



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIANA CAMARGO ROCHA

**O ACESSO À JUSTIÇA E OS PRECEDENTES JUDICIAIS: REVISITANDO AS
FUNÇÕES DAS CORTES SUPREMAS**

BRASÍLIA – DF

2022

MARIANA CAMARGO ROCHA

O ACESSO À JUSTIÇA E OS PRECEDENTES JUDICIAIS: REVISITANDO AS FUNÇÕES DAS CORTES SUPREMAS

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, pelo programa de Pós-Graduação acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Daniela Marques de Moraes

BRASÍLIA – DF

2022

Mariana Camargo Rocha

O ACESSO À JUSTIÇA E OS PRECEDENTES JUDICIAIS: REVISITANDO AS FUNÇÕES DAS CORTES SUPREMAS

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, pelo programa de Pós-Graduação acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Daniela Marques de Moraes
(Orientadora, Presidente)

Professor Doutor Benedito Cerezzo Pereira Filho
(Membro interno, Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília)

Professor Doutor Daniel Mitidiero
(Membro externo, Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)

Aprovação em 06 de setembro de 2022.

BRASÍLIA – DF

2022

“[...] se num país abundam médicos, hospitais, preventórios etc., é porque a saúde do povo vai muito mal. O mesmo vale para o direito. Quando se exigem muitos juízes, muitos tribunais, muitos advogados privados ou públicos e há milhões de processos em curso, isso é sinal evidente de que socialmente este país está de mal a pior.”
(Trecho extraído de periódico de José Joaquim Calmon de Passos quando discorreu sobre o magistrado, protagonista do processo jurisdicional)

AGRADECIMENTOS

Muitas pessoas contribuíram para que este trabalho existisse e chegasse até este momento final. Em primeiro lugar, portanto, à minha família, minha mãe, meu pai e meu irmão, pelo apoio e paciência nesta jornada.

Ao meu marido, Rafael, pelos incentivos nos momentos difíceis, pela incondicional parceria com toda a rotina do dia a dia e pelo amor expressado a cada etapa de evolução da pesquisa. Aos meus filhos, Arthur e Ulisses pelo carinho na acolhida diária e pela compreensão em minhas ausências.

Agradeço à minha amiga Laura Marzullo Pedreira que sempre prontamente estava disponível para me auxiliar nas dúvidas, abriu mão de seu pouco tempo livre para ouvir atentamente minhas angústias, por ter dividido horas de cansaço com leituras cuidadosas e apresentado comentários valiosos para construção e desenvolvimento deste trabalho. Sem dúvida foi ela uma das maiores companheiras nesses últimos dois anos.

À minha orientadora, professora Daniela Marques de Moraes, a quem tive a honra de ser aluna, que me deu oportunidade para conhecer linhas críticas e transversais do processo civil, que possibilitou absorver valiosos ensinamentos, que sempre gentilmente me direcionou na condução do trabalho, apresentou comentários construtivos e compartilhou bibliografias assertivas. A ela todo meu respeito e admiração.

Por fim, e não menos importante, agradeço a todos os colegas e professores do grupo de pesquisa GEPC.UNB por terem oferecido espaço saudável para debates, compartilhado textos e suscitado questões inusitadas sobre direito, tudo isso contribuiu sobremaneira para a saída da zona de conforto intelectual e auxiliou no desenvolvimento do raciocínio crítico para presente pesquisa.

RESUMO

ROCHA, Mariana Camargo. O acesso à Justiça e os Precedentes Judiciais: revisitando as funções das Cortes Supremas. 106 folhas. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

Esta pesquisa parte do interesse em refletir sobre a posição dos sujeitos processuais na construção do resultado produzido pelo Poder Judiciário, em especial quando enfrenta questão jurídica qualificada para formar os chamados precedentes judiciais. A ideia difundida sobre o moderno escopo do acesso à justiça redimensiona a posição dos participantes do processo, de maneira a programar posturas mais positivas e flexíveis diante das normas postas. Entretanto, a formação das estruturas do poder, a desigualdade social e o sistema de julgamentos dos tribunais colocam a perspectiva da participação das partes em um contexto sócio-jurídico que promove um natural distanciamento da pretensão do acesso à justiça, enquanto modelo de pensamento. Desse modo, este trabalho dedica parte de sua pesquisa ao desenvolvimento do desígnio da cidadania, por revelar ser direito intimamente ligado à base compreensiva dos movimentos dos poderes instituídos, que podem ensejar ou impedir a participação dos indivíduos no processo jurídico decisório. Nessa mesma linha, o estudo analisa o processo de julgamento e exteriorização do produto das decisões colegiadas por serem fatores determinantes na assimilação e exercício prático dos direitos fundamentais. Concluímos que, a missão institucional das Cortes Supremas tem em um de seus objetivos a necessidade de popularizar o resultado de seus julgamentos. Quando apregoamos a prestação jurisdicional da nossa Corte cidadã, o Superior Tribunal de Justiça, e do nosso guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, pretendemos demonstrar que o trabalho que eles exercem devem estar ao alcance de todos.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça, Cidadania, Cortes Supremas, Precedentes Judiciais.

ABSTRACT

ROCHA, Mariana Camargo. Access to Justice and Judicial Precedents: revisiting the functions of the Supreme Courts. 106 pages. Dissertation (Master's of Law) - Law School, University of Brasília, Brasília, 2022.

This research starts from the interest into reflect over the position of the procedural subjects in the construction of the result produced by the Judiciary, especially when facing legal issues qualified to form the so-called judicial precedents. The idea spread about the modern scope of access to justice resizes the position of the participants of the process, in order to program more positive and flexible postures in the face of the standards set. However, the formation of power structures, social inequality, and the system of court judgments place the perspective of the participation of the parties in a socio-legal context that promotes a natural distancing from the claim of access to justice as a model of thought. Thus, this work dedicates part of its research to the development of the design of citizenship, for revealing that it is a right closely linked to the comprehensive basis of the movements of the instituted powers, which may encourage or blocked the participation of individuals in the legal decision-making process. Along the same lines, the study analyzes the process of judgment and exteriorization of the product of collegiate decisions because they are determining factors in the assimilation and practical exercise of fundamental rights. We conclude that the institutional mission of the Supreme Courts has as one of its objectives the need to popularize the results of their judgments. When we proclaim the jurisdictional rendering of our “Citizen Court”, the Superior Court of Justice, and of our “Constitution’s guardian”, the Supreme Federal Court, we intend to demonstrate that the work they do must be within everyone's reach.

KEY WORDS: Access to Justice, Citizenship, Supreme Courts, Judicial Precedents.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. CIDADANIA	12
1.1 Origem, conceito e localização na CF	13
1.2 Exercício da cidadania	26
1.3 Falhas na implementação da cidadania	30
2. O CIDADÃO E O PODER JUDICIÁRIO	34
2.1 O cidadão e o juiz: relação participativa ativa do cidadão diante da atividade do magistrado singular	38
2.2 Princípio da eficiência e a segurança jurídica: relação entre dois princípios que demandam equilíbrio na atividade jurisdicional	50
3. ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DAS CORTES SUPREMAS FRENTE AO SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL	55
3.1 Missão institucional das Cortes Supremas	59
3.2 Primariedade do acesso à justiça: como se dá o acesso à justiça nas Cortes Supremas? Qual a relevância do precedente no primeiro acesso à justiça?	63
4. A CONVERGÊNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS PARA O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA	68
4.1 A evolução da definição de acesso à justiça	74
4.2 Mecanismo de diálogo interpretativo na <i>ratio</i> para efetividade do acesso à justiça	79
CONSIDERAÇÕES FINAIS	94
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	98

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça há muito partiu de uma perspectiva de igualdade formal, representada por uma justiça conservadora em que os sujeitos de direito estariam posicionados em situação de equivalência para poder usufruir dos direitos e garantias sem supremacia de interesses. Contudo, a realidade que se mostra parece estar distante desta concepção. O produto do exercício jurisdicional tem sido colocado como algo distante da pretensão desse direito, talvez por estar inserido em uma complexidade de relações sociais, o que de fato parece fazer sentido.

Mas será que somente as relações sociais representam razões suficientes para carregar os problemas do acesso à justiça? Acredita-se que não.

A formação das estruturas de poder, a desigualdade social e o sistema de julgamento dos tribunais, também parecem ser fatores que podem influenciar em uma espécie de remoção do indivíduo no processo decisório e do subsequente distanciamento à efetividade do acesso à justiça.

Nesse contexto, a compreensão do escopo jurídico do exercício da cidadania revela-se como medida necessária para refletir sobre como as bases da estrutura do Estado podem auxiliar na alocação dos atores sociais em prol do acesso à justiça, em especial com perspectiva de participação das partes no processo judicial. Para tanto, a verificação do processo evolutivo da cidadania se coloca como ponto de partida à dinâmica que se pretende discutir.

O acervo bibliográfico escolhido para a primeira parte desta dissertação apresenta linhas críticas sobre o exercício da cidadania e as falhas em sua implementação. Ele aponta para a ideia de que o caminho coletivo da cidadania está enraizado em um panorama de desigualdades e exclusões sociais que há tempos assinalam que a relação dos sujeitos com o Estado não ocorre com isonomia nem em plena harmonia no âmbito estrutural.

Desse modo, o processo evolutivo do exercício da cidadania surge como forma de analisar a dimensão da relação entre os problemas estruturais do Estado com o exercício dos direitos e garantias constitucionais dos indivíduos. Tal opção foi influenciada pela ideia de que o poder político tem a capacidade de organizar, coagir e manter a ordem social sob pressupostos ideológicos, implementados pela persuasão instituída por quem detém poder de voz na sociedade (PASSOS, 1993).

Como uma espectadora das desigualdades no Brasil e das incertezas do produto extraído do Poder Judiciário, há uma curiosidade em refletir se a relação das normas instituídas

versus força dos poderes instituídos pode ser medida e controlada pelas Cortes Supremas em prol do escopo social do acesso à justiça.

Nessa linha, considera-se pertinente investigar as considerações em torno da relação do cidadão com o Poder Judiciário para, então, programar reflexões sobre o que o sistema de justiça representa para sociedade.

Tão logo, o complexo sistema judicial é colocado em realce por indicar ser algo obscuro para a população (SADEK, 2010). Há nessa consideração uma demonstração com base em estudo bibliográfico de que por vezes existe uma dificuldade do homem comum em identificar corretamente quais as competências dos atores que representam o sistema de justiça. Essa situação torna mais difícil se pensar em exercício pleno do acesso à justiça, capaz de promover um diálogo dos atores sociais com o Estado.

Então, a relação do princípio da eficiência com princípio da segurança jurídica é inserida na pesquisa para discorrer sobre os anseios de um processo judicial democratizado. Meditar sobre o que se espera de um devido processo legal leva em consideração que o magistrado precisa atuar de maneira positiva na demanda, o papel do magistrado não pode ser de um sujeito distante e alheio à essência do contexto processual. Ele deve conduzir a demanda para provocar um verdadeiro diálogo na reconstrução do caso, isso é um dever inerente à sua função judicante, que não desnatura o princípio da imparcialidade (MARINONI, 2022).

Nesse momento, as lições do jurista brasileiro Passos (1993) contribuem com esse contexto por considerar que a relação entre o juiz e o cidadão não se limita a uma boa má reputação do Judiciário. Ela decorre, antes de tudo, do fracasso das instituições sociais que não foram capazes de manter o cumprimento das leis com equilíbrio socioeconômico (DIDIER JUNIOR, 2016).

Então, partindo desse contexto, será demonstrado que o processo de julgamento e as atividades exercidas pelos magistrados, em especial pelas Cortes Supremas, podem ser fatores determinantes para gerar reflexos diretos na recepção dos direitos fundamentais.

Das razões acima, decorre a relevância de ser verificado o atual momento jurídico que passa o sistema Judiciário. Os órgãos jurisdicionais encontram-se em processo de implementação e adaptação de novos institutos trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), os quais representam uma mudança significativa na metodologia de julgamento há décadas praticada pelos tribunais.

Com o objetivo de introduzir um modelo mais simplificado, mais cooperativo e mais participativo, o novo diploma processual está fundado em preceitos garantistas, capaz de

substituir a legalidade estritamente formalista para abrir espaço à flexibilização das regras, promovendo uma ampliação no exercício participativo dos sujeitos processuais.

Conferir a potencialidade de ter um amplo debate antes de ser produzida a orientação das Cortes Supremas é um avanço digno de aplausos porque traduz um anseio de democratizar o produto vinculativo do Poder Judiciário. Contudo, esse movimento não se mostra suficiente para afirmar que também houve ampliação da participação das partes do processo e nem garante a sua efetividade.

Nessa linha, fica a necessidade de compreender e refletir como que sujeitos do processo podem contribuir positivamente com a construção dos fundamentos determinantes da decisão, daquilo que será extraído como solução para questão jurídica.

O Poder Judiciário tem avançado no tratamento das decisões qualificadas e parece estar se programando para dar mais transparência aos objetos que estão sendo julgados e isso pode ser verificado, por exemplo, pela análise dos acórdãos selecionados na pesquisa. Contudo, a forma que os acórdãos são por vezes disponibilizados para sociedade ainda posiciona o indivíduo comum à submissão das estruturas de comunicação social.

Ademais, a dinâmica do julgamento sem uma clareza ao que constitui fundamentos determinantes, acessórios, manifestações divergentes e concorrentes também dificulta a compreensão do produto do Judiciário perante o jurisdicionado.

Assim, a dificuldade de saber se já há uma sólida orientação jurídica sobre determinada questão (tema) é um fator complicado e relevante para a expectativa de se ter uma ordem jurídica capaz de ter estabilidade, previsibilidade e promover o bem-estar social (MARINONI, 2017).

No mesmo sentido, quando se fala na perspectiva de efetividade do acesso à justiça pela participação das partes, a conclusão não é outra. A transparência também configura mecanismo viável para permitir o diálogo das partes com a construção do direito. Isso porque as normas de proteção e combate à violação do acesso à justiça já estão alinhadas aos anseios de um Estado Democrático de Direito.

Tais considerações provocam o desenvolvimento do trabalho e criam um espaço de debate sobre como a materialização de uma ordem jurídica organizada pode ensejar um terreno de acesso à justiça com potencialidade de alcançar grupos leigos e conferir proteção às manobras do direito por quem detém o poder.

1. CIDADANIA

O termo “cidadania” estimula reflexões imediatas que não se limitam aos aspectos eleitorais do(s) sujeito(s) que a detém. Ele possui ampla significação jurídica e social que carrega consigo variados conceitos e impressões que não podem ser fechados a uma única conotação.¹

Aquele que busca trabalhar com o vocábulo precisa colocar em seu discurso uma orientação tópica e temporal para direcionar a perspectiva que quer expor. Ou seja, falar da concepção da cidadania, sua efetivação ou dos obstáculos para seu reconhecimento é uma responsabilidade que precisa ser manifestada com orientação das marcas inscritas pelo vínculo político e jurídico que ela detém.

Como bem se vê no raciocínio da obra *Cidadania, Classe Social e Status*, o desenvolvimento da cidadania passa por acontecimentos históricos em diversas dimensões que ao final do século XX não é seguro apontar uma única conotação ao seu conceito. De modo que, de acordo com partes marcadas pela história, é possível considerar que ela é constituída basicamente por elementos de direitos civis, políticos e sociais, conforme se depreende do seguinte trecho:

O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual - liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. [...] Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor de membros de tal organismo. [...] O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar por completo na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais (MARSHAL, T. H., 1967).

Nesse sentido, a retomada do acervo histórico que envolve a cidadania se torna algo relevante para orientar o alcance do sentido que se busca empreender na relação imposta entre cidadania, acesso à justiça e precedentes judiciais.

¹ Nesse sentido também leciona Dimoulis, Dimitri e Lunardi, Soraya. *Cidadania e nacionalidade como formas de exclusão*. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC*, Belo Horizonte, v. 7, n. 27, p. 705-717, set./dez. 2013. disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/73144>. Visitado em janeiro de 2022.

1.1 Origem, conceito e localização na CF

A origem do termo cidadania não possui um marco temporal relacionado a um único acontecimento referencial e sua identidade pode ser encontrada desde a pré-história² quando apareceram os primeiros sinais de reconhecimento de injustiça social e condutas que questionavam as ações do reino e do templo (PINSKY, J., 2005). Entretanto, sua evolução conceitual não se deu em um percurso linear, tendo em vista que a percepção dos valores que compõem a cidadania pode alterar de acordo com o tempo e com o espaço e, no caso da idade antiga, há ainda uma dificuldade maior para se trabalhar com o assunto, visto que naquela época havia uma precariedade nas anotações e registro dos principais acontecimentos históricos que podiam ser úteis dias atuais.

Embora haja um obstáculo no contexto bibliográfico, isso não se mostra como um impedimento ao estudo que se propõe. As menções que serão feitas sobre a pré-história da cidadania serão colocadas em tópicos referenciais, apenas para apresentar um percurso inicial ao que se pretende desenvolver.

Para tanto, a obra *História da Cidadania* (PINSKY, J., 2005) é utilizada nesse contexto para compor uma visualização bibliográfica de alguns aspectos da pré-história e da idade antiga para percebermos os primeiros sinais da cidadania, quando ocorreram os primeiros movimentos reacionários às injustiças sociais.³

Por volta do século VIII a.C., a estrutura social dos Estados era fracionada e estabelecida a partir do comportamento guiado pela crença nas orientações divinas que vinham externadas pelas palavras dos profetas (*ibidem*).

Os profetas, por sua vez, eram sujeitos que se auto designavam videntes do futuro e “falavam em nome da divindade” (PINSKY, J., 2005, pp. 20-21). Eles ganharam importância em determinado período histórico por “utilizaram-se de uma exterioridade, de uma forma de ser já existente e praticada pelo vidente, para dar um novo conteúdo a ela” (PINSKY, J., 2005, pp. 20-21). Dessa forma, foram os profetas que por muitos anos conseguiram promover a

² A designação de pré-história será aqui trabalhada como sinônimo de idade antiga por acompanhar a opção metodológica atribuída pelos referenciais teóricos escolhidos para o texto, o termo “pré-história” vai se referir ao momento anterior ao surgimento dos acervos mais estruturados sobre as civilizações, sendo considerado em tempos numéricos o período compreendido de 4.000 a.C. até aproximadamente 476 a.C.

³ A indicação da obra história da cidadania abrange a fração organizada e escrita por Pinsky (2005), que dedica sua vida acadêmica ao estudo da história antiga, medieval, moderna e contemporânea voltada para questões relacionadas ao judaísmo, aos grupos de minorias, e da cidadania.

missão de conduzir a ordem ética dos homens e até mesmo ditar os rituais de punição de quem as descumprisse.

Nesse contexto, Pinsky (2005) apresenta Isaías e Amós⁴ como dois profetas da idade antiga que instigaram questionamentos sobre melhores formas de viver, diferentes formas de vida em sociedade e talvez o embrião do que vem a ser injustiça social.

Nesse ponto, Pinsky (2005, p. 27) discorre:

Não seria errado dizer que o sonho nostálgico por um passado imaginado não passa de atitude reacionária, de sonho pelos tempos de vida mais simples de antigamente, talvez a época do nomadismo, ou do governo patriarcal dos camponeses e dos juízes. Em vez disso, os pobres e os profetas presenciavam, entre os ricos e poderosos, uma vida de luxo, de lassidão, de busca do prazer, dinheiro, de orgulho, distante, portanto, do que entendiam serem as formas justas de relacionamento.

O paradoxal é que esses reacionários, esses profetas que tomaram a bandeira nostálgica das mãos da população mais pobre, foram, principalmente, grandes revolucionários. Na crítica moral e ética ao presente, na busca de exemplos de relações sociais diferentes no passado idealizado, criam um novo modelo do que seria uma sociedade justa, um parâmetro até então inexistente de relação entre os indivíduos. Pela primeira vez desde que o mundo era mundo, ouviu-se com tamanha intensidade o grito dos oprimidos e dos injustiçados. Amós, principalmente, ousou fazer ouvir bem alto o retrato de uma sociedade injusta. Mais que isso, e nisso consistiu seu caráter revolucionário, teve a coragem de dizer quais os caminhos que a sociedade deveria tomar para superar a injustiça e criar uma sociedade de pessoas com direitos individuais e sociais. Amós sabia que, ao agir assim, questionava o reino e o templo, as bases da Monarquia hebraica. Ele e Isaías romperam com o ritualismo e com o pequeno deus nacional, um deus que necessitava do tempo e dos sacerdotes para se impor. Ao criticarem o que existia e proporem uma nova sociedade, cortam suas amarras e partem para o mar aberto. Desistem do deus do templo, de qualquer templo, e criam o deus da cidadania.

As palavras de Pinsky (2005) se colocam para abrir reflexão sobre o antagonismo na relação dos privilégios de poucos em detrimento da exclusão social do povo eleito por Deus e isso foi importante para estabelecer o início da evolução da sociedade enquanto “sujeito de direitos” (PINSKY, J., 2005, p. 9). Como na idade antiga a voz da divindade era proclamada pelos profetas, pode-se dizer que eles protagonizaram os primeiros vestígios do pensar sobre a cidadania.

⁴ De acordo com os escritos de Pinsky (2005), Isaías (740-701 a.c) e Amós (783-743 a.c) foram dois profetas do século VIII a.c que percorreram caminhos de profetização na Judéia e em Israel, que tiveram origem diferentes, mas que tinham em comum o poder persuasivo sobre aqueles que os ouviam.

Muito embora o embrião da cidadania possa ser perceptível na idade antiga, é a partir da história clássica e suas cidades-estado que se reconhece um maior número de registros sobre características e marcos temporais em torno desse direito (VASCONCELOS, 2012).

Na leitura de *Cidades-Estado na Antiguidade Clássica*, Guarinello (2005) registra a necessidade de se ter cautela ao relacionar de imediato o conceito de cidadania ao modelo das cidades-estados. As múltiplas definições sobre esse formato estatal podem ensejar o induzimento do leitor a um conceito vago ou falho em torno do reconhecimento do processo histórico de sua origem, em especial na história greco-romana.

Nesse mesmo sentido, o jurista Edson Aguiar Vasconcelos discorre sobre o assunto e acrescenta que há necessidade de se ter conhecimento de que há defensores que refutam a associação do conceito de cidadania a essas estruturas estatais. Isso porque a relação concebida entre cidadania e cidade-estado pode invocar um vínculo conceitual fechado que também pode induzir o leitor a uma concepção que não abrange o escopo político que ela possui (VASCONCELOS, 2012).⁵ Nesse sentido, complementa:

A concepção aristotélica, em perspectiva constitucional, apresenta virtualidade meramente introdutória, pois a simples existência de uma vida comunitária e a ideia de participação política são elementos insuficientes à formulação de qualquer raciocínio que tenha o conceito de cidadania como referência, ainda que em vertente embrionária, porque a admissão desse prisma de raciocínio possibilita recondução a realidades sociais fechadas, a exemplo de grupos familiares, corporativos, etc que não contam com estrutura organizacional ou reconhecimento perante outras entidades sociais estruturadas. Tais estruturas grupais não ostentam expressão ou interesse propriamente político, do que resulta a necessidade da existência de uma superestrutura suficiente ao desenvolvimento de uma organização de cidadãos. (VASCONCELOS, 2012, pp. 39-40)

Embora seja necessária a cautela para conceituar cidadania a partir das características das cidades-estados, não se pode negar que os registros acadêmicos denotam que nas origens das cidades-estados havia uma relação significativa entre os acontecimentos nos espaços públicos e a condução da vida política local (GUARINELLO, 2005).

⁵ É sabido que há correntes doutrinárias modernas que refutam a identificação do conceito de cidadania a partir da associação dos elementos: vida comunitária e participação política. A defesa dessa linha se baseia na ideia de que o conceito de cidadania não pode ser reduzido a uma relação de grupos sociais fechados, que não possuem amplitude externa de reconhecimento social, é necessário que haja uma estrutura organizacional instituída e com projeção perante outros “grupos” sociais igualmente estruturados. “Tais estruturas grupais não ostentam expressão ou interesse propriamente político, do que resulta a necessidade da existência de uma superestrutura suficiente ao desenvolvimento de uma organização de cidadãos ” (VASCONCELOS, 2012, pp. 39-40)

Guarinello (2005, p. 33), por exemplo, fala da influência que tinham esses ambientes coletivos nas articulações do Estado: “foram, primeiramente, um espaço de poder, de decisão coletiva, articulado em instâncias cujas origens se perdem em tempos remotos”. E discorre dispondo que ali eram locais onde os sujeitos que tinham voz participativa e colocavam suas ideias para administração e organização do território, sendo esses ambientes concretizados onde se entendia que era comum pela sua importância, como os templos e os portos.

Dito isso, consegue-se extrair o porquê de se imaginar que o conceito de cidadania poderia vir a ser associado às origens das cidades-estados. Embora não seja essa a linha que seguiremos nesta dissertação, de fato, é importante que se compreenda de onde vem o raciocínio desenvolvido por quem defende a relação origem da cidadania com organização das cidades-estados.

Assim, é possível visualizar que, por volta dos séculos VII e VIII a.C., a ideia de cidadão ainda era embrionária e não possuía um conceito universal. A sua concepção decorria de um reconhecimento especial, “a cidadania podia ser conferida individualmente, como homenagem a um personagem importante ou retribuição a um favor prestado à coletividade” (GUARINELLO, 2005). Ela normalmente estava relacionada a um certo vínculo tangível entre indivíduos e o Estado, marcada pela possibilidade de participação na organização política e administrativa da cidade e ainda ter liberdade de trânsito e comercialização de bens na região (*ibidem*).

Embora fosse um *status* com amplos atributos ao indivíduo, Guarinello (2005, p. 35) complementa que a cidadania era apenas de reconhecimento interno, sem garantias de respeito fora de sua região porque havia uma predisposição à rejeição de estrangeiros nas comunidades:

[...] fora da cidade-estado não havia indivíduos plenos e livres, com direitos e garantias sobre sua pessoa e seus bens. Pertencer à comunidade era participar de todo um ciclo próprio da vida cotidiana, com seus ritos, costumes, regras, festividades, crenças e relações pessoais.

Apresentando assim, tem-se a impressão de que o ambiente interno das cidades-estados era de total harmonia, sem lutas na população. Contudo, o fato do credenciamento ao título de cidadão ser conferido apenas a uns poucos gerava um ambiente de insatisfação para aqueles excluídos dos espaços públicos, que não tinham a possibilidade de atuar nas atividades

negociais da região, sem poder de voz ou gerenciamento mínimo no desenvolvimento da comunidade.

Esse panorama de exceções e desigualdades gerou um grau de insatisfação daqueles que se viam suprimidos na relação de pertencimento social. O sentimento de exclusão e injustiça provocou enfrentamentos internos nas comunidades em diversas dimensões que ao longo do tempo desestabilizou a autoridade exclusiva de uns poucos e dilatou o escopo dos mantenedores das regiões.

Nesse sentido, a posição de participante social que antes era privativa da “nobreza” deixou de sê-la e foi ampliada para agregar aqueles que antes eram simples cultivadores da terra, conferindo respeito e inclusão social a estes também (GUARINELLO, 2005). Esse ambiente de mudança de paradigma trouxe combates e o desconfortos sociais que ao longo do tempo foram relevantes para alterar a hegemonia dos exclusivos titulares do *status* jurídico de participantes da sociedade.

A abertura para possibilidade de reconhecer direitos básicos a outros indivíduos que antes eram apagados de representação social foi um marco expressivo para o contexto histórico daquele período. Nesse sentido, peço licença para transcrever algumas palavras de Guarinello (2005, p. 39) que se associa a essa ideia e discorre sobre os efeitos desse processo de rompimento com a exclusiva participação social dos aristocratas no final do século VII e início do VIII a.C:

A luta contra a aristocracia representou uma crise fundamental e fundadora para a comunidade das cidades-estado. Os eventos históricos concretos foram variados, com ritmos diferentes, mas seu resultado foi claro: a quebra do exclusivismo aristocrático e a abertura do espaço político que consolidou a existência das cidades como comunidades coesas. Os efeitos fundamentais desse processo foram a garantia da liberdade individual dos membros da comunidade; a publicação de leis escritas; a abertura do espaço público para camadas mais amplas da população, com reestruturação da comunidade como organismo político; e, por fim, a reorganização do exército citadino.

Como pode ser depreendido, o período assinalado foi marcante na história clássica, mas ainda não foi ali que se teve uma grande mudança estrutural. Somente por volta do século IV a.C. que se teve registro sobre o fim das cidades-estado e o início de uma nova era assinalada pela formação dos grandes impérios.

Agora, com a concentração do poder nas mãos do imperador e dos exércitos, os cidadãos passaram a participar na comunidade de outras formas sem o *status* e as prerrogativas

que se tinha à época das cidades-estados. Como a cidadania estava relacionada aos vínculos pessoais e, por vezes, conferida por alianças políticas, ser cidadão já não tinha o mesmo prestígio antes. A dicotomia súditos e imperador era o que sinalizava a nova relação social e o patrimônio, associado ao poder aquisitivo das pessoas, é o que passou a estabelecer a salvaguarda do acesso à justiça (*ibidem*).

Nesse período, a igreja ainda manteve sua autoridade e podia indicar quem detinha o direito de acessar a justiça. Contudo, ao longo do tempo, isso também mudou, principalmente com a chegada da idade moderna. Por volta do século XV, vieram mudanças comportamentais que alcançaram o seio das condutas da sociedade.

Sobre o assunto, Mondaini (2005, p. 115) desenvolve estudo para falar que a idade moderna conseguiu substituir o pensamento enraizado de que a igreja devia impor o comportamento de todos para permitir que o homem se tornasse titular do seu destino:

O homem passou não apenas a traçar seu destino, mas também a ter total capacidade de explicá-lo. A decadência da noção de predestinação orientou, em grande medida, o avanço irresistível da modernidade, emoldurada pelos acontecimentos que se desenrolaram entre a crise da sociedade feudal no século XIV e as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII. O primado resignador da fé recuou diante da força crítica e otimista do saber científico. Os limites impostos pela natureza (e devidamente justificados pela ética religiosa medieval) foram cada vez menos vistos como algo intransponível aos seres humanos.

A singular percepção do mundo novo ressaltou a consciência de que a desigualdade humana não se dava em um processo natural nascido com o homem, e sim, por um processo coordenado pelo indivíduo que não implicava em imposição da obra divina (MONDAINI, 2005). Todavia, o desenvolvimento das percepções dos direitos e estruturas da cidadania não se deu de maneira estática, ocorreu por meio um processo evolutivo ao longo dos séculos, indicando a Revolução Inglesa como um marco temporal significativo para visualização das defesas e apropriações dos direitos como um todo.

As leituras harmônicas de Locke e Thomas Hobbes, se é possível assim dizer, fecundaram a consciência de que o Estado era um mal necessário porque ele conseguia estabelecer a ordem entre os indivíduos, essencial para evitar uma desordem incontrolável e ao

mesmo tempo um mal que não precisava ser necessariamente absoluto, poderia ser limitado e resistível.⁶

Nessa linha de raciocínio, Chevallier (1999) discorre sobre as grandes obras políticas de Maquiavel e dispõe que Hobbes fez um grande esforço para conferir um sentido positivo ao Poder. Segundo o autor, Hobbes, que possuía uma inclinação à deferência à monarquia quando comparada com a democracia, afirmava que o Poder instituído era algo bom porque ele conseguia dirigir os anseios de todos em busca de uma paz interna e ao mesmo tempo unir forças para proteger o Estado “contra os inimigos do exterior” (CHEVALLIER, 1999, pp. 71-72).

Embora a citação estivesse relacionada a uma forma específica de Estado, a referência de Hobbes pode ser aproveitada de maneira ampla para reflexão sobre a relação do Estado, sujeitos de direitos e sociedade. Ela permitia assimilar e aceitar que o ideal de justiça estava embasado na orientação do soberano e não em algo natural do comportamento humano, conforme se vê na exposição de Chevallier (1999, pp. 74-75):

Por sua renúncia, por essa transmissão definitiva e irrevogável (exceto num caso, como veremos), os homens voluntariamente despojaram-se de sua liberdade de julgamento sobre o bem e o mal, sobre o justo e o injusto. Comprometeram-se a considerar bom e justo o que ordena o soberano, mau e injusto o que ele proíbe. Da parte dos súditos é inconcebível qualquer recurso, seja a quem for, contra a legitimidade das ordens do soberano. Não foi voluntariamente que fizeram dele o seu representante, e que substituíram sua vontade pela dele?
Tudo quanto ele faz, é como se eles próprios o fizessem.
Queixar-se dele, é queixar-se de si mesmos. Sem dúvida, há muitos inconvenientes nesse poder ilimitado, mas pode ser livre de inconvenientes a condição do homem nesta vida? É preciso escolher entre a guerra perpétua de todos contra todos, fruto da ausência do poder absoluto, e a paz, fruto de tal poder.

Assim, ainda nesse imaginário do século XVII/XVIII, o homem passou a ser visto como dono de seus direitos e responsável pela sua propriedade e isso carregou consigo contribuições para evolução da sociedade firmada nos ideais de civilidade (*ibidem*).

⁶ Nesse ponto, uma ressalva se faz necessária, na medida que para Hobbes a ideia de Estado tem a ver com uma necessidade para regulação social e nesse exercício deve ter poder absoluto. Caso contrário o homem em seu Estado de natureza viverá em permanente estado de guerra. Nesse sentido: RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, F. (org.). **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Ática, v.1 1995. p. 51-77

A Revolução Industrial (1760-1840) também teve seu papel no fortalecimento dos ideais de liberdade e conquistas sociais, na medida em que agregou às definições mais modernas da cidadania fundamentos voltados para os ganhos de direitos civis, direitos políticos e sociais, o que contribuiu, associado a outros eventos históricos, para um entendimento geral e mais sólido sobre os direitos humanos e subsequentemente para o estabelecimento de uma Convenção de Direitos Humanos (1948).

O marco temporal da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi um dos momentos mais significativos para a história da idade contemporânea porque com ela os direitos e as liberdades ali reconhecidos se tornaram mais sólidos e menos frágeis às vontades instituídas pelo soberano. Como assertivamente assinala o jurista e professor Comparato (2015), a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 trouxe amplitude internacional à necessidade de se reconhecer a igualdade essencial de todo ser humano sustentada na efetivação de direitos, independentemente de cor, raça, sexo, língua, religião, origem nacional e opinião. Muito embora a Declaração dos Direitos Humanos não tenha força coercitiva autônoma e não se confunda com os direitos fundamentais nacionalmente constituídos, os signatários da Carta das Nações Unidas incorporaram os preceitos da orientação da ONU em seus instrumentos normativos internos, como ocorreu na Constituição de 1988.

Declaração Universal dos Direitos Humanos

Art. 10. Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ele seja deduzida.

[...]

Art. 22. Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, em harmonia com a organização e os recursos de cada país. (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948)

Como se vê, no processo formativo da cidadania no âmbito internacional, houve um percurso dinâmico e contextualizado que foi incapaz de manter uma única linha temporal ao seu reconhecimento.

No caso do Brasil, não foi diferente. As considerações em torno do atual direito fundamental passaram necessariamente pela observação do contexto político, social e econômico de cada período, demarcados sob a perspectiva de continuidade histórica firmada nas raízes do continente europeu, conforme se observa na análise de Vasconcelos (2012, p. 219):

A visão histórica do sistema constitucional brasileiro não se desvincula de uma perspectiva continuísta da história política portuguesa, podendo-se mesmo afirmar que a estratificação e a pouca mobilidade social da população brasileira, mesmo após a independência, podiam ser debitadas ao fenômeno da continuidade histórica, pois, 'por traz da natureza do Estado' descobre-se 'sempre a condição humana'.

Este liame continuísta impõe também o exame da identidade das instituições de acordo com o dinamismo que lhes é conferido pelos próprios agentes, não se podendo esquecer que as instituições são dotadas de cultura que assenta em características identificadas pelo pensamento político e que se torna realidade pelos respectivos regimentos de funcionamento, na medida em que o espírito das instituições se consubstancia na cultura escrita, no cultivo da memória institucional e do Estado.

Na história do Brasil, os nativos e africanos escravizados não eram considerados cidadãos, a ausência de direitos básicos eximia esses sujeitos de qualquer expectativa de dignidade. Muito embora houvesse alguns poucos negros legalmente livre após 1888 não havia para eles qualquer condição para o exercício de direitos civis e usufruto do que a liberdade poderia lhe oferecer (CARVALHO, p. 2002).

Um exemplo ilustrativo para essa compreensão pode ser encontrado no gozo dos direitos individuais. No Brasil Imperial (1822-1889), adotava-se a mesma lógica europeia em que a grande parte desses direitos somente poderiam ser usufruídos por aqueles intitulados cidadãos, reconhecidos e identificados taxativamente em um rol na Carta Constitucional. O curioso nesse ponto é que ali não estavam indicados nem os escravos e nem as mulheres.⁷

Embora não tivesse nenhum dispositivo excluindo-os expressamente, pela interpretação sistemática chegava-se a essa conclusão, a norma criminal, por exemplo, ao indicar os escravos como algo próximo, se não propriamente dito, a um objeto de cunho patrimonial, desnaturava qualquer expectativa desses indivíduos que pudesse pretender o reconhecimento do status de cidadão (BRASIL, 1830). Do mesmo modo ocorria com as

⁷ Art. 6. São Cidadãos Brasileiros: I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação. II. Os filhos de pai Brasileiro, e Os illegitimos de mãe Brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio. III. Os filhos de pai Brasileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em sorviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil. IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residencia. V. Os estrangeiros naturalisados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalisação. BRASIL. Constituição. Carta de Lei de 25 de março de 1824. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Lex: Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador . Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 23 mar. 2022.

mulheres, que também tinham tratamento diferenciado e excludente, a proteção dada a elas era somente aquela que vinha de seus senhores, “não tinham acesso à justiça para se defenderem ” (CARVALHO, 2002, p. 22).

Como bem explica o cientista político e historiador Carvalho (2002, pp. 32-33), ao discorrer sobre a história da cidadania no Brasil, o contexto político e social após a independência não alterou muito o que já vinha sendo exercido na prática:

Os brasileiros tornados cidadãos pela Constituição eram as mesmas pessoas que tinham vivido os três séculos de colonização nas condições que já foram descritas. Mais de 85% eram analfabetos, incapazes de ler um jornal, um decreto do governo, um alvará da justiça, uma postura municipal. Entre os analfabetos incluíam-se muitos dos grandes proprietários rurais. Mais de 90% da população vivia em áreas rurais, sob o controle ou a influência dos grandes proprietários. Nas cidades, muitos votantes eram funcionários públicos controlados pelo governo.

[...]

A maior parte dos cidadãos do novo país não tinha tido prática do exercício votante durante a Colônia. Certamente, não tinha também noção do que fosse um governo representativo, do que significava o ato de escolher alguém como seu representante político. Apenas pequena parte da população urbana teria noção aproximada da natureza e do funcionamento das novas instituições. Até mesmo o patriotismo tinha alcance restrito.[...]

Mas votar, muitos votavam. Eram convocados às eleições pelos patrões, pelas autoridades do governo, pelos juízes de paz, pelos delegados de polícia, pelos pároco, pelos comandantes da Guarda Nacional. A luta política era intensa e violenta. O que estava em jogo não era o exercício de um direito de cidadão, mas o domínio político local.[...] Tratava, então, de mobilizar o maior número possível de dependentes para vencer as eleições.

O mesmo cenário de alteração de estrutura política e manutenção de privilégios a uns poucos ocorreu após a Proclamação da República (1889). Naquele momento, havia um imaginário de implementação de novos ideais vislumbrados pela Revolução Francesa (1789-1799), mas que não se concretizou. Com a primeira república não veio a ampliação dos participantes na vida política do país, manteve-se a exclusão de vários atores sociais (CARVALHO, 2002).

E o que isso traz de relevante para o raciocínio aqui desenvolvido?

A análise da colocação das normas constitucionais realizada a partir do contexto histórico permite que o observador reconheça as influências que recaíram no processo legislativo da época e possibilita uma melhor compreensão do porquê e das razões do comportamento político e social que se seguiram.

No caso do Brasil, as marcas do eurocentrismo estabeleceram o que temos hoje de estrutura política, social e jurídica. A íntima relação de dominação desenvolvida ao longo dos

séculos vem ocorrendo de forma tão fluida que atualmente é difícil nomear se há uma identidade própria do país ou até mesmo se é possível transcender as marcas de inferioridade para construir uma estrutura autônoma fora das inscrições deixadas pela colonização.

A influência da Europa colonialista no direito brasileiro expressou uma falta de autonomia na colocação dos direitos nacionais que sinalizou até mesmo o porquê da ausência de igualdade entre nascidos no Brasil, visto que a ideia de igualdade foi definida por uma consciência estrangeira (VASCONCELOS, 2012).

Nesse sentido, tudo o que se tem hoje em termos de identidade de direitos, qualificação jurídica de institutos nacionais e exercício da cidadania/democracia, decorre de uma experiência muito específica do processo de nacionalização da sociedade pátria, que passou por experiências únicas que não podem ser justificadas à margem dessa dominação colonial.

O estudo desenvolvido pelo sociólogo Quijano (2005, p. 130) em *A Colonialidade do Saber* contribui para o raciocínio do que se fala nas linhas anteriores:

Aquilo que chamamos de moderno Estado-nação é uma experiência muito específica. Trata-se de uma sociedade nacionalizada e por isso politicamente organizada como um Estado-nação. Implica as instituições modernas de cidadania e democracia política. Ou seja, implica uma certa democracia, dado que cada processo conhecido de nacionalização da sociedade nos tempos modernos ocorreu somente através de uma relativa (ou seja, dentro dos limites do capitalismo) mas importante e real democratização do controle do trabalho, dos recursos produtivos e do controle da geração e gestão das instituições. Deste modo, a cidadania pode chegar a servir como igualdade legal, civil e política para pessoas socialmente desiguais.

[...]

o processo de homogeneização dos membros da sociedade imaginada de uma perspectiva eurocêntrica como característica e condição dos Estados-nação modernos, foi levado a cabo não somente no Brasil, mas em vários do cone sul latino-americano não por meio da descolonização das relações sociais e políticas entre os diversos componentes da população, mas pela eliminação massiva de alguns deles (índios, negros e mestiços). Ou seja, não por meio da democratização das relações sociais e políticas, mas pela exclusão de uma parte da população.

Dessa forma, ao se trabalhar com aspectos ligados à recepção de direitos em uma região colonizada, expõe para o observador uma ausência de linearidade cultural e uma diversidade de garantias, derivadas de experiências particulares, próprias de suas raízes coloniais, que carregam consigo a força do poder simbólico estabelecido nas diversas camadas da sociedade.

Nesse ponto, é importante deixar claro que o sentido adotado para designação de poder simbólico é o trabalhado por Bourdieu (1989, pp. 9-10), que parte da ideia de que a sociedade está submetida a um poder superior. Poder esse que coloca os indivíduos em um ambiente inato de crenças e regras próprias, naturalmente estabelecidas no seio da sociedade e são praticadas sem que possam reconhecer que está dentro de uma determinada configuração de poder pré-estruturada, com uma ocultação dos processos de dominação:

O poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica: o sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social) supõe aquilo que Durkheim chama o conformismo lógico, quer dizer, <<uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências>>. Durkheim – ou, depois dele, Radcliffe-Brown, que faz assentar a <<solidariedade social>> no facto de participar num sistema simbólico – tem o mérito de designar explicitamente a função social (no sentido do estruturo-funcionalismo) do simbolismo, autêntica função política que não se reduz à função de comunicação dos estruturalistas. Os símbolos são instrumentos por excelência da <<integração social>>: enquanto os instrumentos de conhecimento e de comunicação (c.f a análise durkheimiana da festa), eles tornam possível o consensus acerca do sentido social que contribui fundamentalmente para a reprodução da ordem social: a integração <<lógica>> é a condição da integração <<moral>>.

Em outras palavras, busca-se ressaltar que o exercício do invisível poder simbólico introduz naturalidade nas relações que ali são definidas e geram uma impressão de legitimidade ao poder que foi determinado que necessita para o seu rompimento uma ação de reconhecimento da existência desse poder oculto (BOURDIEU, 1989).

Porém, situação nada oculta foi a do regime ditatorial que o país enfrentou após 1937. Por quase 10 anos o poder militar exercido no Brasil deixou claro quais eram os interesses das forças ditatoriais e anticomunistas herdadas do pensamento Europeu que deflagrou uma mudança estrutural no país sem qualquer precedente na história nacional (VASCONCELOS, 2012).

Naquele momento, a cidadania até então alcançada com os direitos e garantias individuais e sociais passou a ser exercida com controle do poder executivo, com a roupagem da busca da paz política e social. Somente após a Constituição de 1946 começou-se a falar em um prenúncio da democracia, marcada por uma reviravolta política institucional, mas que não durou muito. A partir de 31 de março de 1964, veio a ocorrer o “ retrocesso ditatorial” , com a implementação de atos militares na vida política e social da nação, que em 1968 veio a se consolidar com o Ato Institucional n. 5 (*ibidem*).

Durante todo esse período de gerência estatal militar, o cidadão brasileiro foi entregue ao poder dos atos institucionais que reduziram ou até mesmo anularam os direitos individuais e o acesso ao Poder Judiciário. Somente após prolongado período de confrontos e debates entre as forças políticas chegou-se ao texto da Constituição Federal de 1988, com as garantias e direitos individuais colocados como cláusulas fundamentais e proteção pétrea em favor dos cidadãos.

Nesse tópico, Vasconcelos (2012, p. 253) discorre sobre o conteúdo da Constituição democrática e aborda que ali ainda não havia uma “unidade estrutural”, carregando uma miscigenação de referências estrangeiras, fator esse que talvez tenha ensejado os diversos textos de emenda que se seguiram após sua promulgação. E assim afirma:

Com perceptíveis influências das constituições norte-americana, francesa, portuguesa, italiana, alemã, uruguaia, espanhola e de países socialistas; sua principal referência interna foi o trabalho da comissão provisória de estudos constitucionais (Comissão Afonso Arinos ou Comissão dos Notáveis) instituída pelo Decreto n.91.450, de 18 de julho de 1985, que se dividiu em dez comitês temáticos e examinou aproximadamente 10 mil sugestões.

[...]

Esta indefinição constitucional não propiciou uma imediata eficácia do texto da Constituição, sempre dependente de copiosa e dificultosa legislação regulamentar, bem assim de reparos normativos pela via de dezenas de emendas após sua edição em 1988.

De tudo isso que foi colocado chegou-se a uma formatação que expressa uma cidadania formal amparada primariamente na Carta Constitucional de 1988, assim descrita:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. (BRASIL, 1988)

Dessa exposição, o que se vê acima é uma designação objetiva que o Brasil ampara e protege o exercício da cidadania, mas ali não está descrito quais são as situações e conexões imediatas que implementam esse direito. A construção sobre a forma que se exerce a cidadania vem logo depois, pelo trabalho de análise contextualizada das disposições que se seguem e com o auxílio da doutrina.

Assim, voltando para a análise da ideologia da cidadania e do subsequente acesso à justiça, vê-se que o percurso histórico da cidadania, em especial no Brasil, exige que se leve em consideração os aspectos interventivos que o poder simbólico exerceu, e ainda exerce, sobre as estruturas da sociedade. Isso porque a relação dialética entre o ambiente social e o discurso do agente decisório (juiz/governante) é o que poderá moldar o que veio a ser concebido e instituído pela Carta Constitucional.

1.2 Exercício da cidadania

Conforme se pode colher das linhas anteriores, a compreensão do escopo da cidadania como um conjunto de direitos e deveres a serem exercidos pelos indivíduos passa inicialmente pela necessidade de refletir sobre a interseção das ações do homem social com a estrutura de Estado que está instituída.

Para tanto, a clássica teoria tridimensional de Reale (2017) aparece como suporte para o estudo que se propõe por dispor que a consecução do direito em si possui três aspectos básicos que precisam ser reconhecidos e identificados, são eles: um normativo; um fático – relacionado à efetividade social e histórica; e um axiológico, enquanto valor de justiça.

Tais suportes passaram por algumas reconfigurações que atualmente podem ser visualizadas da seguinte forma:

- a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;
- b) tais fatos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta;
- c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram. (REALE, 2017, p. 65)

Conforme se vê, Reale (2017, p. 65) indica que a correta compreensão do direito “somente pode ser atingida graças à correlação unitária e dinâmica das três apontadas

dimensões da experiência jurídica, que se confunde com a história mesma do homem na sua perene forma de harmonizar o que é com o que deve ser”.

Nessa ordem de ideias, o exame sobre o exercício da cidadania e seus consectários legais não surge como uma tarefa simples ao observador do direito. Sua verificação passa por dificuldades fáticas, teóricas e ontológicas, que, quando superadas, é possível torná-la perceptível com alcance para representação social.

O jurista Passos (1993) ao discorrer sobre a ideia de cidadania tutelada também provoca a reflexão sobre o assunto e ali fala sobre a necessidade dos sujeitos de direito reconhecerem seu papel no contexto da sociedade. O professor coloca que o exercício da cidadania está relacionado ao reconhecimento da posição que se encontram os atores sociais.

O indivíduo, sendo receptor do direito instituído, somente terá o seu pleno exercício se e quando compreender que faz parte de um corpo social (elemento fático) e que possui um papel dentro daquele ambiente (elemento axiológico).

Para tanto, destaca-se:

A sociedade só existe quando os indivíduos têm consciência dela, ao tempo em que a consciência individual é socialmente determinada. Assim, no particular das instituições e dos papéis, podemos dizer que a ordem institucional é real apenas na medida em que é realizada pelos indivíduos (papéis) e que, por outro lado, os papéis são representativos de uma ordem institucional que define seu caráter (incluindo seus apêndices de conhecimento) e do qual deriva o sentido objetivo que possui.

Falar-se de instituição sem que existam atores sociais adequado, é uma falácia, como falácia é mencionarmos atores sociais quando faltam sujeitos capazes de vivificar os respectivos papéis na conduta humana real.

Consequentemente, não é o dizer sobre as instituições, nem o formalizá-las normativamente e em termos de linguagem o que é capaz de efetivamente produzi-las, sim a real existência de atores sociais, desempenhando os papéis que são ser, realidade, existência (que representam) a instituição. (PASSOS, 1993, p. 126)

Se por um lado é importante enxergar a posição do sujeito no contexto social, é igualmente relevante ter ciência que o contexto social pode ser um fator impeditivo ao exercício pleno da cidadania. O desenho institucional pode vir com um arranjo estrutural que mascare a aplicação dos instrumentos jurídicos com a cautela do próprio direito. Essa realidade é o que Passos (1993) chama de cidadania tutelada.

Por tutela jurídica tem-se uma primeira impressão que há algo ou alguém que demanda proteção jurídica. Da dicção do dicionário jurídico, tutela jurídica significa “atividade

jurisdicional de regulação das relações dos indivíduos de uma sociedade, exercida pelo Estado, a fim de defender os direitos que não podem ser defendidos individualmente por eles”⁸

Dessa forma, se tutela remete à salvaguarda de direitos, então cidadania tutelada seria algo próximo ao exercício do direito fundamental protegido pelo próprio direito. Lendo assim parece ser algo confuso ou no mínimo prolixo. Afirmar que um direito necessita de um outro direito para que possa ser exercido não parece ser a pretensão do legislador originário. Mas, se observamos que o direito é apresentado por um Poder instituído que o proclama por sujeitos que detêm domínio do poder econômico e ideológico, a ideia acima parece fazer sentido.

O discurso de Passos (1993) caminha para essa ponderação e nele se vê uma preocupação com ambientes sociais onde a ordem social é bem instituída, pois nesse modelo é mais fácil encontrar a máscara do exercício da cidadania.

A relação de poder e força consegue explicar o porquê dessa preocupação. Onde se tem igualdade material e intelectual, só a força domina, mas onde se tem desequilíbrio na estrutura econômica e intelectual o vínculo de dependência prepondera e o poder institui a verdade ideológica que pretende.

Assim, diante de uma ordem social bem estruturada, mas com assimetria na relação de poder é possível, até bem provável, que as instituições possam operar com os instrumentos jurídicos constituídos de acordo com o poder ideológico que exercem. Assim, é possível afirmar que o mesmo sistema jurídico que dá ensejo ao êxito da garantia é também o que pode evitar sua concretização:

[...] Os juristas são os mais tentados a esse tipo de exercício alienante, quando começamos a trabalhar conceitos dogmáticos, processos hermenêuticos e princípios fundamentais despercebidos de que sujeitos de direito, interpretação extensiva e boa-fé, cidadãos, autonomia privada e quejandos transitam sobre a realidade como linhas paralelas, sem nunca se encontrarem, salvo se delas fizermos o espelho que reproduz, sem deformações descaracterizadoras, a realidade que neles se contemple. (PASSOS, 1993, p. 4)

Em sentido complementar, Maccormick (2008, p. 9) contribui para conclusão do raciocínio até aqui desenvolvido quando afirma que “o direito não é somente a vontade dos poderosos. O direito é capaz de expressar a vontade racional de toda sociedade”, uma vez que

⁸ Dicionário Jurídico online – disponível em <https://dicionariodireito.com.br/tutela-juridica>. Acesso em: 20.fev. de 2022.

ele é representado pela imposição da ordem emanada pelo Estado e o sustenta com o uso da argumentação prática coletiva.

Nessa diretriz, a linha tênue entre poder de autoridade e poder com arbitrariedade provoca o interesse em compreender melhor os ciclos na ordem social que ensejam as projeções da prática jurídica. E o estudo sobre as fontes do direito constitui um pano de fundo apropriado para analisar as diversas formas de experiências jurídicas que podem ser vivenciadas nos modelos jurídicos existentes.

Sobre fontes é preciso inicialmente desmistificar a noção superficial de que é a partir da junção de suas espécies que há representação de um tipo de sistema jurídico. Isso não diz muita coisa. O que precisa ser observado como pressuposto inicial na relação modelo jurídico/fontes do direito é que o desenvolvimento das fontes se dá a partir do contexto histórico da sociedade e isso permite a construção e evolução do modelo(s) jurídico(s), como bem indica Reale (2017, p. 185):

Os modelos jurídicos correspondem antes às modelagens práticas da experiência, e a formas do viver concreto dos homens, podendo ser vistos como *estruturas normativas de fatos segundo valores, instauradas pelas fontes de direito em virtude de um ato concomitantemente de escolha e prescrição.*

Segundo as lições de Reale (2017), há dois modelos básicos que concebem as estruturas das fontes do direito e eles representam, ainda que simbolicamente, o curso das medidas que serão determinadas pelas autoridades estatais, são eles: modelo teórico e o modelo jurídico que se diferenciam pelo grau de obrigatoriedade e predeterminação das consequências se houver descumprimento ou violação.

Nesse sentido, Reale (2017, pp. 184-185) discorre:

[...] há duas espécies de modos de Direito: uns são de caráter puramente teórico (modelo dogmático); outros, os modelos jurídicos (strito senso), além de resultarem também de uma elaboração doutrinária, muito embora pressuponham uma elaboração doutrinária, constituem a principal modalidade do conteúdo das fontes de direito.

O que distingue, em suma, os modelos doutrinários, ou dogmáticos, dos modelos jurídicos, prescritivos, é que aqueles não são obrigatórios, enquanto que nestes existe a previsão ou a prefiguração de uma “ordem de competências”, ou então, de uma ‘ordem de conduta’, estando sempre predeterminadas as consequências que advêm de seu adimplemento, ou de sua violação.

Observo, desde logo, que um modelo jurídico pode ser expresso por uma única regra de direito, ou por um conjunto de regras interligadas, conforme a amplitude da matéria: em ambos os casos, porém, há sempre uma unidade de fins a serem atingidos, em virtude da decisão tomada pelo emanador do modelo através da respectiva fonte.

Desse modo, o que Reale (2017) nos ensina é que as fontes são o resultado da ordenação desenvolvida nas relações sociais, orientadas pelas nuances de obrigatoriedade e sanção garantida pela regra.

Entretanto, essa dualidade de modelos jurídicos não é suficiente para se amparar a percepção sobre ciclos na ordem social. Também é importante considerar que há nuances na prática sócio-jurídica que ensejam reflexão sobre a radical dicotomia entre fontes formais e materiais como indicativos unitários a um modelo de sistema jurídico.

Nesse ponto, importa considerar a colocação do jurista e professor Tércio Sampaio que ao trabalhar sobre as fontes do direito desenvolve seu estudo ponderando que há grande risco de engessamento estrutural se concluirmos que um modelo é formado tão somente por uma categoria de fontes. Essa lógica trará uma “insuportável dualidade, posto que 'no princípio era dado e construído', mas que não formam necessariamente uma unidade” (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 191).

O raciocínio do professor se estrutura no sentido de que o debate sobre as fontes do direito não se limita a sua formação, ali também estão intrínsecas questões sobre a legitimação e justificação de cada uma delas, que ampliam o espectro da identificação do modelo instituído. A título de exemplo, o professor Tércio Sampaio coloca que uma lei embora tida como fonte formal, quando da sua exteriorização pode não representar o valor do alcance que se pretendia com ela e dessa forma apresentar-se contrária “ao espírito do povo, etc” (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 191). Assim, é com essa crítica que seguiremos as linhas posteriores.

1.3 Falhas na implementação da cidadania

Levando em consideração as linhas críticas do professor e antropólogo Damatta (1997), a concepção da cidadania está relacionada ao sentimento de pertencimento e apropriação de um acervo de direitos e deveres que são implementados pela prática social perante uma nação. Essa prática que, por sua vez, só é possível exercê-la se houver permissão legitimada por aqueles que a instituiu:

Mas se a noção da cidadania (e do individualismo que ela contém) é estudada criticamente e deixa de ser encarada como algo natural e presente onde quer que exista sociedade e seres humanos, então, tudo pode mudar. Realmente, como cidadão eu pertenço a um espaço eminentemente público e defino o meu ser em termos de um conjunto de direitos e deveres para com outra entidade

também universal chamada "nação". Minha participação nesta entidade, aliás, é concebida como estando fundada num consentimento, de tal modo que o governo da nação é parte desse consentimento do qual ele próprio deriva sua fonte fundamental de legitimidade (Cf. Lukes, 1973:39). Isso significa que são os indivíduos (= cidadão) que permitem a formação da autoridade pública pela representação concedida e livre de seus interesses. (DAMATTA, 1997, p. 47)

Na mesma linha, Passos (1993) também aponta que o escopo da cidadania, em um sentido mais restrito, está associado à ideia de nacionalidade, que atribui ao sujeito de direitos uma relação vinculada ao Estado que ela pertence. Tais perspectivas possibilitam enxergar que o movimento do direito exercido pelos indivíduos em um determinado território está atrelado ao comportamento social, regulado e dirigido por um poder estatal.

De uma forma ou de outra, é possível afirmar que para se analisar o exercício da cidadania e suas conexões com outros institutos de direito é necessário que se leve em consideração o ambiente social da época que se pretende discorrer. Dessa forma, colocamos como ponto referencial para o presente estudo o contexto sócio-jurídico da segunda metade do século XIX em diante.

A partir desse período, as dimensões sociais sofreram alterações no comportamento dos indivíduos implementando agora a ideia de que a ordem estatal estaria lastreada no império da lei, obediência ao contrato e respeito à vontade firmada pelas partes (FERRAZ JÚNIOR, 2011).

O Poder instituído na sociedade passou a ser visto e exercido pelas “instituições, procedimentos, dispositivos de segurança, que fazem surgir uma série de aparelhos, os aparelhos de Estado, de produção econômica e controle social” (REALE, 2017, p. 193).

Nesse cenário, o paradigma constitucional do pós-guerra trouxe consigo um trabalho de emancipação do *status* jurídico da cidadania que veio se aperfeiçoando ao longo do tempo e hoje possui recursos instrumentais capazes de oferecer raciocínio crítico sob a forma de se exercitar e reconhecer as falhas que o sistema ainda possui para sua implementação efetiva.

Nessa linha, a teoria das fontes se apresenta como instrumento essencial para auxiliar na compreensão de como se dá a regulação do comportamento dos sujeitos de direitos diante das normas postas, inclusive suas alterações, uma vez que o direito que orienta as relações sociais se desenvolve no mesmo enquadramento das estruturas sociais de sua época (*ibidem*).

Ou seja, é a partir das teorias das fontes que “torna-se possível regular o aparecimento contínuo e plural de normas de comportamento sem perder de vista a segurança e a certeza das relações” (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 193). Isso porque elas possibilitam a organização coerente da função do Estado, exposição de seus atos, dos responsáveis pela produção das normas, para o corpo social.

Expondo dessa forma parece ser algo simples de se visualizar, mas diante da complexa formação das normas jurídicas é preciso ter em mente que a designação de fonte de direito pode possuir duas faces: tanto servir para entrada de norma em sentido *strito* quanto para compor espaços vazios que demandam interpretação e valoração de cláusulas gerais, necessárias para construir uniformidade e coerência no corpo jurídico (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 212).⁹

No caso do Brasil, assumidamente adota-se um sistema jurídico em que a lei aparece como critério imperativo para surgimento do direito, sistema *civil law* e nesse modelo, a norma legal vem como base estrutural para avaliação das condutas dos indivíduos, se de acordo ou desacordo com o regramento de direito (MANCUSO, 2019). Nesse ponto, o jurista brasileiro Rodolfo de Camargo Mancuso corrobora com essa visão assinalando que mesmo nas situações em que não existe norma exata para conduzir o comportamento dos sujeitos o preenchimento das lacunas que surgirem se dará de uma forma que a lei será capaz de preencher:

[...] a norma legal é o paradigma fundamental para aferição das condutas comissivas e omissivas, e assim se passa entre nós (CF, art. 5º. e inciso II): a lei é a referência valorativa das condutas comissivas e omissivas. De observar-se que mesmo os vazios da legislação são preenchidos pelos meios - ditos integração - que o próprio direito credencia (equidade, analogia, costumes, princípios gerais, regras da experiência comum: art. 5º da Lei 12.376/2010- Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, red denominação da antiga Lei de Introdução ao Código Civil (1942); CPC, § único do art. 140; art. 375; CTN, art. 108. Ao fim e ao cabo, tudo acaba, pois, por refluir à própria norma legal, sob a égide da presunção de completude ou plenitude da ordem jurídica. (MANCUSO, 2019, p. 54)

Com isso, reafirma-se a ideia de que a relação de fontes do direito com o sistema sócio-jurídico do país se apresenta como algo mais complexo do que uma simples complementaridade para dar sentido às leis. E, quando se observa o acervo histórico

⁹ Nesse ponto, o professor Ferraz Júnior (2011, p. 212) contribui para o trabalho ao dispor sobre as “fontes negociais e razão jurídica” porque ele demonstra que, apesar da doutrina e jurisprudência não aparecerem com fonte em sentido *strito*, ela é responsável pelo aparecimento de standards jurídicos, que “são fórmulas valorativas que uniformizam a interpretação” de conceitos como mulher honesta, justa causa, trabalho noturno.

demonstrado linhas atrás, percebe-se que o país passou por períodos de instabilidade jurídica que se acredita ter sido um fator relevante para manter a lei em posição de superioridade sobre qualquer outra fonte do direito (CARVALHO, 2002).

De fato, há um percurso histórico que explica a coerência de sobrepor a lei às demais fontes do direito, mas atualmente, será que isso ainda faz sentido?

Acredita-se que a resposta é positiva. Isso porque o país volta a passar por um período de instabilidade política e se não for assumida a ideia de que o sistema deve obediência a leis já prescritas (ordem constitucional), assim como que as demais fontes devem harmonizar com elas, corre-se o risco de uma manipulação em desfavor da sociedade,¹⁰ na medida em que as leis prescritas constituem fundamento suficiente para a ordenação dos interesses do macropoder, como sempre foi.

Desse modo, provoca-se a necessidade de refletir sobre como os atores sociais podem agir para proteger o acervo de direitos e garantias já instituídos pela democracia normatizada.

Contudo, desse mote há um outro problema: a precariedade na difusão dos direitos civis entre os mais vulneráveis sociais, assim como o baixo grau de frequência de uso do Judiciário para resolver seus conflitos. Tais elementos são pontos que compõem o espaço para se debater como o modelo jurídico instituído se relaciona com as possíveis falhas na cidadania do Brasil.¹¹

¹⁰ Notícia publicada em junho de 2022 corrobora a afirmação de os poderes estão em queda de braço para fazer valer a transparência e segurança do processo eleitoral. Disponível em <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Junho/moraes-garante-a-realizacao-das-eleicoes-2022-com-seguranca-transparencia-e-respeito-a-vontade-popular>. Acesso em junho de 2022.

¹¹ Foi realizada pesquisa nesse sentido no ano de 2016, podendo ser encontrada no *site* <https://www.scielo.br/j/op/a/Y8GkvzkybwRfrcM7frFtqg/?lang=pt&format=pdf>, acesso em abril de 2022. Pesquisa correlata mais recente, 2021, foi realizada pela Associação Paulista Magistrados que buscou fazer um levantamento da imagem da justiça de São Paulo e ali possui dados relacionados a credibilidade do usuário perante as instituições de justiça do Estado de São Paulo. https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2021/05/RELATO%CC%81RIO-JUSBaro%CC%82metroSP_1%C2%AAEd_ABR_2021.pdf, acesso em abril de 2022.

2. O CIDADÃO E O PODER JUDICIÁRIO

A relação entre cidadão e o Poder Judiciário normalmente vem associada a um discurso negativo que envolve conflitos entre sujeitos de direito. A imagem do Judiciário não é exibida com intuito de demonstrar que ele faz parte de um corpo integrante de um sistema de justiça maior que pode agregar valor no controle e na manutenção de uma paz social democrática.

A constatação que aqui se coloca decorre de uma íntima percepção sobre o tema que foi construída a partir do que tem sido apresentado pelos canais de mídias sociais e da pouca divulgação de literatura em sentido contrário.

O jurista e filósofo português Santos (2007), ao dedicar seu discurso sobre uma verdadeira revolução democrática, apresenta sua percepção sobre o assunto que corrobora o sentido negativo dado ao Poder Judiciário e apresenta uma das causas que pode influenciar nessa percepção. Ele coloca que, embora os tribunais sejam órgãos que integram apenas um dos poderes estatais, o seu exercício não é individual. É preciso que atue em conjunto com outros órgãos.

Agir como um corpo isolado pode impedir de exercer sua finalidade social. E, segundo o autor, parece ser essa a impressão transmitida para sociedade, visto que tem se mostrado vulnerável para a população, inclusive, diante dos meios de comunicação social. Exemplificando seu raciocínio, o jurista fala da forma que se expõem os julgamentos, a mídia tem em suas mãos o poder de distorcer o debate jurídico envolvido na causa, e isso pede uma mudança de postura do Poder Judiciário:

Os tribunais sempre foram o órgão de soberania mais débil, por duas razões principais: porque sempre careceram de cooperação dos outros órgãos de soberania para fazer executar as suas sentenças e porque sempre dispensaram a obtenção de meios eficazes de comunicação com o público. Daqui decorre daí a nova vulnerabilidade e a nova dependência dos tribunais ante a comunicação social. Por um lado, esta granjeia para os tribunais uma nova capacidade para executar autonomamente as suas sentenças. Trata-se de uma execução simbólica que permite criar a imagem do réu preso, de facto, um réu em liberdade preso a um discurso mediático de prisão merecida. Por outro lado, destrói a comunicação simbólica dos tribunais com o público, substituindo-a por uma comunicação pretensamente descritiva e próxima, desprovida de nuances, interessada no que se passou, por culpa de quem. Isto significa que, embora se recomende a melhoria da comunicação autônoma dos tribunais com o público, é bem possível que a socialização mediática dos cidadãos faça com que estes não consigam reconhecer essa comunicação e continuem a reclamar uma outra, a dos meios de comunicação social. Ou seja, o risco da mediatização da justiça é uma justiça incomunicável nos seus próprios termos. (SANTOS, 2007, p. 85)

Ou seja, segundo o entendimento acima, o magistrado não legitima sozinho os corolários da função jurisdicional, ele necessita de uma rede de sustentação para que seja reconhecida sua excelência. Ainda segundo a visão do professor, o trabalho das mídias sociais aparece como algo relevante para alcançar a democratização da administração da justiça. Isso porque elas podem possibilitar a expansão dos debates levados ao sistema de justiça e com isso atingir camadas sociais de todas as categorias, inclusive àquelas que estão distantes dos conflitos levados pelas elites do país, conforme se observa:

Numa sociedade info-democrática, a administração da justiça será tanto mais legitimada pelos cidadãos quanto mais conhecida e reconhecida for por eles. Os tribunais e a comunicação social são essenciais para o aprofundamento da democracia, pelo que é fundamental estabelecer formas de coabitação no mesmo espaço social. Tal aproximação poderá fomentar programas de cunho pedagógico, debates sobre temas jurídicos importantes para a sociedade e diálogos entre os órgãos da justiça e os vários actores sociais. (SANTOS, 2007, p. 86)

Mas questiona-se: será que a má percepção sobre o Poder Judiciário se limita à culpa atribuída à comunicação social?

Acredita-se que não. Mas concorda-se que a interferência cultural das mídias sociais é muito relevante, principalmente em um país no qual se permite ter a sensação de que há pouco letramento cultural em torno do que vem a ser ou compor o sistema de justiça.

Comumente, ao se falar sobre sistema de justiça, sua designação vem limitada ao viés do termo “Poder Judiciário, que não representa a real estrutura dos órgãos, sujeitos que compõem e auxiliam o funcionamento do aparelho estatal” (SADEK, 2010).

Tal equívoco, comum na população, acaba por excluir as demais instituições que integram o sistema de justiça, mas não só elas, também, os atores públicos e privados que a Constituição Federal classifica como “Funções Essenciais à Justiça” (arts. 127 a 135). Ali, estão inseridos o promotor (Ministério Público), o advogado (defensor privado), a advocacia pública (procuradorias federais como um todo), os defensores públicos, além dos delegados, que contribuem para a defesa do Estado e das instituições democráticas de direito (§ 4º do art. 144).

O desempenho das atividades que envolvem o sistema de justiça normalmente passa pela atuação de ao menos um dos agentes indicados pela Carta Constitucional, principalmente

quando se remete ao percurso da ação judicial. Nesse sentido, a partir do acontecimento do fato jurídico até o resultado definitivo da demanda, será necessária a contribuição de vários dos agentes indicados acima.

Nessa linha, é possível perceber que se a população desconhece o que é um sistema de justiça, não será possível que ela identifique o papel dos agentes que a compõem e sua relação com um todo. Ou seja, para se compreender o resultado final de uma questão jurídica¹² é preciso, preliminarmente, saber quem são os atores do sistema e as funções que eles exercem.

Mas, como bem leciona a pesquisadora e cientista social Sadek (2010, p. 16), “o complexo sistema judicial é bastante desconhecido da população”, e o mais intrigante dessa constatação é que não há uma correlação direta entre grau de escolaridade e discernimento, sendo uma questão muito mais política do que estrutural, conforme se observa nas seguintes passagens:

O público, em geral, desconhece não apenas o seu funcionamento como também é incapaz de distinguir os papéis e as funções de cada um de seus agentes. Pode-se afirmar que o grau de desconhecimento é universal, não havendo correlação positiva entre escolaridade e conhecimento. Ou seja, mesmo pessoas com grau universitário não possuem conhecimentos mínimos sobre o sistema de justiça e seus diferentes operadores. (SADEK, 2010, p. 17)

[...]

Finalizando este relato, apontaríamos que as enormes carências na prestação jurisdicional dificilmente serão resolvidas apenas com alterações na estrutura do sistema de justiça, muito embora estas sejam imprescindíveis para tornar a justiça mais acessível, rápida e eficiente. [...] De fato, observamos durante todas as visitas realizadas às comarcas que diferenças no desempenho de juízes, promotores, delegados, advogados provocam apreciáveis diferenças nas avaliações que a população faz sobre a justiça. (SADEK, 2010, pp. 31-32)

Tal apuração é um tanto radical e remonta a estudos datados da década de 90, de modo que se mostra delicado assumi-la ainda hoje como uma verdade inquestionável. No entanto, ao mesmo tempo, é importante considerá-la para fins de reflexão sob o ponto de vista prático, na medida em que ela ainda pode refletir em mais um obstáculo para alcançar a expectativa de se ter melhoras no cenário jurídico-social do acesso à justiça.

Nesse sentido, é na variável proximidade dos agentes de justiça *versus* conhecimento das funções pela população que inicialmente se analisarão os fundamentos que ensejam os possíveis defeitos na efetividade da cidadania.

¹² Utilizou-se o termo questão jurídica para não limitar o uso do sistema de justiça às situações litigiosas.

Na pesquisa de Sadek (2010), essa relação veio configurada levando em consideração o tamanho da comarca *versus* grau de conhecimento das funções dos atores da justiça. A pesquisadora apresentou um resultado interessante nesse ponto, no sentido de que é nas menores comarcas que se tem uma identificação mais clara das responsabilidades do juiz, do promotor e do delegado.

Acredita-se que nessas regiões é mais fácil distinguir os papéis desses agentes porque eles participam com mais proximidade do cotidiano dos cidadãos. E, embora isso demonstre uma possibilidade de mais humanização no desempenho das funções jurídicas, não há uma certeza de que ali se tenha um exercício pleno da cidadania, com o corolário no acesso à justiça (*ibidem*).

Isso porque a atividade jurídica que envolve toda instrução processual, com coleta de provas, oitiva das partes, testemunhas, decisões liminares etc. é realizada sob o comando e a direção do juiz de direito que estabelece um comum distanciamento da sociedade, mesmo nas menores comarcas.

A afirmação que se coloca por ora não é considerada uma escolha voluntária do magistrado, ao contrário, a própria estrutura organizacional do Poder Judiciário é estabelecida em um formato que gera uma fria separação até mesmo entre aqueles que compõem as cúpulas da hierarquia judiciária. Essa realidade acaba por auxiliar no fortalecimento de um distinto *status* que mantém um afastamento em relação às organizações sociais.

No mesmo sentido, Santos (2007) aponta que a própria organização judiciária é estruturada como uma forma piramidal que acaba por preservar a hierarquia profissional e manter o isolamento social da função judicante, conforme se observa na passagem:

A organização judicial estruturada em forma piramidal controlada no vértice por um pequeno grupo de juízes de alto escalão, onde o prestígio e a influência social do juiz dependem de sua posição na hierarquia profissional, acaba perpetuando o ethos profissional dominante e fortalece o espírito corporativista, o que, na prática, contribui para um isolamento social do judiciário, fechando-o enquanto a sociedade em que se assenta vai se diversificando e torna-se cada vez mais plural. (SANTOS, 2007, p. 79)

Dessa forma, as conclusões trazidas por Sadek (2010) e Santos (2007) contribuem com a reflexão sobre a relação do cidadão com o Poder Judiciário por apresentar desfechos sobre uma interessante realidade no sistema brasileiro. Mas, é importante pontuar que não é pretensão da presente pesquisa encontrar uma solução pronta para difundir as funções dos agentes do sistema de justiça, apenas destacar que o cenário apresentado acima pode ampliar a

análise sobre como o modelo jurídico instituído se relaciona com as possíveis falhas na cidadania do Brasil.

2.1 O cidadão e o juiz: relação participativa ativa do cidadão diante da atividade do magistrado singular

O modelo jurídico instituído pela Carta de 1988 apresentou o princípio do acesso à justiça com uma dimensão democrática e colocou no Poder Judiciário a grande responsabilidade de conferir solução às questões jurídicas levada ao seu campo de atuação, independentemente do tipo de causa e de quem a apresenta. Essa situação elevou o foco de atenção para os magistrados e ressaltou o olhar para o movimento social que envolve a relação entre cidadão e o juiz.

Mas, antes de observar como tem sido estabelecida a conexão acima e seus efeitos, é importante considerar qual é a base da denominada democracia participativa a partir de 1988.

No cenário político e institucional do período pós-ditadura, as instituições estatais estavam marcadas pelo objetivo de recuperar os direitos e liberdades tomados pelo antigo regime e fortalecer o Estado democrático com exercício pleno de suas funções. Esse intuito vinha expressado com uma fala de se ter interesse em manter um diálogo entre o exercício das garantias constitucionais e a manutenção dos interesses econômicos e políticos do país, que agora funcionavam sob a vigilância de um sistema de fiscalização interna (controle interno) e externa (Tribunais de Contas e Ministério Público), à luz do sistema de “freios e contrapesos” (DIDIER JUNIOR, BRAGA, 2016; VASCONCELOS, 2012).

Então, em tempos de configuração de um Estado novo, a autonomia dos órgãos estatais passou a ser expressa sob as condicionantes de um controle formalizado e simbolizada pelo princípio do acesso à justiça em favor dos cidadãos (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88). Essa realidade institucional veio com uma roupagem conceitual de permitir que interesses privados resguardados pelo ordenamento jurídico pudessem ser realizados pelo poder público, mediante o uso de sua força coercitiva, haja vista a expansão da concepção da cidadania, como ocorrem, por exemplo, com as execuções forçadas (VASCONCELOS, 2012).

Desse modo, o período histórico brasileiro pós 1988 inaugurou o que a doutrina denomina de democracia participativa, um espaço de diálogo entre interesses públicos e privados, mediante o qual a Constituição possibilitou que os cidadãos participassem ativamente

das três funções estatais (legislativa, executiva e judiciária), permitindo, assim, que os sujeitos pudessem pedir proteção de seus direitos diante de sua ameaça ou violação.¹³

Contudo, um dos grandes desafios que se mostrou logo no início da nova democracia foi a tentativa de equilibrar o cumprimento da ideologia constitucional participativa frente à manutenção do controle do poder econômico nas mãos de alguns poucos (DIDIER JUNIOR, BRAGA, 2016; VASCONCELOS, 2012).

As lições de Passos vêm, então, iniciar o debate sobre a percepção do diagnóstico acima, sob o ponto de vista que a relação entre juiz e cidadão não se limita a uma boa ou má atuação do Judiciário. Ela decorre, antes de tudo, do fracasso das instituições sociais, visto que quando se tem um sistema que desloca para o Judiciário a resolução de todos os conflitos sociais não se pode atribuir ao Judiciário ou a quem o representa a responsabilidade de todas as falhas do equilíbrio socioeconômico que se projetava na democracia participativa (DIDIER JUNIOR, BRAGA, 2016).

Assim, o professor leciona que o raciocínio que se deseja para os espectadores do sistema é de ponderação. Ponderação essa quanto à sensível responsabilização dos magistrados, porque ele é um servidor essencial e qualificado, que carrega consigo um ônus social de aplicar a lei sob os limites da inércia, das provas dos autos e da imparcialidade, para ao final garantir um resultado com segurança. Conforme se percebe pelas transcrições a seguir:

Quando se exigem muitos juízes, muitos tribunais, muitos advogados privados ou públicos e há milhões de processos em curso, isso é sinal evidente de que socialmente este país está de mal a pior. E a doença que o direito cuida chamam-na inadequadamente de injustiça, mas devia ser mais bem qualificada como falência das instituições sociais, como doença do corpo é falência de nossos órgãos e dos sistemas em que eles se inserem. (DIDIER JUNIOR, BRAGA, 2016, p. 32)

[...]

O ordenamento jurídico é um texto em bruto, produzido sob a pressão dos fatos políticos, econômicos etc e é esse texto bruto que deve ser submetido ao refinamento e reelaboração pela ciência do direito, gerando-se um novo texto que reflete o primeiro e ao mesmo tempo o completa. Esta é a tarefa da dogmática, e o produto de seu labor é a ideia de sistema jurídico, um esforço no sentido de emprestar coerência, consistência e previsibilidade ao que, no seu estado bruto, sempre esteve distanciado dessas preocupações. Neste nível se identificam as instituições e as normas jurídicas e as ações concretas que estruturam o sistema jurídico. (DIDIER JUNIOR, BRAGA, 2016, p. 36)

[...]

¹³ No âmbito jurídico, protegeu-se com cláusula máxima o uso do *habeas corpus* (art. 5º, inciso LXVIII), *habeas data* (art. 5º, inciso LXXII) e mandado de segurança (art. 5º, inciso LXIX). No âmbito administrativo, por exemplo, surgiu a garantia de direito à informação (art. 5º, inciso XXXVIII) e o direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV); e no legislativo, permitir propositura de leis complementares e ordinárias por meio de iniciativa popular (art. 14, III, c/c o art. 61, § 2º, da Constituição Federal de 1988), entre outras.

Concluindo. Se fui fiel no desenvolver as premissas, a conclusão a que chego é a de que o magistrado, numa democracia, nem é o deus que alguns ingenuamente pensam que são, nem monarcas soberbos ou semideuses que olham de cima para baixo, com desprezo ou piedade, o restante dos mortais. Nem os senhores absolutos, que muitos desejam ser, mas um servidor indispensável e qualificado a quem se defere a delicada, difícil e desafiadora função de garantir um máximo de segurança para os integrantes do grupo social no avaliarem as consequências dos conflitos em que se envolverem, buscando sempre e incansavelmente lograr o máximo de coerência entre as expectativas que o direito positivo colocou para os que interagem na sociedade e as soluções que lhes darão, quando fracassarem as instituições sociais nessa tarefa.

Costumo afirmar que nada é mais significativo para diagnosticar o grau de saúde política de um povo do que fazer uma análise realística do papel que nela desempenha a magistratura. E só este fato de ser o magistrado o referencial básico para isso já diz tudo sobre a importância do Judiciário, mas por igual sobre sua imensa responsabilidade. Daí não podermos nem devermos ser injustos ou displicentes no julgar aqueles que nos julgam. (DIDIER JUNIOR, BRAGA, 2016, p. 38)

Nessa linha, o princípio da imparcialidade entra na análise do trabalho como um suporte para refletir sobre o controle da eficiência do acesso à justiça e seus consectários constitucionais. E sobre ele, a primeira compreensão que precisa ser esclarecida é a de que a imparcialidade desejada ao magistrado não significa que ele tenha que agir com uma neutralidade estéril às suas pré compreensões, preconceitos, fraquezas morais e intelectuais. Ao contrário, é preciso que ele se utilize delas para se manter atento às minúcias da demanda e evitar que condutas ocultas possam influenciar em seu resultado, como ressaltam Didier Junior & Braga (2016).

Também é relevante considerar que a incidência da imparcialidade processual não significa que o magistrado tenha que se colocar em uma posição de superioridade e distante das partes. Embora sua designação retrate a ideia de que internamente ele tenha a necessidade encontrar-se “entre as partes e acima delas”, essa posição se volta apenas à observação e gestão dos atos processuais.

Então, partindo da concepção que o magistrado faz parte da relação processual instituída, com poderes e obrigações definidas em lei, tem-se a essência do que está imbuído no desempenho de suas funções. Contudo, essa compreensão não parece ter sido retratada ao se construir as instalações do Poder Judiciário.

Em uma interessante análise sobre essa questão, Sadek (2010) destaca que mesmo nas comarcas de menor extensão, onde se tem uma natural proximidade dos agentes do sistema de justiça com a população, o fórum e o sujeito de direito que o representa, o juiz, possuem

estruturalmente um distanciamento com o jurisdicionado sob a justificativa da necessária imparcialidade:

Nestas comarcas de menor tamanho, o fórum, como dissemos, distingue-se por ser um dos prédios públicos de melhor qualidade. Este traço, se por um lado contribui para montar a imagem da justiça como algo importante, por outro, pode funcionar como fator de inibição. As pessoas não entram neste espaço público sem demonstrar recato e, mesmo, constrangimento. Estrategicamente, as salas reservadas ao juiz não são de fácil acesso. Normalmente, localizam-se no segundo andar, situação espacial que estimula a imagem do juiz como de alguém distante, fechado em seu gabinete, uma autoridade com a qual não se mantém contato, insensível a pressões. O juiz não recebe o público, só entra em relação direta com a população quando a pessoa passou por uma das seguintes categorias: vítima, acusado ou testemunha. E mesmo nestes casos, as pessoas não falam o que desejam, mas respondem às questões por ele formuladas e sempre em um tom bastante formal. (SADEK, 2010, pp. 19-20)

De acordo com a autora, as características indicadas na representação estrutural do fórum e da comunicação institucional com o magistrado informam que elas podem funcionar tanto como uma marca para representar a relevância de sua posição jurídica quanto para impor um distanciamento inibitório frente aos sujeitos mais vulneráveis socialmente.

Todavia, coloca-se em questionamento se é nesse distanciamento e na formalidade extrema do magistrado que se encontram os requisitos necessários para se ter aplicação do direito ou se o modelo jurídico atual permite alcançar seu objetivo, enquanto corolário do exercício da cidadania, de uma forma mais simples.¹⁴

Quando se tem um contexto em que há uma democracia social, em que o Estado deve compreender os anseios da sociedade e participar mais ativamente no processo de concretização dos direitos, é possível enxergar na atividade jurisdicional uma outra perspectiva sobre a participação do juiz no processo. Uma que o magistrado não precisa ser apenas o aplicador frio da letra da lei, e sim uma permita estar atento às particularidades do processo. Ou seja, uma atuação diligente para ajustar as necessidades especiais da demanda aos fins que se projeta na busca do direito material. (MARINONI, 2022)

Tal perspectiva não é estranha ao espírito do atual sistema positivo. Um exemplo dessa colocação pode ser encontrado na disposição normativa quanto à realização de inspeção

¹⁴ Sobre a relação de proximidade das partes e da estrutura física dos órgãos trazidas por Sadek (2010), sabe-se que não é uma realidade absoluta em todo território nacional, principalmente após a criação das câmaras de conciliação de julgamento e outros setores advindos dos juizados especiais, mas por ausência de dados precisos que confrontam essa realidade, a pesquisa ainda se mostra útil por apresentar um ponto de vista ainda útil no atual contexto jurídico-social do país.

judicial, quando o juiz verifica que alguma questão fática do caso concreto precisa ser esclarecida e pode ser elucidada a partir da avaliação da(s) pessoa(s) ou objeto(s). De ofício, o magistrado pode determinar a inspeção judicial, inclusive indo pessoalmente ao local onde se encontra o sujeito ou coisa que precisa ser avaliada.¹⁵

O mesmo se vê quando o juiz reconhece que há vulnerabilidade de uma das partes em uma ação de consumo, ali ele pode determinar de ofício a inversão do ônus da prova (§ 1º do art. 373 do CPC) ou ainda declarar ineficaz cláusula de eleição de foro (§ 3º do art. 63 do CPC).

Com esse olhar, observa-se que a convocação do princípio da imparcialidade não pode vir como um obstáculo para efetivação do anseio processual, diverso disto, a finalidade do princípio e das normas que compõem o sistema jurídico é promover um equilíbrio nas relações sociais. Assim, é com esse raciocínio que deve ser compreendida a finalidade do processo, dado que é um instrumento útil para efetivação do controle social, “e acima de tudo, um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado” (DINAMARCO, 2011, p. 25).

Dessa forma, como bem leciona a doutrina de Marinoni (2022, p. 29), “um processo verdadeiramente democrático, fundado na isonomia substancial, exige uma postura mais ativa do juiz”, como ocorre por exemplo na fase de produção de provas.¹⁶ Ali o magistrado deve conduzir a demanda para provocar um verdadeiro diálogo na reconstrução do caso, isso é um dever inerente à sua função judicante, que não desnatura o princípio da imparcialidade.

A problematização da posição da imparcialidade em um Estado democrático de direito convoca o dever de gestão do magistrado para conduzir a participação das partes à demonstração das pretensões jurídicas que efetivamente buscam¹⁷, como assinala Bahia (2004, p. 326):

O jurista problematiza a posição de imparcialidade do aplicador: a imparcialidade está não num suposto distanciamento (como se o juiz pudesse apenas subsumir o caso a uma norma abstrata), mas, num equidistanciamento

¹⁵ Inteligência extraída dos atuais artigos 481 a 484 do CPC.

¹⁶ CPC. Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

¹⁷ A ideia do magistrado gestor que tem a responsabilidade de conduzir a participação das partes à demonstração das pretensões jurídicas que efetivamente buscam foi recentemente colocada na proposta de alteração do CPC que permite aos juízes participantes do julgamento formular perguntas aos advogados das partes para esclarecer dúvidas sobre as questões discutidas no processo em análise no tribunal. PL 832/22. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2319312#tramitacoes>. Acesso em junho de 2022.

em relação às partes que deverão reconstruir, tanto quanto possível, um evento que por definição jamais poderá ser perfeitamente refeito, por mais esforçados e sinceros que sejam o autor e o réu. Também no que toca o ordenamento, o juiz deve assumir que este não é um dado a partir do qual ele já pode partir, mas que o sistema de normas se apresenta como uma rede complexa que deve ser reconstruída, inclusive com a participação do autor e réu, pois são estes que levantam pretensões a direito que deverão ser levadas em conta pelo aplicador.

A análise da questão posta também coloca em relevo uma fala da professora e cientista política Cunha (2013), que, ao pontuar sobre a atividade do magistrado após a Carta de 1988 considerou que este profissional passou a ter “as mesmas responsabilidades e comportamentos dos outros poderes.”¹⁸ Em um contexto de discurso sobre as responsabilidades dos magistrados, a professora apontou que o juiz deve se ocupar em observar como está se relacionando com o jurisdicionado, conforme se observa:

O Executivo e o Legislativo se legitimam por meio das eleições. Já o Judiciário tem o desafio de se legitimar no dia-a-dia, o que dificulta aos magistrados saberem qual é a percepção da população sobre o seu trabalho.
[...]
É claro que a Justiça feita com pressa não é efetiva. Mas a sociedade está de olho no trabalho do juiz e cabe a ele gerenciar o andamento de seus processos. O juiz deve atuar como um administrador processual, e não apenas responder às demandas das partes. Ele deve se ver como parte do processo. (CUNHA, 2013)

A preocupação que se coloca no momento não tem a intenção de aprofundar as variáveis em torno do ativismo judicial, apenas apresentar a interessante visão da cientista política que traz um viés de legitimação do exercício da jurisdição mais interventiva, algo que permita criar uma conscientização mais concreta sobre os contornos da democracia participativa no âmbito do Judiciário.

Como ela afirma, o magistrado não pode mais querer se manter distante da percepção que a população tem sobre a atividade jurisdicional. É preciso ter em mente que a

¹⁸ O contexto da fala da professora vinha carregada com o intuito de apresentar aos magistrados que assistiam a palestra que a atividade do juiz mudou após a Constituição de 1988, que não é suficiente reproduzir decisões sem observar como o jurisdicionado está recebendo a prestação jurisdicional. Assim como o legislativo e o executivo precisam dos eleitores, o Judiciário precisa da população para se legitimar enquanto poder com credibilidade. Referência extraída da palestra proferida no **III Curso de iniciação funcional de magistrado**. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, ENFAM. 2013. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/cientista-politica-diz-a-magistrados-que-eles-devem-se-ver-como-prestadores-de-servico-publico/>. Acesso em: abril de 2022.

jurisdição precisa dar uma resposta positiva aos jurisdicionados e que o magistrado está em constante avaliação pela sociedade.

Essa compreensão vem como um pano de fundo que pode abrir espaço para que as várias formas de se resolver conflito sejam disseminadas na prática jurídica, colocando em queda a antiga tarefa de solucionar conflitos apenas dura via judicial. Mas para isso também é exigido do julgador a compreensão que ele tem que estar aberto para outras formas de desenvolver a demanda e resolver os conflitos.

Dessa forma, é com esse ponto de vista que se entende pertinente refletir sobre como o modelo positivista instituído no país pode caminhar em conjunto com o complexo acervo sociocultural, que demanda considerações circunstanciais às necessidades dispostas nas controvérsias jurídicas. Sendo nesse contexto que a valorização do relacionamento Poder Judiciário *versus* movimentos sociais passa pela análise do trabalho.

Os movimentos sociais de segmentos das minorias ainda hoje têm atuado com objetivo de destacar a necessidade serem tratados sem discriminação, de serem reconhecidos e inseridos em todo o ciclo produtivo da sociedade. E o papel do Poder Judiciário não pode ficar distante desse anseio social. Como bem assevera Santos (2007, p. 81), para se ter uma verdadeira democracia participativa “o sistema Judiciário vai ter que buscar outro tipo de relacionamento com os movimentos sociais”.

Os grupos segmentados de movimentos sociais há muito reclamam atenção e proteção do Estado. Negros, sem-terra, lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis, transexuais e intersexos (LGTQIA), mulheres em situação de violência doméstica, entre outros, ainda hoje colocam em seus pilares a necessidade de serem vistos e reconhecidos como iguais na sociedade. Muito embora o comportamento projetado para as forças estatais tenha sido de prevenção e acolhimento para garantir a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do art. 3º da CF/1988), infelizmente, ainda hoje, é preciso expor perante o Judiciário o que é isonomia no tratamento social.

É de surpreender que em uma cultura dita democrática e participativa, proclamada há mais de 33 anos, até agora ainda tenha que conviver com ações que chamam atenção das instituições estatais para que algumas pessoas vulgarmente categorizadas como diferentes sejam protegidas e incluídas no ciclo produtivo da sociedade.

Nesse ponto, Santos (2007, p. 81) contribui com essa em análise ao fazer crítica sobre a necessidade de o Judiciário abrir novo olhar em torno da forma de se relacionar com os movimentos sociais, e assim discorre:

No âmbito da revolução democrática que vos proponho o sistema judiciário vai ter que buscar outro tipo de relacionamento com os movimentos sociais. As queixas do movimento negro, do movimento dos sem-terra, do movimento indígena em relação ao sistema judicial, são justificativas, em grande medida, pela grande insensibilidade que sentem face aos seus problemas, aos seus direitos, à interpretação que deles o sistema faz. E é, por isso, que nós não podemos valorizar apenas a rapidez da justiça. A um magistrado treinado no positivismo jurídico exigirá mais estudo e mais tempo uma decisão que aceite uma concepção social de propriedade. A imposição da rapidez levá-lo-á rotina, a evitar os processos e os domínios jurídicos que obriguem a decisões mais complexas, inovadoras ou controversas.

O mesmo se observa no trabalho do jurista Alexandre Bahia sobre a proteção às minorias no Brasil, em especial a LGBT¹⁹, ali o professor provoca reflexão sobre qual deve ser a posição do Judiciário em todo esse contexto, que é no mínimo de diligência. Ao contrário do que se tem na Administração Pública que não pode agir na ausência de lei preexistente, o Judiciário tem o dever de promover a proteção de todos mesmo na omissão legislativa.

De modo que é com esse sentimento mais otimista que o jurista apresenta contextos de manifestação do Judiciário em favor das minorias desde o final dos anos 90 (BAHIA, 2013).

Em exemplos descritos na obra, Bahia (2013) relembra que foi por meio da jurisprudência que se chegou aos primeiros *leading cases* sobre os direitos aos casais homoafetivos. Como pode ser recordado, em 2005, no julgamento da Ação Civil Pública 9347, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve o reconhecimento de direitos previdenciários aos companheiros homoafetivos por entender que “a exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas”.²⁰

O mesmo se deu no julgamento RE 477554 AgR, quando o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar as regras constitucionais, reconheceu e qualificou da união homoafetiva

¹⁹ Foi reproduzido o termo LGBT pela literalidade da obra, que ao tempo em que foi publicada, em 2013, ainda não se tinha a referência mais ampla da categoria LGBTQI+.

²⁰ TRF-4 – AC: 9347 RS 2000.71.00.009347-0, Relator: JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, Data de Julgamento: 27/07/2005, SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 10/08/2005 PÁGINA: 809. Disponível em www.trf4.jus.br. Acesso em abril de 2022.

como entidade familiar e garantiu a proteção aos direitos que dali decorriam. Na análise da questão, o STF invocou a incidência dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade, portanto, da dignidade:

Ementa

[...]

- Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. **RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR.** - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. **A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA.** - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE.** - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O

princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina.²¹

Conforme se vê, os postulados da decisão se deram em torno do reconhecimento de direitos que já estavam inscritos na Constituição, mesmo que implicitamente. A forma que foram desenvolvidos os argumentos da decisão se mostrou essencial para compreender quais eram os valores que estavam sendo protegidos pela orientação jurídica da Corte Suprema.

A indicação de que o afeto “é um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família”, por exemplo, demonstra que o julgador estava atento à possibilidade de harmonizar o modelo positivista com o complexo acervo sócio-cultural, demandando apenas considerações circunstanciais às necessidades dispostas nas controvérsias jurídicas.

O STJ, nessa mesma linha, também atuou positivamente na proteção de minorias quando teve oportunidade de interpretar norma federal para garantir igualdade de tratamento aos casais homoafetivos e manteve a adoção de menor concedida em primeira instância. Durante apresentação dos fundamentos, ressaltou inclusive, que o mais importante na análise da questão jurídica posta era observar a qualidade do vínculo e do afeto se tem no meio familiar:

²¹ RE 477554 AgR, Órgão julgador: Segunda Turma, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 16/08/2011, Publicação: 26/08/2011, disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20477554%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em abril de 2022

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.
2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.
3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".
4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.
5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.
6. Os diversos e respeitadas estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores".
7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral.
8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores, sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.
9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.
10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da realidade, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.
11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como

filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.

12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.

13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.

14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não seja deferida a medida.

15. Recurso especial improvido.²²

Apesar de toda essa explanação exemplificativa, ainda há desafios práticos, vigentes no bojo do sistema processual, que ainda precisam ser superados para que se possa almejar uma proteção estatal de maneira indistinta. A título de exemplo, tem-se a violenta necessidade de cumprir metas periódicas em busca de uma rapidez nos julgamentos ou ainda, a intensa necessidade de se ranquear órgãos e julgadores considerando apenas o volume das decisões proferidas.

O exercício dessa prática sistemática coloca em jogo o risco de se ter julgamentos com superficialidade à(s) questão(ões) posta(s). A falta de tratamento adequado às circunstâncias especiais da demanda pode distanciar o seu resultado dos objetivos esperados pelos jurisdicionados.

Vejam, esse é apenas um dos fatores que podem impedir o alcance da proteção constitucional, mas não o único. A forma de utilizar a linguagem jurídica para fundamentar o uso das normas e o direcionamento político dado às decisões também se mostram como problemas para eficácia e eficiência do sistema jurídico. E uma saída apresentada pelas linhas de Passos (1993, p. 124) seria empreendendo mais a prática e menos teoria da democracia participativa, “constituindo-se mais uma ideia-força que uma realidade institucional.”

²² REsp 889.852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em abril de 2022.

Esse ponto de vista é também compartilhado por Nunes (2008, pp. 135-136) ao refletir sobre as disputas que surgiram após as grandes reformas processuais. Em sua obra sobre o processo jurisdicional democrático, o professor coloca que a socialização do acesso à justiça, a eficiência e produtividade são prioridades do sistema jurídico que estão em pontos concorrentes.

Desse modo e com esse alinhamento, retorna-se aos primados do exercício da jurisdição. Sem adentrar no debate sobre sua natureza jurídica, se dever, poder ou função, é indiscutível que após a Carta de 1988 o sistema jurídico veio com contornos para atuar a partir dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais. Nesse passo, o sistema processual não ficou fora disso.

Quando no exercício de sua função estatal, o magistrado passou a ter com mais clareza o dever de desenvolver a medida de resolução de conflito com vistas à tutela de direito material ali existente. A preocupação com o tempo marcado para proferir a decisão final não é a prioridade que demarca a eficiência, mas dar oportunidade para demanda se desenvolver de acordo com os ajustes necessários às especificidades do caso concreto é a medida que se impõe ao olhar do juiz. Somente assim será possível dizer que houve cumprimento do direito fundamental à tutela jurisdicional (MARINONI, 2022).

2.2 Princípio da eficiência e a segurança jurídica: relação entre dois princípios que demandam equilíbrio na atividade jurisdicional

Das linhas expostas nos tópicos anteriores, é possível verificar que atualmente a eficiência do sistema jurídico não está vinculada apenas ao tempo do processo ou à quantidade de julgamentos proferidos, ela reclama um agir diferente dos órgãos que o compõem.

Sobre o termo eficiência, assume-se aqui a ideia de Didier Junior (2013) quando desdobra-o em norma de direito processual e direciona sua concretização à aplicação adequada da norma aos fins que se destina, ou seja, quando consegue promover ajustes nas regras de procedimento para atingir a efetiva tutela de direito material, conforme se observa no seguinte trecho:

O órgão jurisdicional deve escolher os meios que os promovam de modo minimante intenso (quantidade-não se pode escolher um meio que promova

resultados insignificantes) e certo (probabilidade - não se pode escolher um meio de resultado duvidoso), não sendo lícita a escolha do pior dos meios para isso (qualidade-não se pode escolher um meio que produza muitos efeitos negativos paralelamente ao resultado buscado). A eficiência é algo que somente se constata *a posteriori*: não se pode avaliar *a priori* se a conduta é ou não eficiente. (MARINONI, 2022, p. 29.6)

Embora o Brasil tenha uma história de mais de 200 anos de independência, ainda não se pode afirmar que os movimentos de reforma do processo civil tenham constituído uma estrutura sólida em torno da função garantidora dos direitos fundamentais. Como bem discorre Nunes (2008, p. 150), as reformas do sistema jurídico processual vêm passando por transformações que ampliam poderes dos juízes, reestruturam as formas de participação das partes e interessados, mas que ao final têm levado ao esvaziamento do papel do processo como “instituição garantidora de implementação dos direitos fundamentais”, algo que enseja uma preocupação mais viva em torno dos vulneráveis no seio social.

Essa conclusão não se mostra como uma visão isolada na doutrina, ela é compartilhada por outras vozes no direito que reclamam pela harmonização entre a célere resolução de conflitos e a incidência do princípio da eficiência com segurança aos envolvidos na relação (MASCARO, 2003).

Nunes e Teixeira (2013, p. 59) são dois exemplos. Eles indicam que a concepção dos princípios fundamentais na estrutura de um Estado social pressupõe que o Estado-juiz se ocupe de materializar os direitos com apoio do magistrado, que por sua vez, tem o dever de “disfarçar o desequilíbrio entre as partes”, utilizando os meios mais protegidos e mais céleres para se chegar ao fim que se destina.

Beneti (2019, p. 400) é outro exemplo. Ao trabalhar com o assunto, ressalta que embora o sistema possua normas que equilibram garantam os direitos fundamentais, ainda não há no sistema judicial uma solução ordenada que consiga “garantir o equilíbrio desejável entre o amplo acesso ao processo e a celeridade e a eficiência do procedimento necessário”. E ali, ele ainda aponta em linhas críticas que o percurso das transformações processuais foi feito sem observar que era necessário criar meios específicos com concretude hábil ao alcance dos novos direitos instituídos após a Carta Cidadã, inclusive após o Código de Processo Civil de 2015.

O discurso de Beneti (2019, p. 402) carrega consigo uma visão prática e dogmática sobre a manutenção de alguns dos entraves enfrentados pelos jurisdicionados e enumera-os sob a perspectiva da falta de colegialidade otimizada e manutenção de inúmeros recursos dentro de uma mesma escala horizontal, conforme se observa na transcrição a seguir:

O código de Processo Civil de 2015 reconheceu a existência do grave problema da falta de eficiência judiciária, especialmente ante a demora intolerável dos processos. Por isso manteve anteriores instrumentos, ou criou instrumentos novos, úteis ao enfrentamento do fenômeno da desnecessária judicialização em todos os graus de jurisdição.

Mas esses instrumentos são insuficientes, pois trazem em seu bojo o germe, que os corrói internamente, da descolegialidade, como, por exemplo: 1 °) a manutenção de órgãos julgadores com competência concorrente idêntica (nos Tribunais Superiores, pelo menos as duas Turmas Julgadoras, posteriormente as Seções de Julgamento e, por fim, os Plenários ou Cortes Especiais), verdadeiros desincentivar à formação de jurisprudência clara e segura para todos os jurisdicionados e para o meio jurídico; 2) o monocratismo, extremamente nocivo em todos os sentidos, conquanto aparentemente necessário para a diminuição do número de sessões colegiadas que, também aparentemente, seriam necessárias - mas cuja desnecessidade surgiria se instituídos mecanismos sugeridos de *leave to appeal* para a admissibilidade recursal, bastando, para modelo, a observação do que se passa nos mais eficientes tribunais estrangeiros; 3) pletora de recursos internos extremamente numerosos, desgastantes e, o que também é muito grave, criadores de verdadeira opacidade processual incidental, à vista da quantidade de escritos recursais e de julgamentos por cotejar, o que toma o processo, ao contrário da clássica construção de Chiovenda, uma fonte autônoma de males, em cujas fimbrias se esvai a análise do direito material efetivamente trazido a juízo pelos interessados - isto é, aquilo para o que foram feitos os juízos e tribunais!

O pensamento compartilhado pelo Ministro também é um dos pontos que este trabalho assume como obstáculo à concretização da função estatal, de promover a tutela do direito material com um agir diferente dos órgãos que o compõem. Nesse aspecto, é preciso compreender preliminarmente qual é a dimensão do julgamento colegiado.

A dicção do texto legal que define o acórdão como sendo “o julgamento colegiado proferido pelos Tribunais” (art. 204 do CPC) não reproduz a profundidade que o seu conteúdo possui. Para compreender a extensão que o termo representa é preciso conhecer as fases que integram a construção dessa decisão.

Deixando de lado a apresentação dos requisitos de admissibilidade, para se chegar ao acórdão, é preciso que o recurso ultrapasse o entendimento particular do magistrado de que o seu objeto não está contrário a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; de acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; ou ainda a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso V do art. 932 do CPC).

Após passar por esse filtro inicial, segue-se para fase de desenvolvimento de juízo decisório, que por sua vez, terá como etapa: a) análise pelo relator designado à causa; b)

apresentação do entendimento ao colegiado que poderá acompanhar o raciocínio apresentado pelo relator, com ou sem debate; e, por fim, c) proclamação do resultado.²³

Diante desse esquema metodológico, a fase mais delicada e que comporta considerações circunstanciais às necessidades dispostas na controvérsia jurídica é a segunda etapa. Como bem leciona Marinoni (2016), nem toda decisão colegiada requer um complexo trabalho para estruturar a decisão, é possível que a situação jurídica requeira apenas adequação dos fatos à norma prescrita em lei e isso seja confirmado publicamente pelo colegiado da Corte de Justiça. Entretanto, há questões que atribuem aos tribunais a incumbência de interpretar a norma e promover o desenvolvimento do direito. Nesse caso, a formação da decisão colegiada se tornará mais complexa porque atuará como elemento de integração da ordem jurídica e poderá promover a igualdade constitucional (MARINONI, 2016).

Dessa forma, o processo de argumentação jurídica entra no escopo das reflexões até aqui expostas a serviço de racionalizar as controvérsias do exercício da cidadania e sua relação com o Judiciário.²⁴

A indicação de que o indivíduo busca tutela estatal para garantir a proteção de um direito revela que ele acredita estar vivendo em um ambiente sócio-jurídico de Estado de Direito, em que há uma certeza ou razoável certeza de que as instituições devem respeito a regras e agirão de acordo com uma conduta ética que dará validade prática ao acervo jurídico posto. Nessa linha, quando esse sujeito se encontra frente a outro indivíduo que o fez provocar a máquina judiciária, o direito entra em cena, estabelecendo uma relação de embate argumentativo que não pode ser resumida a uma ciência exata.

Cada um dos envolvidos exercerá sua habilidade prática de apresentar seu conhecimento e domínio sobre o direito para convencer o seu público que as razões expostas estão dentro de condições racionais e razoáveis para fazer cumprir aquilo que entende como legítimo. Nesse sentido, o Estado-Juiz não fica alheio a essa atividade, ele terá um dever maior de universalizar seus argumentos para demonstrar que os fundamentos justificantes da decisão ultrapassam sentimentos individuais e baseia-se em um discurso racional.²⁵

²³ A enumeração aqui apresentada é apenas um breve resumo de como pode se dar um acórdão simples. Sabe-se que cada Tribunal e cada recurso pode possuir minúcias que ampliam as fases inicialmente dispostas.

²⁴ A proposta de discorrer sobre argumentação jurídica levará em consideração as lições da moderna filosofia de Niel MacCormick que a desenvolve sob a perspectiva racional de analisar e avaliar o processo de argumentação jurídica.

²⁵ MACCORMICK, Niel, 1941. Retórica e o estado de direito. Tradução de Conrado Hüubner Mendes. Rio de Janeiro. Elsevier, 2008, p.28-31.

Desse modo, quando o processo de construção decisória alcança as Cortes de Superposição, o exercício do colegiado julgador tem de estar alinhado a todas as peculiaridades que antecederam a chegada do recurso na instância especial, principalmente o respeito ao espaço de diálogo das partes pelo princípio do contraditório. Esse movimento poderá auxiliar na formação mais sólida da orientação jurídica que será produzida a partir do acerto jurídico proferido.

3. ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DAS CORTES SUPREMAS FRENTE AO SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL

No percurso da história brasileira, a função de conhecer os conflitos e dar solução às demandas por muito tempo foi entregue ao comando exclusivo do Estado e sempre subordinada à lei (FERRAZ JUNIOR, 2011). A autonomia concedida aos magistrados era reduzida ao campo demarcado pelos assentos da Corte e de acordo com a norma prescrita em lei (AZEVEDO, 1968).²⁶ Esse modelo muito presente desde as tradições portuguesas desenvolveu uma histórica desconfiança social no papel do juiz monocrático diante da entrega da prestação jurisdicional.

Quando se falava da atividade das Cortes Superiores, a percepção crítica era outra: ocupava-se da ausência de uniformidade institucional. Muito embora o sistema indicasse um alerta de obediência às interpretações conferidas pelos assentos da Corte, desde os primados das Ordenações do Reino, não se via, na prática, um estilo de julgamento seguido nessa direção.²⁷ O comportamento independente dos tribunais desenvolveu um costume jurídico de se ter nas orientações das Ordenações um olhar apenas diretivo aos operadores do direito.²⁸

Esse modo de proceder gerou ao longo do tempo a ideia de que a evolução do direito era legítima mesmo com desprendimento às jurisprudências dos tribunais, que os magistrados e os colegiados não estão submetidos ao acerto jurisprudencial de sua Corte ou das de superposição. Nesse ponto, a compreensão exposta por Ferraz Junior (2011, p. 211) corrobora a visão acima ao asseverar que, “o juiz e o tribunal não se vinculavam sequer às próprias decisões, podendo mudar de orientação mesmo diante de casos semelhantes.”

²⁶ Por assentos, colhemos a definição trazida por Álvaro Villaça: “assento é, certamente, no sentido jurídico, um registro, um apontamento, uma resolução. No campo processual civil, o assento não passa de um julgado da instância superior, um aresto, um acórdão”. (AZEVEDO, 1968, p. 117).

²⁷ Livro I, título V, § 5º das Ordenações Filipinas: “E havemos por bem, que quando os desembargadores, que forem despacho de algum feito, todos ou algum deles tiverem alguma dúvida em alguma nossa Ordenação do entendimento della, vão com a dúvida ao Regedor; o qual na Mesa grande com os desembargadores, que lhe bem parecer, a determinará, e segundo o que ali for determinado, se porá a sentença. E a determinação, que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o Regedor escrever no livro da Relação, para depois não vir em dúvida. (...) E os que em outra maneira interpretarem nossas Ordenações, ou derem sentenças em algum feito, tendo algum delles dúvida no entendimento da Ordenação, sem ir ao Regedor, será suspenso até nossa mercê.” transcrição extraída das **Ordenações Filipinas Online**. 1998. Organizada por Ângela dos Anjos Aguiar Salgueiro e outros. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.html>. Acesso em: 21 maio 2022.

²⁸ AZEVEDO, Alvaro Villaça. **Os assentos no direito processual civil**. Capítulo da tese no curso de especialização na cadeira de processo civil. São Paulo, 1968. p. 118. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/y6y179.pdf>. Acesso em: maio 2022.

Desse modo, pode ser depreendido que se via pela perspectiva externa do jurisdicionado que houve uma elevação na carga de insegurança sobre a atividade do Judiciário, haja vista a ausência de previsibilidade nos julgamentos. Mas, por outro lado, é possível reconhecer também que houve um rompimento com antiga desconfiança sobre a destreza do magistrado monocrático, situação que elevou o *status* da incidência do princípio da independência da magistratura judicial.²⁹

Colocando dessa maneira parece insinuar que a regularidade da atividade do magistrado estaria cumprida apenas ao obedecer aos ditames da lei. Entretanto, não foi bem assim. O complexo contorno jurídico do sistema nacional fez perceber que a conjuntura da jurisprudência era necessária para se ter eficácia na prestação jurisdicional, e aos poucos a dedicação em torno do uso da jurisprudência veio se firmando como um elemento necessário à melhoria ao direito positivado, mostrando-se como um componente essencial ao corpo jurídico por ser capaz de trazer humanização ao direito.³⁰

Nesse sentido, o sistema positivo cuidou de inserir no ordenamento regras que passaram a estabelecer um direcionamento sobre o proceder do magistrado e a forma de se relacionar com a jurisprudência, sem, contudo, firmar uma submissão impositiva, de obediência às instâncias superiores, conforme se observa nas transcrições de alguns dispositivos dos códigos de processo civil que se passaram:

CPC de 1939

Art. 859. No julgamento da revista, o Tribunal examinará, preliminarmente, se a divergência se manifestou, de fato, quanto à interpretação do direito em tese, fixando, no caso afirmativo, a interpretação que se deverá observar na espécie e decidindo-a definitivamente.

[...]

Art. 861. A requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas.³¹

CPC de 1973

²⁹ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2011.p.211.

³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudência e Súmula Vinculante**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2018. p.25

³¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 1608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. Lex. Poder Executivo Federal, 13 out. 1939. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>. Acesso em: 15 maio 2022.

Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

[...]

Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada.

[...]

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. (BRASIL, 1973)

Todavia, mesmo diante de toda essa organização normativa, os atos judiciais tinham contornos conflitantes que traziam a sensação de descrédito perante o sistema judicial. A oscilante jurisprudência nos tribunais e a ausência de vinculação nas decisões do STJ e STF podem ter sido fatores significativos para o sentimento de insegurança jurídica e desrespeito aos preceitos constitucionais.

Reforçou-se, então, um discurso sobre o uso de um sistema de precedentes como uma luz à solução da instabilidade institucional, conforme se vê na transcrição de um pequeno trecho extraído da obra do professor Didier Junior (2016, pp. 480-481):

A importância do precedente judicial no sistema jurídico brasileiro, decorrente da eficácia que, como visto no item anterior, o ordenamento jurídico brasileiro lhe atribui, exige que sejam repensados certos princípios e regras, a fim de que possam adequar-se a essa nova realidade.

[...]

O dever de observância de precedentes judiciais e da jurisprudência dos tribunais, previsto em diversos dispositivos do CPC (art. 926, p.ex), corrobora a necessidade de ressignificação do princípio da legalidade - precedentes também compõem o Direito e devem ser observados.

De fato, a ideia de se ter solução idêntica a casos semelhantes era e é muito atrativa, ela se conecta à incidência da segurança jurídica e implementa um sistema jurídico imparcial. A fidelidade do direito declarado em uma decisão anterior demonstra que o Estado tem um padrão decisório sobre determinada questão jurídica e gera consistência e coerência no tratamento das relações sociais (MACCORMICK, 2008).

Esse parece ter sido o objetivo do Código de Processo Civil de 2015 ao colocar em sua exposição de motivos a necessidade de se ter no regulamento processual regras que estimulem uma jurisprudência mais uniforme e impossibilitem a fragmentação do sistema:

(...) haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranqüilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize.

[...]

Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável.

A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito.

Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração.

Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável. (BRASIL, 2015)

Entretanto, imputar à inserção dos precedentes vinculantes como solução para instabilidade nos Tribunais não é uma tarefa fácil de assumir, inclusive porque a independência institucional é uma garantia do nosso sistema. Mas, também manter um ambiente jurídico assimétrico, com variação na jurisprudência nacional, não é interessante. Isso só fortalecerá a desconfiança do papel do Judiciário diante da sociedade.

Com isso, voltamos à algumas interrogações sobre as possíveis soluções para ineficácia do Poder Judiciário que podem ser assim sintetizadas: será que a estrutura normativa de hoje é suficiente para alcançar o primado da eficiência jurisdicional em seu escopo social? Ou será que a reconstrução das competências das Cortes Supremas se faz necessária para garantir a efetividade do exercício do acesso à justiça em sua acepção ampla? Ou ainda, será que apenas o redimensionando na forma de atuação do STJ e STF é opção suficiente e interessante?

Essas considerações convocam a reflexão sobre a finalidade das Cortes Supremas.

3.1 Missão institucional das Cortes Supremas

A missão institucional das Cortes Supremas³² pode inicialmente ser extraída da Carta Constitucional, que assim dispõe:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. (BRASIL, 1988)

Todavia, essas disposições não são suficientes para captar as minúcias e o alcance prático institucional que os tribunais de superposição exercem. É preciso buscar em outros ambientes jurídicos percepções mais amplas que permitam refletir sobre a extensão que escopo jurídico-institucional das Cortes Supremas exercem, como na doutrina.

A exposição de motivos do atual Código de Processo Civil dá suporte para a reflexão que se inicia ao colocar que a função dos Tribunais Superiores, incluindo aí o STF, é a de "proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado" (BRASIL, 2015).

Também compartilha da necessidade de dar atenção especial à dimensão do exercício das Cortes supremas o pesquisador Oteiza (2010). Em um de seus escritos sobre a função das Cortes Supremas na América Latina ele expõe em linhas claras que tais órgãos

³² Aqui será utilizado o termo Cortes Supremas para se referir ao Tribunais Superiores e ao Supremo Tribunal Federal, por terem em sua generalidade a mesma concepção para corrigir mediante cassação ou revisão a forma de se interpretar norma federal e a constituição, respectivamente. Compreensão em consonância com o disposto pelo professor Marinoni (2017).

representam órgãos máximos, com a responsabilidade para conferir orientação absoluta aos conteúdos normativos. Ou seja, ele reconhece que as Cortes Supremas são a “última instância nacional na tarefa de outorgar coerência ao ordenamento jurídico” (OTEIZA, 2010, p. 183). Essa visão dilata a descrição da Carta Constitucional e representa algo mais próximo do que pode ser conferido em um sistema democrático de direito.

Oteiza (2010) não está sozinho. O professor Mitidiero (2017) é outra referência nacional³³ que se ocupa de examinar os aspectos inerentes à função das Cortes de Superposição sob uma acepção mais ampla, de controle, de vigilância sobre a forma que a legislação será aplicada.

Entretanto, ainda falta nessas análises uma explanação sobre como os Tribunais de Superposição enfrentam os desvios de uniformidade das decisões judiciais. E, para se chegar nesse ponto, é importante reconhecer preliminarmente que o exercício das Cortes de superposição possui uma finalidade que não se limita ao interesse das partes, ela é precipuamente pública.

Ao possuir a “tarefa de dar consistência ao ordenamento jurídico” (OTEIZA, 2010, p. 187), assim como, de dar uma visão final sobre os termos dispostos na Constituição e nas legislações federais, a finalidade do STF e do STJ se posiciona em um patamar que está para além do interesse dos sujeitos do processo. E em uma ordenação de sentido, confere ao exercício do Poder Judiciário um objetivo distante de um mero concedente de serviços judiciais.

Com isso, saber qual é o caminho que o sistema dispõe para que os Tribunais Superiores e/ou do Supremo Tribunal Federal exerçam a tarefa de ordenação e bloqueio aos desvios de uniformidade das decisões judiciais têm que considerar as perspectivas da recorribilidade no sistema vigente.

Diferente do sistema *commom law*, que coloca nas Cortes Supremas a tarefa de modificar a decisão apenas em caráter residual, o sistema *civil law*, em especial no Brasil, aceita o direito de recorrer e alterar o que foi decidido como algo decorrente e implícito no devido processo legal (OTEIZA, 2010). Essa diferença de procedimento não desmerece nenhum dos dois sistemas, mas a forma que o Brasil trabalha com a recorribilidade coloca uma previsão natural de que a primeira decisão proferida poderá ser revista por uma instância superior

³³ Sabe-se que há outras vozes de prestígio na comunidade jurídica que debatem as funções das Cortes Supremas, como Marinoni, Arenhart, Braga (...) e elas influenciaram a construção do presente trabalho, mas por uma opção metodológica não aprofundaremos todas elas.

independente de se ter um erro no julgamento. Como assinala, por exemplo, o professor Medina (2022, p. RB-8.32):

Afirma-se, à luz do princípio do duplo grau de jurisdição, que toda decisão judicial deve poder ser submetida a novo exame, de modo que a segunda decisão prevaleça sobre a primeira, exame este realizado por órgão diverso daquele que proferiu a decisão.

Entendemos que o duplo grau de jurisdição é princípio que se insere no rol de garantias mínimas decorrentes do devido processo legal. Como princípio, convive, em nível constitucional, com aquele que lhe é oposto, chamado de princípio da unidade de juízo ou de instância, ou do julgamento único.

Compreender que o postulante pode recorrer da primeira decisão não significa que o acerto proferido pelo Tribunal possa ser naturalmente revisto pelos Tribunais Superiores e pelo Supremo Tribunal Federal. Nem mesmo que o duplo grau de jurisdição tem alcance irrestrito às Cortes Supremas.

A recorribilidade no sistema brasileiro exige que sejam cumpridos determinados requisitos objetivos desde a primeira instância que coloca a ascensão às Cortes Supremas como uma medida excepcional, alçada como uma alternativa para retificar os eventuais equívocos dos juízos inferiores, tanto quanto à questão de mérito, quanto à fundamentação.

Nesse sentido, os dizeres de Mitidiero (2017) associam-se à excepcionalidade ao acesso às Cortes de vértice e justifica-se pela atribuição que possuem de controlar a legalidade das decisões das instâncias inferiores, que por sua vez, se desdobram no exercício de uma função reativa:

[...] a Corte desempenha um papel que pressupõe a existência de uma violação ao Direito já ocorrida, sendo sua tarefa sancioná-la e, quando possível, neutralizar ou eliminar os seus efeitos mediante cassação ou reforma dessa decisão.

A Corte Superior, portanto, é uma Corte que apenas reage a uma violação ao Direito já ocorrida, perpetrada pela decisão judicial objeto de recurso, cuja atuação é pensada tão somente para o passado. (MITIDIERO, 2017, parte II)

Ao desempenhar seu papel de cassação, neutralização ou eliminação dos efeitos da decisão recorrida, a Corte reage à violação do direito e, com isso, promove a defesa da legislação. Nessa atividade, o tribunal de superposição estabelece uma relação de conformação e equilíbrio com o Poder Legislativo, mas, ao mesmo tempo, promove um confronto interno com o próprio Judiciário por modificar o decidido pela instância inferior. Tal comportamento rompe com a harmonia interna e pode provocar uma fragilização na relação com os juízes ordinários (MITIDIERO, 2017).

Nesse contexto, as instituições da estrutura estatal precisam tomar medidas que superem a instabilidade institucional e estabeleçam um equilíbrio tanto com o Poder Legislativo quanto no Judiciário. Para tanto, Oteiza (2010, p. 230) apresenta como proposta o redimensionamento quanto à finalidade do direito de recorrer às Cortes Supremas:

Reconhecendo-se a importância da função pública essencial que desempenham as Cortes, deveriam-se adotar decisões estratégicas quanto ao número de juízes, à quantidade de casos que têm que julgar, aos critérios de seleção dos assuntos a serem tratados e aos processos estabelecidos para resolver que casos serão admitidos.

A finalidade pública das Cortes nos põe claramente à frente do dilema sobre a capacidade de suas estruturas para dar resposta à tarefa que devem enfrentar. Mirar só o interesse privado de aceder às Cortes pode alterar sua finalidade pública. O engrossamento da competência das Cortes gera uma sobrecarga que atenta contra a capacidade para que as Cortes deem respostas eficientes aos problemas de maior importância, em termos de alcance dos direitos.

A realidade que se vive na prática da recorribilidade às instâncias superiores não tem sido satisfatória à finalidade que se prestam, visto que não tem sido observado viés de excepcionalidade, o que tem gerado batalhas técnicas que dificultam até mesmo o atingimento das expectativas dos atores sociais envolvidos no processo (OTEIZA, 2010).

Embora a prática da recorribilidade produza um sentimento de devido processo legal, de maior controle no acerto da decisão, levar às Cortes Supremas toda intenção de revisão do *decisum* não representa a finalidade institucional de ser uma Corte de uniformização e modulação do ordenamento jurídico. É nesse contexto que a ideia de redimensionamento do direito de recorrer se mostra adequada.

O que se afirma aqui não é produto de uma reflexão isolada, os números da gestão judiciária³⁴ contribuem para essa conclusão. Quando se observa a quantidade de processos que chegam aos tribunais superiores, com a multiplicidade de objetos a serem resolvidos, chega-se à conclusão de que é improvável que se alcance o ideal aprofundamento das questões jurídicas para formar uma orientação uniforme às relações sociais que se seguirem (OTEIZA, 2010).

A extensa variação de objetos associada ao ideal de solução em um curto espaço de tempo não permite que se tenha um resultado equilibrado. Na busca de conferir uma resposta à sociedade, é provável que ocorra a resolução de questões jurídicas sem o necessário

³⁴ Dados extraídos do portal do Conselho Nacional de Justiça, justiça em números. Disponível em https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em maio de 2022.

aprofundamento nos conteúdos recursais. Mas o problema com o qual nos deparamos não é somente esse.

A situação levantada desenvolve um outro efeito preocupante para eficácia jurisdicional, a divulgação de inúmeros julgados, classificados como jurisprudência das Cortes que não estabelecem um crivo metodológico do que é e representam após serem proferidos pelos colegiados das Cortes. O abundante número de julgados que sai dos colegiados por si só dificulta o poder de assimilação das orientações jurídicas que devem ser transmitidas para sociedade (OTEIZA, 2010).

Nesse sentido, Oteiza (2010, p. 199) ao discorrer sobre esse panorama, corrobora a angústia e vê um receio de não estar sendo possível compreender qual é a direcionamento jurídico transmitido para relações sociais:

A quantidade de decisões geradas pelo Tribunal faz com que a sociedade encontre dificuldades para assimilá-las. Não se trata só de decidir os casos, senão também que se devem criar soluções claras que depois possam ser seguidas, pelo grau de convicção de seu conteúdo argumentativo e pela demonstração do equilíbrio na ponderação justa dos direitos em questão.

Essa reflexão coloca em realce a necessidade de se repensar a prática do sistema vigente. E por onde começar? Embora não haja uma resposta única e objetiva para a questão, aqui assume-se a postura que rever a conjuntura do sistema não significa apresentar criativas soluções para impor manobras impeditivas à admissibilidade recursal. Essa não é uma sábia solução às adversidades colocadas. Talvez a ideia de se ter um filtro semelhante ao da repercussão geral seja uma solução, mas antes de afirmar que essa é a saída para todos os problemas é interessante observar a situação retomando-se a problemática sócio-jurídica do acesso à justiça. Ela quem coloca em relevo o palpitante descompasso entre a tarefa das Cortes Supremas de dar coerência ao ordenamento jurídico e a promoção da orientação jurídica às relações sociais.

3.2 Primariedade do acesso à justiça: como se dá o acesso à justiça nas Cortes Supremas? Qual a relevância do precedente no primeiro acesso à justiça?

As disposições constitucionais e os requisitos elencados pelas normas de direito processual demonstram que nem toda demanda nem qualquer sujeito pode levar sua questão

jurídica às Cortes Supremas.³⁵ Embora a afirmação venha com uma carga de obstrução ao devido processo legal, é possível extrair do conjunto normativo uma coerência estrutural que coloca sentido no sistema, inclusive quanto à excepcionalidade do alcance às Cortes de Superposição.

Nessa linha, os dizeres do professor Mitidiero (2017, parte III) corroboram essa colocação, nos seguintes termos:

A função da Corte Suprema é proativa, de modo que visa a orientar a interpretação e aplicação do Direito por parte da sociedade civil, por parte de seus próprios membros e por parte de todos os órgãos jurisdicionais, tendo a sua atuação direcionada para o futuro. Esse papel é desempenhado pela Corte mediante recurso da parte interessada, cuja admissão é subordinada à aferição da necessidade de seu pronunciamento sobre a matéria nele debatida, com o que o recurso da parte consiste em um meio para tutela do *jus constitutionis*.

A leitura da Carta Constitucional associada às regras de direito processual deixa transparecer que o jurisdicionado pode ter uma ampla expectativa no Judiciário pela entrega da prestação jurisdicional (MITIDIERO, 2017), tanto pela resposta individualizada conferida pela demanda proposta quanto pela aceção da orientação jurídica dada pelas Cortes de Superposição.

Nesse sentido, é possível enxergar no corpo normativo uma estruturação voltada à finalidade do processo com um duplo escopo garantista, de proteção de direitos individuais e unidade de direito.

A tutela dos direitos que o processo civil se propõe a promover, no entanto, está longe de uma dimensão puramente particular-como se a ordem jurídica não fosse impactada pelas razões elaboradas pelos juízes em suas decisões. Por isso, a tutela dos direitos no processo, além de viabilizar a proteção de direitos individuais ou transindividuais afirmados pelas partes, mediante decisão justa e, em sendo o caso, sua adequada efetivação (dimensão particular da tutela dos direitos), também visa a propiciar a unidade do direito mediante a afirmação e respeito aos precedentes judiciais (dimensão geral da tutela dos direitos). Tratar os casos com justiça (“to deal with cases justly” – como emblematicamente observa o legislador inglês ao enunciar o “overriding objective” das Civil Procedure Rules, rule 1.1) e servir à unidade do direito são duas formas de dar tutela aos direitos a que se encontra teleologicamente vinculado o processo civil no Estado Constitucional. (MITIDIERO, 2017, parte I)

³⁵ Os artigos 102, 103-A e 105 da Constituição Federal, além dos requisitos intrínsecos e extrínsecos do recurso especial e recurso extraordinário, apresentam exigências normativas que podem ser obstáculo à análise do mérito recursal se não observadas.

A acepção dos princípios constitucionais e as normas processuais se mostram coerentes com objetivo final do constituinte originário, de conferir proteção aos preceitos constitucionais, inclusive de acesso à justiça, mediante interpretação do direito em conformidade com o modelo social (democrático) (NUNES & TEIXEIRA, 2013). A conclusão que se coloca aqui, de que há harmonia no corpo normativo aos fins que se destinam ao atual modelo de Estado, de fato parece ser razoável. Mas antes de transmitir essa mensagem, o expoente tem que aceitar que essa dedução está dentro de uma perspectiva exclusivamente teórica e um tanto genérica.

Quando se ousa discorrer sobre os significados do acesso à justiça e da missão das Cortes de Superposição, é importante ter em mente que a significação dada ao processo calçada pela moderna teoria da instrumentalidade processual, “de que ele só se legitima em função dos fins que se destina”,³⁶ não é o único caminho que permite observar o escopo do direito processual e do acesso à justiça.

Não há como negar a importância dos estudos desenvolvidos pelos expoentes dessa ideia porque elevaram e ampliaram o pensamento em torno da concepção do acesso à justiça no Brasil. Mas, diante de uma estrutura social complexa que coloca a responsabilidade de julgamento, com autonomia, a um seletivo grupo de pessoas, exige prudência do observador antes de assumir definições sobre os meios e os fins que o processo se destina. Dessa forma, não é interessante calçar um único ponto de vista.

As concepções desenvolvidas sobre o acesso à justiça a partir da instrumentalidade do processo são relevantes quando indicam, por exemplo, que a resposta do Judiciário, capaz de trazer pacificação social, é um resultado útil que cumpre o anseio constitucional. Do mesmo modo se vê um escopo do acesso à justiça no processo se houver a possibilidade de diálogo sobre o direito debatido com uma discricionariedade limitada ao julgador.³⁷ Esse intercâmbio

³⁶ Não é pretensão deste trabalho negar a importância e respeito a todos os estudos desenvolvidos pela escola paulista de processo, nem mesmo pela útil significação da instrumentalidade processual, mas pretende-se expor de forma ampliativa um escopo reflexivo sobre os pontos em debate.

³⁷ A exemplo dessa afirmação, podem ser citados alguns dispositivos do Código de Processo Civil: art. 9º do CPC: “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”; “Art. 432. Depois de ouvida a outra parte no prazo de 15 (quinze) dias, será realizado o exame pericial”; “Art. 596. Ouvidas as partes, no prazo comum de 15 (quinze) dias, sobre o cálculo e o plano da divisão, o juiz deliberará a partilha”; “Art. 628. Aquele que se julgar preterido poderá demandar sua admissão no inventário, requerendo-a antes da partilha”; “§ 1º Ouvidas as partes no prazo de 15 (quinze) dias, o juiz decidirá”; “Art. 637. Ouvidas as partes sobre as últimas declarações no prazo comum de 15 (quinze) dias, proceder-se-á ao cálculo do tributo”; “Art. 817. Se a obrigação puder ser satisfeita por terceiro, é lícito ao juiz autorizar, a requerimento do exequente, que aquele a satisfaça à custa do executado”; “Parágrafo único. O exequente adiantará as quantias previstas na proposta que, ouvidas as

procedimental, como afirmam Nunes & Teixeira (2013), faz parte da significação do acesso à justiça, na medida que a participação efetiva das partes configura influência nas decisões que serão tomadas em todo o percurso processual.

O acesso à justiça democrático refere-se à consideração com que o jurisdicionado tem suas reivindicações recebidas nas esferas oficiais de poder, a profundidade do diálogo (respeito aos direitos fundamentais processuais), ao poder de influência que ele exerce sobre as decisões que lhe submetem (contraditório como direito de influência e não surpresa), e não só a eficiência quantitativa e a produtividade do sistema como um todo. (NUNES & TEIXEIRA, 2013, pp. 60-61)

Nessa mesma linha, é relevante perceber que há acesso à justiça quando o diálogo estabelecido entre as partes e o juiz se dá de forma adequada, em tempo hábil e com a efetivação do direito buscado (PEREIRA FILHO, 2020). Ou seja, o resultado “pacificação social” não é o único fim do processo, o percurso processual de maneira dialogada entra nos contornos da efetividade processual porque consegue inserir em sua dinâmica outros princípios e garantias constitucionais que fazem parte do acesso à justiça (DINAMARCO, 2011).

Nesse contexto, é possível reconhecer que o problema do acesso à justiça não está na ausência de leis, já que o arranjo normativo parece ser suficiente para dar sentido ao objetivo esperado. E mais, colocando a distribuição normativa em uma perspectiva mais informal, observa-se que a quantidade de normas não é o problema para o efetivo acesso à justiça. A o contrário, é na eventual hipótese de elas serem desobedecidas que chamará atenção para suscitar a garantia constitucional.

Dessa forma, fazendo adequações ao contexto que se discorreu na obra jurisdição e direito privado, colho algumas palavras críticas do professor Pereira Filho (2020, p. 4) que faz perceber a necessidade de se ampliar o sentido de acesso à justiça:

O acesso à justiça não significa a mera possibilidade de ida ao judiciário e, muito menos, de se ter uma sentença que reconheça o direito da parte. Jurisdição não se encerra com declaração, mas, ao contrário, com efetivação do direito reconhecido em juízo. A universalização do acesso à justiça é corolário de uma tutela jurisdicional que seja adequada, tempestiva e efetiva. [...]
O que se pretende dizer é que um processo, apesar de observar todos os seus pressupostos, principiológicos, inclusive, mas, que seja incapaz de entregar à

partes, o juiz houver aprovado”; “Art. 921. [...] § 5º O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição no curso do processo e extingui-lo, sem ônus para as partes”; “Art. 1.037. [...] § 11. A outra parte deverá ser ouvida sobre o requerimento a que se refere o § 9º, no prazo de 5 (cinco) dias”.

parte o direito reconhecido, dentro de um prazo razoável, não pode ser considerado justo porque desconsidera a igualdade como essencial, fundamental às partes.

Assim, é tranquilo reconhecer que se houver a efetiva participação dialogada das partes, com a observância das regras de um devido processo legal, haverá um produto próximo, se não efetivo, da atividade jurisdicional. Mas, quando se volta o olhar para efetivação do acesso à justiça associada à missão institucional das Cortes Supremas retorna o questionamento sobre como o produto desses órgãos podem conferir efetividade aos jurisdicionados no primeiro acesso. Ou ainda, qual a relevância dos precedentes no primeiro acesso?

A preocupação que se coloca tem a ver com tudo que se discorreu até o momento e o que, por ora, pode-se afirmar é que a existência de uma orientação superior sistematicamente direcionada e estável permitirá que o diálogo que será desenvolvido entre as partes e os magistrados, desde a primeira instância, ocorra de uma forma mais segura para todos.

Em outras palavras, havendo uma estrutura clara e sólida nos fundamentos determinantes da questão jurídica produzida pelas Cortes Supremas poderá possibilitar que os participantes de uma demanda de piso possam debater seu direito considerando o(s) fundamento(s) jurídico(s) que formaram o precedente. Isso é o que dará sustento ao caminho que será dialogado nos casos sucessivos junto às instâncias de origem.³⁸

Essa afirmação acompanha um outro raciocínio, um que acredita que uma sólida estruturação das questões jurídicas dá pouca margem para manobras dissimuladoras por quem detém o poder, e esse é um outro obstáculo real a ser enfrentado. Mas, mesmo sem a solução deste último ponto, reafirma-se a ideia de que a influência de sujeitos com conexões pessoais politicamente consideráveis precisa de uma forte estrutura participativa dos vulneráveis no processo para poder se pensar na garantia de uma entrega satisfatória da justiça procurada.

Contudo, a prática desse cenário não é tão simples de se ver concretizada. Há dilemas conceituais em torno da origem, da formação e do alcance dos efeitos dos precedentes que colocam uma aparente incompatibilidade na sua incorporação dentro do sistema *civil law* (NUNES & TEIXEIRA, 2013). E é nesse sentido que seguirá o debate final do trabalho.

³⁸MITIDIERO, Daniel. Parte III - O Modelo de Cortes Superiores. in: **Cortes Superiores e Cortes Supremas** [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/101686396/v3/document/119516142/anchor/a-119516142>. Acesso em junho de 2022.

4. A CONVERGÊNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS PARA O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

Os dilemas conceituais indicados na última afirmação do capítulo anterior não se sustentam como justificativa capaz de impossibilitar a assunção de um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. Muito embora um sistema de precedentes de origem no *common law* se apresente como declaração ou constituição de um direito a partir de considerações dos costumes gerais³⁹ há pontos de interseção entre os dois sistemas que possibilitam assumir um ideário de precedente no Brasil. A formação da decisão judicial é uma delas (MARINONI, 2009).

Explicando melhor, não é modelo de decisão do *common law* que abre o debate sobre a pseudo incompatibilidade do sistema puro de precedentes junto ao sistema *civil law*. Em ambos os modelos, a decisão do juiz não cria um direito igual a uma lei,⁴⁰ a decisão apenas emana uma ordem judicial em favor do jurisdicionado que passa a ter em suas mãos um título executivo que pode ser cobrado de maneira coercitiva. E isso ocorre tanto no *civil law* quanto no *common law* (*ibidem*). A lei, por sua vez, é produto do legislativo e fonte primária do direito nos dois sistemas.

Nesse sentido, o que tensiona a assunção de um sistema de precedentes dentro do contexto nacional são os elementos que o constituem, principalmente se levar em consideração a teoria geral dos precedentes de Taruffo (1994), que indica a necessidade de se observar o instituto a partir das seguintes dimensões: dimensão institucional do precedente; dimensão objetiva do precedente; dimensão estrutural do precedente; e dimensão da eficácia.

De forma bem simplória, as dimensões podem ser caracterizada da seguinte forma: por dimensão institucional, leva-se em consideração o estudo do precedente no contexto da organização do Judiciário, que pode ser tanto no sentido vertical quanto no horizontal; ou ainda no auto precedente; por dimensão objetiva o estudo dos precedentes tem como referencial a parte da decisão que constituirá o acerto vinculativo para o futuro, ou seja, a *ratio decidendi*, assim como as partes que compõem a decisão, mas não são vinculantes, a *obiter dictum*; já por dimensão estrutural, a reflexão se volta ao número de julgados qualificados que serão utilizados

³⁹ A depender da teoria assumida (declaratória ou constitutiva) a decisão judicial no sistema *common law* pode ter caráter declaratório do costume ou constitutivo, como produto da vontade dos julgadores.

⁴⁰ Tanto no *civil law* como no *common law* a decisão judicial não é igual a lei. A criação do direito com força de lei é produto exclusivo do legislativo.

como referência para as próximas decisões; e na dimensão da eficácia, Taruffo (1994) fala dos precedentes por graus vinculativos (vinculação absoluta, vinculação intermediária e baixa vinculação).

Todas essas dimensões constituem medidas de análise essenciais para observar a mecânica dos precedentes dentro dos variados contornos sócio-jurídicos, que por sua vez não se confundem com a jurisprudência, coleção de acórdãos estruturados, proferidos pelos colegiados dos Tribunais.

Nessa linha, ainda falando sobre os aspectos que circundam o conceito dos precedentes, importa consignar que Taruffo (1994) fez voz ativa sobre a necessidade de distinguir previamente jurisprudência de precedente para somente a partir disso discorrer sobre a força expansiva que este último tem carregado nos ordenamentos jurídicos mais modernos, conforme se observa no trecho extraído do período sobre precedente e jurisprudência:⁴¹

Quando se fala do precedente se faz normalmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos.

[...]

Isso implica várias consequências, dentre as quais a dificuldade - frequentemente de difícil superação - de estabelecer qual seja a decisão que verdadeiramente é relevante (se houver uma) ou então de decidir quantas decisões são necessárias para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma.

Apesar disso, como frequentemente acontece, a quantidade condiciona a qualidade, o que permite, assim, identificar uma diferença *qualitativa*, entre precedente e jurisprudência.

O precedente fornece uma regra (universalizável, como já foi dito) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou - como acontece em regra - da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. [...] É, portanto, o juiz do caso sucessivo que estabelece se existe ou não existe o precedente e desta forma - por assim dizer - 'cria' o precedente.

[...]

O emprego da jurisprudência tem características bem diversas. Primeiramente, falta a análise comparativa dos fatos, ao menos na grandíssima maioria dos casos. [...] Aqui, portanto, uma primeira diferença assaz relevante: em regra, os textos que constituem a nossa jurisprudência *não incluem os fatos* que foram objetos das decisões, por isso a aplicação da regra formulada em uma decisão precedente não se funda sobre analogia dos fatos, mas sobre subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma regra geral.

[...]

⁴¹ Embora o trabalho escrito por Taruffo (1994) tenha uma convergência ao descrédito na assunção de um sistema de precedentes no Brasil, os conceitos extraídos do trabalho são atuais e aproveitáveis para a compreensão que se quer projetar na dissertação. Ainda, é importante considerar que o periódico foi escrito em 2011, tempos antes da promulgação e da conjuntura que se segue após a implementação do CPC de 2015.

Como se aludiu, a jurisprudência é formada por um conjunto de sentenças, ou melhor: por um conjunto de subconjuntos ou de grupos de sentenças, cada um dos quais pode incluir uma elevada quantidade de decisões.

[...]

Voltando a falar do precedente, existem duas ordens de consideração que merecem ser aqui acenadas.

A primeira consideração diz respeito à determinação daquilo que se considera como precedente em sentido próprio, ou seja, aquela parte da sentença a qual se faz referência para derivar dela a regra de juízo para o caso sucessivo.

[...]

A segunda consideração se relaciona à eficácia do precedente. Nesse propósito, observa-se que a tradicional e corrente distinção entre precedente vinculante, que seria típico dos ordenamentos de common law, é amplamente contestável. Parece bem mais apropriado falar de força do precedente para indicar o grau ou intensidade com o qual ele consegue influir sobre decisões sucessivas. (TARUFFO, 1994, pp. 142-147)

Conforme se observa, o sistema de precedentes possui uma lógica que não coloca na responsabilidade de um magistrado a criação de um direito a partir de uma decisão judicial. Ao fornecer uma regra universalizável, aplicável a casos sucessivos, há presunção de que houve um trabalho coletivo anterior com aprofundamento das questões fáticas e jurídicas que formaram o produto da *ratio decidendi*.

Tomando as lições de Marinoni (2022), o precedente é definido pela sua formação e não pelo seu resultado. Quando uma Corte Suprema atribui sentido ao direito mediante discussão profunda da questão jurídica levada como objeto para deliberação do colegiado especial, ali poderá ter um precedente:

Atribuir sentido ao direito requer discussão sobre as questões de direito. Só quando a questão de direito é objeto de adequada deliberação e a maioria do colegiado compartilha do mesmo fundamento para resolvê-la é que se pode falar em *ratio decidendi* e, portanto, em precedente.

O precedente, embora espelhe uma decisão que compartilha um mesmo fundamento para solução da questão de direito, está necessariamente relacionado com o quadro fático em que a questão jurídica está inserida. A Corte Suprema obviamente não analisa os fatos ou valora provas, mas argumenta de acordo com a realidade fática que envolve a *quaestio iuris* a ser solucionada. (MARINONI, 2022, RB-4.7)

Há na estrutura do precedente um conjunto de elementos que, além de levar em consideração um caso particular que fornece uma regra geral atribuída pela razão de decidir (*ratio decidendi*), indica a necessidade de se ter uma atividade estruturada no colegiado da Corte de Cassação. Isso quer dizer que o órgão especial, lugar responsável por emitir a orientação

máxima da Corte, é quem possui a responsabilidade de avaliar e garantir a existência e o cumprimento da norma anterior que sustenta o resultado da demanda (TARUFFO, 2011).

A atividade que o Judiciário exerce ao criar um precedente vai muito além do mito de ser criador de uma fonte primária com força de lei. É justamente com base em uma norma anterior que o Judiciário realiza a atividade interpretativa para conferir sentido à lei (MARINONI, 2009). Nesse sentido, a abordagem apresentada por Marinoni (2009, p. 5) em um de seus escritos sobre críticas ao uso de precedentes no Brasil, esclarece que a formação do precedente não é um ponto de incompatibilidade com o sistema *civil law*:

Quando se diz que o juiz do *common law* cria o direito, não se está pensando que a sua decisão tem a mesma força e qualidade do produto elaborado pelo legislativo, isto é, da lei. A decisão se equipara à lei pelo fato de ter força obrigatória.

[...]

A circunstância de o precedente ser admitido como fonte de direito está muito longe de constituir um indício de que o juiz cria o direito a partir de sua própria vontade. Nessa perspectiva, a força obrigatória do precedente, ou a admissão do precedente como fonte de direito, não significa que o judiciário tem poder para criar o direito.

Como se vê, o trabalho do Judiciário na criação do precedente não conflita com a atividade do Legislativo porque aquele não cria uma fonte primária com força de lei. Pelo contrário, ele precisa de uma lei anterior para firmar a orientação jurídica sobre determinada questão anteriormente colocada em dúvida. Desse modo, o que parece fazer sentido nos vários debates sobre a incompatibilidade dos sistemas são os elementos que os magistrados utilizam para proferir a decisão, ou ainda, o grau de importância que é dado às interpretações proferidas pelos Tribunais, o que por sua vez, nada tem a ver com o mito de que o sistema *common law* se sustenta nos costumes porque há carência legislativa.

Continuando nesse raciocínio, a ideia exposta por Marinoni (2009, p. 5) em um de seus escritos sobre aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* permite depreender que, de fato, a carência legislativa nunca foi causa fundamental para justificar o uso dos sistemas de precedentes, nem no sistema jurídico inglês e nem no americano:

Note-se, portanto, que, ainda que se possa admitir que o *common law*, na sua origem inglesa, era complementado pelo legislativo, ou que a atuação do legislativo era aí pouco intensa, a existência de lei não se opõe ao *common law*, ou, mais importante ainda e bem mais fácil de ser visualizado, a profusão de leis não exclui a necessidade de um sistema de precedentes.

No *common law*, a autoridade da lei é superior a das decisões judiciais e não o contrário. De modo que a quantidade de leis e o seu grau de autoridade constituem critérios inúteis para distinguir os sistemas de *common law* e *civil law*.

Complementando a inteligência da compatibilidade do uso de precedentes no sistema civilista, Marinoni (2009, p. 47) aborda a questão discorrendo sobre a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil, nos seguintes termos:

Não se pense que o *civil law* é caracterizado pelos Códigos e pela tentativa de completude da legislação, enquanto o *common law* tem uma característica exatamente contrária, de inatividade legislativa. O *common law* também tem intensa produção legislativa e vários Códigos. O que realmente varia do *civil law* para o *common law* é o significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exercia ao considerá-los. No *common law*, os Códigos jamais tiveram a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflituos. No *common law*, jamais se acreditou, ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença pode ser vista entre o *civil law* e o *common law*, tal distinção está na ideologia subjacente às ideias de Código.

O esclarecimento conferido pelo professor Marinoni (2009) corrobora o que foi colocado linhas atrás e indica que não é a estrutura positivista o obstáculo para o Brasil acolher os precedentes como um orientador das relações sócio-jurídicas. Ao contrário, é viável vislumbrar no contexto jurídico nacional a recepção do instituto sem romper com a base estrutural já consolidada.

Nesse ponto, o também processualista Mancuso faz menção à natural mudança de comportamento que o Poder Judiciário vem passando ao longo do tempo. Ao discorrer sobre o direito pretoriano na experiência brasileira, o professor coloca que mesmo diante da clara adoção de um sistema positivista, de “direitos codicísticos (CF, art. 5º, *caput*, e inciso II)” a variação jurisprudencial associada à alta demanda do Judiciário fez com que os atores do sistema judicial voltassem atenção a um direito jurisprudencial, emanado dos tribunais sem que isso configure incompatibilidade jurídica (MANCUSO, 2019).

Essa abordagem demonstra que a assunção dos precedentes no sistema pátrio é possível e pode trazer mais segurança e igualdade aos jurisdicionados sem que isso desconfigure o *civil law*. Contudo, para que essa situação seja aceita com mais solidez pela comunidade jurídica, é necessário passar pela ponderação de que pode ocorrer uma transformação de paradigmas, compatível com o constitucionalismo nacional.

Acredita-se que a defesa da compatibilidade do *civil law* e o uso de precedentes engloba uma tolerância mais flexível à ampliação do papel do magistrado, deixando de lado a antiga ideia de que ele representa apenas a boca da lei. Embora haja o dever de se respeitar as

leis dispostas pelo Poder Legislativo, a atuação do magistrado em um sistema que admite o uso vinculativo de precedentes pede espaço para reconhecer que ele tem um papel mais dinâmico.

Desde a constitucionalização do processo, calcada em 1988, muito se projetou para atividade do Judiciário enquanto poder instituído para proteger a aplicação do direito e garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais. Tão logo, falar de posicionamento mais ativo do juiz não é novidade nem surgiu com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015). Mas, mesmo sendo um discurso de mais de 30 anos, ainda hoje é um assunto que chama debate para analisar os limites de atuação que o magistrado pode ter.

Desse modo, quando entra em cena um novo quadro jurídico que coloca no Poder Judiciário a possibilidade de criar norma jurídica, o receio de haver sobreposição de poderes ganha mais atenção. Mas, do mesmo modo que foi esclarecida a regularidade do poder vinculativo e *erga omnes* às decisões das ações diretas de inconstitucionalidade, é possível romper barreiras culturais para admitir que a postura ativa do juiz provocando o respeito a precedentes vinculativos faz parte do ideal Estado democrático de direito.

Essa colocação ainda não tem uma fórmula assertiva para ocorrer, mas tão logo seja assumida com naturalidade a mudança de comportamento dos sujeitos que representam o Judiciário, mais fácil será dialogar sobre os efeitos dos precedentes no acesso à justiça. Assim, a expectativa projetada na assunção dos precedentes deve guardar respeito ao olhar das especificidades do ideário Estado Democrático de Direito, como cita, por exemplo, o professor Marinoni (2009, pp. 47-49) em um outro discurso, sobre transformação do *civil law* e a oportunidade de um sistema precedentalista:

Percebe-se que há, no *civil law*, preocupação em negar ou obscurecer - ou talvez tornar irrelevante - o papel que o neoconstitucionalismo impôs ao juiz. Há completo descaso pelo significado da nova função judicial. Não há qualquer empenho em ressaltar que o juiz, no Estado constitucional, deixou de ser um mero servo do legislativo. A dificuldade em ver o papel do juiz sob o neoconstitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*. É exatamente a cegueira para a aproximação destes juízes que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*.

[...]

A segurança e a igualdade, postuladas na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, estão a exigir, num modelo transformado pelo constitucionalismo, o sistema de precedentes, estabelecido para tutelar a segurança no ambiente do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isto, fez surgir o princípio inspirador do *stare decicis*, de que casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*).

Embora deva ser no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais, ainda não se vê reação concreta a esta situação da parte dos advogados brasileiros.

Desse modo, o discurso do que representa a figura do juiz na perspectiva do *neoconstitucionalismo*, de agente criativo na exploração da norma, que pode produzir conteúdo jurídico com força vinculativa, está alinhado ao Estado democrático de direito e não desnatura a democratização do processo. Ao contrário, com todas as cautelas que devem guardar a postura do juiz, é possível ver na dinâmica do uso dos precedentes uma forma de caracterizar a efetividade do acesso à justiça. Contudo, essa não é uma concepção simples de se alcançar quando se projeta um receio de se ter um excesso ou mesmo sobreposição das funções gerenciais e judicantes do(s) magistrado(s).

Assim sendo, é preciso atentar-se às considerações históricas que o sistema jurídico passou para se chegar ao atual contexto sócio-jurídico, para, então, a partir disso, ser possível ponderar sobre a compatibilização de discursos sobre sistemas aparentemente distintos e, dessa forma, fazer cumprir os anseios de um sistema jurídico constitucionalmente democrático. Algo que se quer projetar junto à atividade das Cortes de Superposição.⁴²

Desse modo, passaremos à análise do processo evolutivo do acesso à justiça como medida de reflexão ao desenvolvimento de um raciocínio que compatibiliza o uso dos precedentes judiciais como um dos caminhos à efetivação do acesso à justiça.

4.1 A evolução da definição de acesso à justiça

O desenvolvimento dos estudos sobre acesso à justiça é marcado pela íntima relação com os limites de atuação estatal. A conotação dos direitos fundamentais representados pelos paradigmas jurídicos das realizações de direito marca a interseção do princípio constitucional com a atividade política que o representa. Nessa ordem de ideias, a percepção historiográfica da organização estatal se mostra relevante para a análise do viés interpretativo do princípio, uma vez que é a partir da compreensão do contexto social enfrentado que poderá ser trabalhada a ideia de (in)correção do caráter de justiça.

⁴² A designação do termo juiz colocada no período deve ser compreendida em sentido amplo, incluindo ali a ideia de magistrados que compõem as Cortes de Superposição.

Para tanto, tomo as lições indicadas por Nunes (2008, p. 68, *apud* Jurgen Habermas), que discorre:

As ordens jurídicas concretas não representam somente modalidades diversas na realização de direitos e princípios idênticos. Nela se refletem também paradigmas jurídicos distintos entre eles. Estes últimos, eu concebo como concepções exemplares, mediante as quais uma comunidade jurídica enfrenta o problema de realizar o sistema de direitos e princípios do Estado de Direito, a partir de uma percepção efetiva do contexto social dado.

Um paradigma jurídico explica, com a ajuda de um modelo da sociedade contemporânea, de que modo devem entender-se e manejar-se os princípios do Estado de direito e dos direitos fundamentais, para que possam cumprir, no contexto dado, as funções que normativamente lhes atribui. Um modelo social do Direito (Wieacker) representa algo assim como a teoria implícita que, na sociedade, tem o sistema jurídico, quer dizer, a imagem que este faz do seu ambiente social. O paradigma jurídico indica então como no marco de tal modelo podem entender-se e realizar-se os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito (tradução livre, por Dierle Nunes)

Antes do paradigma liberal do século XIX, a justiça estava lastreada por um pluralismo jurídico estruturado em jurisdições feudais, balizada pelas arbitrariedades dos juízos e complexas formações processuais. Nesse momento histórico, não havia uniformidade nas fontes legislativas nem nas regras processuais para julgamento dos casos o que “acabava por delinear uma doutrina processual caótica e por provocar o esvaziamento da função diretora do juiz, atribuindo esta aos advogados que a utilizavam de modo mais hábil, com o fim de beneficiarem das dúvidas interpretativas das quais o processo é fonte inesgotável” (NUNES, 2008, p. 62).

A partir do século XIX, a estrutura sócio-jurídica passou para um formato mais organizado em que se colocou o Estado em um pólo exclusivo de atuação na esfera pública e a sociedade no espectro do direito privado. Tal demarcação foi considerada um marco histórico para o reconhecimento das funções estatais e ao mesmo tempo representou um estabelecimento da autonomia dos interesses privados.

Essa conjuntura foi vista com muito otimismo pela sociedade em geral. Contudo, ao longo do século, ganhou contornos de expansão na autonomia privada que conflitaram com o fortalecimento dos interesses sociais sem dar espaço para vozes na estrutura estatal que pudessem intervir em favor dos mais vulneráveis.

Esse contexto não era algo estranho para sociedade, mas estava em conflito com o que foi projetado por um Estado liberal. Viu-se no desenvolvimento da sociedade um fortalecimento da ingerência de interesses particulares no âmbito do poder legislativo que

elevou o destaque da parcela do poder estatal com supremacia aos demais poderes. Ali, a atividade mínima do Estado passou a servir apenas para preservação da soberania daqueles que detinham poder econômico e preservação da ordem pública, direcionada pelos princípios da reserva legal e da separação dos poderes.

Nessa trajetória houve várias outras mudanças com o viés da separação dos poderes e autonomia da esfera privada, mas nenhuma delas chegou a incluir o acesso à justiça como um princípio normatizado porque a análise da inclusão social ainda não era vista como uma questão jurídica. Como aponta Nunes (2013, pp. 21):

Muito embora o acesso à justiça fosse reconhecido como direito natural, a questão estava fora da encruzilhada do sistema jurídico-processual com os conteúdos sociopolíticos. Não porque os contrastes sociais fossem ignorados, mas porque todo o estudo da atividade processual era ainda um fenômeno introspectivo(...) A despolitização do discurso jurídico não permitia observar as questões de inclusão social como um problema genuinamente da justiça, ou jurídico. (...) Afastar a ‘pobreza no sentido legal’ - a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar a justiça e as instituições - não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens; no sistema do ‘laissez faire’ só podia ser obtida por aqueles que pudessem arcar com os seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram condenados por sua sorte o acesso formal, mas não efetivo justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, não material.

No final do século XIX, havia uma conjuntura de desigualdades sociais que já não convivia em harmonia com o primado da igualdade material. As fórmulas da “visão radicalmente antagônica entre as esferas pública e privada, o cânone da igualdade formal, a supremacia do legislativo”, já não se revelaram capazes de manter a integração social. E foi nesse contexto de ruptura que a juridicidade do acesso à justiça ganhou espaço para ser inserida no acervo temático de interesse da ordem jurídica, como bem explicam Nunes e Teixeira (2013, pp. 24-25):

A visão radicalmente antagônica entre as esferas pública e privada, o cânone da igualdade formal, a supremacia do legislativo, todas essas fórmulas já não se revelaram capazes de manter a integração social. É só a partir da erosão da supremacia liberal e da inclusão de novas exigências de fundamentação e legitimação material do direito e do exercício do poder estatal que o problema do acesso à justiça será juridicamente divisado, afinal, como o tema que ‘mais directamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-económica’.

A partir desse momento, vieram as primeiras ressonâncias do socialismo jurídico com a crença de que o direito poderia servir como um “instrumento de transformação social”,

surgiu ali o protagonismo do magistrado no papel de educador jurídico e ao mesmo tempo “representante dos pobres”, como se observa nas palavras dedicadas por Nunes (2008, p. 80):⁴³

Meneger, tomando, em parte, por base as soluções técnicas do *Prozess-Ordnung*, da Prússia (1781), propõe alterações profundas no sistema de administração da justiça civil mediante um reforço do papel judicial. Caberia ao juiz a assunção de um duplo papel: a) de educador: extraprocessualmente, este deveria instruir todo cidadão acerca do direito vigente, de modo a auxiliá-lo na defesa de seus direitos; b) de representante dos pobres: endoprocessualmente o juiz deveria, em contraste com a imparcialidade e com o princípio do dispositivo, assumir a representação da classe mais pobre.

Essa linha de representação judicial em prol dos mais vulneráveis foi um marco decorrente do realismo jurídico que tinha o intuito de apresentar na instrumentalidade processual as soluções para a transformação social. A fase de estudos em torno desse momento jurídico-social foi comungada por vários nomes que refletiam sobre a temática e muitos deles indicavam que papel do Poder Judiciário passou a ser de “uma instituição estatal de bem-estar social com enorme significado político, econômico e social do processo” (NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 83), fazendo com que os ensinamentos em torno da finalidade processual se voltassem para pacificação social, e o Judiciário se colocasse em uma função assistencial.

Nessa ordem de ideias, as reformas processuais que se seguiram na Europa no final do século XIX e início do século XX giraram para essas perspectivas e encontraram no magistrado a possibilidade de criar circunstâncias de favorecimento dos mais vulneráveis.

No Brasil, a socialização do processo surgiu no Código de Processo Civil de 1939 e, ainda na fase introdutória do novo diploma, o Ministro Francisco Campos externou o intuito de trazer para o processo a instrumentalidade para efetivação da justiça social, colocando a figura do magistrado como um protagonista para atuar ativamente na administração da justiça e, dessa forma, concretizar a defesa do direito, principalmente em favor dos mais fracos, assim expondo:

Essa reforma do processo, destinada a pôr sob a guarda do Estado a administração da justiça, subtraindo-a à discreção dos interessados, tem um sentido altamente popular. Nenhum ramo da ciência jurídica se havia tornado tão hermético como o processo; dos complicados lances em que se esmeravam os malabaristas da vida forense, o povo deixara há muito de perceber as razões do fracasso ou do êxito, A ordem judiciária tornara-se inacessível à

⁴³ A concepção da instrumentalidade do direito para transformação social foi trazida por Nunes com a indicação de Meneger como um dos expoentes expressivos do discurso do direito processual socializador. Meneger “defende uma maior intervenção legislativa, com a reestruturação de alguns institutos jurídicos processuais ” como um maior protagonismo judicial para alcançar a igualdade material” (2008, p.80).

compreensão popular, e com isto obliterava uma das finalidades mais altas do Direito, que é introduzir e manter a segurança nas relações sociais. (...)
Nesse sentido, o novo processo é eminentemente popular. Pondo a verdade processual não mais apenas a cargo das partes, mas confiando numa certa medida ao juiz a liberdade de indagar dela, rompendo com o formalismo, as ficções e presunções que o chamado 'princípio dispositivo, de 'controvérsia' ou 'contradição', introduzira no processo, o novo Código procura restituir ao público a confiança na Justiça e restaurar um dos valores primordiais da ordem jurídica, que é a segurança nas relações sociais reguladas pela lei.
Noutro sentido ainda, podemos falar do cunho popular do novo processo; ele é um instrumento de defesa dos fracos, a quem a luta judiciária nos quadros do processo anterior singularmente desfavorecia. (BRASIL, 1939)

Com isso, o formato que foi projetado para o sistema processual, colocou no diploma legal uma expectativa de acesso à justiça com um escopo inicialmente para dentro do processo, endoprocessual, no qual o caráter oralista da instrução processual e a atuação ativa do magistrado fossem capazes de fomentar o anseio de se ter no transcurso do julgamento a oportunidade de ser implementada a descoberta da verdade. Entretanto, a realidade prática não configurou essa perspectiva.

A legislação posta em prática não foi suficiente para os fins que se almejava, o formato da instrução processual veio prescrita com uma fórmula que não era dada oportunidade para os atores do processo debater o direito material de forma equilibrada, somente na fase decisória que praticamente havia abertura para eventual discussão que permitiria o reequilíbrio em favor do mais fraco.

Essa situação enfraqueceu a perspectiva socializadora que se projetava para o Judiciário porque mesmo atuando com base em uma legislação oral a condução do procedimento “se dava como se a legislação fosse liberal e escrita” (NUNES e TEIXEIRA, 2013, p. 98). Muito embora tivesse uma norma orientativa para o acesso a uma justiça social, a imposição do poder dos mais fortes continuou a predominar nas demandas judiciais, algo típico do comportamento das instituições estatais que não estavam (não estão) preparadas para legitimar o gozo de bens materiais e imateriais em favor do povo.

Viu-se na reforma do modelo judicial brasileiro o acometimento da patologia da sobreposição dos interesses de quem detém o poder em detrimento da teleologia da norma, o que, ao longo do tempo, levou ao esvaziamento do papel que se projetava no processo, de garantidor da implementação de direitos fundamentais.

Desse contexto, a questão que fica é: como ou por que a fórmula legislativa não deu certo?

Enquanto se estava em um cenário de desestruturação dos Poderes ou ausência de identidade dos anseios do Estado, era previsível a sobreposição da força econômica sobre a sociedade comum. Contudo, após a ruptura do modelo estatal com a expressa demonstração da finalidade dos poderes instituídos e reorganização das normas, a dúvida ressalta a curiosidade de se compreender o que não deu certo (não está dando certo). E é na filosofia que talvez se encontre um auxílio para assimilar o contexto dos critérios adotados pelo Estado.

A filosofia moderna deixou de lado o foco na dedicação ao estudo sobre a essência das coisas, dos entes, sobre as representações da razão e das consciências. Passou a ser possível encontrar nesse campo de aprendizagem arranjos teóricos que refletiram sobre a importância da compreensão da linguagem, com sua significação expressa nos textos, que reproduzem na esfera crítica do nosso cotidiano (OLIVEIRA, 2015).

Nesse sentido, coloca-se em relevo a reflexão sobre a influência que a argumentação jurídica pode exercer na construção da estrutura prática do Estado.

Nas palavras iniciais de Marc Comick (2008, p. 12) em *Retórica e Estado*, esse ponto é trazido tão logo em seu prefácio. Ali aborda-se que a argumentação é elemento essencial a ser observado pela sociedade, na medida em que “ela é a chave para a possibilidade de um Estado de Direito genuinamente objetivo.” Com isso, o direito proclamado pelo Poder Judiciário pode ser capaz de “expressar a vontade racional de toda a sociedade”.

Dessas considerações, voltamos então ao ponto do questionamento: por que a fórmula legislativa não deu certo?

Não há uma resposta assertiva, mas é possível enxergar uma explicação a partir da(s) estrutura(s) construída(s) na(s) argumentação(ões) dos julgamentos judiciais, na medida em que ela(s) até então era(m) baseada(s) em um sistema com ampla liberdade de julgamento sem um referencial diretivo com poder de coerção.

Nesse contexto, a argumentação jurídica entra no escopo de análise como mecanismo de diálogo para alcançar a efetividade do acesso à justiça como teoria do direito.

4.2 Mecanismo de diálogo interpretativo na *ratio* para efetividade do acesso à justiça

Do que foi abordado na seção anterior, é possível depreender que é necessário que os atores do sistema de justiça estejam alinhados com as projeções emitidas pelas forças institucionais para então, somente assim, poder pensar na concretização do produto legislativo.

A preocupação que se coloca no momento decorre da compreensão de que a formação das orientações jurídicas não é produto exclusivo do Poder Judiciário. Dentro de uma estrutura Estatal há poderes autônomos com funções típicas e atípicas, todas as esferas de poder têm sua parcela legislativa, executiva e judiciária, e a soma de todas elas forma a base orientativa do Estado de direito. Essa conclusão coloca o sistema de justiça como uma pequena parcela que integra e expõe o resultado daquilo que as forças institucionais do Estado querem projetar para determinado contexto social.

Nessa ordem de ideias, o exercício de análise e interpretação da ordem normativa, assim como da argumentação jurídica, vêm como pano de fundo para elucidar o percurso interno que justificou e motivou a elaboração dos enunciados estatais produzidos.

A dedicação em se discutir e conhecer o processo de formação do produto estatal, permite verificar as variáveis racionais que se fizeram presentes durante a edição de uma norma.⁴⁴ As subjetividades insertas no percurso formativo não é na medida que se desvenda pela simples visualização da opção política do emissor, é preciso observar os aspectos que circundam o contexto social, econômico e moral para então, permitir a realização de um trabalho contextualizado às dinâmicas das inovações em uma determinada tradição jurídica (ROESLER, 2018).

Nessa linha, a inteligência do filósofo MacCormick (2008) em retórica e estado de direito contribui com a ideia acima ao lecionar que a interpretação do direito não é um produto isolado abstraído de valores e interesses à ordem institucional, ela se faz presente como algo que equivale “a uma moldura comum de compreensão e interpretação compartilhada entre pessoas de um mesmo contexto social” (MACCORMICK, 2008, p. 8).

Todo esse percurso introdutório sobre a necessidade de interpretação e das justificativas que levam à necessidade de conhecer o processo argumentativo tem sua razão de ser na curiosidade do expectador em conhecer melhor as bases estruturantes e os efeitos decorrentes do instituto dos precedentes judiciais.

Em linhas atrás, foi apresentada a definição dos precedentes no sentido de ser uma decisão judicial formada pelo colegiado especial de uma Corte Suprema que atribui sentido a determinada questão de direito e que necessariamente estão relacionados com um quadro fático específico (MARINONI, 2022). Com essa percepção, o ponto de relevo que chama atenção

⁴⁴ O termo “norma” é aqui designado em sentido amplo, capaz de abranger tanto o produto do legislativo quanto do judicial. Assim, será adotado o entendimento de que os precedentes judiciais configuram fonte do direito com força normativa.

para nosso trabalho está na análise dos elementos que integram a formação do precedente, por ser capaz de expressar se seu produto foi apenas direcionado exclusivamente pela força estatal ou se a interpretação proferida conferiu participação dos interessados.

Pela dicção dos arts. 926 e 927 do CPC, vê-se uma ideia contextualizada com a ordem constitucional de que há uma força cogente sobre os juízes e tribunais quando proferidas algumas categorias de decisões.⁴⁵ A perspectiva dos dois dispositivos processuais torna claro que o Brasil adotou a regra da força vinculante das decisões judiciais das Cortes de Superposição e essa afirmação pode ser visualizada em algumas decisões já proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

Tais assertos decisórios direcionam a reflexão de que o Brasil de fato adotou a doutrina do *stare decisis*, inclusive com abertura para modulações e superação de seu entendimento. Nesse ponto, peço licença para apresentar algumas dessas decisões com o intuito de expor que essa ideia não foi extraída na exclusividade do raciocínio deste trabalho.

EMENTA: INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA. ART. 93, I, CRFB. EC 45/2004. TRIÊNIO DE ATIVIDADE JURÍDICA PRIVATIVA DE BACHAREL EM DIREITO. REQUISITO DE EXPERIMENTAÇÃO PROFISSIONAL. MOMENTO DA COMPROVAÇÃO. INSCRIÇÃO DEFINITIVA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. ADI 3.460. REAFIRMAÇÃO DO PRECEDENTE PELA SUPREMA CORTE. PAPEL DA CORTE DE VÉRTICE. UNIDADE E ESTABILIDADE DO DIREITO. VINCULAÇÃO AOS SEUS PRECEDENTES. STARE DECISIS. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE SUPERAÇÃO TOTAL (OVERRULING) DO PRECEDENTE. 1. A exigência de comprovação, no momento da inscrição definitiva (e não na posse), do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito como condição de ingresso nas carreiras da magistratura e do ministério público (arts. 93, I e 129, §3º, CRFB - na redação da Emenda Constitucional n. 45/2004) foi declarada constitucional pelo STF na ADI 3.460. 2. Mantidas as premissas fáticas e normativas que nortearam aquele julgamento, reafirmam-se as conclusões (ratio decidendi) da Corte na referida ação declaratória. **3. O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes. 4. Conclusão corroborada pelo**

⁴⁵ É importante considerar que o presente trabalho comunga da ideia lecionada pelo professor Marinoni (2022, p. RB-4.6) no sentido de que os arts. 926 e 927 possuem caráter meramente exemplificativo, na medida em que o caráter vinculativo de determinadas decisões proferidas pelas Cortes Supremas decorrem das próprias normas constitucionais, *verbis*: “portanto, o art. 927 do CPC, além de desnecessário, tem caráter meramente exemplificativo. À parte das súmulas-que obviamente não são precedentes e só existem por terem que ser respeitadas -, decisões lembradas nos seus incs. I e III estão situadas entre os precedentes das Cortes Supremas. Precedentes é gênero, que obviamente encarta os precedentes firmados em controle concentrado (art.927, I, do CPC) e os precedentes estabelecidos em ‘julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos’ (art. 927, III, do CPC). Já as decisões proferidas nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas - deixando-se de lado, por enquanto, a questão da ilegitimidade constitucional das decisões que prejudicam os que não participaram -, deveriam ser observadas em razão de sua natureza *erga omnes*.”

Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do stare decisis, que “densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação”. (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016). 5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do stare decisis relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que “impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos”. (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013). 6. Igualmente, a regra do stare decisis ou da vinculação aos precedentes judiciais “é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária.” (ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiro, 2011). 7. Nessa perspectiva, a superação total de precedente da Suprema Corte depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implicam ou implicarão inconstitucionalidade. 8. A inoportunidade desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado. 9. Tese reafirmada: “é constitucional a regra que exige a comprovação do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito no momento da inscrição definitiva”. 10. Recurso extraordinário desprovido. (RE 655265, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-164 DIVULG 04-08-2016 PUBLIC 05-08-2016) (grifo nosso)⁴⁶

No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS, MORATÓRIOS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM AÇÕES EXPROPRIATÓRIAS. DECRETO-LEI N. 3.365/1945, ARTS. 15-A E 15-B. ADI 2.332/STF. PROPOSTA DE REVISÃO DE TESES REPETITIVAS. COMPETÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA DAS TESES ANTERIORES À EMENDA 26/2016. CARÁTER ADMINISTRATIVO E INDEXANTE. TESES 126, 184, 280, 281, 282, 283 E SÚMULAS 12, 70, 102, 141 E 408 TODAS DO STJ. REVISÃO EM PARTE. MANUTENÇÃO EM PARTE. CANCELAMENTO EM PARTE. EDIÇÃO DE NOVAS TESES. ACOLHIMENTO EM PARTE DA PROPOSTA. MODULAÇÃO. AFASTAMENTO.

⁴⁶ Julgado extraído do portal do Supremo Tribunal Federal. Acesso em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plura=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22stare%20decisis%22&sort=score&sortBy=desc. Visitado em junho de 2022.

1. Preliminares: **i) a Corte instituidora dos precedentes qualificados possui competência para sua revisão, sendo afastada do ordenamento nacional a doutrina do stare decisis em sentido estrito (autovinculação absoluta aos próprios precedentes);** e ii) não há que se falar em necessidade de sobrestamento da presente revisão à eventual modulação de efeitos no julgamento de controle de constitucionalidade, discussão que compete unicamente à Corte Suprema.

2. Há inafastável contradição entre parcela das teses repetitivas e enunciados de súmula submetidos à revisão e o julgado de mérito do STF na ADI 2332, sendo forçosa a conciliação dos entendimentos.

3. No período anterior à Emenda Regimental 26/2016 (DJe 15/12/2016), as teses repetitivas desta Corte configuravam providência de teor estritamente indexante do julgamento qualificado, porquanto elaboradas por unidade administrativa independente após o exaurimento da atividade jurisdicional. Faz-se necessário considerar o conteúdo efetivo dos julgados para seu manejo como precedente vinculante, prevalecendo a ratio decidendi extraída do inteiro teor em caso de contradição, incompletude ou qualquer forma de inconsistência com a tese então formulada. Hipótese incidente nas teses sob revisão, cuja redação pela unidade administrativa destoou em parte do teor dos julgamentos em recursos especiais repetitivos.

4. Descabe a esta Corte interpretar o teor de julgado do Supremo Tribunal Federal, seja em cautelar ou de mérito, sendo indevida a edição de tese repetitiva com pretensão de regular seus efeitos, principalmente com caráter condicional.

[...]

Explicita-se simultaneamente a validade dos enunciados à luz das normas então vigentes e sua derrogação pelas supervenientes.

Providência de simplificação normativa que, ademais, consolida em tese indexada teor de julgamento repetitivo já proferido por esta Corte.

15. Manutenção da Súmula 141/STJ ("Os honorários de advogado em desapropriação direta são calculados sobre a diferença entre a indenização e a oferta, corrigidas monetariamente.").

16. Cabe enfrentar, de imediato, a questão da modulação dos efeitos da presente decisão, na medida em que a controvérsia é bastante antiga, prolongando-se há mais de 17 (dezesete) anos pelos tribunais do país. Afastase a modulação de efeitos do presente julgado, tanto porque as revisões limitam-se a explicitar o teor dos julgamentos anteriores, quanto por ser descabido a esta Corte modular, a pretexto de controle de efeitos de seus julgados, disposições que, a rigor, são de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, por versarem sobre consequências do julgamento de mérito de ADI em disparida de com cautelar anteriormente concedida.

17. Proposta de revisão de teses repetitivas acolhida em parte.

(Pet n. 12.344/DF, relator Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 28/10/2020, DJe de 13/11/2020.) (grifo nosso)

RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, INC. I, DA LEI N. 8.137/90). NULIDADE DA AÇÃO PENAL POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. LANÇAMENTO DEFINITIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO E/OU CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE INEXISTENTE À ÉPOCA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA (STF, HC N. 81.611/DF). CONTROVÉRSIA JURÍDICA QUE PERDUROU NOS TRIBUNAIS ESTADUAIS E NO PRÓPRIO STJ. SALVAGUARDA DAS AÇÕES

PENAS PROCESSADAS E JULGADAS NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA NESSE PERÍODO. CERTEZA DO DIREITO. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. SÚMULA VINCULANTE N. 24-STF. FORÇA COERCIVA. STARE DECISIS. ATENDIMENTO AO SOBREPRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

[...]

7. Em nítido reconhecimento da jurisprudência como fonte do Direito, a edição da Lei n. 11.417/2006, que veio a regulamentar o art. 103 -A da CF (redação dada pela EC n. 45/2004), permitiu ao Supremo Tribunal Federal, "após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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 ou indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (...)." (art. 2º, grifou-se), o que ocorreu, a respeito da matéria, no dia 11.12.2009, com a publicação da Súmula Vinculante n. 24.

8. Veja-se que o aperfeiçoamento da interpretação moldada pelo Pretório Excelso, traduzido no entendimento vinculativo n. 24, ganha, aí sim, peso coercivo como um verdadeiro stare decisis, tal qual acontece no modelo judicial anglo saxão (commow law).

[...]

12. De qualquer sorte, antes da edição da Súmula Vinculante n. 24-STF, devem prevalecer, não somente por imperativo legal, mas também em atendimento ao Sobreprincípio da Segurança Jurídica - aqui abarcadas a reserva legal, a taxatividade e a anterioridade da lei penal -, as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, cuja certeza do direito, erigida dos fatos praticados em data que dista, e muito, da publicação do enunciado - e, como visto, do primeiro precedente acerca da questão -, estava longe de considerar o lançamento definitivo do crédito tributário, seja como condição de procedibilidade da ação penal, seja como elemento normativo do tipo do inciso I do art. 1º da Lei n. 8.137/91, nos termos do HC n. 81.611/DF (precedentes do STJ e desta Corte).

13. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.211.481/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/10/2013, DJe de 15/4/2014.) (grifo nosso)⁴⁷

Muito embora tenha sido assinalado que estamos em um sistema jurídico de precedentes que permite vinculação vertical e horizontal não se vê com clareza se há uma fórmula cogente ou no mínimo prescritiva quanto à forma de se construir o precedente, mais precisamente a *ratio decidendi*, com efetiva participação dos atores sociais que receberão os reflexos da orientação jurídica a ser apresentada.

É sabido que há permissão normativa de se convocar audiências públicas e *amicus curie* antes de proferir a decisão colegiada⁴⁸, mas a lacuna que está sendo insinuada tem a ver

⁴⁷ Julgado extraído do portal do Superior Tribunal de Justiça. Acesso em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. visitado em junho de 2022.

⁴⁸ Situação prevista nos arts. 138, 982, 1.038 do Código de Processo Civil.

com a construção dos fundamentos determinantes da decisão. Muito embora a participação de interessados externos ao processo configure mais democratização do debate antes da decisão colegiada, isso não se mostra suficiente para afirmarmos que esse procedimento amplia a participação das partes diretamente envolvidas e nem garante a efetividade do processo.

Quando se constrói um precedente, é na *ratio decidendi* que se encontra a orientação jurídica que se quer projetar, independentemente da perspectiva que se coloca na sua definição, se “um passo necessário ao alcance da conclusão”, “se um passo suficiente para o alcance da conclusão” ou se ela é o suficiente para resolução da questão (MARINONI, 2022, RB-3.16).⁴⁹ Os fundamentos determinantes que constituem a *ratio* serão o lugar de expressão da decisão, em que será possível observar o alcance da profundidade da Corte na análise da questão.

Nesse sentido, aquilo que se tornará a orientação jurídica sobre determinada questão de direito estará dentro ou ao menos em volta do que constituiu a *ratio*, atribuindo autoridade e promovendo a estabilização do assunto ali proclamado em decorrência dos efeitos que ela produz.⁵⁰ Essa disposição movimentava o debate e retorna a dúvida sobre a eficácia do modelo atual dos precedentes. Se nele está tendo o efetivo cumprimento dos direitos fundamentais, do acesso à justiça. Ou ainda, se é necessário repensar na competência das Cortes Supremas para que eles tenham eficácia?

A produção da qualidade da coisa julgada no seio do processo não está vinculada ao respeito das garantias processuais inerentes à demanda, ela ocorrerá pela simples conclusão do julgamento com a indicação do trânsito em julgado.⁵¹ A realidade que se afirma desloca a fiscalização da devida fundamentação (art. 489 do CPC) às partes e aos interessados no resultado da demanda. Nesse giro, as lições do professor Alexandre Bahia (2004), associam-se à preocupação que se coloca no momento, porque no dever coletivo de observar a correção da fundamentação exige dos sujeitos processuais que reconheçam a presença de vícios e defeitos quando diante de sua publicação.

⁴⁹ As expressões deste período foram reproduzidas por Marinoni (2022) ao dialogar sobre a definição de *ratio decidendi* observando a proposta de Rupert Cross, Brian Simpson e MacCormick.

⁵⁰ A indicação da coisa julgada no julgamento da demanda que gerou o precedente tem apenas a intenção de mencionar que a ação que guarneceu o(s) objeto(s) jurídico(s) será concluída definitivamente após o julgamento final, mas isso não quer dizer que a orientação firmada pela *ratio* e seus fundamentos determinantes não possa sofrer modificação pela evolução do direito – *overruling*.

⁵¹ Não se nega a possibilidade de posteriormente surgir ação rescisória ou ação pauliana caso haja motivos para rescindir e anular demanda "viciada". Mas, de fato assume-se a posição de que mesmo com defeitos, após o término do último prazo recursal o processo será concluído sem possibilidade de se rediscutir na mesma ação direito resolvido ou que poderia ser resolvido no feito.

Em um de seus escritos sobre correção na fundamentação e respeito ao contraditório no processo, Iotti e Bahia (2021, pp. 312-313) sugerem que o dever de fundamentação projetado pela ordem constitucional exige um diálogo efetivo entre o Estado-juiz e as partes, o que, por sua vez, somente estará sendo cumprido se isso for visualizável na decisão judicial, com o devido enfrentamento e considerações que demonstram atenção aos argumentos jurídicos levantados pelas partes:

O direito fundamental ao contraditório substantivo impõe o dever de diálogo entre o Estado-juiz e as partes, no sentido de impor que os argumentos por elas invocados sejam seriamente/efetivamente considerados pelo órgão julgador, donde tem-se que, no mínimo, uma interpretação sistemática do dever constitucional (e legal) de fundamentação das decisões judiciais com o direito fundamental ao contraditório (em sua acepção substantiva) impõe que sejam enfrentados tais argumentos jurídicos, visto que é somente pelo seu enfrentamento que saberemos se o Juízo/Tribunal efetivamente considerou seriamente/efetivamente referidos argumentos e se efetivamente dialogou com a parte para tanto.

Um método preventivo ao eventual esquecimento de algum ponto que deva estar presente na fundamentação da decisão, constitutivo da *ratio*, foi indicado por Marinoni (2017) ao discorrer sobre o julgamento nas Cortes Supremas. O professor ressalta que, se for feita uma descrição cautelosa das questões jurídicas que serão submetidas a julgamento antes mesmo da admissibilidade do julgamento, haverá uma clareza mais adequada ao que está sendo objeto de análise.

Esse comportamento atrai para o julgador uma espécie de *checklist* dos pontos a serem debatidos e ao mesmo tempo chama atenção para as partes manifestarem-se pontualmente no feito, inclusive quanto à eventual omissão nas razões de decidir da questão necessária para conclusão do julgamento. Nesse ponto, o comportamento do STJ parece estar caminhando para essa orientação quando se observa, por exemplo, a decisão de afetação do Tema 1076. O Ministro Relator, Og Fernandes, ao fazer a análise descritiva da questão jurídica que estava sendo levada a julgamento perante a Corte Especial, delimitou a abrangência do objeto temático da questão e fez clara distinção do tema 1076 com outros análogos que estão submetidos à Corte Especial do STJ, em especial ao tema 1046 e ao Resp. 1.644.077/PR:

Cinge-se a questão à definição, nas demandas em que elevados o proveito econômico ou o valor da causa, do alcance da norma inserta no § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil que dispõe: Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. [...] § 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o

valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º [...]

DA NÃO PREJUDICIALIDADE EM RELAÇÃO AO TEMA REPETITIVO 1.046/STJ (REsp 1.812.301/SC - 2ª SEÇÃO)

Friso não desconhecer a existência do Tema Repetitivo 1.046, relatado pelo em. Min. Raul Araújo, a versar sobre “A possibilidade de fixação de honorários advocatícios com fundamento em juízo de equidade, nos termos do art. 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil de 2015”. Entretanto, apesar da aparente identidade entre a matéria debatida no presente feito e aquela abrangida nos paradigmas do mencionado Tema 1.046, tal como pontuado por Sua Excelência, em. Min. Raul Araújo, em decisão proferida em 19/8/2020 na Pet no REsp 1.812.301/SC, ao indeferir o pedido de ingresso como *amicus curiae* formulado pelo Estado de São Paulo, “o tema da afetação não atinge a sistemática de fixação de honorários contra a fazenda pública, tratada no § 3º do mesmo art. 85 do CPC, matéria, aliás, submetida à competência da eg. Primeira Seção”. Portanto, a questão ora submetida contém a afetação compreendida no Tema Repetitivo 1.046, sendo, além disso, mais abrangente, por tratar da possibilidade de alcance da norma inserta no § 8º do artigo 85 a todas as demandas em que o proveito econômico ou o valor da causa forem elevados, não se restringindo apenas aos casos de direito público ou aos de direito privado.

A propósito, é relevante que a Corte Especial dê tratamento harmônico à matéria, quer figurem na demanda pessoas jurídicas de direito público ou privado, sobretudo quando consideradas a multiplicidade de feitos sobre o tema. Ademais, entendo necessário o pronunciamento da Corte Especial, de forma a privilegiar a segurança jurídica e a concretização do papel constitucional desta Corte Superior de uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, especialmente da legislação processual.

DA DISTINÇÃO EM RELAÇÃO AO REsp 1.644.077-PR (CORTE ESPECIAL)

Importante frisar, ainda, que o REsp 1.644.077-PR, da Relatoria do em. Min. Herman Benjamin - cujo julgamento se iniciou em 16 de setembro de 2020 e se encontra com vistas à Min. Nancy Andrichi -, não se confunde com o presente caso, pois trata especificamente da aplicação do art. 85, §3º do CPC a caso de acolhimento de exceção de pré-executividade por ilegitimidade passiva em execução fiscal. Um dos aspectos fundamentais, no caso referido, consistirá em definir o proveito econômico na exceção acolhida, em que não houve a extinção da execução, mas apenas a exclusão de sócio da empresa devedora do feito. Além disso, limita-se a discussão à execução fiscal, não ultrapassando a seara da Fazenda Pública. Possui, portanto, âmbito mais restrito que a questão sob exame. Além disso, o referido recurso, apesar de ter sido afetado à Corte Especial, não o foi como repetitivo, o que o diferencia do caso atual.

Observa-se que a indicação dos julgados acima não representa o anseio do que foi projetado pela doutrina para garantir um diálogo efetivo entre o Estado-juiz e as partes, mas indica um bom caminho para ressaltar às partes os principais pontos que serão debatidos na Corte.

Nessa linha, importa também considerar outro marco relevante sobre o assunto acerca da transparência das questões jurídicas que constituem os julgamentos qualificados nas Cortes Supremas. O Superior Tribunal de Justiça disponibiliza em seu *site* as questões jurídicas indicadas à afetação via portal do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e de Ações Coletivas (NUGEPNAC). Ali o STJ apresenta a discriminação das questões submetidas a julgamento, tanto em sede de controvérsia pendente de afetação quanto posteriormente à afetação:⁵²

Documento 1		Assuntos		Selegonar		
Controvérsia 439	Situação	Controvérsia Pendente	Órgão julgador	PRIMEIRA SEÇÃO	Ramo do direito	DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO
Descrição	Definir se a liquidação prévia do julgado é requisito indispensável para o ajuizamento de ação objetivando o cumprimento de sentença condenatória genérica proferida em demanda coletiva, de modo que sua ausência acarreta a extinção do processo referente à ação executiva, ou se o exame quanto ao prosseguimento da ação executiva deve ser feito pelo Magistrado com base no cotejo dos elementos concretos trazidos aos autos.					
REsp 1978629/RJ PUSH						
Tribunal de Origem	TRF2	Relator	BENEDITO GONÇALVES			
IRDR	Não	Termo Inicial	27/06/2022			
REsp 1985037/RJ PUSH						
Tribunal de Origem	TRF2	Relator	BENEDITO GONÇALVES			
IRDR	Não	Termo Inicial	27/06/2022			
REsp 1985491/RJ PUSH						
Tribunal de Origem	TRF2	Relator	BENEDITO GONÇALVES			
IRDR	Não	Termo Inicial	27/06/2022			
Última atualização: 28/06/2022 Data de criação: 28/06/2022						

Figura 1 – (Descrição da Controvérsia Pendente)

⁵² Dados extraídos do *site* oficial do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/listaImpressaoTema.jsp?&l=10&i=1. Acesso em julho de 2022.

Tema Repetitivo 929	Situação Afetado	Órgão julgador CORTE ESPECIAL	Ramo do direito DIREITO DO CONSUMIDOR
Questão submetida a julgamento	Discussão quanto às hipóteses de aplicação da repetição em dobro prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC.		
Anotações NUGEPNAC	REsp n. 1.823.218/AC suspenso pelo Tema 1116/STJ, conforme decisão publicada no DJe de 28/4/2022. O Ministro relator esclareceu, ainda: (...) seguindo-se a instrução do Tema 929/STJ nos autos do REsp 1.963.770/CE, também afetado a este Tema. Possível reafirmação da jurisprudência firmada pela Corte Especial do STJ, em 21/10/2020, nos processos a seguir: EAREsp 664.888/RS, EAREsp 676.608/RS (paradigma), EAREsp 600.663/RS, EAREsp 622.897/RS e EREsp 1.413.542/RS (Relator para acórdão Ministro Herman Benjamin, publicado no DJe de 30/03/2021).		
Delimitação do Julgado	REsp 1823218/AC - RRC de Origem (art. 1030, IV e art. 1036, §1º, do CPC/15). REsp 1517888/RN; 1585736/RS; 1963770/CE - Processos destacados de ofício pelo relator.		
Informações Complementares	O Ministro relator determinou: "Restringe-se a ordem suspensão de processos determinada na primeira afetação com base no art. 1.037, inciso II, do CPC/2015, para que a suspensão incida somente após a interposição de recurso especial ou agravo em recurso especial, permanecendo-se os autos nos respectivos Tribunais, para posterior juízo de retratação/conformidade, após o julgamento do Tema 929/STJ." (acórdão publicado no DJe de 14/05/2021).		
★ REsp 1823218/AC PUSH			
Tribunal de Origem	TJAC	Afetação	14/05/2021
RRC	Sim	Julgado em	-
Relator	PAULO DE TARSO SANSEVERINO	Trânsito em Julgado	-
Embargos de Declaração	-	Acórdão publicado em	-
REsp 1517888/RN PUSH			
Processo desafetado em 14/06/2017. Observação: Este processo estava afetado à SEGUNDA SEÇÃO. Afetação cancelada: "Desafeto o presente recurso do rito dos recursos repetitivos, tendo em vista a possibilidade de restar prejudicada a tese da repetição em dobro, após julgamento da questão referente à capitalização mensal. Mantém-se, porém, a afetação do tema e do outro recurso afetado (REsp 1.585.736/RS)" (decisão publicada no DJe de 14/06/2017).			

Figura 2 – (Descrição da questão jurídica afetada)

Após o julgamento do tema, o STJ também publica com o mesmo formato o resultado da análise do Colegiado, divulgando a tese firmada, conforme se observa no quadro abaixo:⁵³

 Institucional Processos Jurisprudência Precedentes (Repetitivos) Comunicação Leis e normas Sob medida Contato e ajuda 						
Início						
Precedentes Qualificados						
Tema	Processo	Ministro	Tribunal de Origem	Questão Submetida a Julgamento	Tese Firmada	Situação do Tema
Tema 1076	REsp 1850512/SP	OG FERNANDES	TJSP	Definição do alcance da norma inserta no § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil nas causas em que o valor da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados.	<p>i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subseqüentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa.</p> <p>ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo.</p>	Acórdão Publicado
	REsp 1877883/SP	OG FERNANDES	TJSP			
	REsp 1906623/SP	OG FERNANDES	TJSP			
	REsp 1906618/SP	OG FERNANDES	TJSP			
Versão 2.3.29.2 de 18/03/2022 15:21.						

Figura 3 – (Descrição da questão submetida a julgamento e tese firmada)

⁵³ Dados extraídos do site oficial do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/listaImpressaoTema.jsp?&l=10&i=1. Acesso em julho de 2022.

O Supremo também possui mecanismos de atualização da tabela dos temas submetidos à afetação, mas com outra configuração, que também facilita a visualização das temáticas.

Entretanto, embora essa publicidade estruturada contribua com a visualização das temáticas que estão sendo categorizadas como precedentes, ela não expõe todos os elementos que constituíram a(s) *ratio(s)*. Ela apenas tem o intuito de cumprir a determinação legal de dar máxima publicidade ao julgamento dos precedentes, nos termos do disposto no art. 927, § 5º, do CPC.

Para se alcançar o conteúdo formativo dos fundamentos determinantes, o interessado deverá buscar a íntegra da decisão de afetação da questão jurídica e posteriormente a íntegra do acórdão paradigma para conhecer os contornos dados pelos julgadores. Isso revela que ainda há um demasiado esforço do jurisdicionado para conhecer e provocar o desejável aprofundamento das questões jurídicas que foram propostas e analisadas para formação do precedente e sua *ratio*.

Nesse momento, nem está sendo debatida a correção ou inadequação dos métodos de interpretação até então utilizados durante o percurso do julgamento, apenas conversando sobre o que pode ser feito para dar efetividade à transparência dos fundamentos que constituíram *ratio decidendi*, uma vez que estamos falando de orientação jurídica voltada para sociedade como um todo, inclusive para leigos no direito.

É inegável, no entanto, que é relevante refletir sobre o tratamento adequado aos métodos de interpretação. Assim, esse ponto passa a entrar no debate como algo que também deve ser considerado para fins de alcance da eficácia do pleno acesso à justiça.

A clássica tentativa da ordem jurídica de lidar com julgamentos imparciais é o que ecoa nas vozes de quem detém o poder e quer provocar o movimento dos discursos a fim de persuadir a adesão dos ouvintes em direção a algo que favoreça a eles. Desse modo, conhecer os mecanismos de uso da retórica permite que o observador verifique para onde o discurso está caminhando.

Sem aprofundar nos métodos de análise e avaliação da argumentação jurídica, é relevante para nosso trabalho dispor que a retórica (a nova retórica intitulada no século XXI) entra na construção dos fundamentos jurídicos da decisão como mecanismo de controle responsável à moralidade, equilíbrio social, e preservação da paz e previsibilidade dos sujeitos (MACCORMICK, 2008).

Enxerga-se no jogo de argumentação jurídica algo ínsito às relações jurídicas e sociais, na medida em que há no cotidiano dos sujeitos debates que reproduzem aquilo que aprendem e apreendem dos diversos canais de comunicação. Aquilo que é exportado pelos órgãos de justiça está submetido ao poder das estruturas de comunicação social e isso exige das Cortes judiciais um trabalho mais fino para promover transparência daquilo que constitui a adequada orientação sobre determinada norma prescrita.

Esse comportamento poderá auxiliar na expansão dos debates com possibilidade de atingir camadas sociais de todas as categorias, inclusive àquelas que estão distantes dos conflitos levados pelas elites do país.⁵⁴ E é aí que se encontra a necessidade de repensar as atividades das Cortes Supremas.

É comum encontrar nos processos das Cortes de Superposição uma pluralidade de votos e manifestações divergentes e concorrentes ao que foi apresentado pelo relator.⁵⁵ Essa dinâmica pode desencadear um acórdão construído sem uma forte maioria do colegiado, e embora o amplo debate seja importante para a construção dos fundamentos, a manutenção da concorrência e divergência no resultado final não firma um sólido entendimento da Corte sobre o assunto. E, para o jurisdicionado, esse contexto fica mais complicado porque não é algo simples de visualizar e assimilar.

Quando se fala que o trabalho do Poder Judiciário é voltado para os sujeitos de direitos e para a sociedade, pressupõe-se que aquilo que será divulgado como resultado de julgamento(s) seja(m) facilmente conhecido e compreendido por qualquer um que queira buscar a orientação jurídica da Corte. Contudo, a presença de uma pluralidade de argumentos segmentados, com designações semelhantes ao “voto principal”⁵⁶ necessita do jurisdicionado um conhecimento técnico para compreender o que realmente compõe a orientação jurídica que foi produzida ou se ela foi de fato produzida.

⁵⁴ Essa afirmação acompanha a ideia de Perleman, indicada por Breton e Gauthier (2001), de que a nova retórica permite valorizar as opiniões contrapostas e dá espaço ao diálogo em um determinado contexto social (auditório específico). De modo que se imagina que o processo de argumentação jurídica faz parte de um jogo de interesse daquele que a constrói e se não for bem construído poderá ensejar uma fragilidade na previsibilidade e segurança que determinada orientação será seguida pelas decisões sucessivas.

⁵⁵ De acordo com a explanação de Marinoni (2017), fundamentação divergente/dissidente ocorre quando o magistrado votante discorda da própria *ratio*, ele quer apresentar que ali há um equívoco. Já a fundamentação concorrente ocorre quando o magistrado votante adere ao resultado majoritário, mas diverge do fundamento deste. A presença de uma delas ou ambas nos decisão colegiada forma o que se designou como decisão plural, *verbis*: “é uma decisão majoritária que contém em si duas *rationes* ou fundamentos determinantes, sem com que qualquer deles esteja amparado pela maioria do colegiado. [...] “É majoritária quanto ao resultado, mas incapaz de gerar uma *ratio*, na medida em que nenhum dos fundamentos que nela estão contidos são sustentados pela maioria.”

⁵⁶ Designação colocada entre aspas para destacar que o termo não deve ser lido em sua literalidade.

Então, vê-se nessa questão algo problemático para o que se espera por uma efetividade ao acesso à justiça. A dificuldade de saber se já há uma sólida orientação jurídica sobre determinada questão (tema) é um fator complicado e relevante para a expectativa de se ter uma ordem jurídica capaz de ter estabilidade, previsibilidade e promover o bem-estar social (MARINONI, 2017).

A apresentação tópica do resultado do julgamento já é um avanço no quesito transparência e acessibilidade da atividade das Cortes Supremas, mas ainda não há uma sinalização tão cristalina quanto a forma que ela foi construída, se houve a formação de uma *ratio* ou se apenas houve o julgamento do recurso com uma maioria forçada.

Essa colocação tem a intenção de demonstrar que esta última opção, maioria forçada, não é interessante quando se busca extrair uma única *ratio* da Corte, porque se ainda estamos diante de um cenário de votos divergentes e concorrentes muitas vezes isso demonstra que a matéria não está madura o suficiente para conferir um acerto na orientação do tema (MARINONI, 2017). Então, a ausência de transparência nesse sentido pode prejudicar o anseio de se ter uma previsibilidade e estabilidade quanto determinada questão jurídica.

Cabe ressaltar que a existência de uma decisão plural não é algo de todo ruim, já que manter abertos alguns pontos sobre a questão jurídica permitem às minorias interessadas no assunto que tão logo ampliem o espectro de debate, inclusive perante as Cortes inferiores (MARINONI, 2017). Mas frise-se entende-se que esse cenário deve estar claro após o julgamento e, com isso, não se pode assumir que há uma estabilidade formada sobre a questão de direito.

Acredita-se que o grande lance para poder ver o Poder Judiciário como uma unidade institucional sólida e coerente, capaz de dar eficácia ao acesso à justiça, é concretizar na atividade das Cortes Supremas uma interferência silenciosa na administração dos conflitos perante as instâncias ordinárias e isso se daria por meio da transparência.

No mesmo sentido, quando se fala na perspectiva de efetividade do acesso pela participação das partes, a conclusão não é outra: a transparência também configura mecanismo viável para permitir o diálogo das partes com a construção do direito. Isso porque as normas de proteção e combate à violação do acesso à justiça já estão alinhadas aos anseios de um Estado Democrático de Direito.

As ponderações que aqui se colocam parecem estar alinhadas ao que MacCormick (2008, p. 3) acreditava ser necessário para se ter a materialização de uma ordem jurídica organizada. Segundo o filósofo, quando as pessoas agem com consciência do alcance jurídico

de suas ações, ainda que “não cientes de uma dada norma específica”, há na estrutura social uma ordem jurídica materializada.

Nessa linha, a presente pesquisa pondera que essa consciência também pode conferir mais segurança se dá poder e autoridade a determinado grupo de pessoas para manipular o direito, visto que os atores sociais terão aptidão para refletir sobre os limites da legalidade e a legitimidade dos agentes do sistema de justiça.

Por outro lado, na realidade que se vive no Brasil, a dicotomia da norma prescrita com a norma exercida traz à tona uma reflexão sobre a imaturidade do país para assumir a busca de justiça via processo judicial, como assinala Mascaro (2003, pp. 69-70):

Esta reflexão a respeito do processo brasileiro é falha. Sua maior carência reside no fato de que o processo civil em 500 anos de história de Brasil oficial, quase nunca foi algo vivido ou saído da experiência do povo brasileiro, de suas necessidades, demandas ou buscas de justiça, mas sim foi uma soma de institutos importados, segundo necessidades estrangeiras e lógicas diversas, para uma realidade nacional cujos pressupostos, no mais das vezes, eram totalmente diferentes dos estrangeiros. Assim, foi-se criando, na realidade brasileira, uma conjugação de interesses exploratórios e predadores, econômicos, políticos e sociais, com uma legitimação em estruturas institucionais jurídicas e processuais aparentemente legítimas, porque validadas por construções com forma processual e jurídica. O problema brasileiro com o direito, no entanto, sempre foi outro.

Assim, ainda que haja alguns métodos para se alcançar amplo acesso à justiça via processo judicial, é preciso superar outros obstáculos quase predatórios que estão enraizados na cultura sócio-jurídica brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa foi inspirada no anseio de refletir sobre a alocação dos atores sociais na construção do produto proclamado pelo Poder Judiciário, em especial na formação da orientação jurídica que servirá de regulador das relações jurídicas e sociais por meio dos chamados precedentes.

Para tanto, foi iniciado estudo com a leitura de bibliografias voltadas ao propósito da ideia de cidadania com o intuito de compreender de maneira mais sólida as bases que sustentam a relação dos indivíduos com o Estado. E ali, após um percurso histórico, foi identificada a possibilidade de enxergar a cidadania como um sentimento de pertencimento de direitos e obrigações se a prática social tiver abertura para seu exercício (DAMATTA, 1997).

Desse modo, quando se observou o caso do Brasil, a bibliografia possibilitou o entendimento de que o desempenho da cidadania passa por falhas na implementação decorrentes de fatores, dentre outros, que envolvem a precariedade na difusão dos direitos civis entre os mais vulneráveis sociais, assim como, o baixo grau de frequência de uso do Judiciário para resolver seus conflitos.

Tais elementos foram pontos que compuseram o espaço para se debater como o modelo jurídico instituído se relaciona com as possíveis falhas na cidadania do Brasil.

A partir disso, entra em cena a relação do cidadão com o Poder Judiciário, haja vista que o princípio do acesso à justiça, quando exercido, faz parte, em uma análise dialogada, da concretização do direito fundamental da cidadania, um dos fundamentos do Estado democrático de direito (BRASIL, 1988).

Contudo, ao longo do trabalho, constatou-se que a efetivação das garantias constitucionais proclamadas pela Carta Constitucional não se revela como algo simples de ser praticado já que depende, antes de tudo, da existência de permissão legitimada dos poderes instituídos, visto que a convivência social em um Estado de Direito organizado estruturalmente provoca uma natural submissão dos sujeitos com uma coordenação e submissão de vontades (GRINOVER, 2016).

Nessa linha, o cumprimento do fundamento constitucional, a cidadania, pode depender de como o poder instituído vai manusear discurso interpretativo das normas instituídas. Embora não se afirme que manobras conclusivas sejam uma prática comum nas esferas estatais, é possível vislumbrar que os sujeitos que possuem em suas mãos a competência para criar, executar e direcionar a aplicação do direito podem manipular a norma de tal forma

que dificulte a participação de sujeitos que não têm voz na sociedade, inclusive com escopo da legalidade.

Com isso, a ideia colocada por Passos (1993) em cidadania tutelada se mostra bem atual ao panorama que se aborda por dispor que a implementação da cidadania está intimamente ligada ao contexto social. E aqui não está sendo afirmado que conhecer o texto escrito é irrelevante, ao contrário, é necessário saber sobre ele, mas também é preciso compreender para além dele. Assim, a posição do intérprete e do receptor do produto normativo dentro de determinado contexto social tem que ser considerada porque pode ser ela, inclusive, um fator impeditivo ao exercício pleno da cidadania.

Desse modo, há pertinência de compreender que as teorias das fontes de direito podem entrar no circuito para auxiliar no reconhecimento das falhas no exercício dos direitos fundamentais, uma vez que elas podem oferecer auxílio aos sujeitos quanto à compreensão de institutos que formam o direito ou que apenas justificam a regulação das relações jurídicas e sociais.

Contudo, para alcançar esse entendimento, a relação do cidadão com o Poder Judiciário precisa estar bem alinhada e esclarecida. A ausência de conhecimento sólido sobre os papéis que todos os sujeitos exercem em uma demanda judicial dificulta a superação de obstáculos à efetividade do acesso à justiça. Mas, além desse aspecto, é fundamental ter em mente que a atuação sensível dos magistrados às peculiaridades das partes e do processo também pode revelar uma aproximação ao atingimento do acesso à justiça.

Nessa linha, o cumprimento do dever institucional da imparcialidade não pode ser medida de afastamento das considerações circunstanciais que a controvérsia jurídica possui, mesmo com a violenta imposição de se cumprir metas objetivas de redução de processos, o risco de se ter julgamentos superficiais tem que estar no radar de alerta dos magistrados.

O Judiciário possui em sua missão institucional um papel relevante na sociedade de reconhecer ameaças e violação de direitos que ao final tem potencial de inserir sujeitos preteridos na sociedade. Desse modo, não pode ficar alheio ao cumprimento da ordem constitucional de garantir a todos tratamento isonômico e participativo de todos os interessados.

Nessa linha, as atribuições institucionais das Cortes Supremas se posicionam como pontos necessários à reflexão em torno da forma que elas podem contribuir e influenciar na efetivação do acesso à justiça no ideal do estado de direito.

A leitura da doutrina que discorre sobre a missão institucional das Cortes Supremas revela que os órgãos de superposição não se limitam à função interpretativa da lei prescrita. As

Cortes são capazes de desenvolver atividade sócio-jurídica de orientação para sociedade quando proclamam o sentido que deve ser dado à norma em determinado contexto jurídico (MARINONI, 2017).

A previsibilidade e a certeza jurídica vêm então como ponto-chave do debate em torno do uso de um sistema de precedentes no sistema brasileiro.

A indicação de que o ordenamento jurídico nacional passou a adotar um sistema de precedentes confundiu a comunidade jurídica quanto à origem do sistema puro de precedentes e o que ele realmente representa para sociedade. Muito embora eles tenham nascido em países distantes de um sistema codificado, não há conflito ou dificuldades em aceitar que no *civil law* as Cortes Supremas possam firmar orientação sistemática e direcionada sobre determinada questão jurídica, visto que a norma positivada continuará sendo a base estruturante dos julgamentos.

Contudo, essa assunção de um sistema de precedentes convoca os atores jurídicos à tarefa de internalizar e propagar a ideia de que o produto das Cortes Supremas, quando realizado de maneira qualificada e pelo órgão competente, terá um contorno mais vinculativo por assumir *status* de norma jurídica. Essa é a grande questão que dificulta a prática de um sistema de precedentes no atual contexto sócio-jurídico. Retirar aquilo que se chamava de liberdade interpretativa dos magistrados ou das partes que tendenciavam realizar manobras com intuito da lei passa a ser um obstáculo à inserção do sistema de precedentes.

Por outro lado, quando se observa pelo olhar o jurisdicionado, se houver uma orientação jurídica sistematicamente direcionada, bem-estruturada quanto à questão jurídica e os fundamentos que determinaram o entendimento em uma certa direção, será possível visualizar que qualquer interessado pode desenvolver um diálogo com o Judiciário de maneira mais segura desde a primeira instância.

O pesquisador brasileiro Oliveira (2015) contribuiu com essa conclusão quando indicou, em sua obra *Coisa Julgada e Precedente*, que os precedentes podem vir a serviço do tratamento mais igualitário das partes, mas ressaltou que, para isso, é indispensável que eles se comportem como elemento de ordem, sem variação casuística. Ainda, é necessário que eles venham com caracteres distintivos dos demais julgamento, com autoridade e universalidade “em função dos quais eles possam emergir do caos indistinto da praxe judiciári” (TARUFFO, 2011, p. 155). Ou seja, é necessário que o julgador e o intérprete do direito estejam atentos à conjuntura que emergiu a norma precedente e aos valores da ordem institucional contidas no contexto social.

Desse modo, ao refletir sobre a relação da missão institucional das Cortes Supremas, acesso à justiça e formação de precedentes, tem-se que o grande mote para se pensar em algo próximo da concretização dos preceitos constitucionais é ter como ponto de partida uma estrutura jurídica que permita a democratização do processo.

Não se restringe aqui somente a necessidade de dar espaço às vozes externas com interesse jurídico no resultado da demanda, mas que seja conferida uma participação efetiva dos sujeitos do processo, uma que pode ser encontrada nos fundamentos determinantes da decisão, por ser ali o lugar de expressão do produto das Cortes Supremas.

Esse será um passo muito importante para o produto do acesso à justiça. Ademais, vê-se na missão institucional das Cortes Supremas a necessidade de popularizar o resultado de seus julgamentos. Quando se fala que o STJ é uma Corte cidadã, e o STF é o guardião da Constituição, presume-se que o trabalho que eles exercem tem de estar ao alcance de todos.

O resultado das demandas qualificadas ou daquilo que não foi julgado por demandar maturidade jurídica no debate tem que ser algo facilmente conhecido e compreendido por qualquer um que queira buscar a orientação jurídica da Corte. A transparência didática, com sinalização cristalina do produto das Cortes Supremas, poderá sinalizar um aspecto de materialização de uma ordem jurídica acessível e organizada, superando obstáculos enraizados de uma cultura colonialista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Coisa Julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Tradução de Antonio do Passo Cabral. Capítulo III. Alcance da Coisa Julgada. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/112808683/v1/document/112888528/anchor/a-112888528>. Acesso em julho de 2022.
- ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando; MACHADO NETO, Marcello Lavenère (coord.). **Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 397-403. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/129413> . Acesso em abril de 2022.
- ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentação Jurídica**. Trad. de Claudia Roesler. Curitiba: Alteridade, 2017. Caps. VI, VII e IX.
- AZEVEDO, Alvaro Villaça. **Os assentos no direito processual civil**. Capítulo da tese no curso de especialização na cadeira de processo civil. São Paulo, 1968. p. 115-143. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/y6y179.pdf>. Acesso em maio 2022.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito - contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Harbermas. In: CATTONI, Marcelo (org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 301-357.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Proteção à minoria LGBT no Brasil: avanços e desafios. In: JUBILUT, Liliana Lyra *et al* (org.). **Direito à Diferença: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 339-373.
- BENETI, Sidnei. Inafastabilidade da Jurisdição Vs Duração Razoável do Processo: da Class Action ao Leave to Appel. In: ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando; MACHADO NETO, Marcello Lavenère (coord.). **Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.400. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/129413>. Acesso em abril de 2022.
- BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico: memória e sociedade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. Tradução de Fernando Tomaz.

BRASIL. **Código Criminal de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Lex: D. Pedro por Graça de Deus, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os Nossos subditos, que a Assembléa Geral Decretou, e Nós Queremos a Lei seguinte. Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Civil e Normas Correlatas**. 7ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. visitado em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em maio de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em março de 2022.

BRASIL. Constituição. Carta de Lei de 25 de março de 1824. **Constituição Política do Império do Brasil**, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Lex: Manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 23 mar. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. Lex. Poder Executivo Federal, 13 out. 1939. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>. Acesso em janeiro de 2022.

BRASIL. Lei n. 5.889, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Lex. Poder Executivo Federal, 17 de jan. de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm#art1220. Acesso em janeiro de 2022.

BRETON, Philippe; GAUTHIER, Gilles. História das teorias da argumentação. Trad. de Maria Carvalho. Lisboa: Bizâncio, 2001, p.11-91.

CABRAL, Antonio do Passo, **A Técnica do Julgamento-Alerta na Mudança de Jurisprudência Consolidada**, Revista de Processo. São Paulo: Ed. RT, 2013, 221.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil. O longo Caminho**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

- CHAUÍ, M. **Democracia e sociedade autoritária. Comunicação & Informação**, Goiânia, Goiás, v. 15, n. 2, p. 149–161, 2013. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/ci/article/view/24574>. Acesso em março de. 2022.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Tradutor Lydiá Cristina. 8ª. ed. Rio de Janeiro. Agir. 1999.
- CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso á justiça**. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2008, pp. 61/62.
- COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, capítulos 12 e 13)
- CUNHA, Luciana Gross. **Palestra proferida no III Curso de iniciação funcional de magistrado. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, ENFAM**. 2013. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/cientista-politica-diz-a-magistrados-que-eles-devem-se-ver-como-prestadores-deservico-publico/>. Acesso em: abril de 2022
- DAMATTA, Roberto. **A Casa & a Rua. Espaço, Cidadania, Mulher e Morte no Brasil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo**, Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 9, n. 52, p. 36-41, jan./fev. 2013. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/101628>. Acesso em abril de 2022.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. Teoria Geral da Prova. Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. Vol.2, 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Meios de Impugnações às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. Vol.3, 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya. Cidadania e nacionalidade como formas de exclusão. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC**, Belo Horizonte, v. 7, n. 27, p. 705-717, set./dez. 2013. disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/73144>. Acesso em janeiro de 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. et.al. **Teoria Geral do Processo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

FAISTING, André Luiz. O Dilema da dupla institucionalização do Judiciário: o caso do juizado especial de pequenas causas. In: SADEK, Maria Tereza Aina (org.). **O Sistema de Justiça**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. CD-ROM. p. 94/137

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Do topos do sistema ao topos da ponderação na interpretação constitucional. In: REIS, Isaac (org.). **Diálogos sobre retórica e argumentação**. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 17-29.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes? A interpretação/aplicação do direito e os princípios**. São Paulo: Malheiros, 10ª ed. 2021.

GUARINELLO, Norberto Luiz. Cidades-Estado na Antiguidade Clássica. In: PINSKY, Jaime Pinsky e Carla Bassanezi. **História da Cidadania**. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2005. Cap. 1. p. 29/49.

IOTTI, Paulo; BAHIA, Alexandre. Princípios da Fundamentação e do Contraditório no Código de Processo Civil: alguns oásis em meio a um deserto: precedentes que levam a sério a fundamentação das decisões judiciais. In: MESQUITA, Gil Ferreira de; SOUZA, Vinícius Roberto Prioli de (org.). **Cinco Anos do Novo CPC: desafios, conquistas e efetividade**. São Paulo: Dialética, 2021. p. 305-331.

JHERING, Rudolf Von. **A finalidade do direito**. Tradutor Heder K. Hoffmann. Campinas : Bookseller, 2000

MACCORMICK, Niel, 1941. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hüubner Mendes. Rio de Janeiro. Elsevier, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudência e Súmula Vinculante**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes. Natureza, Eficácia, Operacionalidade**. 3ª ed. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes** [livro eletrônico]. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99876588/v4/page/II>. Acesso em junho de 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v. 17, n. 68, out. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31725>>. Acesso em junho de 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada sobre Questão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Parte III - A coisa julgada sobre questão no código de processo civil. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/153916477/v2/page/RB-10.1> Acesso em julho de 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme et.al. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**, vol. 1. [livro eletrônico]. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/101481798/v7/page/IV>. Acesso em abril de 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Manual do Processo Civil [livro eletrônico]**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104419858/v5/>. acesso em junho de 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e Decisão do Recurso diante do Novo CPC** [livro eletrônico]. Revista dos Tribunais. 2017. disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/106534325/v2/document/128112707/anchor/a-128106789>. Acesso em maio de 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Julgamento Colegiado nas Cortes Supremas. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, v. 5, n. 2, p. 873-920, 2016. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-2-2016-n-5/166>. Acesso em: maio 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. [livro eletrônico] Revista dos Tribunais, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/75380394/v7/page/1>

- MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia** [livro eletrônico] -- 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021. <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F275808369%2Fv1.4&titleStage=F&titleAcct=ia744d7790000015313de43372ffa57ff#sl=p&eid=d79f41807b267b38a4df78dba4d2d8df&eat=a-279312491&pg=VII&psl=&nvgS=false>, acesso em dezembro de 2020.
- MARSHALL, T.H. Cidadania e Classe Social: desenvolvimento da cidadania até o fim do século XIX. In: MARSHALL, T.H.. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 57-74. Tradução de Meton Porto Gadelha.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito e Filosofia Política: a justiça é possível**. São Paulo: Atlas, 2003.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo. Thomson Reuters Brasil,. 2020. acesso em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104783476/v5/page/RB-7.32>. Acesso em maio de 2022.
- MELLO, Leonel Itaussu Almeida: Jonh Locke e o individualismo liberal. **In: WEFFORT, F. (org.). Os Clássicos da Política**. São Paulo: Ática, v.1 1995. p. 79-90
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Teses, estudos e pareceres de processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas** [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/101686396/v3/document/119516142/anchor/a-119516142>. Acesso em maio de 2022.
- MITIDIERO, Daniel. **Precedentes** – [livro eletrônico]. São Paulo. Editora Thomson, Reuters Brasil, 2022.
- MITIDIERO, Daniel. **Superação para Frente e Modulação de Efeitos** – Precedente e Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: RT, 2021.
- MORAES, Alexandre de. KIM, Richard Pae. Coordenadores. **Cidadania. O novo conceito jurídico e sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos**. São Paulo: Atlas. 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, André Macedo de. Idêntica questão de direito e os efeitos dos recursos repetitivos no STJ: um olhar à luz de Neil Maccormick. In: ALVIM, Tereza Arruda; KUKINA, Sérgio Luíz; FREIRE, Alexandre; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **O CPC de 2015 visto pelo STJ**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. parte XII - Precedentes. RB 60.1-60.4. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/260700084/v1/page/RB-60.1> Acesso em julho de 2022.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; TATAGIBA, Luciana. Medindo o acesso à Justiça Cível no Brasil. **Opinião Pública**, Campinas, v. 22, n. 2, p. 318-349, ago. 2016. Disponível em: https://www.cesop.unicamp.br/vw/1IIML1SK0wNQ_MDA_45ec7_/ROPv22n2.pdf Acesso em abril de 2022.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2015.

OLIVEIRA, Paulo Mendes. **Coisa Julgada e Precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/106533471/v1/document/106824397/anchor/a-106824397>. Acesso em julho de 2022.

OTEIZA, Eduardo. **A Função das Cortes Supremas na América Latina**. História, Paradigmas, Modelos, Contradições e Perspectivas, Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro de 2010, v.35, 181-230, n. 187. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/82344>. Acesso em maio de 2022.

PASSOS, J.J. Calmon de. Cidadania Tutelada. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 73, n. 73, p. 124-143, out. 1993. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017f265667a5a4fa2016&docguid=I64c23550f25711dfab6f010000000000&hitguid=I64c23550f25711dfab6f010000000000&spos=19&epos=19&td=4000&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em fevereiro de 2022.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. Ele, o STJ, visto por ele, o cidadão. In: BIANCHI, José Flávio *et al* (org.). **Jurisdição e Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Cap. 5.. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/230263461/v1/page/RB-5.6>. Acesso em junho de 2022.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. O STJ como guardião das normas fundamentais do CPC. In: ALVIM, Tereza Arruda; KUKINA, Sérgio Luíz; FREIRE, Alexandre; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **O CPC de 2015 visto pelo STJ**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. parte XII - Precedentes. RB-1.1 - RB-1.7. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/260700084/v1/page/RB-60.1> Acesso em julho de 2022.

PINSKY, Jaime. Os Profetas sociais e o deus da cidadania. In: PINSKY, Jaime Pinsky e Carla Bassanezi. **História da Cidadania**. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2005. Cap. 1. p. 15-28.

REIS, Isaac. Análise empírico-retórica do discurso: fundamentos, objetivos e aplicação. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (Orgs.) **Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise**. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 121-150.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: **WEFFORT, F. (org.). Os Clássicos da Política**. São Paulo: Ática, v.1 1995. p. 51-77

ROESLER, **Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica**. Quaestio Iuris, vol. 8, n. 4, 2015, p. 2517-2531.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder: eurocentrismo e américa latina. In: QUIJANO, Anibal. **A Colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: Clacso, 2005. p. 117-142. Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf. Acesso em março de 2022.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. 6ª Tiragem. São Paulo : Saraiva, 2006.

ROESLER, Claudia. A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais? In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (Orgs.) **Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise**. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 21-44.

SADEK, Maria Tereza (org.). **O Sistema de Justiça**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. CD-ROM

SADEK, Maria Tereza Aina. A Organização do Poder Judiciário no Brasil. In: SADEK, Maria Tereza Aina (org.). **Uma introdução ao Estudo da Justiça**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. CD-ROM. p. 10/28.

SALGUEIRO, Ângela dos Anjos Aguiar *et al* (org.). **Ordenações Filipinas Online**. 1998. Texto disponibilizado por trabalhos realizados pelos organizadores para cumprimento de requisito para cadeiras de introdução à informática para ciências sociais e humanas e métodos informáticos e abordagens formais em investigação histórica. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.html>. Acesso em maio de 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Narda Roberta da, **A eficácia dos precedentes no novo CPC: uma reflexão à luz da teoria de Michele Taruffo**. Revista de Processo: RePro, v. 39, n. 228, p. 343-355, fev. 2014. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/77575> . Acesso em junho de 2022.

STERNICK, I. P. SOUZA, J. **A Ralé Brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. Revista Multiface Online, [S. l.], v. 4, p. 44-46, 2016. Disponível em: <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/multiface/article/view/3699>. Acesso em fevereiro de 2022.

TARUFFO, Michele, **Dimensioni del precedente giudiziario**. In Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, v. 48, n. 2, p. 411-430, giu. 1994.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Revista dos Tribunais. Revista de Processo: RePro, v. 36, n. 199, p. 139-155, set. 2011. <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/80918>. Acesso novembro de 2021.

THOMPSON, John. **Ideologia e cultura moderna**. Universidade Autónoma Metropolitana, 1998

VASCONCELOS, Edson Aguiar de. **Direito Fundamental de cidadania ou direito a ter direitos**. Curitiba, PR. ed. CRV, 2012