com padrões éticos e morais definidos na Constituição do Brasil.¹⁶⁹

Poder-se-ia instaurar um precedente obrigatório ao caso sobre a ponderação entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana no tocante a racismo? Entendemos que sim, posto que tenha existido uma divergência entre os ministros sobre a ponderação dos princípios, a tese predominante (*ratio decidendi*) do ministro Gilmar Mendes foi seguida pela maioria. Isto é, a impossibilidade só ocorreria no caso dos ministros entendem-se pela não autorização do *habeas corpus*, mas com argumentos distintos, assim, mesmo que a decisão majoritária fosse pela não aceitação do pedido do HC, os fundamentos jurídicos fossem distintos, o que no caso concreto não ocorreu.

¹⁶⁸ FERREIRA, Daniel – Caso do Editor de livros nazistas – Internet disponível em <http://supremoemdebate.blogspot.com.br/2008/06/caso-do-editor-de-livros-nazistas.html> - Acesso em 06 de Janeiro de 2016.

¹⁶⁹ A construção da definição jurídico-constitucional do termo “racismo” requer a conjugação de fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram a sua formação e aplicação. O crime de racismo constitui um atentado contra os princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência. – Site oficial do STF disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms. Acesso em 24 de Dezembro de 2015.

Há de se perceber que não basta a decisão de ministros ou desembargadores sejam num mesmo sentido. O precedente obrigatório exige mais, a decisão, além de ser majoritariamente ou unanimamente, deve ter como base fulcral uma mesma tese jurídica (*ratio decidendi*) para ser objeto de precedente, pois para alcançar a uniformidade, segurança jurídica e isonomia processual é fundamental que as decisões sejam pautadas por uma tese jurídica robusta no mesmo sentido.

Em outro episódio ocorrido nos Estados Unidos em Nova Iorque, a empresa Amazon causou polêmica ao promover sua nova série “The man in the high castle” baseada no livro de Philip K. Dick que retrata uma realidade alternativa do mundo após a segunda guerra mundial com a vitória do eixo. Como forma de promover, a empresa utilizou um dos vagões do metrô decorado com tema nazista e o Sol Nascente Nipônico. Mesmo não havendo nenhuma suástica, houve uma série de reclamações que culminou na retirada da publicidade a pedido do prefeito de Nova Iorque, Bill de Blasio, que afirmou tratar-se de “irresponsáveis e ofensivos aos sobreviventes da Segunda Guerra Mundial e do Holocausto, suas famílias, e inúmeros outros nova-iorquinos”. A Amazon acatou a fim de evitar maiores polêmicas¹⁷⁰

No presente caso que, embora tenha sido solucionado de forma extrajudicial, há novamente dois princípios de direito fundamentais em colisão, novamente a liberdade de expressão, sendo neste caso expandido por uma licença poética, e os vastos direitos humanos.

Assim, poder-se-ia adotar precedentes para este caso? Seria possível, hipoteticamente falando, se fosse no Brasil após o caso de Siegfried Ellwanger Castan, adotar um postura similar como forma de precedente?

Reputamos que o caso da Amazon seria mais difícil adotar a figura dos precedentes obrigatórios, no caso de ser levado ao plenário de tribunais. Todavia, a nítida intensão de ambos os exemplos demonstram uma distinção clara, no caso de Siegfried Ellwanger Castan era livros com claro conteúdo de ódio aos judeus, retratando como a Alemanha nazi vítima dos mesmos, chegando a chamar de os

¹⁷⁰ O GLOBO – Internet – Disponível em <http://oglobo.globo.com/cultura/revista-da-tv/amazon-decora-metro-de-ny-com-temas-nazistas-para-promover-serie-18136004>. Acesso em 06 de Janeiro de 2016

judeus “de povo que outrora rejeitou a graça divina”¹⁷¹. De outro lado, o caso Amazon, além de retirar a suástica, tinha como finalidade promover uma série sobre ficção científica, gozando a mesma de uma licença poética. Não entraremos no mérito se no caso Amazon deveria ou não haver censura, o que importa no presente trabalho é verificar até que ponto um precedente pode e deve efetivar direitos fundamentais.

Posto que os precedentes obrigatórios podem e devem ser construído como mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais, notoriamente sua aplicabilidade será secundária, não por desaprovação do trabalho ou por desconfiança das cortes judiciais, contudo, filtrar por meio de precedentes causas de massas sem cunho de direito fundamental é muito mais simples de desenvolver uma *ratio decidendi* sem receio de rapidamente serem objetos de *distinguishing* ou *overruling*.

De outro lado, criar *ratio decidendi* em matérias que envolva choques entre princípios de direitos fundamentais, seguramente esta será missão mais árduas as cortes em criar uma tese predominante.

Em suma, independentemente da forma em que os precedentes serão utilizados pelas cortes no Brasil, o elemento basilar para seu funcionamento será o respeito o que os magistrados terão com o instituto, o núcleo do mesmo só será alcançado com visão de uniformizar os julgados, os filtros serão mais eficientes e prevalecerá à segurança jurídica, assim dando ao poder judiciário coerência, respeitabilidade, celeridade, efetividade e credibilidade perante seus litigantes e toda a sociedade.

¹⁷¹ Revista Consultor jurídico – Internet – Disponível em: http://www.conjur.com.br/2004-set-10/editor_nazista_condenado_dois_anos_reclusao. Acesso em 06 de Janeiro de 2016

CONCLUSÃO

O presente estudo teve como finalidade levar o leitor ao centro do problema do judiciário brasileiro, qual seria este problema: a morosidade judicial causada pela massificação processual que, por conseguinte, impossibilita efetivar os direitos fundamentais pelo saturamento do poder judiciário.

Após um estudo mais aprofundado sobre os direitos fundamentais e os precedentes obrigatórios, chegamos as seguintes considerações:

1. O modelo do *common law* teve em sua teoria do *stares decisis* a possibilidade criativa do poder judiciário em dirimir os conflitos ou lacunas sobre choques entre leis e princípios pela simples confiança que a sociedade deu as cortes, uma vez que, diferentemente do que ocorreu no modelo de *civil law* pós-revolução francesa, o juiz inglês ele era visto como um “amigo” do povo porque juntou-se ao legislador para limitar os mandos e desmandos do monarca.
2. É inegável que os precedentes obrigatórios são dotados de um caráter criativo, todavia, mesmo seguindo a posição hartiniana, não concordamos com o termo juiz cria lei (*judge make law*), haja vista que o natural processo criativo adotados nos precedentes devem ser pautados em legítimas fontes do direito e seus novos verbetes não têm a mesma força normativa atribuída à lei, pois se o fosse os precedentes poderiam se insurgir contra lei, o que não é possível.
3. O grande problema da massificação processual no Brasil decorreu da hibridização entre os modelos de *common law* e *civil law*. O Brasil, adotando um mecanismo similar ao Português, decidiu reunir os dois controles difuso e coletivo. As consequências surgiram na prática, um juiz brasileiro capaz de em primeira instância declarar a inconstitucionalidade de lei sem ter qualquer limite pelos precedentes. Combinado com o fato da mais alta corte não se portar como um Tribunal autônomo contra as agressões fundamentais, como ocorre no modelo clássico de *civil law*. Desta feita, o STF além de julgar milhares de casos insignificantes, dão aos mesmos, na maioria de seus

julgados, decisões *inter partes*, numa clara dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, não cautelando a fundamentalidade pela dimensão objetiva para com toda a nação.

4. Essa postura em decidir mais cotado numa dimensão subjetiva gerou um vulto processual tão grande que colocou em xeque a efetivação dos direitos fundamentais, pois mesmo com mecanismo céleres que chegam à corte suprema, como a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), de nada adianta, uma vez que a “superlotação” processual impossibilita a efetivação da fundamentalidade da lei.
5. Os precedentes obrigatórios não são incompatíveis com o modelo do *civil law*, o que o viabiliza como mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais, suprindo assim, a polêmica figura das súmulas vinculantes que, com uma similitude no extinto instituto dos assentos portugueses, são passíveis de violação a separação dos poderes. Desta feita, mesmo sem revogar as súmulas vinculantes, uma vez que a mesma está contida na constituição, o instituto deve deixar de existir não por revogação, mas pelo desuso.
6. Os precedentes obrigatórios têm uma função de “pedágio” para as matérias de menor importância, pois criado por uma tese jurídica (*ratio decidendi*) majoritária que obstará os recursos que já tenham sido matéria de precedente. Ademais, o instituto além de ser menos susceptível ao ativismo judicial (em comparação com as súmulas vinculantes) tem como trunfo para criação de um bom precedente o contraditório dinâmico, no qual se dará pela ampliação das discursões jurídicas acerca da matéria sobre a tese jurídica a ser adotada, por conseguinte, ampliando processo dialógico, mais pessoas estarão habilitadas para interferir no precedente para criação de bons precedentes.
7. A soma do contraditório dinâmico com ampliação do processo dialógico culminará numa vedação as perniciosas decisões-surpresas,

uma vez que quanto mais discutida e melhor formulada uma forte *ratio decidendi*, criarão parâmetros e condutas a serem seguidas evitando o alto número de insurgência que atualmente existe.

8. Posto que os precedentes obrigatórios sejam um forte mecanismo de efetivação de direitos, sejam eles fundamentais ou não. O precedente deve ser evitado nos casos de conflitos entre princípios sociais, principalmente os prestacionais, haja vista que, por envolverem altos gastos públicos, não podem ser fixados como parâmetro, pois é cediço a ocorrência de oscilações da saúde econômica de uma nação, o que acarretaria em várias *overruling* (revogação), tornando assim, o precedente fraco ou até banalizado.
9. Os precedentes obrigatórios é uma forte arma para efetivar direitos fundamentais, todavia, concluímos que mesmo sendo possível e necessário parametrizar direitos essenciais, o instituto terá uma maior efetividade nas demandas de massa sem o cunho de princípios, pois a facilidade de uniformizar decisões que não tenham um condão mais subjetivo torna fácil a elaboração de *ratio* majoritária. Embora existam esses obstáculos, os precedentes indiretamente efetivaram direitos fundamentais, pois com diminuição dos recursos de massa, abrirá caminho para a suprema corte decidir sobre matérias fundamentais sobre os direitos, tornando assim, o judiciário brasileiro mais célere, coerente, respeitável, uniforme e seguro perante seus litigantes e toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo - o impacto jurídico da jurisprudência da crise – Internet – Disponível no Sítio http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/o_impacto_juridico_da_jurisprudencia_da_crise.pdf. Acesso em 12 de outubro de 2015.

AZEVEDO, Reinaldo – Supremo atropela a Constituição e o Regimento da câmara em tarde vergonhosa... – Internet – Disponível em <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/supremo-atropela-a-constituicao-e-o-regimento-da-camara-em-tarde-vergonhosa/>. Acesso em 21 de Dezembro de 2015.

ALVES, Catarina Mesquita – Novo regime jurídico das farmácias portuguesas de Oficina – Internet – Disponível no sítio http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/meg_ma_11527.pdf - Acesso em 04 de Novembro de 2015.

ALMEIDA, Roberto de Almeida – Economistas Voláteis e Juízes Malucos: dois males do Brasil contemporâneo (II) Fazendo Justiça com as próprias mãos – Internet – Disponível no sítio <http://www.espacoacademico.com.br/046/46pra.htm> - Acesso em 09 de Dezembro de 2015.

Academia Brasileira de Direito – Reconhecimento de precedente judicial é principal mudança no novo código de processo civil. Extraído do sítio: <http://abdir.jusbrasil.com.br/noticias/100372821/reconhecimento-de-precedente-judicial-e-principal-mudanca-do-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em 05 de Agosto de 2015.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília Jurídica, 1996.

BAPTISTA, Rodrigo. Site disponível na internet. <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/08/25/especialistas-defendem-uso-medicinal-da-maconha>. Acesso em 25 de Agosto de 2015

BARTILOTTI, Alexandre Soares – O incidente de resolução e demandas repetitivas no projeto do novo código de processo civil. Dissertação Mestrado. 2012

CANOTILHO, J.J.Gomes 1941- Direito constitucional e teoria da constituição- 7ª ed., 11 reimp. (manuais universitários) 2003

CABRAL, Antonio do Passo – Requisitos de relevância no sistema recursal alemão – Internet – disponível no site https://www.academia.edu/12973611/Requisitos_de_relev%C3%A2ncia_no_sistema_recursal_alem%C3%A3o – Acesso em 28 de Setembro de 2015.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de e CADEMARTORI, Serigio – A relação entre Estado de direito e democracia no pensamento de Bobbio e Ferrajoli – Sítio <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15097/13752>. Acesso em 11 de Setembro de 2014

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo – A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais / Amílcar Araújo Carneiro Júnior ; coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Petronio Calmon – Brasília, DF : Gazeta Jurídica, 2012. P 338

CASTANHEIRA NEVES, António. O Instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais. Coimbra: Coimbra editora, 1983

CUNHA, Leonardo da – Recursos Repetitivos – Internet - Disponível em <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/recursos-repetitivos/> - Acesso em 02 de Dezembro de 2015.

DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. 1. Ed Tradução Luis Calos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério 1 ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela/Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria de Oliveira – 10. Ed. – Salvador. Ed. Jus Podivm, 2015

FERREIRA, Daniel – Caso do Editor de livros nazistas – Internet disponível em <http://supremoemdebate.blogspot.com.br/2008/06/caso-do-editor-de-livros-nazistas.html> - Acesso em 26 de Dezembro de 2015.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat – É hora de reinventarmos a interpretação constitucional – Internet – Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-mar-30/observatorio-constitucional-teoria-juridica-reinventada> - Acesso em 21 de Dezembro de 2015

GALINDO, Maíra Coelho Torres. Processo cooperativo: o contraditório dinâmico e a questão das decisões-surpresas. Curitiba: Juruá, 2015.

GOMES, Luiz Flávio – O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal. Internet – disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16223-16224-1-PB.pdf> - acesso em 03 de Novembro de 2015.

GOUVEIA, Jorge Barcelar – A afirmação dos direitos fundamentais no estado constitucional contemporâneo – Internet – disponível no sítio www.icjp.pt/sites/default/files/media/637-954.pdf - Acesso em 01 de Novembro de 2015

H Aidar, RODRIGO. Amicus curiae influi em decisões do STF, mostra pesquisa. Internet - disponível no site http://www.conjur.com.br/2008-dez-06/amicus_curiae_influi_decisooes_stf_mostra_pesquisa. Acesso em 08 de Setembro de 2015.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino – Os problemas e os desafios decorrentes da aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas nos juizados especiais. Internet. Disponível em https://www.academia.edu/19658267/Os_problemas_e_desafios_decorrentes_da_a

plica%C3%A7%C3%A3o_do_incidente_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_demandas_repetitivas_-_IRDR_nos_juizados_especiais – Acesso em 29 de Fevereiro de 2016.

LEITE, Costa : Judiciário não pode ser usado como bode expiatório da crise energética

http://ns1.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=68196&acs.tamanho= acesso em 26 de Abril de 2014.

LENZA, Pedro – Reforma do Judiciário. Emenda Constitucional nº 45/2004 – Sítio em <http://jus.com.br/artigos/6463/reforma-do-judiciario-emenda-constitucional-n-45-200>. Acesso em 11 de Setembro de 2014

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

MARINONI, Luiz Guilherme. A função das cortes supremas e o novo CPC. Site disponível na Internet.

https://www.academia.edu/12417491/A_FUN%C3%87%C3%83O_DAS_CORTES_SUPREMAS_E_O_NOVO_CPC. Acesso em: 19 de Julho de 2015

MARTINS FILHO, Ives Gandra – Os princípios jurídicos e sua densidade normativa – Internet – disponível em <http://www.editorajc.com.br/2012/09/os-principios-juridicos-e-sua-densidade-normativa/> Acesso em 08 de Janeiro de 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira – Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco – 4 ed. ver. E atual – São Paulo: Saraiva, 2009 – P. 1216

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. T. 4, 2. Ed. Coimbra, 1998

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. T. 4, 5. Ed. Coimbra, 2012

MORAES, Alexandre de. Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição, 3ª edição. Atlas, 2013-05-01. VitalBook

MORAIS, Alexandre de – Reforma política do estado e democratização – internet – disponível no site

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev5.htm>, acesso em 04 de outubro de 2015.

MORAIS, Débora – Nazismo e os direitos fundamentais – Internet, disponível no site http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6863. Acesso em 26 de Outubro de 2015.

MOTTA, Francisco José Borges – O Novo Código de Processo Civil e a decisão democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade?

NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição – 2ª ed. 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático. Coimbra. 1. Ed – 2012

NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança jurídica. Internet – Disponível no sítio <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/6a-edicao/seguranca-> Acesso em 23 de Setembro de 2015.

NUNES, Dierle – IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido. Internet – Disponível em <http://justificando.com/2015/02/18/o-ir-dr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/> - Acesso em 29 de Fevereiro de 2014.

OTERO, Paulo. AB VNO AD OMNES - 75 anos de Coimbra Editora – Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais. Coimbra

Richeter, André – Fux e o roubo de galinhas. Conteúdo encontrado no sítio da internet - <http://jornalggn.com.br/noticia/fux-e-o-roubo-de-galinhas>. Acesso em 06 de Setembro de 2014.

RAMIRES, Maurício - O Novo Código de Processo Civil e a decisão democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade?

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos Fundamentais. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos Fundamentais. 12ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015

SOUSA, Rebeca Santiago de – Hesse e Lassale, análise da Constituição – Internet – Disponível do sítio <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAe0wAE/hesse-lassale-analises-constituicao>. Acesso em 08 de Dezembro de 2015.

SOUZA, Rodrigo Telles de – A distinção entre regras e princípios e a derrotabilidade das normas de direitos fundamentais. Internet: http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-34-janeiro-junho-de-2011/a-distincao-entre-regras-e-principios-e-a-derrotabilidade-das-normas-e-direitos-fundamentais/at_download/file. Acesso em 10 de Janeiro de 2016

SOUZA, Wagner Mota Alves de. A polêmica entre Hart e Dworkin a respeito da textura aberta do direito ARACAJU: Evocati Revista n. 29. Maio de 2008 Disponível em:

http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=231&tmp_secao=9&tmp_topico=teoriadireito&wi.redirect=0S4W1OHIGDI7U9M0GR6D.

Acesso em: 16 de Dezembro de 2015

STARCK, Chiristian. La Légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité. In: Vários autores. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995

STRECK, Iênio luiz – Constituição e democracia Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Canotilho – Editora Malheiros - 2006

STRECK, Lenio Luiz – Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law! – Internet – disponível no site <http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law> - Acesso em 12 de Outubro de 2015

SANTOS, Luiz Elias Miranda – Súmula vinculante e o instituto dos assentos: seu sentido normativo e o problema da liberdade judicial – Internet – disponível no site www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/.../2014_02_01383_01423.pdf - Acesso em 18 de Novembro de 2015.

VINCENTE PAULO, Marcelo Alexandrino – Direito constitucional descomplicado – 10ª edição – 2013 - P. 900

WANDERLEY, Maria de Lourdes Uchôa. Monografia – A eficácia temporal do *overruling* do precedente judicial: aspectos da aplicação do prospective *overruling* no contexto brasileiro. 2014