

UNIVERSIDADE CESUMAR
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
MINTER CUIABÁ

AFONSO WINTER JUNIOR

**PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS COMO INSTRUMENTO DE
APLICAÇÃO EFETIVA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

MARINGÁ
2021

AFONSO WINTER JUNIOR

**PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS COMO INSTRUMENTO DE
APLICAÇÃO EFETIVA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Dissertação apresentada à Universidade Cesumar (UNICESUMAR), como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Linha de pesquisa: Instrumentos de Efetivação dos Direitos da Personalidade

Orientador: Dr. Rodrigo Valente Giublin Teixeira

MARINGÁ
2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

W785p Winter Junior, Afonso.
Precedentes judiciais obrigatórios como instrumento de aplicação efetiva na proteção aos direitos da personalidade / Afonso Winter Junior. Maringá-PR: UNICESUMAR, 2021.
142 f. : 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Valente Giublin Teixeira.
Dissertação (mestrado) – Universidade Cesumar - UNICESUMAR,
Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Maringá, 2021.

1. Direitos da personalidade. 2. Efetividade. 3. Precedentes. 4. Segurança pública.
I. Título.

CDD – 342

Roseni Soares – Bibliotecária – CRB 9/1796
Biblioteca Central UniCesumar

Ficha catalográfica elaborada de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

AFONSO WINTER JUNIOR

**PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS COMO INSTRUMENTO DE
APLICAÇÃO EFETIVA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Dissertação apresentada à Universidade Cesumar (UNICEUSMAR), como requisito à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Linha de pesquisa: Instrumentos de Efetivação dos Direitos da Personalidade

Orientador: Dr. Rodrigo Valente Giublin Teixeira

Aprovado em: 29/01/2021.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Rodrigo Valente Giublin Teixeira
Orientador – Universidade Cesumar (UNICESUMAR)

Prof. Dr. Marcelo Negri Soares
Membro 1- Universidade Cesumar (UNICESUMAR)

Prof. Dr. Celso Hiroshi Icohama
Membro 2 - Universidade Paranaense (UNIPAR)

Maringá, 29 de janeiro de 2021

Por tudo que representam em minha vida, dedico este trabalho primeiramente a Deus e a minha família, em especial a minha amada avó, Lucy Canavarros (*in memoriam*), e a minha mãe, Terezinha Maria Canavarros Souza, por todo amor, carinho e dedicação. Dedico, ainda, aos meus filhos Matheus Paiva Winter, Eduarda Paiva Winter e Mariana Paiva Winter, pois sem o amor deles não seria possível a realização deste sonho. As minhas irmãs, Ana Carrollina Souza Winter e Ana Tereza Souza Winter, que sempre estiveram comigo em todos os momentos, sendo o meu escudo, proteção, incentivo e porto seguro.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Cesumar, na pessoa do Coordenador do Curso de Mestrado, e também professor, Dr. Dirceu Pereira Siqueira, pelos ensinamentos e manifestações de apoio e encorajamento à pesquisa científica, pelo qual cumprimento todos os demais professores e funcionários que me receberam na instituição e contribuíram para a minha formação.

Ao Prof. Dr. Marcelo Negri Soares, pela forma que apresentou a matéria que me inspirou a escrever sobre o tema apresentado.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Rodrigo Valente Giublin Teixeira, que sempre me aconselhou, incentivando no desenvolvimento desta dissertação, bem como pelas valorosas e pertinentes intervenções prestadas ao longo desse processo.

Agradeço a todos os colegas professores do Centro Universitário de Cuiabá (UNIVAG) e do Instituto Cuiabá de Ensino e Cultura (ICEC), em especial as minhas amigas professoras Danusa Baltazar de Andrade Gonçalves, Daniela Vargas Olivarez Rodrigues e Sheila Maria Godoes de Moraes, por sempre me incentivarem.

Agradeço especialmente aos meus amigos do mestrado Paulo Eduardo Furtunato Jacobs e Daniela Ferrazzo Machado, por todo carinho, apoio e companheirismo nestes dois anos de mestrado.

Agradeço aos meus alunos, em especial as sempre dedicadas e inteligentes alunas Renata Pereira Mendonça, Letícia Gabrieli Borges e Carime Bretas Guimarães, por serem a minha fonte de inspiração, dedicação e reflexões, que possibilitaram a realização deste mestrado.

Agradeço a Deus, Criador dos Céus e da Terra, que me permitiu viver esse sonho, sonhos bem maiores que os meus.

RESUMO

Esta dissertação começa realizando uma pesquisa bibliográfica sobre a evolução histórica dos direitos da personalidade, acerca de como vem ocorrendo seu reconhecimento dentro do ordenamento jurídico brasileiro e quais os maiores problemas para sua efetivação. Em um segundo momento, verifica-se as alterações no Código de Processo Civil, com a introdução de um microsistema de precedentes, com intuito de estabelecer um paralelo entre os sistemas jurídicos do *common law* e o romano-germânico, demonstrando suas influências sobre o sistema jurídico brasileiro que, de forma singular no mundo, desenvolveu desde a sua primeira constituição republicana um tradição híbrida, que tinha na origem a lei como fonte normativa principal, mas, mesmo assim, possibilitava o controle de constitucionalidade difuso e concentrado. Neste complexo de influências, o ordenamento jurídico nacional adaptou sistemas e institutos e também criou outros, sempre na busca do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Porém, a evolução do positivismo no Brasil, principalmente com a introdução do Neoconstitucionalismo e a constitucionalização dos institutos processuais e dos direitos da personalidade, acabou por possibilitar um ativismo judicial que, baseado na discricionariedade da prestação jurisdicional por parte dos juízes e tribunais brasileiros, acarretou à judicialização a insegurança jurídica nas decisões e a conseqüente inefetividade na prestação da tutela jurisdicional. Na busca pela efetividade e segurança jurídica, o legislador brasileiro, de forma gradual, implementou mecanismos processuais limitadores, que têm por finalidade criar unidade nas decisões e acelerar a prestação jurisdicional. Com estes mecanismos, será possível desenvolver na cultura jurídica brasileira hábitos de respeito às decisões das Cortes Supremas, incluindo as de reconhecimento e efetivação dos direitos da personalidade, sem a ocorrência de decisões contraditórias. Logo, a presente dissertação tem por finalidade desenvolver previamente, com a abordagem de conceitos e princípios, reflexões e críticas sobre os fundamentos teóricos que sustentam o tema abordado, enquanto instrumento de aprofundamento do aprimoramento de conhecimentos teóricos na área do Direito, por intermédio de estudo bibliográfico de livros e artigos publicados sobre o tema, aplicando-se o método dedutivo, visando um conhecimento teórico aliado a uma reflexão sobre a importância prática do estudo.

Palavras-Chave: Direitos da Personalidade; Efetividade; Precedentes; Segurança Jurídica.

ABSTRACT

This dissertation begins by conducting a bibliographic research on the historical evolution of personality rights, how it has been recognized within the Brazilian legal system and what are the biggest problems for its effectiveness. In a second step, the changes in the Civil Procedure Code are verified, with the introduction of a microsystem of precedents, in order to establish a parallel between the legal systems of the common law and the Roman-Germanic one, demonstrating its influences on the system Brazilian legal system that, in a singular way in the world, developed since its first republican constitution a hybrid tradition, which had the law as its main normative source, but even so, it allowed the control of diffuse and concentrated constitutionality. In this complex of influences, the national legal system adapted systems and institutes and also created others, always in search of improving the jurisdictional provision. However, the evolution of positivism in Brazil, mainly with the introduction of Neoconstitutionalism and the constitutionalization of procedural institutes and personality rights, ended up enabling judicial activism, which based on the discretion of the judicial provision by Brazilian judges and courts led to judicialization, legal uncertainty in decisions and consequent ineffectiveness in providing judicial protection. In the search for effectiveness and legal certainty, the Brazilian legislature, gradually, implemented limiting procedural mechanisms, which aim to create unity in decisions and accelerate the jurisdictional provision. With these mechanisms, it will be possible to develop in the Brazilian legal culture habits of respect for the decisions of the Supreme Courts, including those of recognition and enforcement of personality rights, without the occurrence of contradictory decisions. Therefore, this dissertation aims to develop previously, with an approach to concepts and principles, reflections and criticisms about the theoretical foundations that support the topic addressed, as an instrument to deepen the improvement of theoretical knowledge in the area of Law, through bibliographic study. of books and articles published on the topic, applying the deductive method, aiming at theoretical knowledge combined with a reflection on the practical importance of the study.

Key-words: Personality Rights; Effectiveness; Precedents; Legal Security.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	16
2.1 RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	19
2.2 CONCEITO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE	20
2.3 DIREITO DA PERSONALIDADE E O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL (NEOCONSTITUCIONALISMO)	22
2.4 CLÁUSULA GERAL DA TUTELA DA PERSONALIDADE	27
2.5 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO PARA A TUTELA DA PERSONALIDADE	30
2.6 A DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	32
2.7 AS CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E SEUS DESAFIOS ATUAIS	35
3 O SISTEMA <i>COMMON LAW</i> E O SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO E SUA INFLUÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	39
3.1 <i>COMMON LAW</i> E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS HISTÓRICAS	41
3.2 A TRADIÇÃO <i>CIVIL LAW</i> EVOLUÇÃO HISTÓRICA	44
3.3 A SEPARAÇÃO ENTRE POLÍTICA E DIREITO E SEUS REFLEXOS	47
3.4 PODER JUDICIÁRIO E SUAS RELAÇÕES NOS SISTEMAS <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i>	50
3.5 O DIREITO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E SUA CONSTANTE EVOLUÇÃO	52
3.5.1 A evolução da atuação jurisdicional do magistrado	54
3.6 A HERMENÊUTICA JURÍDICA E O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO	59
4 OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULATIVOS DENTRO DA SISTEMÁTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	67
4.1 OS PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA EVOLUÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	70
4.2 A CONSTITUCIONALIDADE DOS PRECEDENTES NORMATIVOS	72
4.3 AS CORTES SUPREMAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	74
4.4 QUESTÕES DO DIREITO E SUA FUNDAMENTAÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS	79
4.4.1 Princípio da Vedação da Decisão-Surpresa e o Contraditório no Estado Constitucional e Sistema de Precedentes	81
4.4.2 O dever de fundamentação previsto no artigo 489, §1º, inciso IV, do Código de Processo Civil	83
4.4.3 Alterações hermenêuticas na aplicação da norma processual e o §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil	84
4.4.4 O dever de fundamentação com enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo, artigo 489, §1º, inciso IV, do Código de Processo Civil	86
4.5 A FORMAÇÃO DA <i>RATIO DECIDENDI</i> (OU <i>HOLDING</i>) DENTRO DO SISTEMA IMPLEMENTADO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	89
4.6 A <i>STARE DECISIS</i> COMO INSTRUMENTO DE VINCULAÇÃO	91

4.7 A FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	93
4.7.1 Eficácia Normativa dos Precedentes	96
4.8 INSTITUTOS PROCESSUAIS LIGADOS ÀS DECISÕES DE EFICÁCIA VINCULATIVA.....	99
4.8.1 Do <i>amicus curiae</i>	101
4.8.2 Da audiência na fase de saneamento e a forma de atuação das partes	103
4.8.3 Da tutela provisória de evidência	104
4.8.4 Da improcedência liminar do pedido	106
4.8.5 Decisão monocrática nos tribunais	107
5 EFETIVIDADE, SEGURANÇA JURÍDICA, UNIDADE E EFICÁCIA DOS DIRETOS DA PERSONALIDADE COM BASE NOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS	108
5.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E SEUS REFLEXOS NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	110
5.2 DA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA NO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E SUAS CARACTERÍSTICAS	114
5.3 EFICÁCIA E EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL BASEADA NOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS.....	117
5.4 MECANISMOS PROCESSUAIS PARA EFICÁCIA, EFETIVIDADE E CELERIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	120
5.5 A EVOLUÇÃO DO RESPEITO ÀS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO DIREITO BRASILEIRO.....	121
5.6 OS PRECEDENTES COMO GARANTIA DE SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	124
5.7 OS PRECEDENTES COMO MECANISMO DE EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	126
CONSIDERAÇÕES FINAIS	129
REFERÊNCIAS	134

1 INTRODUÇÃO

O avanço do neoconstitucionalismo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 no Brasil acarretou dois fenômenos diretamente ligados ao Poder Judiciário, conhecidos por judicialização e ativismo judicial.

A falta de políticas públicas que efetivamente entreguem e garantam ao cidadão tudo aquilo que está previsto na Constituição, e também na legislação infraconstitucional, como os direitos fundamentais, é um dos principais fatores que levam à judicialização, mas este não é o único problema.

O reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, previsto expressamente no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, trouxe para os sistemas político, administrativo e jurídico uma responsabilidade de tornar efetivos os direitos fundamentais e de personalidade, previstos como essenciais a todo ser humano.

A evolução política, administrativa e judicial ocorrida após a promulgação da Constituição atual, foi construída dentro do fortalecimento das instituições que fazem parte de toda a estrutura do Estado, alicerçada em uma democracia cada vez mais forte e madura.

O reconhecimento progressivo de direitos fundamentais e da personalidade durante as três últimas décadas de vigência da Constituição, tornaram possível a declaração de direitos, mas sua eficácia e efetivação muitas vezes não existiu, por divergências dentro do próprio Poder Judiciário, no reconhecimento destes direitos, ou por falta de eficiência na prestação jurisdicional.

Os Direitos da Personalidade, assim como todos os outros direitos fundamentais, passaram a ser reconhecidos pelos tribunais brasileiros, com base na contemporânea visão de Estado Democrático de Direito, onde não basta a previsão constitucional ou infraconstitucional, de modo que os direitos deverão ser reconhecidos e efetivados, tornando o cidadão um sujeito de direito realizado e não apenas declarado.

Os problemas éticos, sociais e políticos existentes no Brasil acarretaram a existência de um Poder Executivo que não preza por uma política pública de qualidade, sendo mal fiscalizado pelo Poder Legislativo, que também falha com a função de elaboração de leis e está sendo omissivo/cúmplice da Administração Pública.

Ao Poder Judiciário, dentro deste período brasileiro de redemocratização, não restou outra alternativa senão reconhecer os direitos do cidadão, mesmo aqueles em que o Poder

Legislativo, por interesse de grupos ou por falha na sua função institucional, negou-se a reconhecer expressamente.

A jurisdição constitucional está diretamente conectada à judicialização e ao ativismo judicial, por meio do qual o Poder Judiciário passou a reconhecer direitos fundamentados na Constituição, tanto nas relações públicas como privadas.

O Direito Civil não pode ser considerado apenas dentro de uma ótica tradicional de relações interpessoais disponíveis e que não cabe ao Estado interferir. A visão contemporânea de constitucionalização e reconhecimento de direitos inerentes a todo cidadão também atinge a esfera privada das pessoas, que devem agir em suas relações sempre com boa-fé e buscando um bem-estar social e não individual.

O Poder Judiciário, representado pelo magistrado, dentro desta função de reconhecimento constitucional dos direitos, passa a interpretar a lei não apenas de forma literal, mas baseado em critérios morais, econômicos, jurídicos e éticos. Dentro desta perspectiva constitucional, o princípio do livre convencimento motivado do juiz transforma a função jurisdicional em um ato mais complexo que apenas aplicar a lei ao caso concreto.

Existe um ordenamento jurídico onde várias fontes normativas devem ser consideradas pelo magistrado, sendo a principal, e hierarquicamente superior, a Constituição Federal, tendo por função ser a base de toda e qualquer decisão judicial. Neste momento de constitucionalização dos direitos, a teoria do “Direito Civil Constitucional” acaba por dominar tanto a doutrina como os magistrados.

No capítulo inaugural, o trabalho limita-se a uma revisão bibliográfica, buscando compreender preliminarmente a evolução histórica do Direito Civil dentro de uma perspectiva neoconstitucional, principalmente nas relações privadas, com o reconhecimento de diversos direitos da personalidade, mesmo sem previsão legal expressa.

Também são analisados os direitos da personalidade a partir da sua natureza jurídica e da necessidade de mecanismos mais céleres para o reconhecimento, a efetivação, eficácia e segurança jurídica destes direitos. Com isso, busca-se na ciência processual institutos que de alguma forma auxiliem o magistrado a realizar uma prestação jurisdicional condizente com o Estado Democrático de Direito.

O reconhecimento do texto constitucional como norma jurídica e a necessidade de efetivação dos direitos reconhecidos na Constituição tornaram a função jurisdicional uma atividade baseada não apenas na verificação da lei e prestadora de tutelas, mas impôs ao Poder Judiciário um dever de buscar reconhecer e efetivar direitos fundamentais essenciais a todo ser humano.

O segundo capítulo analisa exatamente a influência do neoconstitucionalismo na função jurisdicional e o efeito causado pelo reconhecimento do princípio do livre convencimento motivado do juiz, como um elemento causador da judicialização e que proporcionou situação importante de reconhecimento de direitos fundamentais e da personalidade, mas também, acabou por desenvolver uma prestação jurisdicional lenta, insegura e, muitas vezes, ineficaz.

O excesso de discricionariedade nas decisões judiciais e o individualismo não sistêmico têm levado o legislador e os doutrinadores mais preocupados com a coerência, a unidade, a segurança jurídica e a efetividade do direito, a buscar alternativas para uma sistematização que torne a prestação jurisdicional rápida, segura e eficiente.

Ou seja, no Brasil, como nos países de tradição *civil law*, os magistrados têm a liberdade de interpretação da norma sem limitações objetivas, fato que gera insegurança jurídica e, muitas vezes, a falta de reconhecimento de certos direitos por alguns destes, neste caso, direitos da personalidade. Decisões judiciais como base para a criação de fonte normativa tendem a dar mais efetividade e segurança à prestação jurisdicional.

O atual Código de Processo Civil, que entrou em vigência no ano de 2016, apresentou um avanço fabuloso na questão dos precedentes dentro do ordenamento jurídico brasileiro, criando um microsistema processual de decisões vinculativas. Este avanço legislativo tem como principal finalidade dar mais efetividade e segurança jurídica às relações dentro do sistema jurídico pátrio, tema tratado dentro do terceiro capítulo.

Ocorre que, por ser o Brasil um país de tradição jurídica híbrida, porém com maior influência do sistema romano-germânico, as decisões judiciais como fonte primária de direito são um obstáculo de difícil transposição, pois neste tipo de tradição a “lei” seria a principal fonte normativa primária a ser considerada. Romper este obstáculo cultural é essencial, mas trata-se apenas do primeiro obstáculo a ser transpassado.

Com o enraizamento e a efetivação dos precedentes no direito brasileiro, é preciso que seja feito um profundo estudo sobre o tema, pois, com certeza, os precedentes brasileiros serão, como todo o ordenamento jurídico, de característica única.

Discute-se atualmente, tanto doutrinariamente como no Superior Tribunal de Justiça (STJ), qual seria o verdadeiro conteúdo do precedente no Brasil. Na tradição estadunidense e inglesa, os precedentes são fontes normativas há séculos, sendo que seu conteúdo já está bastante solidificado. Porém, no ordenamento jurídico pátrio, tais discussões apenas começaram.

Para um melhor desenvolvimento dos precedentes, busca-se uma conexão entre estes e o seu papel como fonte normativa primária. Sua real utilização no mundo prático deve vir ligada ao direito subjetivo, que foi apresentado ao Poder Judiciário, sendo por este tutelado.

Neste ponto, vislumbra-se que o desenvolvimento científico dos Direitos da Personalidade, por terem sido introduzidos no ordenamento brasileiro, primeiramente, pela Constituição Federal de 1988, partiu desta visão constitucionalista. Assim, para a aplicação desta classe de direitos prevista constitucionalmente, existe a necessidade fundamental de sua real efetivação na utilização de métodos hermenêuticos modernos, que tenham a preocupação de aplicar a norma dentro de uma análise profunda do caso concreto, trabalhando-se, assim, com um método indutivo de prestação jurisdicional.

Este fator cultural tem ligação direta com a efetivação dos direitos da personalidade, pois dentro da história destes direitos sabe-se que seu reconhecimento se deu, muito mais, por meio jurisprudencial do que legislativo. São essenciais as técnicas hermenêuticas de ponderação e a utilização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além do reconhecimento de que o conteúdo previsto na Constituição não é mera carta de intenções ou cartilha legislativa, e sim norma que reconhece Direitos Fundamentais e da Personalidade, e que, estes devem ser declarados e protegidos imediatamente, independente de legislação infraconstitucional.

Com a Emenda Constitucional n.º 45/2005, que criou as súmulas vinculantes, e agora com a Lei n.º 13.105/2015 (Código de Processo Civil), que introduziu os precedentes obrigatórios, as decisões judiciais desta natureza têm *status* de norma, fonte primária de direito, característica de uma tradição jurídica do *common law*, e que deve ser aperfeiçoada e moldada dentro do sistema jurídico pátrio.

Os direitos de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro têm uma característica singular, são normas constitucionais de efetividade imediata, porém ao serem regulados infraconstitucionalmente, o legislador preocupou-se em moldá-los com conceitos abertos, trazendo uma característica ímpar para o reconhecimento destes direitos, a necessidade de análise do caso concreto, sendo que seus limites de reconhecimento serão gradativamente reconhecidos pelos tribunais através de decisões judiciais que podem tornar-se precedentes.

Os direitos da personalidade como direitos inerentes ao ser humano, e que têm tutela de natureza constitucional e infraconstitucional, precisam de um mecanismo mais eficaz e efetivo com escopo de se determinar o seu alcance e o seu melhor enquadramento dentro de questões mais complexas, e isto requer um maior aprofundamento hermenêutico dentro de um processo dialético e que, ao final, a decisão judicial tenha além de repercussão dentro da relação jurídica

processual, onde foi objeto, por força de segurança jurídica, unidade, eficiência e eficácia do Direito, bem como que este pronunciamento jurisdicional seja considerado norma para outros casos idênticos ou análogos.

Assim, a presente dissertação aborda esta problemática da falta de efetividade, eficiência e eficácia dos direitos da personalidade baseados em decisões judiciais que reconhecem ou não direitos da personalidade ou relativizam suas características sem nenhum critério objetivo e sem respeitar as decisões das Cortes de Vértice, também denominadas “Cortes Supremas”.

2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Muito complexo este caminho que se buscará percorrer, pois a intenção será analisar os direitos da personalidade, hoje com seu desenvolvimento científico bastante apurado, mas ainda cheio de incertezas e discordâncias, quanto ao seu alcance, sua natureza jurídica e efetivação.

Os direitos da personalidade, principalmente no Brasil, só ganharam um papel de importância relevante entre os juristas após a Constituição de 1988, pois o constitucionalismo brasileiro foi tardio, tendo sua trajetória ligada à evolução história, filosófica e teórica da “constitucionalização do Direito” (BARROSO, 2018, p. 3), após a redemocratização ocorrida há três décadas.

Para um melhor entendimento do que será abordado, cabe aqui estabelecer uma ligação que não pode ser desmembrada, pois na evolução das teorias e institutos jurídicos na atualidade existe de forma clara a intenção de sincretismo dos direitos e não sua separação estrutural didática.

Quando se fala em evolução do direito constitucional, direito fundamental, direitos humanos, direito da personalidade ou também chamado de direito de humanidade (NERY, 2017, p. 19), direito da dignidade da pessoa humana, direitos individuais e sociais, direitos inatos e personalíssimos, todos estes, só passaram por uma evolução pois estão conectados de alguma forma, sendo impossível tratá-los separadamente.

Evidente que dois momentos históricos são primordiais para a evolução do direito, como visto hoje neste nível de proteção à pessoa, claro que não retirando a importância do cristianismo e da Bíblia, que implantaram uma ideia de Deus como criador do mundo (COMPARATO, 2007, p. 1) e de Jesus Cristo como aquele que ama a todas as pessoas. Também na Inglaterra, já em uma visão política e jurídica, a Magna Carta de 1215 foi o marco para a limitação do poder político.

Mas foi no final do século XVIII, que acontecimentos tanto na América, com a Independência Norte-Americana, em 1775, a *Bill of Rights*, da Virgínia, em 1776, e seu Constitucionalismo em 1787, como também no continente europeu, com a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ambas de 1789, é que os direitos ligados à proteção do ser humano, “dotado de um valor próprio” (SARLET, p. 33, 2015), começam a ser estruturados dentro de um pensamento jurídico-filosófico, com claro intuito de proteção ao indivíduo.

Por mais que os momentos históricos sejam os mesmos, os direitos da personalidade não podem ser tratados e nem confundidos com os direitos fundamentais, pois quando se fala daqueles, afirma-se “direitos subjetivos privados” (GOGLIANO, 2012, p. 25). Mas devido ao fato de que ambos têm como fundamento axiológico a dignidade da pessoa humana, evidente que os marcos históricos se confundem.

Este primeiro momento histórico, ligado diretamente aos Direitos Fundamentais de primeira geração, tem a intenção de proteger o indivíduo contra o poder do Estado, ou seja, a preocupação naquele momento era o trauma advindo dos sistemas políticos, até então Monarquias Absolutistas.

O iluminismo no século XVIII influenciou Thomas Jefferson que, em 1776, escreveu os primeiros rascunhos da Declaração da Independência, onde todos os homens são considerados iguais e detentores de direitos inerentes e inalienáveis, em especial a vida, a liberdade e a busca pela felicidade (HUNT, 2007, p. 7).

Jefferson não só escreveu a Declaração da Independência norte-americana como também influenciou no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, através do seu amigo Marquês de Lafayette. Em 1789, Jefferson encontrava-se na França, quando deu início aos primeiros textos referentes a uma declaração de direitos do homem (HUNT, 2007, p. 7).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, escrita no século XVIII, dentro de uma sociedade marcada pelos privilégios feudais e o clero, tem caráter transformador do pensamento jurídico, político e filosófico:

o documento tão freneticamente ajambrado era espantoso na sua impetuosidade e simplicidade. Sem mencionar nem uma única vez rei, nobreza ou igreja, declarava que “os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem” são a fundação de todo e qualquer governo. Atribuía a soberania à nação, e não ao rei, e declarava que todos são iguais perante a lei, abrindo posições para o talento e o mérito e eliminando implicitamente todo o privilégio baseado no nascimento. Mais extraordinária que qualquer garantia particular, entretanto, era a universalidade das afirmações feitas. As referências a “homens”, “homem”, “todo homem”, “todos os homens”, “todos os cidadãos”, “cada cidadão”, “sociedade” e “toda sociedade” eclipsavam a única referência ao povo francês (HUNT, 2007, p. 8).

O constitucionalismo dos séculos XVII e XVIII, inspirado nas revoluções burguesas, tinha como maior preocupação extinguir qualquer elemento de poder característico do Estado absolutista. Assim, as constituições da época foram constituídas de dois tipos de conteúdo normativo, o primeiro, consagrando a instituição de direitos individuais e também normas que visavam a própria estruturação do Estado dentro da tripartição dos poderes (NETO; SARMENTO, 2017, p. 184).

Porém, a história conta que independentemente do sistema político adotado e, até mesmo, da estrutura social criada, “o homem é o lobo do homem” (SCHREIBER, 2013, p. 3), ou seja, a exploração e o desrespeito ao ser humano advêm do próprio homem, e não de suas criações. Pelo contrário, as construções religiosas, filosóficas, políticas e jurídicas têm a intenção de controlar o ímpeto humano.

Friedrich Engels relata em sua obra “A situação da Classe trabalhadora na Inglaterra”, ao analisar a elite inglesa de sua época, a descreve como “profundamente imoral, tão corrupta e interiormente minada de egoísmo” (ENGELS, 1975, p. 337). Qual seria a diferença destas pessoas com poder econômico, dentro do sistema político-jurídico que viviam, relacionadas na obra e dentro daquele momento histórico, com as outras classes que dominaram a humanidade ocidental antes e após este período?

A revolução francesa baseou-se em uma classe econômica forte, que detinha aspirações políticas e não via no absolutismo monárquico a possibilidade de alcançar estes objetivos, pois a estrutura política que existia só possibilitava privilégios corporativos aos nobres (NUNES, 2017, p. 109).

A Revolução Industrial apresentou uma outra classe dominadora, que visava explorar outros seres humanos, porém não detentora do Poder do Estado (como ocorria na Monarquia Absolutista), mas detentora da economia, e esta, neste momento histórico, era totalmente livre do controle estatal, baseado no direito fundamental de liberdade para os homens.

Assim, verifica-se que o direito, quando analisado de forma absoluta, acarreta quase sempre injustiças, devido não aos seus preceitos, mas à atitude do próprio ser humano.

Neste contexto, ocorreu uma segunda parte da evolução dos direitos fundamentais e que só foi possível após a humanidade chegar ao seu ápice de egoísmo e ambição, com as duas seguidas Guerras Mundiais. Somente após milhões de pessoas mortas ou sujeitas ao limite da falta de dignidade, respeito ao próximo e empatia, é que houve um olhar mais atento para o ser humano como um sujeito de direitos subjetivos, não patrimoniais, de proteção contra os outros indivíduos e não apenas contra o Estado.

Assim, os direitos anteriormente citados, passaram a ser estudados e sistematizados, visando uma proteção efetiva do ser humano. E nesta evolução científica, cultural, jurídica, política, sociológica e filosófica, também nasceu um terceiro viés de proteção a ser analisado e tutelado, a proteção da pessoa contra atos da própria pessoa.

Verifica-se, assim, que o ser humano passou a ser visto pelo Direito como dotado de direitos inatos (NERY, 2018, p. 12) e essenciais, e que precisava ser protegido de todas as

formas, ou seja, tanto das ações exteriores como da ação do próprio sujeito, dotado de particularidades e vontades.

Assim, é impossível tratar apenas de direitos da personalidade buscando trazer uma classificação, ou uma estruturação mais clara e objetiva, pois suas raízes estão ligadas a outros direitos de proteção do homem, porém em perspectivas diversas.

No direito constitucional contemporâneo, a dignidade humana, os direitos humanos e os direitos fundamentais, são próximos, chegando a ser inseparáveis (SARLET, 2015, p. 29).

Na verdade, existe um preceito maior, o ser humano, visto como algo que tem que ser protegido em todas as suas dimensões, sejam elas relações jurídicas ou não e, até mesmo, conflitos internos. Assim, com a evolução desta proteção, ocorreu um aprimoramento que levou à descoberta de vários direitos que não se excluem e não se confundem, mas devem ser interpretados de forma conectada, sempre buscando o aprimoramento da tutela.

2.1 RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Estabelecer um conceito de direitos da personalidade nesse momento seria muito pretencioso, e mais, com certeza, incompleto. Assim, o que deve ser buscado para o entendimento deste direito é analisar: Qual elemento conecta os direitos inseridos nesta categoria e qual sua razão de existir?

O escopo do direito da personalidade é a proteção à pessoa, mas apenas este elemento não pode ser considerado, pois existem outros direitos que têm por função o mesmo bem a ser tutelado.

Há necessidade de estipular-se no mínimo uma característica básica dos direitos da personalidade, para partir posteriormente em direção a outros elementos como características comuns, natureza jurídica e reconhecimento efetivo na tutela destes direitos.

Adriano de Cupis fala em “Direitos Essenciais” (CUPIS, 2008, p. 24) e apresenta um excelente embrião neste árduo caminho de identificação, o que seriam estes direitos essenciais e quais suas características.

São aqueles que, se não existissem, a própria pessoa também não existiria. Nas palavras do referido jurista: “[...] existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo [...]” (CUPIS, 2008, p. 24).

Partindo desta premissa, pode-se dizer que os direitos da personalidade são essenciais ao ser humano, sem os quais a personalidade humana não teria um mínimo necessário (BELTRÃO, 2014, p. 11).

Porém, foram desenvolvidas várias teorias tentando organizar estes referidos direitos na busca de uma maior efetividade e segurança no seu reconhecimento.

Não cabe neste presente trabalho desenvolver uma trajetória da proteção à pessoa desde a Antiguidade onde na *hybris* grega e na *iniura* romana já se vislumbravam mecanismos de tutela à personalidade humana (SZANIAWSKI, 2005, p. 23).

A configuração dos direitos da personalidade como são definidos hoje e sua denominação têm origem apenas no século XIX. Foi neste período que se percebeu a concreta necessidade de tutelas destinadas à privacidade das pessoas (MORAES, 2006, p. 1).

A denominação “direito da personalidade” pode ser imputada a Gierke, já no fim do século XIX, que estabeleceu elementos ligados ao indivíduo, dentre eles, a vida, a honra, a liberdade física e o nome (BELTRÃO, 2014, p. 6).

Já no Brasil, os direitos da personalidade não ganharam nenhuma atenção do Código Civil de 1916, pois o direito privado ainda naquele contexto histórico era extremamente patrimonialista, não se preocupando com a tutela da pessoa.

2.2 CONCEITO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE

Sabe-se que a pessoa natural é o homem, sendo sujeito de obrigações e direitos (GOGLIANO, 2012, p. 147). O ponto de partida para a conceituação dos direitos da personalidade com certeza é a pessoa humana e a necessidade de certas tutelas.

Porém, para uma melhor conceituação referidas tutelas precisam ser estabelecidas, pois, na proteção do ser humano, existem tutelas universais, constitucionais e privadas. Assim, primeiramente, afirma-se que, com relação aos direitos de personalidade, existe uma proteção ao indivíduo em suas relações privadas, tanto com o Estado como com outros indivíduos e também contra vontades próprias.

Assim, ao se definir direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade, preliminarmente cabe salientar que não são os mesmos direitos vistos em perspectivas diferentes. Ao afirmar que os direitos da personalidade tutelam direitos subjetivos privados que, muitas vezes, estão garantidos em norma constitucional, não está se pontuando que passam a ser denominados direitos fundamentais.

Deve-se, na verdade, verificar vários elementos, dentre estes: o tipo de relação jurídica existente, as pessoas que compõem esta relação jurídica, o objeto desta relação e os direitos que precisam ser tutelados.

Ao longo destes últimos três séculos foram desenvolvidos conceitos diversos para tentar decifrar este maravilhoso enigma que são os direitos da personalidade. Cada teoria desenvolvida criou seus conceitos partindo de suas premissas particulares da relação entre homem e direito. Assim, existem o jusnaturalistas e os positivistas, também os publicistas e os privatistas, todos focados em desenvolver uma tutela efetiva de direitos que visam proteger a pessoa humana.

Daisy Gogliano revela algumas definições apresentadas por juristas alemães, que são considerados os precursores dos direitos da personalidade como um núcleo próprio e ligado às relações privadas:

[...] Neuner diz que o direito de personalidade é o direito da pessoa de ser um fim em si mesma e de afirmar-se e desenvolver-se como tal; Gierke: são direitos que garantem ao sujeito um poder sobre uma parte da própria esfera da personalidade; Dernburg, criticando a definição de Gierke, por ser infeliz, em razão de que a honra, por exemplo, não confere tal poder, apresenta a seguinte definição: 'O direitos de personalidade é o direito à proteção social do particular'. E, Kühler: 'é o direito de exigir que o homem seja reconhecido como plena personalidade ética e espiritual (GOGLIANO, 2012, p. 222).

Em todos os conceitos apresentados existe a ligação direta, imediata e primordial entre o homem (ou sujeito) e o reconhecimento de uma necessária tutela, que tenha por escopo a personalidade do indivíduo. O ser humano visto na sua essência e protegido nesta.

Para Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá, é necessário estabelecer seu objetivo que, para os autores, seria a pessoa humana, também tendo como elemento principal a individualidade como alicerce para o desempenho de uma vida com dignidade (NAVES; SÁ, 2017, p. 18).

Se for utilizada a definição do que seja personalidade, pode ser que assim fique mais fácil estabelecer um conceito, mesmo sabendo que este deverá também ser considerado para a conceituação das correntes naturalistas e positivistas.

Assim, a personalidade tem por definição elementos interiores da complexidade do indivíduo e com os quais ele se relaciona perante um grupo e todo o ambiente que o cerca, atribuindo a este sujeito questões materiais e morais. O primeiro bem que deve ser atribuído a uma pessoa é a sua personalidade. Classificada como bem, a personalidade tutela a vida, a liberdade, a honra, a intimidade etc., como bens imateriais, sendo que, derivando destes,

estariam os bens materiais, devido ao caráter essencial e jurídico estabelecido ao ser (SOUZA, 2002, p. 1).

Neste ponto, é importante estabelecer o que seria personalidade, pois, desta forma, fica mais cristalino o núcleo do direito que dela emana, sem estar ligado a uma corrente conceitual.

A personalidade é moldada dentro de aspectos culturais, morais, religiosos e de ambiente e que formam um complexo de pensamentos, opiniões e crenças que, tendo um valor, deverá ser tutelado pela ordem jurídica. A personalidade está na essência de cada indivíduo e, estando este em sociedade, tem o direito de ter o seu bem mais importante protegido. “A pessoa vale o que é, e não pelo que tem” (CANTALI, 2009, p. 21).

É dentro deste pensamento que o direito privado começa no século XIX a mudar seu foco de estudo e proteção. O núcleo não é mais a propriedade, os bens do indivíduo, mais sim o próprio indivíduo.

Dentro de uma concepção naturalista, os direitos da personalidade estariam ligados umbilicalmente à condição de ser humano, direitos originários e também aqueles que refletem o ambiente onde o sujeito vive, ou seja, seu convívio em sociedade (BITTAR, 1999, p. 10).

Faz-se necessário estabelecer estes parâmetros dentro do tema direitos da personalidade, pois existe uma evolução do Direito Civil ligada ao Direito Constitucional e este caminho é primordial para se estabelecer se existe uma tutela geral ou não dos direitos da personalidade.

Para isso, a conceituação destes direitos, feita por inúmeros doutrinadores, só ratifica sua importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro e sua difícil caminhada evolutiva na busca de efetividade das tutelas ligadas ao ser humano dentro do Direito Privado.

2.3 DIREITO DA PERSONALIDADE E O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL (NEOCONSTITUCIONALISMO)

O pós-guerra gerou uma comoção mundial, pois as atrocidades praticadas contra o ser humano, destituído de qualquer proteção, apresentaram seu ápice na história da humanidade. Assim, em meio a esta comoção mundial, começam a ser formadas as constituições dos países da Europa Continental Ocidental, dentre eles, da Itália, em 1947, e da Alemanha, em 1949.

O texto constitucional, elaborado por uma Assembleia Nacional Constituinte, deixa de ser considerado como um formador de um Estado e uma carta de intenções aos Poderes ali criados, e passa a ser desenvolvido como um ato normativo que também tutela direitos inatos ao indivíduo.

A expressão “Constituição Jurídica”, empregada por Konrad Hesse, apresenta uma nova visão do texto constitucional como norma, pois, segundo o próprio jurista, “ela própria converte-se em força ativa, que influi e determina a realidade política e social”. E esta força apresentada pela norma constitucional torna-se mais ampla quando se tem a certeza de sua inviolabilidade e dos princípios que dão vida à constituição. Assim, o grau de aplicabilidade da norma constitucional deve ser visto em um primeiro plano dentro da vontade normativa (HESSE, 1991, p. 24).

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em seu Preâmbulo, já demonstrava a nova visão constitucionalista que viria a ser desenvolvida nos anos que se sucederam, pois afirma a necessidade da responsabilidade perante Deus e os seres humanos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 60).

Além disso, no seu primeiro artigo, afirma o compromisso do povo alemão com a inviolabilidade e a inalienabilidade da pessoa humana (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 60). É a partir deste momento, e também com as Constituições posteriores em Portugal (1976) e na Espanha (1978), que o sistema de tradição romano-germânico começa uma caminhada para a efetivação da constitucionalização do direito.

No Brasil, este constitucionalismo moderno só foi possível com a promulgação da Constituição Federal de 1988, pois qualquer tentativa de considerar os textos constitucionais anteriores como normas de proteção da dignidade humana seria apenas propaganda política, devido aos regimes militares que a antecederam.

Não se pode deixar de enaltecer a grandiosidade da Constituição brasileira no pós-redemocratização, pois foi através dela que as instituições políticas e o próprio Poder Judiciário conheceram um período de amadurecimento, fortalecimento e credibilidade. Entre erros e acertos, foi a partir da Constituição da República Federativa do Brasil que juristas, sociólogos, filósofos entre outros construíram um alicerce baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, que é hoje a engrenagem principal nos direitos a serem tutelados. Conforme Barroso:

sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabe, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor (BARROSO, 2005, p. 4).

Evidente que o espírito do constitucionalismo não refletiu apenas dentro dos autores e juristas constitucionalistas, já que também atingiu ramos do direito até então estritamente privados e que sempre foram focados nas relações interpessoais de autonomia da vontade.

Ao tratar da constitucionalização do Direito Privado não se pode deixar de citar o embrião da superação desta dicotomia, que foi a promulgação da Constituição de Weimar, em 1919, pois em seu texto foram incluídos institutos típicos do Direito Privado e, com isso, várias teorias ligadas à desconstrução de um Direito Privado autônomo, destituído de concepções constitucionais, foram sendo superadas. Seria inevitável tratar desta aproximação entre Direito Privado e constituição sem citar a Constituição de Weimar (CANTALI, 2009, p. 49).

A terminologia constitucionalização do direito está ligada à ideia de aplicação efetiva e expansiva da constituição vista como norma, onde seus princípios e direitos expressamente estabelecidos criam uma necessidade de interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional, dentro de um sistema jurídico único e interligado (BARROSO, 2018, p. 211).

Desta maneira, o Direito Civil não pode ser analisado dentro de uma estrutura autônoma, desconectado dos outros ramos do Direito, em especial do Direito Constitucional. Assim, a constitucionalização do Direito apresenta certos limites no tocante à Administração Pública, à atuação Legislativa e também ao Poder Judiciário, mas com relação aos particulares impõe limites às relações interpessoais privadas, pois devem ser respeitados os direitos fundamentais e os valores previstos na Constituição (BARROSO, 2018, p. 212).

É dentro de todo este contexto aqui apresentado que se desenvolve este Direito Civil Contemporâneo, que não pode ser estudado, desenvolvido e aplicado apenas preocupado com as relações de cunho patrimonial. Por muito tempo, os próprios direitos da personalidade tiveram sua natureza jurídica extraída desta visão patrimonialista do Direito Privado.

Na atualidade, uma visão independente e exclusivamente patrimonialista de qualquer espécie de direito será facilmente contestada devido ao grau de maturidade e desenvolvimento científico das relações principiológicas entre os diversos ramos dos Direitos Público e Privado.

Dentro desta ótica Privada-Constitucional, os direitos da personalidade têm um papel primordial, pois neles se verifica claramente a evolução do texto constitucional como norma e também o reconhecimento de direitos privados dentro da Constituição.

A proteção do ser humano em suas características físicas, psíquicas e morais não pode estar ligada apenas às normas infraconstitucionais e também a um rol taxativo de direitos, pois claramente o que se vislumbra na atualidade é a ampliação da tutela de direitos baseada em um

sistema complexo e dinâmico e que se conecta independentemente da sua natureza pública ou privada.

Na história do pensamento jurídico, o “Jusnaturalismo” e o “Positivismo” sempre despertaram paixões de seus defensores e, por muitas vezes, acarretaram exageros em suas afirmações. Porém, o século XIX foi todo influenciado pelas codificações, primeiramente pelo projeto de *Cambacères* (1803), que posteriormente foi denominado *Code Napoléon* (1807) e, depois, *Code Civil* (1814) (GUSMÃO, 1997, p. 286-287).

As codificações tinham como principal atributo tentar estruturar o Direito dentro de uma ideia positivista, onde a “Lei” seria a principal fonte do Direito. A codificação napoleônica, fortemente influenciada pelos direitos romano e canônico, com uma visão individualista, acabou por influenciar os códigos civis europeus: “o português (1868), a obra do Prof. A. L. Seabra, o italiano (1866), o espanhol, o belga, o holandês, o romeno, o egípcio, o canadense de Quebec e o norte-americano de Louisiana” (GUSMÃO, 1997, p. 287).

Este movimento codificador europeu que depois se estendeu para Alemanha e, posteriormente, para o Brasil, foi denominado “sistema continental” ou “sistema de direito codificado”, também conhecido atualmente como tradição jurídica *civil law* (GUSMÃO, 1997, p. 287) e tem por base pensamentos positivistas que dominaram todo o século XIX e metade do século XX, sendo um duro obstáculo para o reconhecimento dos direitos da personalidade e direitos de proteção do indivíduo no ramo do Direito Privado. Mesmo os juristas que já defendiam os direitos da personalidade traziam uma classificação limitada e um rol taxativo destes direitos, claro, influenciados pelo positivismo e pelas codificações.

O apogeu do positivismo, desenvolvido por Augusto Comte (1798-1857) com sua obra “Curso de Filosofia Positiva” (1830 a 1842), foi no início do século XX, e teve como principal característica reduzir a importância do ser humano, onde o ser do direito ganhou atenção que acarretou uma tragédia humanitária. O positivismo foi o movimento que possibilitou as bases filosóficas e estruturais do Estado para os regimes totalitários comunistas, fascistas e nazistas (NADER, 2015, p. 383).

Uma Constituição vista como uma carta de intenções do Estado e um Direito Civil preocupado com as relações humanas positivadas, sem levar em conta o valor “ser humano”, não podiam ser mais defendidos em um mundo pós-guerra como ocorreu. Havia a necessidade de superação do positivismo exacerbado que colocava a lei acima da proteção humana e o Estado acima do indivíduo.

O pensamento humanista, ligado os valores do Homem como sendo detentor de direitos naturais, essenciais e ligados à personalidade de ser um indivíduo, ganha uma feição inovadora

dentro de toda estrutura política-jurídica na ordem constitucional no pós-guerra, visando afastar elementos filosóficos e sociológicos do Direito.

Fato este expressamente difundido por Hans Kelsen que, com o positivismo jurídico na busca por uma ciência com parâmetros mais objetivos, equiparou o Direito à lei, renunciando à filosofia e suas indagações sobre legitimidade e justiça (BARROSO, 2005, p. 5).

Então fica claro que os direitos humanos, fundamentais e da personalidade ganham importância em seu estudo e reconhecimento no neoconstitucionalismo, onde o ser humano passa a ser o centro de tutela do Direito, mas além disso, neste desenvolvimento, existe a preocupação com a proteção do indivíduo em todas as suas relações, incluindo as privadas. Daí também se inicia a estruturação do Direito Civil Constitucional, ou seja, as relações privadas também devem respeitar princípios constitucionais de proteção à dignidade da pessoa humana, sendo este elemento essencial em qualquer relação jurídica.

Para se falar hoje em um Direito Civil Constitucional vários acontecimentos ocorreram, pois na história do direito de tradição *civil law* a força normativa da lei e a dicotomia público-privado foram muito fortes e defendidas com bastante entusiasmo por muitos juristas.

Sem dúvida que a concepção do ser humano como sendo o centro do ordenamento jurídico só foi possível através de uma ruptura com o sistema vigente tradicional, e esta quebra de paradigmas que trouxe uma nova visão material e axiológica para o sistema normativo ocorreu de forma trágica para a humanidade.

Os direitos da personalidade têm este aspecto especial e diferenciado dentro do Direito Privado, pois ele com certeza é o que melhor traduz esta evolução do Direito Civil tradicional para o constitucional. Por isso, durante décadas ocorreram celeumas históricas envolvendo os doutrinadores que se dispunham a desenvolver teorias sobre o tema, sendo que as mais citadas são a teoria monista e a pluralista, que serão melhores abordadas em outro tópico.

É fundamental desenvolver esta visão constitucionalista dos direitos da personalidade pois sua efetividade para a tutela de várias questões apresentadas perante o Poder Judiciário, e que são de difícil resolução, dependerá deste entendimento sobre como se extrair dos direitos privados as garantias constitucionais de proteção ao indivíduo.

Assim, é fundamental para se entender o caminho percorrido pelos direitos da personalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro perceber que seu reconhecimento ocorreu primeiramente na Constituição Federal de 1988. Por mais que durante a vigência do Código Civil de 1916 a doutrina da época já tratava dos direitos da personalidade e, no anteprojeto do Código Civil de 1963, havia seu tratamento, na elaboração de Orlando Gomes,

os direitos da personalidade só foram efetivamente positivados com a promulgação da Constituição Federal de 1988, no seu art. 5, inc. X (ANDRADE, 2013, p. 96).

Negar a característica constitucional dos direitos da personalidade seria desconsiderar a própria redação da Constituição Federal ou não a reconhecer como norma, fato inconcebível na atualidade.

Danilo Doneda afirma que, mesmo sendo recentes e em construção, os direitos da personalidade são os melhores representantes das mudanças existentes no Direito Civil, após o período denominado “códigos oitocentescos”. Com a evolução social, o ordenamento jurídico também se desenvolveu na busca de valores presentes em uma Constituição e a igualdade formal que existia nas relações do Direito Privado enfrentou uma nova realidade, os direitos da personalidade (DONEDA, 2002, p. 71-72).

Porém, reconhecer o caráter constitucional destes direitos lhes garante automaticamente uma aplicabilidade geral, ou seja, uma cláusula geral da tutela, sem limitação dentro das normas infraconstitucionais, ao passo que, considerar os direitos constitucionais não coloca os direitos da personalidade dentro de uma ordem pública, estes continuam sendo ligados ao ramo do Direito Privado.

2.4 CLÁUSULA GERAL DA TUTELA DA PERSONALIDADE

A existência de uma cláusula geral dos direitos da personalidade teve início na Áustria, na Suíça e na Alemanha, sendo que nesta última, a vigência do Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), em 1900 (Código Civil Alemão), acabou acarretando um retrocesso na evolução legislativa dos direitos da personalidade, pois com a vigência desta referida legislação os direitos da personalidade foram apenas estabelecidos de forma independente, sem a criação de uma disciplina sistematizada no código (ZANINI, 2011, p. 142).

Desta forma, nos anos seguintes após a vigência do Código Civil Alemão (BGB), tanto a doutrina como a jurisprudência entendiam não existir uma tutela geral dos direitos da personalidade, ficando protegidos apenas os expressamente previstos no ordenamento jurídico (ZANINI, 2011, p. 143).

Cabe aqui ressaltar que este momento entre a vigência do BGB alemão e o pós-guerra levou a uma sistematização necessária para o desenvolvimento dos direitos da personalidade, pois na concepção Jusnaturalista do início do século XX, o homem era o elemento central de toda ordem social, porém a Escola Histórica do Direito, ao estabelecer uma cláusula geral da

personalidade, possibilitaria ao homem ter um direito irrestrito sobre si. Fato que causou reação dos autores positivistas, que afirmaram existir assim um direito ao suicídio ou à automutilação (CANTALI, 2009, p. 41-42).

Assim, a reação positivista, que acabou prevalecendo até meados do século XX, não negou a existência dos direitos da personalidade, mas procurou limitá-los dentro das previsões expressas no ordenamento jurídico (CANTALI, 2009, p. 43).

Isso acabou por dar uma sustentação normativa, doutrinária e jurisprudencial à existência destes direitos, para que, posteriormente, com o enfraquecimento do pós-positivismo, houvesse a possibilidade de formação de uma teoria de cláusula geral da personalidade de forma menos radical, ou seja, procurando utilizar o positivismo constitucional ligado à dignidade da pessoa humana e ao jusnaturalismo.

Porém, no pós-guerra, com a influência dos estudos e da evolução do Direito Constitucional como norma, bem como o reconhecimento do princípio da dignidade humana e a existência de direitos inerentes ao ser humano, para Heinrich Hubmann, em sua obra “Das Persönlichkeitsrecht”, diante da existência de uma cláusula geral da personalidade, baseada no sentido, é que a norma quando trata dos direitos da personalidade deveria tutelar este em direções diversas, buscando sempre atingir uma oportunidade isonômica na vida de todos (NERY, 2017, p. 73).

A Constituição da República Federal da Alemanha, de 1949, em seu art. 1º, apresenta o título “Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais”, sem dúvida marcada pelo trauma do pós-guerra, estabelecendo expressamente como “intangível” a dignidade da pessoa humana (NERY, 2017, p. 73).

Já no art. 2º, intitulado “Direitos de liberdade” determina que “todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral (NERY, 2017, p. 73).

Evidente que os acontecimentos ocorridos até a primeira metade do século XX teriam influência nas novas constituições que precederiam este momento, principalmente nos países da Europa continental, devido à ruptura política existente. As atrocidades praticadas pelo regime nazista, além de outros regimes totalitários também na Europa existentes no mesmo período, estabeleceram nos cidadãos a necessidade de tutelar o ser humano como elemento essencial e também os princípios da personalidade (SZANIAWSKI, 2002, p. 56).

Os problemas que são levados ao Poder Judiciário com o intuito de reconhecimento e tutela jurisdicional são na atualidade muito complexos. Sendo assim, a utilização da dogmática

jurídica tradicional impossibilita o reconhecimento de vários direitos que não são tutelados expressamente pela norma infraconstitucional vigente.

Assim, não reconhecer uma cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade é um retrocesso abissal, pois consideraria teorias como a pluralista com tipicidade fechada ainda vigentes no atual momento do Direito Civil brasileiro.

A maior diferença entre as Teorias Monista e Pluralista não está da taxatividade ou não dos direitos da personalidade, mas sim na identificação da origem deste direito, pois a teoria monista afirmar existir apenas um direito de personalidade único, que acaba por proteger bens jurídicos diversos ligados à pessoa humana em seus aspectos físico, moral e intelectual (NAVES; SÁ, 2017, p. 35).

Já a teoria pluralista reconhece a existência de vários direitos da personalidade, sendo eles taxativos (tipicidade fechada) ou apenas exemplificativos (tipicidade aberta), nesta última, haveria também uma cláusula geral de tutela da pessoa humana (NAVES; SÁ, 2017, p. 36).

A teoria pluralista de tipicidade fechada não pode ser aceita hoje, pois tem como principal característica o reconhecimento dos direitos da personalidade dentro de uma ótica positivista pura, onde os direitos ligados à proteção da pessoa humana devem estar tipificados no ordenamento jurídico.

A cláusula geral dos direitos da personalidade foi reconhecida expressamente na IV Jornada de Direito Civil de 2006, no Enunciado nº 274, que estabelece como elemento essencial dos direitos da personalidade o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que trata do princípio da dignidade da pessoa humana (MORAES, 2006, p. 5).

Os direitos da personalidade precisam ser reconhecidos como uma categoria de direitos não taxativa, pois uma de suas questões que mais causa dificuldade é que novos problemas e direitos ligados à personalidade da pessoa humana, e não previstos pelo legislador, surgem a todo o momento. Sendo assim, o número de hipóteses que poderão ser consideradas tutelas da personalidade é ilimitado, na verdade, somente encontrando limites na proteção dos interesses de outros sujeitos (MORAES, 2006).

Ao ser reconhecida esta cláusula geral, vários desdobramentos teóricos e de tutela de direitos acabam por ser estabelecidos, como a possibilidade de reconhecimento de novos direitos da personalidade ainda não tutelados e a existência de uma proteção ao ser humano dentro de uma interpretação do ordenamento jurídico utilizando todo o sistema normativo constitucional e infraconstitucional.

O Código Civil Brasileiro de 2002 foi um marco importante para o aprimoramento dos direitos da personalidade, pois reconheceu, já no seu segundo capítulo, estes mencionados direitos de forma expressa, dos artigos 11 ao 21 (FACHIN, 2017, p. 21).

Existiu uma inovação do Código Civil de 2002 ao disciplinar dentro de um capítulo específico os chamados direitos da personalidade, porém, se tivesse inserido uma cláusula geral do direito da personalidade, teria sido mais atraente, assim como foi feito no artigo 21, que trata do resguardo da vida privada (FACHIN, 2017, p. 21).

Porém, ao estabelecer tutelas específicas para o reconhecimento da proteção da pessoa humana, o Código Civil pode levar o intérprete a pensar que a proteção dos direitos da personalidade seria fracionada. Mas a existência de tutela dos mesmos direitos em nível constitucional, como fundamento da República e com a existência de garantias materiais e formais, só pode levar a interpretação constitucional axiológica da existência no ordenamento jurídico de uma cláusula geral dos direitos da personalidade (DONEDA, 2002, p. 82).

O Código Civil português de 1966, já influenciado pelo reconhecimento dos direitos no pós-guerra, no seu art. 70º, 1, consagra que “a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”, estabelecendo de forma expressa a cláusula geral dos direitos da personalidade.

A Constituição, ao estabelecer o valor da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, no inc. III, do art. 1º, estabeleceu uma cláusula geral de proteção que abrange todos os direitos que da personalidade emanam (MORAES, 2006, p. 5-6).

Nas relações humanas não previstas expressamente na lei, a discussão perturba a doutrina e a jurisprudência. Não existindo uma previsão legal expressa, será necessário estabelecer se aquele caso faz parte ou não da dignidade da pessoa. Necessitando, assim, verificar se é um conteúdo inerente à personalidade humana que não foi expressamente consagrado pelo legislador ou apenas de uma situação de menor relevância e que, assim, não se configura como direito da personalidade (SCHREIBER, 2013, p. 15).

2.5 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO PARA A TUTELA DA PERSONALIDADE

Sabe-se que a dignidade da pessoa humana é o alicerce da proteção do indivíduo em todas as áreas, sendo que atualmente importantes tratados e legislações internacionais trazem expressamente este princípio como elemento fundamental. Na concepção kantiana, “o homem é um fim em si mesmo” (ZANINI, 2011, p. 68). Partindo-se desta afirmação, todo o

ordenamento jurídico deverá ter um único fim, o homem, como espécie humana (MORAES, 2006, p. 12).

Seguindo a lógica de Immanuel Kant, existe uma vontade autônoma ligada à razão que levou ao resultado que apresenta como premissa principal a ideia que de o homem não pode ser visto como um meio, mas sempre como o fim. A dignidade é um atributo essencial do ser humano, sendo que ele a possui apenas pelo fato de ser pessoa, devendo ser considerada a toda espécie humana (ZANINI, 2011, p. 68). Estes pensamentos filosóficos tiveram sua importância para a estruturação e o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana, pois o indivíduo não era visto como valor economicamente aferível, mas sim dentro da sua dignidade.

Assim, na filosofia de Kant, tem significado o sujeito moderno, tendo esta liberdade para decidir, seja como sujeito universal ou como indivíduo; a decisão está conectada a uma intenção, sendo que só o sujeito no seu intelecto interior será capaz de dimensionar se sua ação foi moralmente aceitável e livre (MELLO, 2000, p. 160).

Este idealismo kantiano influenciou o Código Geral Prussiano, de 1794, o Código Civil Austríaco, de 1812, o Código Civil Alemão, de 1900, e os doutrinadores naturalistas como John Locke e Adam Smith no século XVIII (MELLO, 2000, p. 160).

Uma coisa pode-se afirmar: existe uma conexão entre a dignidade humana, os direitos humanos, os fundamentais e os da personalidade. Partindo desta constatação tem início o desenvolvimento desta ligação que é de primordial importância para o enquadramento dos direitos da personalidade dentro do ordenamento jurídico e, posteriormente, a importância de sua efetividade e segurança jurídica para o jurisdicionado.

Ana Carolina Brochado Teixeira aborda a dificuldade em se estabelecer um elemento limitador ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois a Constituição Federal de 1988 consagrou o pluralismo dentre um dos seus fundamentos, possibilitando uma visão de mundo diversificada, que torna possível a construção individual do que é o melhor para o próprio indivíduo (TEIXEIRA, 2019, p. 153):

podemos afirmar, então, que está implícito no âmbito de incidência do princípio da dignidade humana o respeito integral pela pessoa, pela sua identidade e pela forma como esta se projeta no mundo. Isso significa a possibilidade de, no âmbito relacional, cada um construir-se a si mesmo, inserido que está em um processo, no qual se constrói e interfere na construção “do outro”, como forma de efetividade da alteridade; trata-se da construção da personalidade, razão pela qual o pluralismo é essencial para a própria democracia, pois respeita a individualidade, a diversidade cultural, étnica, nacional etc. Respeita a pessoa em seu ser e em seu vir a ser (TEIXEIRA, 2019, p. 155).

O princípio da dignidade da pessoa humana vem sofrendo atualmente uma generalização perigosa, que pode levar ao seu enfraquecimento como princípio fundamental da República, assim, é necessário delimitar seu conteúdo, buscando seus elementos caracterizadores e essenciais, com o intuito de não tornar sua tutela demasiadamente vasta, causando sua insignificância normativa e persuasiva para o reconhecimento de um direito efetivamente digno.

Como bem salienta Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 125) o princípio fundamental da pessoa humana desempenha várias funções, devendo ser salientada sua capacidade concomitante de conferir sentido e legitimidade na ordem constitucional:

aliás, é precipuamente com fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa pôr na Constituição de 1988, que se poderá admitir, também entre nós e apesar da omissão do Constituinte neste particular, a consagração – ainda que de modo implícito – de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade (SARLET, 2015, p. 161).

Importante neste momento é estabelecer uma ligação entre a dignidade humana e os direitos da personalidade, porém deixando claro que não se tratam de tutelas idênticas, pois a dignidade da pessoa humana é um valor intrínseco do ser humano, assim como os direitos da personalidade elementos axiológicos que podem induzir a um equívoco nas suas delimitações.

Com a perspectiva do Direito Civil Constitucional, tema já abordado anteriormente neste trabalho, verifica-se com clareza esta conexão necessária entre o fundamento republicano de dignidade da pessoa humana (visto aqui como princípio fundamental e não na condição de norma de direito fundamental) e os direitos da personalidade.

Assim, ao ser estabelecido o princípio da dignidade da pessoa humana como um fundamento axiológico, este deve ser respeitado na interpretação do texto constitucional e também pelo legislador na elaboração das normas infraconstitucionais, pois a visão de ordenamento jurídico deve respeitar uma unidade de princípios e valores (BERTONCELLO, 2006, p. 57). Os direitos da personalidade, dentro da lógica privada constitucional, têm a obrigação de enquadrar-se na proteção do homem em uma visão contemporânea não patrimonial, mas essencial à integridade física, psíquica e moral de formação da personalidade.

2.6 A DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Com a constitucionalização dos direitos, incluindo o Direito Civil, os direitos da personalidade passaram a ser analisados dentro de uma perspectiva de garantias constitucionais,

não atrelada diretamente às relações privadas dentro de uma visão tradicional, de individualismo e tecnicismo sobre a boa-fé e a função social das relações jurídicas.

Para Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 60) “a distinção entre Direito Público e Direito privado, na vida prática, não tem a importância que alguns juristas pretendem dar. O direito deve ser entendido como um todo”.

Afirma, ainda, o mesmo jurista, que a distinção ocorre na atualidade por uma questão didática e de “amor à tradição”. O operador do direito, para a solução de um problema jurídico, não pode analisá-lo apenas sob um olhar. Deve haver por parte do jurista uma expansão do seu conhecimento para analisar o caso como um ato complexo, sendo assim, mais de um ramo do direito será necessário. A subdivisão entre Direito Público ou Privado “não pode prescindir da visão geral do Direito como um cosmos” (VENOSA, 2013, p. 60).

A separação entre Direito Público e suas subdivisões (Direito Público interno, externo, internacional público etc.) e o Direito Privado é tradicional e ensinada no primeiro ano das faculdades de Ciências Jurídicas. É de tradição romana e sua divisão se baseia na seguinte definição de Ulpiano: “o direito público é o que diz respeito ao Estado romano; o privado atende ao interesse de cada um, isto porque há coisas de interesse público, outras, de interesse privado” (GUSMÃO, 1997, p. 141).

A dicotomia entre o Direito Público e o Privado ganha importância com relação aos direitos da personalidade, pois estes são apontados pelos doutrinadores como sendo de Direito Privado, porém sua essência nasce de uma tutela constitucional. O problema está em se afirmar se realmente os direitos da personalidade são reconhecidos na Constituição, sendo uma tutela ligada ao ser humano em seu aspecto psíquico, físico e moral, que não necessita de uma norma expressa para seu reconhecimento, mas sim a aplicação integralizada do ordenamento jurídico e de todo o sistema jurídico adotado, logo, questiona-se: estes direitos ainda precisariam ser classificados como de Direito Privado?

A tentativa de sistematizar a diferença entre Direito Público e o Privado leva em consideração o sujeito, o interesse ou a relação de dominação, sendo que não existe uma separação absoluta, mas um grau de sobreposição do interesse público ou privado (ZANINI *et al.*, 2018, p. 211-212).

O objetivo é esclarecer que independentemente do ramo do direito em que estejam enquadrados os direitos da personalidade, ou qualquer outro, isso não relativiza sua importância dentro de uma função social e constitucional, pois, como já afirmado, atualmente, o Direito deve ser compreendido e aplicado dentro de uma sistemática hermenêutica de conexão entre os ramos de direito, não obstante se de origem pública ou privada.

Na verdade, esta separação dos ramos não é absoluta e, negar a divisão seria leviano, pois os interesses em disputa precisam ser classificados para uma melhor análise nos critérios de aplicação do ordenamento jurídico, sendo que alguns princípios predominam, mas não se excluem, dependendo do ramo do direito que está sendo considerado.

Assim, o que deve ser considerado é o predomínio, e não se é exclusivo. “No Direito Público há predominância, e não exclusividade, do interesse do Estado, enquanto no *Jus Privatum* prevalece o dos particulares” (NADER, 2016, p. 50).

Em artigo conjunto, que analisa exatamente se a dicotomia entre Direito Público e Privado estaria em crise, Leonardo Estevam de Assis Zanini, Edmundo Alves de Oliveira, Dirceu Pereira Siqueira e Raul de Mello Franco Junior constatarem que:

[...] a distinção entre direito público e direito privado ainda é relevante para a ciência jurídica, mesmo porque a sociedade do início do século XXI não abdicou da proteção de sua esfera privada em favor da coletividade. Contudo, o fato de tal diferenciação ter se tornado mais complexa não significa que tenha deixado de existir, mas que tornou mais exigente o trabalho dos operadores do direito (ZANINI *et al.*, 2018, p. 216).

Existe a necessidade de se manter a dicotomia, e não é por uma questão didática ou até mesmo de tradição apenas, já que se fossem analisados os direitos da personalidade dentro de uma ótica publicista, pelo fato de ter ocorrido a positivação destes direitos na Constituição, isso acarretaria uma perigosa possibilidade de tornar o interesse do Estado prevalente ao interesse particular dentro de uma sistema de proteção do indivíduo na sua formação e essência.

Afirmar que os direitos da personalidade estariam hoje em uma categoria mista ou pública “acaba por provocar a socialização da personalidade do ser humano, abstraindo sua identidade, o que em nada contribui para a realização da dignidade da pessoa humana” (ZANINI *et al.*, 2018, p. 217).

Existe uma preocupação em reconhecer o caráter privado dos direitos da personalidade, pois é primordial para o enquadramento destes quando se fala também em direitos humanos e fundamentais, já que eles não se excluem, mas precisam ser dimensionados. “A terminologia correta a ser utilizada é direitos *privados da personalidade*, que, como direitos subjetivos particulares, têm a personalidade como pressuposto, da qual se ocupa o Direito Privado” (GOGLIANO, 2012, p. 254).

Os direitos da personalidade são positivados constitucionalmente e previstos no Código Civil brasileiro de 2002, e sua evolução na proteção do indivíduo está diretamente ligada ao neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito Civil. Mas nada disso retira seu

escopo principal, que é a proteção do desenvolvimento do indivíduo, visto como um ser independente, livre e capaz de formar sua personalidade com base na cognição de elementos culturais, políticos, religiosos, filosóficos etc. E tudo isso só será possível dentro de uma sistemática que privilegia os princípios do Direito Privado sobre o interesse público.

2.7 AS CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E SEUS DESAFIOS ATUAIS

Ao enquadramento dos direitos da personalidade e sua efetivação e reconhecimento jurídico seguro é essencial que se estabeleça uma coerência dentro de toda sistemática do ordenamento jurídico pátrio.

Com o estudo das características dos direitos da personalidade transparece de forma mais cristalina a necessidade de se buscar algum instrumento que direcione o jurisdicionado a uma convergência que lhe dê segurança jurídica nas suas relações, tornando a tutela dos direitos da personalidade mais célere e efetiva.

É com a análise das características dos direitos da personalidade que se verifica a importância de tudo aquilo que foi desenvolvido até o presente momento neste trabalho, pois somente entendendo a atual relação do Direito Civil com o Direito Constitucional contemporâneo e o reconhecimento de direitos baseado em um complexo de fontes normativas que tem origem completamente diversas, é que se tem a noção da importância de se estabelecer regras claras para a relativização ou não destas características ligadas à personalidade.

Os direitos da personalidade trazem orientações diversas e, até mesmo, opostas, desde de sua conceituação, natureza jurídica, enquadramento dentro dos ramos do direito, classificação e também características.

Quando se retira os direitos da personalidade do campo teórico e busca-se a efetivação de sua tutela na prática, verifica-se a dificuldade na sua aplicabilidade, pois por ser um direito ligado à personalidade de cada indivíduo e, sendo estes únicos, pois cada ser absorve suas experiências de maneira singular, é que a proteção da pessoa se torna tão necessária e de difícil resolução.

O Código Civil brasileiro expressamente estabelece duas características aos direitos da personalidade já no primeiro artigo do Capítulo II, são elas: a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, que não podem sofrer limitações de natureza voluntária.

Mas se for analisado o ordenamento jurídico como um todo, a afirmação prevista no artigo 11 do Código Civil, deve ser verificada com cuidado pelo jurisdicionado, pois o

Enunciado 139 da III Jornada de Direito Civil, que ocorreu em 2003 – e que teve como coordenador da comissão de trabalho Gustavo Tepedino, um dos doutrinados responsáveis pela utilização, no Brasil, da expressão “direito civil constitucional”, em conjunto com Maria Celina Bodin de Moraes – estabelece que os direitos da personalidade “podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes” (SCHREIBER, 2016, p. 10).

Este caráter de intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos da personalidade está diretamente ligado à preocupação do legislador em retirar do campo destes direitos a visão de propriedade, tão enraizada dentro das relações privadas, e que não pode ser tratada igualmente quando se fala em tutela de direitos ligados à pessoa, sua dignidade e a proteção da sua personalidade e facetas física, moral e psíquica.

Anderson Schreiber (2013, p. 26) ainda é mais contundente ao afirmar que o homem em situação de necessidade extrema pode vir a renunciar aos seus direitos mais básicos, e este fato é comprovado historicamente. Assim, o legislador teria uma preocupação plausível na proteção radical, prevista no artigo 11 do Código Civil. O escopo não é um Estado paterno, porém proteger o sujeito de sua própria vontade, advinda de uma situação de desespero.

O Superior Tribunal de Justiça, também por meio do Enunciado 4, da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, ocorrida em 2002, estabeleceu que “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitações voluntária, desde que não seja permanente nem geral” (SCHREIBER, 2016, p. 10).

Nesta primeira inserção às características dos direitos da personalidade, verifica-se que tutelar estes direitos de forma efetiva, segura e célere depende, além de previsão normativa, de uma visão principiológica de todo o sistema e dos mecanismos de criação de normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro:

as velhas divergências em torno da categoria dogmática perderam muito de sua importância quando os direitos da personalidade passaram a ser reexaminados com um olhar destinado a extrair suas diferenças potencialidades práticas. No conjunto (embora sempre aberto e mutável) de atributos essenciais que integram a dignidade humana, os juristas souberam enxergar a oportunidade de melhor compreender seu conteúdo, identificar as forças que a ameaçam em cada época e construir os modos mais eficientes de protegê-la, não apenas frente ao Estado, mas também e sobretudo nas relações entre os próprios particulares (SCHREIBER, 2013, p. 10).

Na análise dos direitos da personalidade é imprescindível a observação do conjunto fundamental da dignidade humana, visto dentro de uma relação de igualdade nas relações privadas, que também são tuteladas constitucionalmente e que dependem de uma análise contemporânea de direito material e processual.

Ao tratar das características dos direitos da personalidade é que os doutrinadores buscam sempre um caso concreto, uma situação fática, para reafirmar o grau de imperiosidade destas características, ou para outros, sua possibilidade de relativização.

Silvio Romero Beltrão (2014) destaca que as características dos direitos da personalidade seriam: intransmissibilidade, irrenunciabilidade e indisponibilidade, pessoal e extrapatrimonial, imprescritibilidade, bem como seriam inatos ou adquiridos e absolutos. Já Leonardo Estevam de Assis Zanini (2011) pontua como características: absolutidade, extrapatrimonialidade, de caráter originário e os direitos da personalidade supervenientes, vitaliciedade, imprescritibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, intransmissibilidade, prevalência e colisão de direitos, caráter aberto, universalidade e generalidade e dupla inerência. Enquanto Daisy Gogliano (2012) afirma que são absolutos, vitalícios e necessários, não pecuniários, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis.

Fernanda Borghetti Cantali (2009, p. 129) afirma que a doutrina clássica estabelece as características de forma descritiva, sem analisar diversas situações tempestuosas, ou seja, como se nada precisasse ser questionado.

Na atualidade, fica difícil analisar as características dos direitos da personalidade sem considerar que exista minimamente um grau relativo de disposição destes direitos, pois como afirmado anteriormente, se existe uma conexão entre a dignidade de pessoa humana, e esta possibilita uma autodeterminação da pessoa, será essencial à proteção ao exercício dos direitos da personalidade, sendo conferida assim uma independência particular às relações jurídicas, sendo a vontade da pessoa um elemento a ser considerado (CANTALI, 2009, p. 130).

Desta forma, existem algumas características que não geram controvérsias quanto ao seu grau de aplicação absoluto, como por exemplo: generalidade, necessidade, essencialidade, inalienabilidade, extrapatrimonialidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade (CANTALI, 2009, p. 135). Mas outras características têm que ser analisadas dentro de um contexto fático, pois pode ocorrer a necessidade de sua relativização.

Para Luiz Edson Fachin “os direitos da personalidade, assim como os direitos fundamentais, não são garantidos ilimitadamente”, mas que, “quando em conflito com outros direitos fundamentais, podem, eventualmente, ceder, uns aos outros, para que tenham sua eficácia garantida”. Assim, por não serem absolutos, ao se falar em intransmissibilidade dos direitos da personalidade, pode-se concluir que em sua essência realmente não o são, porém, os efeitos patrimoniais são transmissíveis (FACHIN, 2017, p. 17).

A relativização de uma característica dos direitos da personalidade dependerá, sem sombra de dúvidas, da análise do caso concreto e da utilização da técnica hermenêutica da ponderação, hoje prevista expressamente no Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 489, §2º, tema que será melhor abordado no próximo capítulo desta dissertação.

Várias questões sobre os direitos da personalidade ligados diretamente às suas características precisam ser enfrentadas devido às mudanças ocorridas na visão do próprio ser humano e seu papel na sociedade, bem como sua noção de personalidade e dignidade. Assim, a questão da eutanásia, a indagação sobre o que seria uma vida digna e a disponibilidade do corpo frente as tecnologias, são dilemas que deverão ser enfrentados (FACHIN, 2017, p. 19-20). E, dentro da experiência pátria, esta resposta quase sempre virá do Poder Judiciário.

Outra questão polêmica ligada às características dos direitos da personalidade seria referente àqueles direitos da personalidade que poderiam sofrer limitações de ordem contratual, ou seja, poderiam ser negociados, como por exemplo, os direitos à intimidade e à privacidade.

O artigo 11 do Código Civil, estabelece que este tipo de limitação voluntária só poderá ocorrer nos casos previstos em lei, porém existem várias situações não previstas expressamente em lei e que acarretam limitação voluntária dos direitos da personalidade, como em programas de televisão, limite este negocial (BELTRÃO, 2014, p. 21).

A redação do artigo supracitado, além de ter sentido totalmente contrário ao que preceitua a doutrina e a jurisprudência pátria, ainda estabelece uma limitação apenas por previsão legal, fato que se sabe não ocorrer na prática, pois este reconhecimento limitador será estabelecido principalmente pelas decisões judiciais vinculativas ou não. “Assim, melhor seria se o legislador tivesse permanecido silente quanto à limitação voluntária, deixando para a doutrina e a jurisprudência o papel de estabelecer tais limites” (ZANINI, 2011, p. 162).

Interessante nesta questão da disponibilidade é que, vista de maneira superficial, pode-se pensar em exercício de um direito de propriedade. Porém, não se pode afirmar isso, pois a disponibilidade é essencial para a prática das diversas situações jurídicas, não estando ligadas exclusivamente ao *ter*, podendo também estar presente nas tutelas onde a pessoa é o epicentro do interesse, estando ligadas, neste caso, à categoria do *ser* (CANTALI, 2009, p. 157).

Assim, também quando se verifica a disponibilidade dos direitos da personalidade existe a necessidade de análise do caso concreto, visando seu grau de autonomia, dentro de parâmetros ligados ao consentimento e à revogabilidade, que deverão ser analisados e definidos perante o Poder Judiciário.

3 O SISTEMA *COMMON LAW* E O SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO E SUA INFLUÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O constitucionalismo contemporâneo e a evolução hermenêutica criaram vários desafios dentro de todos os ramos do direito, independentemente se público ou privado, se direito material ou processual.

O princípio da dignidade humana e o reconhecimento de tutelas fundamentais ligadas ao desenvolvimento da pessoa trouxeram uma responsabilidade para a instrumentalidade, pois o reconhecimento de um direito sem efetividade seria apenas uma declaração ineficiente.

Tanto a *common law* como a *civil law* são tradições jurídicas dominantes nos Estados ocidentais, onde existem princípios culturais comuns, como o capitalismo e a sistematização do direito público, que parte de um Estado liberal em sua origem. Além disso, a influência dos preceitos cristãos não pode ser desconsiderada nos dois sistemas jurídicos, como também os preceitos greco-romanos, que influenciaram os dois sistemas, um de forma mais direta e outro com menor grau de influência (MAZIERO, 2019, p. 44).

Em verdade, a história da França e da Inglaterra tem grande influência na evolução dos referidos sistemas jurídicos, uma marcada por revolução política, a Revolução Francesa de 1799, e outra por revolução econômica, a Revolução Industrial entre 1760 a 1840.

Quando se trata de *sistemas jurídicos*, está se referindo às ordens jurídico-políticas que formam os diversos grupos que têm em comum certas características “econômicas, éticas, culturais e políticas” (CUNHA, 2017, p. 188).

Estes sistemas jurídicos são classificados e subdivididos “entre o direito mulçumano, o direito da Índia, o direito do extremo oriente, os direitos da África e de Madagascar, os direitos socialistas, a família romano-germânica e a *Common Law*” (MAZIERO, 2019, p. 44).

A análise do sistema jurídico tem por finalidade buscar entender o conjunto interligado de elementos que acabam influenciando diretamente ou indiretamente na formação do direito dentro de uma evolução social, que pode ser marcada por rupturas de sistemas políticos e jurídicos ou tão somente pelo seu aperfeiçoamento.

Dentro dos vários sistemas jurídicos existentes, sem dúvida, o sistema romano-germânico, também denominado *civil law*, foi o que mais influenciou a tradição jurídica brasileira, porém tem-se como principal qualidade a miscigenação do povo que forma esta nação e, sendo o sistema jurídico reflexo também da questão cultural, evidente que no Brasil a mistura de sistemas e tradições jurídicas foi, é, e será, inevitável.

Necessário demonstrar que, quando se fala em Brasil, não se pode afirmar categoricamente que o sistema jurídico adotado foi essencialmente o *civil law*, uma vez que seria considerar o controle de constitucionalidade difuso e concentrado e as tutelas coletivas institutos alienígenas nesta sistemática tradicional da *civil law*.

A característica principal deste tipo de controle de constitucionalidade é que o Poder Judiciário só poderá exercê-lo quando da análise do caso concreto, pois uma vez apresentado o conflito de interesse perante o órgão julgador, este, com base no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, deverá solucionar o litígio, porém, poderá o fazer analisando a constitucionalidade da lei ou qualquer outro ato normativo, mas incidentalmente. Assim, a declaração de inconstitucionalidade será apenas o fundamento da decisão que terminou por resolver o caso concreto, não sendo de maneira alguma o objeto da relação jurídica (MORAES, 2001, p. 566).

Há no sistema de controle de constitucionalidade duas situações interessantes: primeiramente, uma visão diferenciada da tripartição dos poderes, quando comparado com os países do sistema *civil law*, pois no caso do *common law*, o juiz não estaria condicionado à supremacia da lei. Na verdade, o juiz está vinculado ao sistema, ou seja, a todo ordenamento jurídico, assim como o Poder Legislativo, podendo, desta forma, o Poder Judiciário entender que a legislação vigente é inconstitucional.

Assim, analisando o sistema jurídico brasileiro, dentro do controle de constitucionalidade, verifica-se que o Poder Judiciário por muito tempo já exerce a *judicial review of legislation* em casos concretos, assim como ocorre no sistema *common law* americano.

Já com relação ao microssistema de direitos coletivos, sem sombra de dúvidas, ocorreu no ordenamento jurídico brasileiro a introdução de mais um elemento característico do sistema *common law*. Ada Pellegrini Grinover *et al.* (2001) afirmam que a *tort mass cases* ou *class actions for damages*, mecanismos típicos do sistema *common law*, foram introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), com a implementação das tutelas coletivas e da possibilidade de ação coletiva ressarcitória de danos pessoalmente sofridos (GRINOVER *et al.*, 2001, p. 721):

a *class action* do sistema norte-americano, baseado na *equity*, pressupõe a existência de um número elevado de titulares de posições individuais de vantagem no plano substancial, possibilitando o tratamento processual unitário e simultâneo de todas elas, por intermédio da presença, em juízo, de um único expoente da classe. Encontrando seus antecedentes no *Bill of Peace* do século XVII, o instrumento, antes excepcional, acabou aos poucos adquirindo papel que hoje é visto pela doutrina como central no ordenamento dos Estados Unidos da América [...] (GRINOVER *et al.*, 2001, p. 785).

Verifica-se, desta forma, que, primeiramente, dentro do sistema processual brasileiro já existia antes dos precedentes obrigatórios institutos de origem anglo-saxônica, e esta origem advém dos aspectos culturais da tradição *common law*, e de como o Poder Judiciário é visto dentro deste sistema.

O sistema jurídico do *common law* tem como maior característica a submissão de todos os poderes à força do direito comum, ou seja, direito da história e tradição do povo anglo-saxão (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 885).

Já o sistema *civil law*, nascido e desenvolvido nos países da Europa continental, de tradição romano-germânica e de influência dentro do sistema jurídico brasileiro, também é dotado de submissão dos poderes aos princípios da República, aos direitos fundamentais e à norma constitucional.

Por fim, como já afirmado, dentro desta influência híbrida introduzida no sistema jurídico brasileiro, principalmente na ordem constitucional e instrumental, analisar-se-á a possibilidade real da aplicabilidade do sistema de precedentes obrigatórios dentro de uma tradição peculiar, porém com uma maior influência romano-germânica.

3.1 COMMON LAW E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS HISTÓRICAS

O sistema jurídico do *common law* tem origem na Inglaterra do século XI, com a chegada do povo normando ao território. A expressão *anglo-saxão* é referente ao período anterior ao ano 1066 – ano conhecido pela chegada dos normandos ao território inglês – onde existiam, na verdade, várias tribos com origem saxônica, dinamarquesa e anglo, daí a expressão (DAVID, 2002, p. 356).

O direito inglês começa sua trajetória após a existência de uma administração que passa a comandar estas antigas tribos, formando um sistema feudal com forte centralização (DAVID, 2002, p. 357). O significado da expressão *common law* está diretamente ligado à necessidade dos dominadores do século XI de substituir os costumes das diversas tribos existentes em todo território inglês por um direito comum a toda Inglaterra. Para a resolução dos conflitos de interesses, o cidadão apresentava suas declarações perante a assembleia de homens livres – denominadas *County Court* ou *Hundred Court* – onde, uma vez realizado o ato probatório, seria aplicado um direito costumeiro (DAVID, 2002, p. 359).

Assim, a *common law* sempre teve esta característica jurisdicional, que tem por base pautar-se nos costumes, sendo as decisões judiciais declarações de direitos, que são dotadas de autoridade quando proferidas pelo órgão competente.

A *common law* advém de uma formação histórica inglesa de direito formado por costumes e pela verificação jurisprudencial, onde a lei não seria a base do ordenamento jurídico, mas antes os usos e costumes tradicionais nas relações (REALE, 1993, p. 98).

Atualmente, quando se fala no sistema *common law*, rapidamente se pensa a respeito das decisões e na sua função vinculativa, sendo considerada fonte do direito, porém a *common law* não pode ser confundida com a força vinculante das decisões judiciais, já que este elemento foi introduzido na tradição anglo-saxônica durante sua evolução como sistema jurídico e não é seu elemento essencial. O sistema *common law*, que compreende os costumes determinados pelo comportamento do homem inglês, durante séculos, não utilizou os precedentes obrigatórios (MARINONI, 2019, p. 27).

Os precedentes obrigatórios, com o conseqüente respeito às decisões das Supremas Cortes, são apenas um elemento que caracteriza os ordenamentos jurídicos inglês e estadunidense. Na verdade, este sistema tem origem em regras não escritas que evoluíram e se aperfeiçoaram com o tempo, baseadas em costumes e na continuidade, sem a existência de uma ruptura com as instituições, mas sim de uma evolução (WAMBIER, 2009, p. 54).

A principal característica que liga o *common law* ao direito romano é exatamente o caso concreto como fonte do direito, onde decisões surgem em casos iguais ou semelhantes e a decisão tomada anteriormente se repete no caso atual. Existe um desenvolvimento natural do sistema, sem interferência de nenhuma revolução (WAMBIER, 2009, p. 54).

O *common law* foi difundido para outros países de língua inglesa que de alguma forma conservaram ou até hoje conservam uma relação política com a Inglaterra. Sendo que cada país que integra a tradição jurídica *common law* absorveu uma base do sistema, em especial a forma como os juristas ingleses pensam o Direito e sua estruturação administrativa e judiciária (MAZIERO, 2019, p. 51).

Em verdade, a utilização dos precedentes no direito inglês advém de uma evolução que decorreu da existência de um duplo sistema de jurisdição na Inglaterra a partir do século XIV, o já tradicional *common law*, que advinha dos Tribunais Reais de Justiça, popularmente e vulgarmente denominados Tribunais de Westminster (DAVID, 2006, p. 359), e o sistema *equity law*, que nasceu do descontentamento com as decisões ou devido ao excesso de formalismo existente nos Tribunais Reais, que impediam o acesso à justiça de muitos dos jurisdicionados, que se sentiam desprotegidos pelo judiciário (RAMIRES, 2010, p. 61).

O sistema *equity* teve origem no século XIII e tinha como função possibilitar um recurso ao rei, após decisão proferida pelo tribunal real, no chamado *writ*. Como bem explica Rene David:

o aspecto “direito público” do direito inglês aparece na técnica particular do *writ*, que marca o começo da ação diante dos tribunais. O *writ* não é uma simples autorização de agir dada ao autor. Apresenta-se, tecnicamente, como uma ordem dada pelo rei aos seus agentes, para que estes ordenem ao demandado agir de acordo com o direito, satisfazendo assim a pretensão do demandante (DAVID, 2002, p. 368).

No início da criação dos tribunais reais, os *writs* eram instrumentos por meio dos quais os particulares poderiam procurar tanto o *chancellor* – ligado ao rei – como também tinham a faculdade de procurar os próprios tribunais; esta particularidade era exatamente para estimular a procura aos tribunais reais. Porém, com o tempo, a competência para a criação dos *writs* passou a ser dos tribunais reais, que resolviam a controvérsia entre os particulares (MAZIERO, 2019, p. 55).

Na Europa Continental, as resoluções dos conflitos particulares apresentados ao Estado tinham como fonte os costumes que eram reconhecidos e aplicados ao caso concreto. A visão de lei como fonte do direito só passou a ter relevância primordial após a revolução que, como já mencionado, não ocorreu da Inglaterra, mas nos países da Europa continental.

Luís Guilherme Soares Maziero atribui desde a origem do *common law* uma relação entre o costume como fonte do direito e os precedentes:

além disso, os *remedies precede rights* levaram à concepção de um processo fortalecido, afinal, ante a inexistência de um direito material preestabelecido, não havia como saber qual seria a decisão do tribunal real diante do caso concreto inédito. Por outro lado, regras formais processuais que estabeleciam os ritos, a construção da prova, a revelia, o júri, dentre outras questões, colocavam-se acima de toda e qualquer questão, vinculando a atuação jurisdicional ao respeito destas questões de cunho formal, sob pena de incorrer em nulidade processual (MAZIERO, 2019, p. 56).

A visão de tradição jurídica do sistema *common law* tem como alicerce o direito baseado na própria historicidade do povo e seus costumes, sendo que, dentro desta história, até os dias atuais, não existiu nenhuma ruptura que pudesse afastar ou alterar drasticamente o sistema jurídico existente por quase um milênio.

Porém, evolução existiu, pois quando se fala em precedentes, não está se falando nestes como fonte obrigatória de aplicação ao caso concreto. Os chamados “Precedentes Obrigatórios” ou “Precedentes Vinculativos” só foram implementados muito tempo depois da formação da *common law*, não podendo, assim, ser confundidos ou tratados como sendo a mesma coisa.

Luiz Guilherme Marinoni desenvolve um estudo aprofundado e comparativo entre *common law* e *stare decisis* (respeito obrigatório aos precedentes), afirmando que a terminologia *stare decisis* seria a obrigatoriedade em respeitar o precedente na ordem vertical (tribunais e juízes inferiores respeitando a decisão anterior do tribunal competente para formar o precedente vinculativo) como de maneira horizontal (o próprio tribunal que criou o precedente deve também o respeitar) (MARINONI, 2019, p. 23).

Afirma ainda que “não há que se confundir *common law* com *stare decisis*. Ora, o *common law*, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen*, existiu por vários séculos sem *stare decisis* e *rule of precedent* (MARINONI, 2019, p. 27).

A regra do precedente (*rule of precedent*) só foi implementada com método vinculativo de respeito aos precedentes judiciais (*stare decisis*) após a primeira metade do século XIX, visando uma necessidade de certeza e segurança nas decisões. Antes desta época, existia a busca do jurista inglês em analisar a jurisprudência visando a aplicação de um resultado coeso, mas não a obrigatoriedade de respeitar um precedente. Esta busca por um precedente vinculativo só foi objeto de preocupação no Direito Inglês com “a tendência legalista do século XIX, à qual se liga na França a escola da exegese, conduziu, na Inglaterra, à submissão a uma regra mais estrita do precedente” (DAVID, 2002, p. 428).

A demonstração de que a *stare decisis* nasce de uma sistematização do sistema inglês, leva ao mesmo pensamento de como foi formado o sistema *civil law*, a partir da Revolução Francesa, onde se buscou a mesma sistematização, porém com a lei e sua codificação sendo fonte do direito e não a jurisprudência dos tribunais.

Assim, neste momento, faz-se necessário analisar as influências obtidas e as características do sistema *civil law* que, sem dúvida, tem grande influência no sistema jurídico brasileiro, desde os bancos das faculdades de direito até as decisões proferidas pelas “Cortes Supremas” (MITIDIERO, 2017, p. 93).

3.2 A TRADIÇÃO *CIVIL LAW* EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O sistema jurídico da *civil law* deve ser visto como uma tradição advinda dos países que privilegiaram a legislação como fonte do direito. Esta tradição detém fortes influências do direito romano, porém seu surgimento no sistema romano-germânico data do século XIII, pois

anterior a este período dentro da Idade Média, e após o século V, com o fim do Império Romano, o que existiu foi um direito feudal assistemático (VENOSA, 2013, p. 83).

O *civil law* nasce de dois momentos históricos, sendo o primeiro, a descoberta de textos jurídicos romanos no século XI, que foram objeto de estudos, primeiramente no norte da Itália, na Universidade de Bologna e, posteriormente, em outras universidades como a de Valência e de Salamanca, que surgiram no Século XII, no período conhecido como movimento Renascentista. O segundo momento histórico é a Revolução Francesa e seus ideais de controle de abusos através da criação de um sistema racional lógico, visando limitar a atuação e garantir proteção do indivíduo perante o Estado (WAMBIER, 2010, p. 35-36).

No período que se compreende do Século XI até o século XVIII, ocorreu uma evolução sistêmica do direito no continente europeu, influenciado pelas várias universidades existentes na Europa continental.

A partir dos estudos do direito romano foi ocorrendo uma evolução teórica, porém baseada em um direito consuetudinário, que tinha a intenção de formar um pensamento universal denominado *jus commune*, com preceitos do direito natural buscando uma melhor racionalidade do estudo do direito. Assim, os séculos XII e XIII foram influenciados pelos pensadores *glosadores* e *pós-glosadores*, que com a contribuição de São Tomás de Aquino, conseguiram autorizar o estudo do direito romano e da Filosofia de Aristóteles dentro das Universidades, que até então, eram bastante influenciadas pelo direito canônico, que via o período anterior à era cristã como sendo algo que divergia da lei divina (MAZIERO, 2019, p. 92).

Neste período, a teoria jurídica como disciplina nas universidades era influenciada pela análise de textos como *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano, fontes de origens eclesiásticas, decretos papais e o *Decretum* de Graciano, com análise de casos particulares que eram o ponto de partida para os estudos (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 32).

Assim, o direito no Continente Europeu passou a ser influenciado por várias normas que foram precedidas, sendo uma mistura de influências de cada momento histórico dentro do próprio continente:

os progressos alcançados pela ciência romanística veem coroados seus esforços para o surgimento de compilações oficiais ou privadas que aparecem entre os séculos XII e XVIII. O propósito primeiro dessas compilações fora o de fixar os costumes regionais. Parece, à primeira vista, que isso vai impedir o desenvolvimento do Direito Romano, mas não é assim que ocorre. Há, na verdade, uma conciliação das normas de Direito Romano, Direito Canônico e normas costumeiras (VENOSA, 2013, p. 86).

A influência do Direito Romano decorre da sistematização, onde as universidades passaram a estruturar e positivizar os costumes tanto na ordem oficial como privada, sendo que

este elemento característico do século XIII ao XVIII influenciou o próximo passo evolutivo do sistema *civil law*, que é o período das legislações como fonte do direito.

Com as ordenanças e os estudos existentes nas universidades, foi sendo criada uma cultura das normas escritas, onde gradativamente ocorreu a substituição do processo oral por uma visão moderna de processo escrito, com influência do modelo canônico (DAVID, 2002, p. 63).

Com certeza, a França do século XVIII acelerou a possibilidade de implantação das ideias filosóficas da existência de um direito natural, não ligado aos poderes do soberano e suas vontades. Em verdade, o que ocorre no Império francês é uma disputa interna de poder entre os nobres ligados ao sistema feudal, que exploravam os agricultores, que cada dia mais tornavam-se miseráveis, e uma burguesia cada dia mais rica com o comércio, sendo uma classe ascendente (DAVID, 2002, p. 63).

Desta forma, os pensamentos filosóficos que foram desenvolvidos nesta época eram de conhecimento da burguesia culta, que sendo influenciada por ideias relacionadas ao direito natural e à razão, desenvolvida por filósofos como John Locke, começou a construir uma base para a formação de um novo tipo de Estado (NUNES, 2017, p. 110).

A obra *Encyclopédie*, publicada entre 1751 e 1772, com 17 volumes de textos e 11 volumes de gravuras, apresenta uma síntese de pensamento social, religioso, político e econômico que influenciou toda a camada economicamente abastarda da França no século XVIII (NUNES, 2017, p. 110).

Este elemento histórico revolucionário é primordial para se entender quais foram as razões e as bases teóricas que transformaram o sistema *civil law* em um modelo jurídico ligado à legislação, à criação de codificações e à tripartição dos poderes, retirando do Poder Judiciário qualquer caráter político e legislativo. O sistema *civil law* a partir deste momento é influenciado por ideias de filósofos revolucionários que, analisando a magistratura francesa ligada aos desejos do soberano, não poderia, como anteriormente ocorria, ter uma liberdade nas decisões.

Os juízes no sistema jurídico francês, anterior à revolução, eram livres para julgar, sem a influência ou necessidade de respeitar os pensamentos advindos das Universidades ou do Direito Romano. Os tribunais soberanos tinham conexão com o governo do soberano e decidiam com mais frequência por equidade do que pela aplicação do direito, “a ciência é uma coisa, o governo é outra” (DAVID, 2002, p. 58).

A Revolução Francesa não tinha como fundamento filosófico a mudança do sistema jurídico, uma vez que a intenção era na realidade acabar com a nobreza e o clero que não queriam ceder um pouco dos seus privilégios à burguesia, que clamava por poder, pois já

detinha a condição econômica. Mas os traumas do absolutismo e do sistema feudal francês acabaram por influenciar na reconstrução do Estado e da função do Poder Judiciário.

Havia, neste momento, a busca por uma segurança jurídica, e esta foi pensada com o intuito de controlar o Estado em todos os seus poderes, incluindo o judiciário:

assim, passava-se a buscar cada vez mais a formulação de uma legislação rela capaz de codificar os costumes, organizada a partir das lições de codificação próprias do direito romano, a organização da jurisprudência e também a valorização da doutrina produzida nas universidades, com intuito de firmar o direito enquanto ciência (MAZIERO, 2019, p. 95).

O Direito ligado à uma concepção de normas jurídicas fora uma necessidade da sociedade burguesa que buscava segurança institucional, pois o período anterior à Revolução Francesa foi marcado por uma justiça fraca, ligada aos desejos do soberano, causando uma insegurança jurídica nas decisões dos tribunais. E à concepção teórica deste problema foi apresentada pelos pensadores iluministas a Escola da Exegese, na França, e a Doutrina dos Pandectistas, na Alemanha, que considerava como elemento essencial para a resolução de casos a utilização de preceitos legais (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 68-69).

Outro fator importante nesta época é que o positivismo teve uma influência muito grande na formação do sistema *civil law* com a criação da concepção conhecida como o juiz *juge bouche de la loi*.

3.3 A SEPARAÇÃO ENTRE POLÍTICA E DIREITO E SEUS REFLEXOS

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, traz algumas reflexões e alterações políticas substanciais. Primeiramente, o poder deixa de ser do soberano e dos nobres senhores de terras (característica do sistema feudal) e é introduzido, em substituição, à nação. Assim, o art. 3º da citada declaração proclama que “o princípio de toda soberania reside essencialmente na nação” (FERRAZ JÚNIOR, 2015).

Outro elemento fundamental dentro da Revolução Francesa é a implantação do sistema de separação de poderes, como afirma Tercio Sampaio Ferraz Júnior, “a teoria clássica da divisão dos poderes, construída com um claro acento anti-hierarquizante e com finalidade de explodir a concepção mono-hierárquica do sistema político” (2015, p. 63) para estruturar o Estado com uma separação muito clara entre Política e Direito (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 63).

Assim, a administração política do Estado era exercida pelo legislador de forma completa, já o executivo participava parcialmente desta administração e o judiciário era duramente neutralizado nessa ideia de Estado de Direito (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 63).

Para Rousseau (2004, p. 49-50) com base no pacto social, nasce o corpo político, onde a lei representa uma vontade geral do povo, assim “o povo submisso às leis deve ser o autor delas”. Dentro desta construção, nasce o legislador, que para o autor, é “um homem extraordinário”, que não poderá ser nem magistrado e nem soberano, sendo sua função superior, afirmando ainda que, “aquele que governa os homens não deve governar as leis, o que governa as leis também não deve governar os homens”.

Fica clara a preocupação por uma divisão de funções dentro do Estado e um ideal revolucionário dentro do pensamento renascentista francês. Porém, a visão do magistrado na França era totalmente distinta da visão do magistrado na Inglaterra.

No período pré-Revolução, o juiz na França estava incorporado dentro do sistema feudal, onde os cargos eram hereditários, sendo possível sua negociação por compra e venda, e o magistrado era remunerado pelos próprios litigantes, em uma visão onde a administração da justiça era uma prerrogativa do juiz e não seu dever. Nesta perspectiva, os juízes não admitiam nenhum tipo de reforma liberal, pois seus interesses estavam ligados à nobreza feudal (CAPPELLETTI, 2001, p. 268).

Ocorre neste momento uma superação de um modelo jusnaturalista para um positivista jurídico, onde o direito natural, que antes era visto como a principal fonte do Direito, é substituído, com base nas correntes jusfilosóficas, pela lei, elemento capaz de trazer estabilidade e segurança às relações.

Segundo Mauro Cappelletti, ao citar Montesquieu, “não há liberdade [...] se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo” (CAPPELLETTI, 2001, p. 269), ideia nada distante das concepções de Rousseau, porém Montesquieu, por ser um aristocrata (NUNES, 2017, p. 122), sabia muito bem como os tribunais franceses denominados *Parlements* decidiam. Desta forma, para Montesquieu, o juiz só poderia pronunciar a lei de forma inanimada:

mesmo que a lei’, diz ele, ‘embora clarividente e cega’, parecesse em certos casos cruel, ainda assim não seria dado aos juízes interferirem; pois esta tarefa é da competência exclusiva dos legisladores. Aos juízes incumbe o dever de aplicar a lei cegamente, uma vez que os juízes não são nada mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar quer a força quer o rigor da lei (*apud* CAPPELLETTI, 2001, p. 269-270).

Esta visão do Poder Judiciário como sendo *bouche de la loi* foi originada por uma visão negativa do judiciário francês e que também foi um dos elementos que levaram à Revolução Francesa, pois muitas das concepções de reformas solicitadas pela burguesia foram por muito tempo controladas pelos tribunais franceses.

Claro que, sendo nascida de uma revolução, a ideia de tripartição do poderes e o poder judiciário impossibilitado de qualquer função discricionária não passou de uma utopia, pois dentro de uma sociedade em constante transformação, achar que o legislador conseguiria prever todas as relação e conflitos antes mesmo de existirem advém de ideais ligados à força divina e não aos homens.

A tentativa de neutralizar o poder judiciário, como afirmado anteriormente, causou uma separação entre Política e Direito, mas esta situação onde o juiz é um ser inanimado, e a concepção da legislação fonte primária do direito, transformou a prestação jurisdicional no sistema *civil law*.

De todo este contexto revolucionário decorre o fenômeno da positivação do Direito e a construção de vários conceitos até hoje estudados, como a proibição de decisão *contra legis*, a separação de fonte forma e material, a distinção entre direito objetivo e subjetivo e a conceituação de governo e da administração (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 65).

Houve uma evolução gradativa, desde os estudos do direito romano, pelas universidades do século XII até o XVIII. Durante estes séculos ocorreu uma assimilação simultânea dos Direitos Romano e Canônico e dos costumes. A lei não era vista como uma fonte primária, pois a influência da Escola de Direito Natural era muito forte e, antes da lei se tornar fonte primária de direito, a transição foi lenta (VENOSA, 2013, p. 86).

O direito cada vez mais era fixado em textos escritos com intuito de elevar a segurança e precisão, aos poucos o direito escrito se sobrepôs ao não escrito, aumentando também os tipos de fontes, sendo essencial estabelecer hierarquia; assim, a legislação aos poucos evoluiu para um caminho de destaque (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 58-59).

Com a Revolução Francesa, o papel do legislador desenvolvido por Rousseau transformou a lei em fonte primária do Direito, como uma garantia contra atos abusivos dos soberanos. Assim, a positivação do direito, a lei como fonte primária e o poder judiciário preso à legislação, naquele momento, pós-Revolução Francesa, foram marcos inerentes à necessidade de segurança da sociedade burguesa.

O amadurecimento das ideias que acabaram por alterar o sistema *civil law* como dito anteriormente, foi fruto de séculos de estudos e pensamentos dogmáticos e filosóficos e de transformações sociais, mas a Revolução causou um impacto significativo, pois os anos entre

1789 e 1814 causaram um romper no sistema político e jurídico. Isso não quer dizer que a República implantada logo após a revolução tenha resolvido os problemas políticos, na verdade, ainda ocorreu neste período, denominado “reino do terror”, que perdurou até 1794, a execução do rei Luís XVI, em 1793, e o fim do período do governo de Robespierre, representante dos jacobinos, que foi executado em 1794 (MAZIERO, 2019, p. 96).

3.4 PODER JUDICIÁRIO E SUAS RELAÇÕES NOS SISTEMAS *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Neste momento, é de grande importância estabelecer a relação do Poder Judiciário com os outros poderes dentro desta ideia de tripartição apresentada por Montesquieu (2000, p. 87), pois no pensamento deste filósofo, a atuação do juiz estava diretamente ligada com o Estado ao qual este era vinculado. Assim, não existindo lei, como ocorre nos Estados despóticos, o juiz seria sua própria lei. Já nos Estados Monárquicos, “existe uma lei: e onde ela é precisa o juiz segue-a; onde ela não é, ele procura seu espírito”. Porém, no Estado republicano, os juízes dentro de uma formação natural da constituição, seguem a letra da lei.

O poder judiciário na França era corrompido, estava imerso em um mundo de interesses pessoais que o sistema feudal absolutista tinha criado, desta forma, não poderia ocorrer na França o mesmo que ocorreu no sistema *common law*.

Na Inglaterra, os juízes utilizavam-se do sistema exatamente para controlar os abusos do governo e contribuíram para a centralização do poder e o fim do feudalismo inglês (MARINONI, 2019, p. 44). Não existiu efetivamente uma revolução, pois mesmo a denominada “Revolução Gloriosa” inglesa (1688) foi na verdade uma alteração na ordem dos poderes, onde o poder do monarca estava limitado aos direitos e garantias de liberdade no povo inglês; a “*supremacy of the English Parliament* tem significado completamente distinto do da supremacia do legislativo e do princípio da legalidade, tais como vistos na Revolução Francesa” (MARINONI, 2019, p. 38). Na Inglaterra, ocorreu uma união de forças entre o parlamento e o judiciário, voltados contra o Imperador Jaime II, com objetivo claro de reafirmar o sistema *common law* como sendo a representação do poder do povo inglês, já na França, os magistrados lutaram contra os ideais reformistas de liberdade e igualdade e tentaram manter o governo absolutista de Luís XVI (MAZIERO, 2019, p. 97).

O sistema *civil law* do período pós-revolução é caracterizado pelo direito positivado, onde a lei e o legislador eram vistos como representantes do povo e, assim, sua criação legislativa decorre da vontade dos cidadãos franceses.

Neste contexto, o sistema *civil law* desenvolveu-se no século XIX com uma perspectiva positivista, onde a lei era a principal fonte do direito e, num primeiro momento, impossível de ser interpretada pelo juiz.

O receio da utilização do Poder Judiciário para a proteção de interesses particulares e para a prática de injustiças limitava a atuação do magistrado e transferia ao legislador todo o poder de reconhecimento do direito advindo da legislação, por isso, o juiz era declarado “*bouche de la loi*”, como ocorreu no sistema *common law*, onde existia o *judge make law*, sendo este o criador do direito (MARINONI, 2019, p. 40).

A escola do direito natural conseguiu desenvolver no século XVIII dois elementos que ajudariam o positivismo, primeiramente o reconhecimento do direito “na relação entre os governantes e os governados, entre a administração e os particulares” e também a “codificação” (DAVID, 2002, p. 65).

O receio contra os magistrados era tão grande na França que a Lei Revolucionária de 1790 não deixou dúvidas acerca do que o Poder Judiciário não poderia fazer e também criou a *Cour de Cassation*:

A Lei revolucionária de agosto de 1790 não só afirmou que “os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo” (Título II, art. 10), mas também que os tribunais “reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei” (Título II, art. 11) (MARINONI, 2019, p. 46).

Foi criada assim a chamada *référé léslatif* facultativa, que era a possibilidade de o magistrado buscar o Poder Legislativo com intuito de solicitar a elucidação do texto de lei. Para isso, foi criada a corte de cassação, que não tinha uma função jurisdicional, mas apenas cassava a decisão judicial que se baseasse em interpretação incorreta (MARINONI, 2019, p. 46-47).

A legislação passou ser a principal fonte do direito e a única que poderia ser utilizada pelo juiz, sendo que a lei e, principalmente, a “legislação codifica”, representavam a vontade do povo e previam de forma abstrata e geral as situações do homem em sociedade. O Código de Napoleão, publicado em 1804, passou a ser considerado a fonte do direito Francês da época e tinha mais de dois mil artigos.

3.5 O DIREITO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E SUA CONSTANTE EVOLUÇÃO

Desenvolver um estudo cronológico histórico da evolução do direito faz-se necessário para o entendimento do modelo atual, pois deve-se saber o que acarretou a mudança com o intuito de melhor aplicação dos institutos processuais e da interpretação dos direitos materiais envolvidos em uma lide.

Todos os momentos históricos do direito, tanto no sistema *common law* como no sistema *civil law*, tiveram importância na formação do que se entende hoje por direito, pois as teorias filosóficas, sociológicas, dogmáticas e do próprio direito foram se formando com as revoluções ou a evolução dos sistemas jurídicos, que estão em constante transformação até os dias atuais.

Hermes Zaneti Junior afirma que o direito evoluiu em três perspectivas e que estas acabaram por influenciar todos os elementos ligados ao Estado:

[...] corretamente aponta a doutrina a passagem por três grandes filosofias do direito que explicam sua evolução atual: jusnaturalismo, juspositivismo e jusconstitucionalismo. Tais filosofias resultam, por sua vez, em três modelos de Estado: Estado Absolutista, Estado Legalista, Estado Constitucional. Três modelos de Estado resultam em três racionalidades jurídicas: racionalidade substancial, racionalidade formal e racionalidade instrumental. E por fim, três racionalidades jurídicas resultam em três critérios de validade ou normas de reconhecimento para o direito válido: justiça, legislação e constituição. Cada uma destas passagens é ligada entre si e a cada uma das filosofias da justiça e seus momentos históricos (ZANETI JUNIOR, 2017, p. 84).

Nesta evolução sistêmica do Direito, o papel do Poder Judiciário foi alterando-se conforme a prevalência das teorias político-filosóficas de cada Estado, em cada época. E com as alterações de perspectiva institucional, houve uma modificação do controle da função jurisdicional (com maior ou menor rigidez) exercida pelo juiz.

Dentro desta visão evolutiva, o positivismo jurídico também foi sendo moldado com o passar do tempo, pois a lei como uma fonte do direito, da justiça e da segurança jurídica nas relações interpessoais passa a ser questionável.

A visão de um legislador como um homem sem falhas, que tem a capacidade de prever todas as situações jurídicas possíveis e de tratá-las de forma justa e eficaz é com certeza uma visão revolucionária e utópica.

Partindo-se da afirmação de Carlos Maximiliano (2003, p. 17) de que “qualquer doutrina absoluta é falsa; tudo é relativo”, não se poderia sustentar por muito tempo a afirmação de que o direito seria fruto unicamente da lei. Assim, a hermenêutica jurídica desenvolvida no século XIX passa a ter maior importância nos principais sistemas jurídicos da época – Escola da

Exegese, na França; Escola dos Pandectistas, na Alemanha; e Escola Analítica de Jurisprudência, na Inglaterra.

Dentro deste fenômeno da positivação, e das escolas hermenêuticas positivistas, existe um fator que não pode ser desconsiderado: o direito até o século XIX era alheio a alterações e transformações, pois era baseado nos costumes e no Direito Canônico.

Mas dentro deste pensamento positivista, a Escola da Exegese apresentava uma hermenêutica ligada ao dogmatismo legal, onde o legislador, representando a vontade do povo e dentro de um sistema ordenado de regras, que sendo respeitadas, formava a vontade dos cidadãos.

Dentro desta escola, o judiciário tinha a função única de manifestar a vontade da lei, dentro de uma função meramente declaratória, sendo que a lei já apresentava os aspectos relevantes da vontade do legislador. A função do jurista seria apenas explicar, revelar e traduzir o querer comum, expressado pela legislação (NOJIRI, 2005, p. 50-51).

Para esta escola, a função jurisdicional tinha como finalidade conhecer a legislação e aplicá-la conforme seus preceitos, definidos pelo legislador, de modo que não havia possibilidade para vontade ou criação, apenas subsunção pura.

Já a Escola Pandectista, que tem como autores Bernhard Windscheid (1871-1892), Heinrich Demburg (1829-1907), Rudolph von Jhering (1818-1892) e Ernst Immanuel Von Bekker (1827-1916), o estudo do *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano, tinha como principal preocupação a norma positivada. O direito era fruto de um sistema de normas que deveria ser respeitado, nascendo a Escola da Jurisprudência dos Conceitos (HERZL, 2018, p. 89).

Na Inglaterra, a Escola Analítica de Jurisprudência estava ligada ao sistema *common law*, onde a lei deveria se clara e breve, dentro de um “*positivismo utilitarista* (agir sempre de forma a produzir a maior quantidade de *bem-estar social*)” (HERZL, 2018, p. 89).

Estas primeiras correntes positivistas clássicas ou primitivas tiveram como principal debilidade afirmar o caráter completo da lei, onde o legislador tinha a condição de prever todas as situações e relações interpessoais. Evidente que esta utopia filosófica e política não poderia responder às lacunas legais e também às alterações sociais não anteriormente pressentidas.

Destas escolas clássicas positivistas nasceram outras que foram se desenvolvendo no século XIX e XX, dentre estas, a Escola da *jurisprudência dos interesses*; a Teoria Pura do Direito, na Alemanha, o *Movimento do Direito Livre*, na França, que possibilitaram maior liberdade ao juiz para aplicar a lei.

3.5.1 A evolução da atuação jurisdicional do magistrado

A atuação do juiz durante os séculos foi sendo alterada pela forma como a relação Estado e Direito se deu durante cada período. Visualizar atualmente o Estado desvinculado do Direito seria uma coisa extremamente difícil de se estabelecer, porém o Direito foi implementado pela sociedade e não pelo Estado. O “Estado primitivo” não tinha preocupação com a elaboração de normas de conduta da sociedade, isto era desenvolvido pela própria sociedade por meio dos costumes, onde o juiz (sujeito estatal, porém não vinculado às normas produzidas pelo Estado), utilizando destas regras consuetudinárias, estabelecia qual aplicar (BOBBIO, 1995, p. 27).

É dentro da função jurisdicional “que colhemos a passagem do direito não estatal ao estatal e a passagem, ligada a esta, da concepção dualista do direito (direito natural, direito positivo) à monista (apenas o direito positivo)” (BOBBIO, 1995, p. 27).

O positivismo é o movimento jusfilosófico que defende que a norma jurídica nasce exclusivamente do Estado, através da superposição de um poder legislativo que, ao criar a lei, estabelece a norma de conduta a ser respeitada por todos e, ocorrendo um conflito de interesses, o caso deverá ser resolvido com base nesta legislação preestabelecida.

O positivismo puro é utópico e a sua inaplicabilidade fez surgir questionamentos jusfilosóficos importantes. Norberto Bobbio (1993, p. 43) estabelece a diferença entre a visão jusnaturalista e a positivista, acerca do que seria justiça. Assim, para um jusnaturalista, “uma norma não é válida se não é justa”, já para o positivista, “uma norma é justa somente se for válida”.

Ao citar Kelsen, Norberto Bobbio (1993, p. 43) afirma que o jurista alemão desconsidera a justiça como elemento para a validade do direito, pois o problema da subjetividade e da irracionalidade do ideal de justiça é ético. Assim, Bobbio (1993, p. 43) entende que a teoria positivista mais plena e compreensível fora desenvolvida por Hobbes, que dentro do seu pragmatismo racional, baseado em axioma rigoroso, afirmava que o justo e o injusto estariam na permissibilidade ou proibição da lei, respectivamente. O *estado de natureza* deve ser desprezado e, uma vez considerado o pacto dos homens, estes renunciam “aos direitos *in natura* e transmitem a um soberano (*pactum subiectionis*)”.

Duas correntes positivistas nasceram a partir disso, uma de cunho sociológico, denominada “Escola Positivista Sociológica”, que era representada por Durkheim e Gurvitch, e tinha como principal característica desenvolver a ciência positivada dentro de uma visão sociológica do direito, onde este era visto como um fenômeno social. Em contraposição a esta

escola positivista, existia a “Escola do Estrito Positivismo Jurídico” (ou positivismo jurídico normativo), que via no direito uma ciência autônoma e não uma dimensão da Sociologia (MAZIERO, 2019, p. 108-109).

O *positivismo jurídico normativista* ou Escola do Estrito Positivismo Jurídico, tende a apresentar uma visão do direito dentro da norma e desvinculado de elementos sociológicos, políticos e morais (MAZIERO, 2019, p. 110). Assim, o século XX, na sua primeira metade, é pressentido por uma teoria pandectista aperfeiçoada, por Kelsen, ou pela existência de uma dogmática nova, conectada ao realismo empírico (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 74).

Uma tendência errônea é classificar o positivismo como se fosse apenas jurídico e absolutamente ligado ao texto legal, ou seja, sem possibilidade de aplicação de outros métodos de interpretação e utilização de fontes do direito. O pensamento positivista tem origem filosófica e sua forma pura visa retirar todos os elementos da valoração humana que podem afetar o resultado do experimento. Foi utilizado por várias ciências, desde a Matemática, Astronomia, Física e Biologia (HERZL, 2018, p. 87-88), e busca transformar o Direito em ciência.

Na sua aplicação dentro da ciência jurídica, o positivismo foi evoluindo durante os séculos XIX e XX, neste contexto, ocorreu uma transformação também da hermenêutica jurídica, onde o ato de interpretar a norma acabou por ganhar novas técnicas visando a tentativa de uma melhor prestação jurisdicional.

A aplicação pura da lei e a interpretação baseada apenas na vontade do legislador foram sendo superadas com o tempo, porém como será verificado, os conceitos jurídicos cada vez mais complexos, as cláusulas abertas, os conceitos jurídicos indeterminados, o neoconstitucionalismo e a aplicação de princípios constitucionais foram possibilitando um juiz com liberdade para fundamentar e decidir, sempre protegido pelo manto do que se convenceu denominar *justiça das decisões*. Porém “justiça” também é uma expressão com grau elevado de indeterminação, onde o que é justo para um, pode não ser para outro, mas desde Aristóteles o direito é definido dentro do que se considera justo (BOBBIO, 1995, p. 139).

Diante disso, nascem alguns movimentos, como *Movimento do Direito Livre*, que iniciou-se em 1903, na Alemanha, e afirmava a possibilidade do juiz proferir decisões *contra legem*, em contraposição ao movimento pandectista; também a escola da *jurisprudência de interesses*, onde surge o elemento “ponderação” com forte influência sociológica e questionando a aplicação pura da norma, com a utilização da subsunção, como ocorria na *jurisprudência de conceitos* (escola pandectista) (HERZL, 2018, p. 90-91).

Já no século XX, Hans Kelsen desenvolveu sua *Teoria pura do direito*, que não pode ser confundida com a Escola exegética positivista. A intenção de Kelsen era na verdade separar a ciência jurídica de outras ciências, já que até o momento o direito era composto, como a Sociologia e a Ciência Política.

Dentro desta tentativa de purificação do direito como um ramo científico autônomo, Kelsen desenvolveu vários fundamentos dentro de uma lógica do “ser”, que é um elemento psicológico de demonstração de vontade e um “dever ser” que está ligado diretamente ao direito.

Na obra *Teoria Pura do Direito*, o autor preocupa-se com duas situações importantes, a primeira, trata-se dos limites decisórios do juiz, e a outra, refere-se às questões das lacunas e das antinomias da lei. A contribuição de Kelsen foi estabelecer com rigor técnico uma autonomia e um grau científico do direito ainda não estabelecido.

Dentro da lógica de Kelsen, o direito seria “um conjunto de normas jurídicas dotadas de coercibilidade, emanadas de autoridades competentes e sistematizadas dentro de um ordenamento jurídico” (MAZIERO, 2019, p. 121). Kelsen acabava por reconhecer que as decisões judiciais têm estas mesmas características, sendo também norma jurídica, referentes ao *positivismo normativista*.

Lênio Luiz Streck (2003) vem por anos analisando o problema da liberdade do magistrado nas decisões judiciais, ou seja, o grau elevado de subjetividade que o juiz tem para fundamentar e estabelecer uma solução para um determinado conflito de interesses.

Ricardo Augusto Herzl, ao analisar os argumentos de Streck sobre o positivismo normativo de Kelsen, afirma:

daí reside a “maldição de Kelsen”: ao reconhecer que a interpretação do Direito é impregnada de subjetivismos e que desvio do intérprete é algo impossível de ser corrigido, atém-se tão somente ao nível normativo e “abandona” o principal problema do Direito, qual seja, a sua *aplicação* [...]. Este é o berço das *teorias da argumentação jurídica*. Foi no *vazio kelsiano* que se desenvolveu, após a segunda grande guerra e aproveitando-se dos influxos de neoconstitucionalismo, a *jurisprudência de valores* (Wertungsjurisprudenz) (HERZL, 2018, p. 93).

Com a positivação e a expansão do direito legislativo, um fenômeno impressionante ocorreu paralelamente: a expansão do “direito judiciário” (CAPPELLETTI, 1999, p. 20). Em verdade, a tentativa de retirar do juiz a possibilidade de interpretação da norma, como dito anteriormente, foi uma utopia revolucionária. Não há como dentro de uma ciência social de relação intersubjetivas retirar do sujeito que analisa a relação e aplica a norma um grau de interpretação ou, até mesmo, de criatividade normativa.

Por mais que a elaboração da legislação seja espetacular, sendo utilizada a linguagem mais precisa possível, sempre existirá pontos não tratados e que deverão ser aperfeiçoados pelo magistrado para a resolução pelo órgão judicial (CAPPELLETTI, 1999, p. 20).

O legislativo pode ser inerte ao não estabelecer uma norma para determinada conduta social, no pensamento de Kelsen, isto é uma prerrogativa do legislador, que ao não legislar sobre o assunto, estaria na verdade autorizando que o magistrado o fizesse. Assim, toda vez que o legislador se deparar com uma situação que não previu ou não poderia prever, este se faz substituir pelo juiz, “nada mais lhe resta senão deixar a decisão para o aplicador do direito, sob o risco inevitável de que este também decida, como legislador, os casos em que o legislador original quisesse aplicar a lei” (KELSEN, 2015, p. 160).

Adverte Kelsen (2015, p. 160) que, visando diminuir este perigo de liberdade de atuação do juiz, só será possível não aplicar a legislação ao caso nas situações onde isso não é possível, devido ao fato de não existir “nenhuma possibilidade de aplicação”. Ao Poder Judiciário não é dado o poder de negar a prestação jurisdicional, diferentemente do que ocorre com o legislador, que pode se negar a legislar. Mas a lacuna do direito não foi o único fenômeno jurídico que permitiu uma posição criativa do juiz, uma vez que o verdadeiro problema reside em que toda atividade jurisdicional é baseada em interpretação de norma e foi durante o final de século XIX e todo o século XX que o estudo sobre a interpretação da norma foi se aperfeiçoando, tanto no sistema *common law* como no *civil law*.

Adverte Mauro Cappelletti (1999, p. 22) que “por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre* – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo”, que não “deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa”.

Desta forma, o positivismo jurídico acabou por proporcionar uma desvinculação do juiz aos costumes, e também das decisões anteriormente proferidas pelo próprio judiciário (precedentes), e de forma evolutiva abriu um campo de discricionariedade na prestação jurisdicional, que no Brasil teve várias consequências jurídicas graves, como a judicialização das relações jurídicas, a insegurança jurídica e a morosidade processual.

A falta de elementos objetivos e limites para a interpretação da norma dentro de todo um ordenamento jurídico causou uma cultura de “loteria” nas decisões judiciais, onde a lei não é mais vista como elemento limitador para o reconhecimento de um direito e, mesmo que este expressamente não seja reconhecido, irá buscar de alguma forma seu reconhecimento via judicial.

Para Hermes Zaneti Júnior, dois são os elementos que causaram a fragilidade no sistema *civil law*:

“a) fragilização virtuosa, decorrente da abertura do sistema fechado, em razão da evolução do direito positivo e da sua flagrante insuficiência para coibir as lacunas hermenêuticas; b) a fragilização não-virtuosa, decorrente da *relativização* do inteiro ordenamento jurídico” (ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 113).

O *positivismo valorativo* que começou a ser desenvolvido, onde o interprete é a base para uma prestação jurisdicional “justa”, tinha uma carga de relativização e insegurança jurídica muito grande, que a busca pela “justiça das decisões” não poderia mascarar. Os estudos hermenêuticos foram se desenvolvendo e foram criadas técnicas hermenêuticas muito desenvolvidas, porém o problema da subjetividade na prestação jurisdicional continuou.

A função jurisdicional acabou ganhando uma de suas maiores características, que é a independência exercida pelo juiz ao prestar a jurisdição. Este fator foi responsável por uma evolução constitucional e de interpretação legal favorável, na medida que, havendo uma evolução axiológica no direito brasileiro, o magistrado independente não ficava preso a valores superados, porém esta independência ocasionada pelo juiz progressista, também era utilizada pelo magistrado conservador, que sempre poderia repudiar as interpretações de vanguarda (DINAMARCO, 2002, p. 49).

Cândido Rangel Dinamarco, ao escrever sobre esta liberdade do juiz, da maneira alguma faz uma crítica negativa ao modelo de interpretação liberal adotado no Brasil, mas aponta, mesmo sem intenção, um problema grave, que é o da falta de uma unidade nas decisões judiciais, muitas vezes baseadas em casos idênticos ou parecidos, porém julgados por juízes de características diferentes.

Para Cappelletti, os juízes têm características conservadoras, tradicionalistas e avessas a transformações “que tendam a pôr em evidência e exaltar o elemento voluntarístico das suas decisões, colocando em perigo a mística da sua objetividade e neutralidade” (CAPPELLETTI, 1999, p. 35). Por outro lado, em diversas decisões da justiça brasileira verifica-se a existência de juízes propícios a aceitar de uma forma mais entusiasmada as mudanças sociais e a tutelar direitos em um contexto menos tradicional.

Neste sistema de normas e princípios repletos de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, torna-se tormentosa a afirmação de que, a visão política, religiosa, filosófica, social e jurídica do magistrado pode proferir decisões diferentes para o mesmo caso concreto.

3.6 A HERMENÊUTICA JURÍDICA E O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Para o entendimento do que se pretende desenvolver, existe a necessidade de estabelecer o real conceito de hermenêutica e como esta se conecta à interpretação da norma.

Como assevera Carlos Maximiliano, a “Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar” (MAXIMILIANO, 2003, p. 1). Não se trata de interpretação, mas do meio científico que tem por finalidade a busca por técnicas de interpretação.

Na Hermenêutica Jurídica tradicional o objetivo da ciência é estudar e criar fórmulas, técnicas e procedimentos que têm por função estabelecer o sentido e o alcance das expressões jurídicas (MAXIMILIANO, 2003, p. 1).

Já interpretar, nas palavras de Carlos Maximiliano, é:

Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém (MAXIMILIANO, 2003, p. 7).

No Direito, a prestação jurisdicional, vista de forma tradicional, se faz por meio da aplicação da norma ao caso concreto, neste sentido, o magistrado tem a função de utilizar-se deste método de subsunção, onde retira-se de um preceito maior elementos para aplicá-los ao preceito menor.

Assim, diante de técnicas construídas pela Hermenêutica, aquele que detém poder jurisdicional poderá utiliza-se destes elementos visando compreender por meio da interpretação qual o sentido real da expressão e, até mesmo, do texto legal que o legislador queria empregar.

A questão torna-se mais complexa por dois motivos: afirma-se que existe uma evolução na forma de se interpretar o texto constitucional e esta afirmação é bem definida por Luís Roberto Barroso, para quem a evolução de forma de se interpretar ocorreu primeiramente devido aos “conceitos jurídicos indeterminados” e as chamadas “cláusulas abertas”, que possibilitam ao intérprete estabelecer a vontade da norma (BARROSO, 2005, p. 82).

O legislador no caso transfere ao intérprete a função de estabelecer parâmetros de aplicação destes conceitos deliberadamente indeterminados e cláusulas abertas.

Outro fator, segundo o próprio Barroso, que também causou uma modernização na forma de interpretar a legislação constitucional, foi a chamada “ascensão dos princípios” (BARROSO, p. 82-83).

Extrai-se das afirmações do citado doutrinador que o simples método hermenêutico da subsunção não consegue auxiliar o aplicador da norma de forma completa, pois quando se trata

de norma constitucional e da aplicação de princípios fundamentais um não pode ser totalmente extirpado em detrimento do outro.

Na subsunção, uma norma que entra em conflito com outra, será retirada da aplicação da prestação jurisdicional, por questão cronológica, hierárquica ou de especialidade. Já quando se trata de norma constitucional, o princípio da unidade da constituição não possibilita uma hierarquização das normas constitucionais, e nem a exclusão de um princípio em detrimento de outro (apenas uma mitigação).

No Brasil, existe uma diferença muito significativa nas opiniões sobre interpretação e os limites desta por parte do juiz. Lenio Luiz Streck apresenta uma lista de autores tradicionais brasileiros que têm posição completamente antagônicas. Os autores que defendem que toda lei deve ser interpretada são Arnold Wald, Caio Mário da Silva Pereira, Eduardo Espínola, Virgílio de Sá Pereira e Paulo de Lacerda. Entre os autores de posição “ortodoxa”, que afirmam que a legislação é quase sempre clara, e, sendo assim, desnecessário o papel interpretativo, estão Paula Baptista, Sílvio Rodrigues e Washington de Barros Monteiro (STRECK, 1999, p. 77). Claro que esta concepção limitadora do poder interpretativo do juiz com foco e privilégio na convicção do legislador caminhou por uma transformação evolutiva, mas que ainda não foi totalmente compreendida pelos operadores do direito (GRAU, 2009).

Outros doutrinadores se preocupam mais com o significado da expressão interpretar, como Paulo Nader, Carlos Maximiliano e Maria Helena Diniz, e todos estes entendem que interpretar seria buscar o verdadeiro sentido da norma, buscando seu esclarecimento, ou seja, o significado das expressões jurídicas (STRECK, 1999, p. 75-76).

Sem dúvida, o papel do intérprete durante todo o século XX foi sendo questionado, mas a ideia de que a função jurisdicional sempre será interpretativa é a que prevalece entre os juristas:

[...] toda lei se encontra em uma tensão necessária em relação à concreção do atuar, porque é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda sua concreção; a lei é sempre deficiente, não porque o seja em si mesma, mas sim porque, em presença da ordenação a que se referem as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas (GRAU, 2009).

A função interpretativa do juiz sempre existirá, pois, as expressões empregadas dentro de determinada norma jurídica, por mais clara que esta seja, não conseguem estabelecer-se por completo ao caso concreto, principalmente porque a lei, por ser geral e abstrata, tem a função de regular institutos e relação futuras, não podendo regular detalhes que a tornem específica demasiadamente.

Porém esta liberdade interpretativa por parte do magistrado, segundo a lei, não afasta deste o dever de utilizar a legislação como fonte primária do direito. Isto é facilmente verificado na legislação brasileira, que ainda estabelece uma ideia positivo-normativista legal.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é uma norma que tem por objetivo regulamentar a aplicação de norma e não visa a atividade humana, mas “um conjunto de normas sobre normas” (TARTUCE, 2018) ou “direito sobre direito” (VENOSA, 2013, p. 106).

O artigo 4º do Decreto-Lei n.º 4.657/42, estabelece que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Flávio Tartuce (2018) chega afirmar que, “logicamente, a lei é a principal fonte (*fonte formal primária*) do direito brasileiro, porque o nosso sistema é baseado no sistema romano-germânico da *Civil Law*”.

A visão tradicional das fontes do direito, uma visão tradicional positivista, onde o magistrado somente não aplicará a lei nos casos de lacunas, e existindo estas, deverá observar a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, parece ser bem didática, mas não reflete a realidade das técnicas hermenêuticas de aplicação da norma.

Para Miguel Reale (2012) as fontes do Direito seriam “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa”.

Ocorre que, a lei como fonte primária do direito, dentro da hermenêutica jurídica, já não tem este papel primário, e este movimento não é atual, mas vem ocorrendo principalmente no Brasil após a Constituição Federal de 1988, com o desenvolvimento do neoconstitucionalismo e do Direito Civil constitucional, onde os princípios constitucionais e a existência de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados criaram dentro do ordenamento jurídico brasileiro uma complexidade, onde verifica-se que o juiz, na sua função de aplicador da norma ao caso concreto, não está em nenhum momento compelido a aplicar tão somente a lei e, muito menos, deve fundamentar a aplicação de outra fonte do direito com base na existência de alguma lacuna legislativa.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é um texto expressamente positivista e, mesmo assim, em seu artigo 5º, ao estabelecer que o magistrado deverá, ao aplicar a lei, atender aos “fins sociais” e ao “bem comum”, estabelece uma liberdade na interpretação da norma dentro destes conceitos indeterminados (TARTUCE, 2018).

O que se tornou preocupante particularmente no Brasil é o que Lenio Luiz Streck (1999, p. 33-35) denomina “modo liberal-individualista-normativista de produção de direito”, que tem

por base resolver conflitos interindividuais e, nesta perspectiva, o modelo de produção de Direito está em crise.

Dentro de uma percepção da cultura jurídica brasileira, verifica-se dentro da legislação uma tradição do *civil law*, baseada no positivismo-normativo, mas que não se reflete nas decisões judiciais. E, neste contexto, evidentemente existe uma crise hermenêutica que causa insegurança jurídica, judicialização dos conflitos e ineficácia na prestação jurisdicional:

há muito se diz não haver norma jurídica, senão norma jurídica interpretada. Isso é verdadeiro, sobretudo, na interpretação constitucional. Por conta da vagueza e do conteúdo político de muitas de suas prescrições, o texto constitucional dá espaço às mais variadas disputas e controvérsias, sobretudo no contexto de sociedades complexas e plurais, como a brasileira. No cenário jurídico contemporâneo, marcado pela expansão do papel da Constituição, a interpretação constitucional se torna extremamente importante, não só para o operador jurídico, como também para o cidadão. Com efeito, é cada vez mais frequente a inovação de normas constitucionais para resolução de controvérsias no âmbito do Poder Judiciário. Não apenas a Constituição é aplicada diretamente às relações sociais, mas também ela serve como parâmetro para o controle de constitucionalidade e como diretriz para a interpretação das demais normas jurídicas que compõem o ordenamento (SOUZA NETO; SARMENTO, 2017, p. 395).

O modelo adotado no Brasil para a resolução dos conflitos de interesses vem se moldado dentro de uma liberdade interpretativa do magistrado, com base primeiramente na interpretação constitucional, tanto do texto legal como dos princípios e teorias retirados da Constituição Federal de 1988.

O controle de constitucionalidade difuso e os vários direitos, princípios e garantias constitucionais de difícil enquadramento conceitual ajudam na existência do modelo liberal-individualista-normativista desenvolvido por Streck.

A atual Constituição Federal, no seu artigo 93, inciso IX, estabelece de forma expressa que as decisões judiciais devem ser motivadas, sob pena de nulidade, porém não estipulou quais os critérios limitadores dentro do ordenamento jurídico desta motivação.

Assim, no Brasil, teve início o desenvolvimento do princípio do livre convencimento motivado de juiz, diante do qual este deverá fundamentar sua decisão, porém a fonte normativa a ser utilizada dependerá unicamente dos aspectos racionais desenvolvidos pelo magistrado, onde este tem total liberdade em decidir.

Tornou-se famosa a decisão do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Humberto Gomes de Barros, que no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 279.889-AL (2001/0154059-3), assim afirmou:

não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja (BRASIL, 2002).

A decisão conforme a consciência do magistrado é a prova que a atividade jurisdicional sofreu, e ainda sofre, por meio da cultura desenvolvida do Brasil, com um sistema de decisões baseadas em convencimento individual, o que acarreta distorções e contradições absurdas nas decisões judiciais.

O sistema positivista exegético foi utópico em imaginar um juiz sem possibilidade nenhuma de interpretação. Porém, atualmente, o que se verifica dentro deste suposto positivismo existente na tradição *civil law* no Brasil é que a lei como fonte do direito é apenas uma criação doutrinária didática, que em nenhum momento condiciona o juiz a aplicá-la efetivamente nas relações intersubjetivas, podendo este valer-se de outros elementos dentro do ordenamento jurídico.

Devido ao sistema difuso de controle de constitucionalidade existente no Brasil, a possibilidade da aplicação de um direito fundamental, onde a lei é subordinada a este, leva o magistrado a utilizar-se de outros elementos para fundamentar sua decisão, inserindo o aspecto que “impôs-se ao juiz, além do dever de raciocinar a partir de princípios que projetam figuras não precisas, a necessidade de considerar questões de ordem moral, política e econômica”, visando compreender as regras a serem aplicadas para a resolução da lide apresentada (MARINONI, 2018, p. 56).

E mesmo que o princípio da legalidade esteja incorporado à Constituição Federal, previsto expressamente no inc. II, do artigo 5º, e prescreva que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, com relação ao Juiz, na aplicação da lei ao caso concreto, o princípio deve ser visto dentro de todo um ordenamento jurídico, composto por normas constitucionais, direitos, princípios fundamentais e várias técnicas hermenêuticas, sempre em busca da mais justa resolução do conflito.

No Brasil, alguns elementos devem ser considerados e justificam este elevado grau de subjetividade, ou seja, de liberdade do magistrado, quando este analisa o ordenamento jurídico como um todo interligado e complexo, visando a prestação jurisdicional. O princípio do livre convencimento motivado do juiz é fruto de algumas circunstâncias particulares no direito brasileiro.

Primeiramente, ao analisar o texto constitucional, e encontrar nele todos os direitos fundamentais, verifica-se que estes direitos não são efetivamente reconhecidos, tutelados e disponibilizados pelo Estado, ou seja, o Poder Executivo administra mal e não oferece ao cidadão garantias mínimas para uma vida digna.

Outro elemento importante, somado ao anterior, é que o Poder Legislativo é moroso no reconhecimento legal de diversos direitos fundamentais, ou seja, a omissão legislativa força o Poder Judiciário a encontrar caminhos hermenêuticos e de aplicação sistêmica do ordenamento jurídico, com intuito de resolver os conflitos a este apresentado.

Somado aos elementos anteriores, o excesso de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados na Constituição, e que não são melhor delimitados pelo legislador infraconstitucional, levou ao que foi denominado “crise do Poder Judiciário” ou “crise do Direito” (STRECK, 2003, p. 258).

O reconhecimento da existência de um Estado Democrático de Direito, onde os direitos reconhecidos constitucionalmente devem ser garantidos pelo Estado aos cidadãos, levou o Poder Judiciário a utilizar-se de técnicas hermenêuticas complexas, com intuito de garantir na prática este Estado de Direito, porém também trouxe consigo um elemento muito perigoso para o Direito, que é o elevado grau de discricionariedade das decisões judiciais, que causa insegurança jurídica, judicialização e a morosidade vista hoje no Poder Judiciário:

a preocupação com o tema da interpretação, com a busca do verdadeiro sentido e alcance das normas jurídicas inseridas no Texto Constitucional, situando-se em determinado contexto social, tem sido constante entre os juristas. Entretanto não há entre eles consenso em alguns pontos, como: a prescindibilidade ou não do processo interpretativo; a constatação, por meio da compreensão da norma jurídica, de haver apenas uma solução para o caso sob análise ou a eleição pelo aplicador do Direito de uma solução entre várias igualmente possíveis (CONCEIÇÃO, 1999, p. 63-64).

Dentro do ordenamento jurídico, que envolve o texto constitucional, texto infraconstitucional, os princípios e as garantias constitucionais, somado à inércia legislativa, à inaplicabilidade de políticas públicas que efetivamente garantam os direitos do cidadão e à liberdade de convencimento do juiz, gera várias soluções para um problema, muitas vezes, idêntico ou parecido, o que acarreta uma insegurança jurídica elevada e o aumento da

judicialização, com excesso de processos, a demora na prestação jurisdicional e a ineficácia das decisões judiciais:

o conceito de ordenamento pressupõe o conjunto de normas destinadas a ordenar a sociedade segundo determinado modo de vida historicamente determinado, Daqui decorrem duas consequências fundamentais: (i) o ordenamento não se resume ao direito positivo; e (ii) para que possa ser designado como tal, o ordenamento há de ser sistemático, orgânico, lógico, axiológico, prescritivo, uno, monolítico, centralizado. Por ser composto por pluralidade de fontes normativas, o ordenamento jurídico apresenta-se necessariamente como sistema heterogêneo e aberto; daí a sua complexidade que, só alcançará a unidade, caso seja assegurada a centralidade da Constituição, que contém a tábua de valores que caracterizam a identidade cultural da sociedade, na qual se entrevê a tutela de bens comuns e seu efetivo acesso pela sociedade (TEPEDINO, 2019, p. 32).

Por algum tempo – pós-ditadura militar, promulgação da Constituição de 1988 e fortalecimento do Estado Democrático de Direito e de suas instituições – o que se buscou foi a evolução interpretativa e o reconhecimento de direitos fundamentais baseados na dignidade da pessoa humana. Diante de erros ou acertos, o Poder Judiciário foi absorvendo sua função de proteger os direitos constitucionais, o texto constitucional e a legislação infraconstitucional, que, por culpa do Poder Executivo (em todas as esferas) e do Poder Legislativo (federal, estadual e municipal), não eram reconhecidos ao cidadão.

Ocorre que a liberdade de convencimento do juiz, que possibilitou o reconhecimento de vários direitos e garantias fundamentais, também causou vários problemas éticos, de insegurança jurídica, ineficácia das decisões e morosidade na prestação jurisdicional.

O pós-guerra causou uma transformação em como a função jurisdicional deveria ser vista, uma vez que o excesso do positivismo acabou por proporcionar e legalizar regimes ditatoriais, como o fascismo e o nazismo. Assim, buscou-se uma transformação dentro da atuação do magistrado, onde o Poder Judiciário acaba adquirindo uma posição de protagonista. Colocando como pilar do direito as garantias universais e constitucionais dos direitos humanos e fundamentais, inicia-se um modelo de “teorias argumentativas jurídicas”, baseadas em ponderação e na proporcionalidade, onde as decisões judiciais fundamentadas em princípios têm por escopo a “moralização do Direito, a instrumentalidade e a flexibilização procedimental a todos o custo” (HERZL, 2018, p. 254).

Este movimento no Brasil teve um resultado desastroso, pois tornou-se frequente nas decisões judiciais mitigar a legislação visando enquadrar o direito dentro de um sistema de princípios e regras constitucionais de proteção à dignidade da pessoa humana:

cada juiz passou a decidir como quer ou melhor lhe convém, ainda que *contra legem*. Não tem lei? Superamos o positivismo exegético, é verdade, mas a qual custo?

Viramos reféns das mazelas da *discricionarietà judicial*. Decidir se transformou em um *ato de escolha*. E, diante do “caos jurídico”, passamos a depender dos elementos “sorte” ou “azar”. Uma nova espécie de *ordália*: oremos, todos, para cairmos nas mãos do “bom juiz”! (HERZL, 2018, p. 254).

A social democracia, que tem por base política o *Welfare State*, onde os direitos fundamentais e sociais foram positivados nas Constituições pós-guerra, provocou uma alteração na relação entre os Poderes do Estado, onde o Judiciário, diante da busca pelo reconhecimento de direitos constitucionais, acaba por assumir uma função de importância, onde ocorre uma alteração da tensão, não mais ligada a procedimento político, mas sim aos procedimentos judiciais (STRECK, 2003, p. 262).

Assim, o legislador no atual Código de Processo Civil, ao estabelecer institutos processuais que têm por finalidade criar um mecanismo de utilização de precedentes vinculativos, incorpora no direito brasileiro uma tradição advinda do sistema *common law*, com o intuito de garantir ao jurisdicionado uma maior segurança jurídica nas decisões, maior efetividade na tutela jurisdicional, a celeridade processual e a busca pela redução da judicialização que atualmente ocorre no Brasil.

4 OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULATIVOS DENTRO DA SISTEMÁTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O modelo neoconstitucionalista desenvolvido no sistema jurídico brasileiro, desde a vigência da Constituição Federal de 1988, acarretou um fortalecimento do Poder Judiciário, pois com a inércia legislativa e também administrativa dos Poderes Legislativo e Executivo respectivamente, coube ao Judiciário, com base em princípios e regras, formular uma resposta aos conflitos a ele apresentados.

Ocorreu uma evolução de Estado Legislativo para um Estado Constitucional, pautado em princípios que deixaram de ser apenas fundamentos para normas e passaram a ser identificados como normas (MITIDIERO, 2017, p. 19).

A busca pelo reconhecimento de direitos constitucionalmente reconhecidos, mas não efetivamente garantidos nas políticas públicas fez com que o Poder Judiciário, dentro deste modelo constitucional moderno, se tornasse um declarador e garantidor de direitos humanos, fundamentais e da personalidade:

frise-se que a decisão a respeito de como um dever de tutela deve ser cumprido é, antes de tudo, questão afeta ao parlamento. Quando o legislador viola um direito fundamental na sua função de mandamento de tutela, cabe ao juiz atuar apenas para garantir que o dever de proteção satisfaça as exigências mínimas na sua eficiência. Percebe-se que, mais do que responder a um dever de tutela, o Judiciário garante o controle da insuficiência da tutela devida pelo legislador (MARINONI, 2018, p. 60).

A falta de previsão legal e também a ineficácia de políticas públicas que visem a proteção dos direitos do indivíduo, tanto nas relações públicas como privadas, acarreta a judicialização das relações, impondo ao judiciário tutelar direitos, porém com uma liberdade de atuação do juiz muito ampla e preocupante.

A atual Constituição Federal acabou por atribuir competências enormes ao Poder Judiciário, principalmente para a “efetivação dos direitos fundamentais de liberdade e sociais, individuais e coletivos nela previstos” (ZANETI JUNIOR, 2017, p. 37).

Para uma melhor efetivação dos direitos fundamentais e suas garantias, previstos no ordenamento jurídico, é necessária uma estabilização com intuito de fortalecer o reconhecimento destes direitos em face da atuação negativa de limitação por parte do Estado, tanto na esfera legislativa como executiva, e também judicial, pois o que se nota é “uma crescente negativa de vigência à Constituição por parte do próprio Poder Judiciário, resultante de pré-compreensões morais e políticas equivocadas dos direitos fundamentais” (ZANETI JUNIOR, 2017, p. 37-38).

A mudança da perspectiva legislativa para a construção constitucional do Direito acarretou três mudanças que atingiram o sistema jurídico brasileiro. A primeira mudança refere-se à fonte normativa que deixa de ser primordialmente à lei e transforma-se em um conjunto de princípios, regras e postulados. Já a segunda alteração está ligada à forma de legislar, onde o modelo apenas casuístico, tradicionalmente utilizado pelo legislador é complementado por um modelo de técnica aberta, onde são utilizadas cláusulas abertas e conceitos indeterminados. E, por fim, a hermenêutica, onde o Direito não pode ser visto como simples elemento descritivo, mas um reconstrutor baseado em vários dispositivos normativos que formam o ordenamento jurídico (MITIDIERO, 2017, p. 20-21).

Os princípios, dentro de uma doutrina moderna, são considerados elementos fundamentais do Direito, são assim, “normas jurídicas e, ao lado das regras, com idêntica força vinculativa, integram o ordenamento jurídico” (DIAS, 2018, p. 148).

Alexy (2008, p. 87) também cria este mesmo raciocínio ao estabelecer o gênero norma, de onde se extrai as regras e os princípios, sendo os princípios normas com elevado grau de generalidade, enquanto as regras teriam grau de generalidade mais restrita.

Dentro deste nível de generalidade atribuído aos princípios, e com a expansão destes como fundamentais nas decisões judiciais, o grau de liberdade na apuração e delimitação da norma vem acarretando, por um lado, uma evolução no reconhecimento de direitos da personalidade, mas, ao mesmo tempo, uma insegurança jurídica, que acaba por influenciar na eficácia da tutela jurisdicional.

Aos princípios são atribuídas três funções primordiais: função interpretativa, função supletiva e função normativa (DIAS, 2018, p. 159-150), tendo esta última papel primordial no reconhecimento de direitos inerentes ao homem, condicionando a atividade jurisdicional.

Nas palavras de Ronald Dworkin (2002, p. 141) “o direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é”. Definir o que é direito reveste-se de complexidade devido a dois elementos, um metodológico e outro filosófico, pois o primeiro tem por escopo uma definição direta, sem observar os diversos sentidos da expressão. Já o segundo está relacionado ao *homo juridicus* que, ao conceituar, relaciona o Direito a aspectos filosóficos de idealismo, legalidade e historicidade (NADER, 2015, p. 74).

Definir o que é tem uma maior complexidade do que se estabelecer o que não é. Assim, direito não é o que o juiz pensa, é algo muito maior e que absorve vários elementos para sua formação.

Dias estabelece algumas garantias constitucionais basilares do processo na própria Constituição, denominados princípios processuais constitucionais, são eles: juízo natural,

vinculação ao estado democrático de direito, supremacia da Constituição Federal, reserva legal, devido processo constitucional, fundamentação das decisões judiciais e eficiência da função jurisdicional (DIAS, 2018, p. 158-201).

O Processo Civil Constitucional e os princípios constitucionais processuais atualmente são vistos dentro de uma perspectiva de prestação e demonstram a função do processo dentro do chamado Estado Constitucional, onde dois fundamentos sobressaem: a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica. Não basta resolver o caso concreto, a prestação jurisdicional deverá proferir uma decisão justa, efetiva e previsível, onde o escopo é a *tutela dos direitos* (MITIDIERO, 2017, p. 21-22).

Existe uma submissão das normas infraconstitucionais à Constituição Federal, e este fenômeno incide de várias formas no direito como um todo, pois desta submissão constrói-se as teorias da “eficácia civil dos direitos fundamentais”, a “constitucionalização do direito privado e a “eficácia processual dos direitos fundamentais” (NERY, 2016, p. 106).

Dentro destes princípios processuais constitucionais, o princípio que se apresenta como o suporte para todos os outros, chamado por Nelson Nery (2016, p. 106) de “princípio constitucional fundamental do processo civil”, é o do devido processo legal ou *due process of law*, sendo previsto expressamente na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LIV, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*”.

Princípio de origem inglesa – mencionado na Magna Carta de João Sem-Terra, de 1215, e consagrado na *Statute of Westminster of the Liberties of London*”, em 1354 – tem função primordial dentro do direito constitucional do *common law*, onde a Suprema Corte Americana “vem interpretando a cláusula *due process* de sorte a solucionar o caso concreto que lhe foi submetido a julgamento, ao mesmo tempo que fixa regras e padrões para casos semelhantes futuros” (NERY, 2016, p. 107-110).

O princípio do devido processo legal deve ser aplicado de duas formas, uma processual, denominada “*procedural due process*”, e também dentro do aspecto do direito material, objeto da relação jurídica processual, chamado “*substantive due process*”. Este teve origem em uma questão levada à Suprema Corte Americana, onde se discutia a obrigatoriedade do Poder Legislativo de produzir legislação dentro do *princípio da razoabilidade das leis*. Sendo que a Suprema Corte se pronunciou afirmando que toda lei destituída de razoabilidade dever ser controlada pelo Poder Judiciário, pois é contrária ao direito (NERY, 2017, p. 112).

O processo visto por uma perspectiva constitucional deve ser estruturado e visar a celeridade, baseado na duração razoável do processo, e também deverá ser eficiente e efetivo

na proteção do direito reconhecido, além de ser previsível para assegurar uma segurança jurídica na declaração da tutela e na proteção de qualquer direito.

4.1 OS PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA EVOLUÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A expressão precedente não está associada à vinculação, obrigatoriedade ou força normativa de uma decisão judicial, assim como o *common law* também não é um sistema apenas de *stare decisis*.

Os precedentes podem ser classificados quanto a sua eficácia, sendo elas: eficácia meramente persuasiva, eficácia normativa e eficácia intermediária (BARROSO, 2018, p. 209).

Cândido Rangel Dinamarco, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, ao abordar as perspectivas metodológicas do processo, dentro de um sistema onde a relação jurídica processual é instrumento e não um fim em si mesma, trata da “mutação constitucional” baseada na interpretação do juiz na sua função jurisdicional de aplicação da norma ao caso concreto. Analisando o juiz como criador do direito, estabelece que uma das principais características da função jurisdicional é a independência do julgador (DINAMARCO, 2002, p. 44-50).

E afirma que, em um sistema de direito escrito, a utilização de precedentes estáveis e destituídos de variação não seria interessante. A rigidez da norma deve vir da lei e não do precedente que “elevaria as potências exageradas a resistência do direito às pressões mais legítimas e naturais na evolução da cultura da nação” (DINAMARCO, 2002, p. 49). Mas preconiza que, “na prática, a força dos precedentes reiterados atua sobre o comportamento das pessoas em geral na vida e no dos juízes em seu mister de julgar os comportamentos das pessoas em geral” (DINAMARCO, 2002, p. 50).

Não existia, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o instituto dos precedentes normativos, ou também denominados “obrigatórios” ou “vinculativos”. Apenas em 2004, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 45, é que foi criado no sistema jurídico brasileiro uma forma de poder vinculante advindo da função jurisdicional, denominada Súmula Vinculante, prevista nos artigos 102, §2º e 103-A, da Constituição Federal, e regulada pela Lei 11.417/2006, com a regulamentação de seus pressupostos de admissibilidade (BARROSO, 2018, p. 209).

Assim, quando se falava em precedentes na vigência do Código de Processo Civil de 1973, estes eram “*precedentes com eficácia meramente persuasiva*. Esta é a eficácia que tradicionalmente se atribuía às decisões judiciais no ordenamento brasileiro, em razão de sua própria raiz romano-germânica” (BARROSO, 2018, p. 209).

O magistrado não era obrigado a seguir as orientações jurisprudências de nenhum dos tribunais, nem do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, mesmo que estes já na vigência do antigo Código de Processo Civil, detinham competência interpretativa de norma infraconstitucional e constitucional, respectivamente.

A súmulas vinculantes, dentro de uma visão sistêmica externa, aproximam-se dos assentos do direito português, originados nas Ordenações Manuelinas, entre os anos de 1514 a 1521, quando foram consolidados, e mais recentemente ao sistema da *stare decisis* e *rule of precedent*, que é a eficácia vinculativa dos precedentes do direito anglo-saxão (JEVEAUX, 2017, p. 19).

As súmulas, por serem “o resultado de um trabalho interpretativo baseado fundamentalmente na repetição de causas e no diálogo entre as várias decisões que se acham possibilitadas nesse círculo argumentativo”, são dotadas de um elemento diferenciador do precedente, pois o resultado do trabalho interpretativo é transformado em “um resumo das decisões dos tribunais acerca de determinado matéria discutida em casos concretos” (JEVEAUX, 2017, p. 15).

Este elemento é o que diferencia a súmula do precedente, já que esta apenas apresenta o resultado final da análise do Tribunal acerca da questão do direito objeto da relação jurídica processual, enquanto o precedente leva em consideração os argumentos e fundamentos que levaram o tribunal àquele resultado.

Mas a importância das súmulas vinculantes no sistema jurídico brasileiro é que com a sua previsão constitucional introduziu-se no sistema pátrio a possibilidade de uma decisão proferida pelo Poder Judiciário, dentro de certos parâmetros legais, ter força normativa vinculante aos próprios órgãos do Poder Judiciário, aos demais órgãos da Administração Pública e aos cidadãos.

A constitucionalidade dos precedentes normativos tem sua fundamentação exatamente na previsão das súmulas vinculantes na Constituição Federal, pois possibilitam uma análise de todo ordenamento jurídico, onde a tese de inconstitucionalidade dos precedentes não se enquadraria dentro de uma análise macro do sistema jurídico híbrido brasileiro, que admite a existência de “Cortes Supremas”, o controle de constitucionalidade difuso e as súmulas vinculantes.

4.2 A CONSTITUCIONALIDADE DOS PRECEDENTES NORMATIVOS

Para alguns doutrinadores, como Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery, José Rogério Cruz e Tucci e Luís Guilherme Soares Maziero, a introdução dos precedentes com força normativa no sistema jurídico brasileiro apenas seria possível através de alteração constitucional.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p. 1156) afirmam que um precedente vinculativo teria aplicação geral e equivaleria à lei, sendo que, desta forma, apenas por previsão constitucional poderia ocorrer a força normativa de uma decisão judicial. Os autores afirmam expressamente que os incisos III, IV e V, do artigo 927 do Código de Processo Civil são inconstitucionais.

Para José Rogério Cruz e Tucci (2015, p. 454) o Código de Processo Civil deveria ter melhorado o regime de jurisprudência dos tribunais, e não ter criado uma imposição aos magistrados aos precedentes com base em uma força vinculante vertical, pois a Constituição Federal só admite esta força normativa “às súmulas vinculantes fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados de controle direto de constitucionalidade”.

Luís Guilherme Soares Maziero (2019, p. 196) ao analisar os precedentes judiciais vinculativos dentro da *Teoria Pura do Direito*, defendida por Hans Kelsen, afirma que, desde a criação das súmulas vinculantes pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, “o Poder Judiciário teria passado a legislar, criando uma pirâmide de súmulas que passou a concorrer com a pirâmide de normas”.

Afirma ainda Maziero (2019, p. 196) que o sistema de decisões judiciais com força vinculativa no Brasil não é precedentalista, e na forma como foi implantado, “atentou contra o Estado Democrático de Direito”, pois transformou o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal em criadores de normas, sem observar o ordenamento jurídico, impedindo a participação da sociedade na formação da norma judicial.

Para estes doutrinadores, duas situações não foram observadas pelo legislador infraconstitucional para a criação dos precedentes normativos via Código de Processo Civil: o princípio da legalidade e o sistema de tripartição dos poderes (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 372).

Também deve ser mencionado Lenio Luiz Streck, que para Guilherme Rizzo Amaral, ao discutir sobre o tema dos precedentes vinculativos no Brasil, criou um conjunto de artigos que o referido autor denominou “Precedentes e a Tetralogia de Streck” (2016).

O Tribunal Constitucional Português teve que se manifestar sobre a constitucionalidade dos chamados institutos dos assentos no Acórdão 810/93, que teve como relator o Conselheiro

Monteiro Diniz. O Recurso perante ao Tribunal Constitucional tinha por objeto a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º do Código Civil Português, que trazia de forma expressa *a força obrigatória* dos assentos proferidos pelos tribunais (MARINONI, 2019, p. 142).

No acórdão, o Tribunal Constitucional Português consagrou o “entendimento doutrinal que perfilhava a eficácia geral e incondicional dos assentos, isto é, a vinculação normativa geral própria das fontes de direito” (MARINONI, 2019, p. 143).

Se for observado o sistema brasileiro como um todo, não há como se falar em inconstitucionalidade dos incisos III, IV e V do artigo 927 do Código de Processo Civil, pois a existência da súmula vinculante no texto constitucional admitiu uma eficácia persuasiva de certas decisões judiciais, com força normativa.

Não existe afronta ao princípio da legalidade, pois o Código de Processo Civil atual apenas implementou um sistema mais elaborado, coerente e totalmente conectado com as competências atribuídas pela própria Constituição ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

Tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça, conforme competência atribuída pela própria Constituição, são cortes de interpretação, e que têm a função de atribuir a última palavra sobre o assunto. Se existem para isso, qual seria a inconstitucionalidade desta interpretação ser vinculativa aos órgãos do Poder Judiciário?

A vinculação tem por finalidade potencializar princípios processuais constitucionais, como a rápida solução do litígio, a eficiência na prestação jurisdicional e uma unicidade visando a segurança jurídica:

a potencial equivocidade da linguagem – fruto da ambiguidade, implicabilidade, superabilidade e abrangibilidade dos enunciados textuais - impede que se considere o processo de interpretação do Direito como algo neutro e cujo resultado é unívoco. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, pelo contrário, são cortes que *outorgam sentido* à Constituição e à legislação infraconstitucional federal e visam a *reduzir a equivocidade* dos enunciados linguísticos em que o Direito comumente é vazado. *São cortes, em última análise, que decidem o sentido da Constituição e da legislação infraconstitucional federal* (MITIDIERO, 2017, p. 93).

A função do Poder Judiciário não é legislar, nunca foi, e não existe incoerência e nem inconstitucionalidade na força normativa das decisões judiciais com efeito vinculante, o que ocorre é que, com base na tentativa de tornar o Poder Judiciário mais célere, justo, eficiente, eficaz, efetivo, racional e previsível, o legislador constituinte derivado e o legislador infraconstitucional implantaram um sistema dentro de uma competência e estrutura jurídica já existente na Constituição, porém desperdiçada devido ao espaço de discricionariedade atribuída aos magistrados.

O que se fez foi mitigar esta discricionariedade por meio da criação dos precedentes vinculativos, mas a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o grau hierárquico destes tribunais e suas funções de protetores da norma jurídica constitucional e infraconstitucional federal já estavam previstos na Constituição Federal de 1988, o que faltava era um mecanismo processual que possibilitasse a estas Cortes deixarem de ser “Cortes de Controle e de Jurisprudência” para ser “Cortes de Interpretação e de Precedentes” (MITIDIERO, 2017, p. 18).

Como afirma Hermes Zaneti Júnior, os precedentes normativos não são lei, pois não têm origem e aplicabilidade diversa, onde a “norma-lei é geral e abstrata, a norma-precedente é geral e concreta, pois vinculada aos fatos materiais que estão na origem da *ratio decidendi* do precedente” (ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 402-403).

O juiz, ao interpretar, cria o direito, e esta função jurisdicional não é inconstitucional, na verdade, é a própria razão de existir de um Poder Legislativo e um Poder Judiciário, e sua interpretação ter força vinculativa aos seus próprios órgãos não acarreta inconstitucionalidade.

4.3 AS CORTES SUPREMAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Os Tribunais de Precedentes são também denominados “Cortes de Vértice”, expressão esta utilizada pelo Ministro Edson Fachin (2017, p. 2), no acórdão do Recurso Extraordinário n.º 655.265, que afirma “o papel de Corte de Vértice da Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes”. E quando se fala em um sistema de precedentes, esta estrutura organizacional e de competência é fundamental. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem ser analisados dentro de um panorama de formação de decisões judiciais que tem por finalidade dar unicidade, previsibilidade, segurança jurídica, eficiência, eficácia e celeridade à prestação jurisdicional.

A Constituição Federal, ao estabelecer a competência destas duas cortes, atribuiu à estas o papel de definidoras da interpretação da norma constitucional e infraconstitucional. Estas cortes, como qualquer outro órgão do Poder Judiciário que detenha função jurisdicional, devem ser provocadas, não obtendo o poder de demandar uma relação jurídica processual por iniciativa própria. O princípio da demanda ou princípio dispositivo em sentido material, tem a função de manter a imparcialidade dos juízes e tribunais e limita a atuação do Poder Judiciário ao que foi requerido pela parte litigante. Assim, não poderão nem mesmo os tribunais superiores iniciar o

processo (*ne procedat iudex ex officio*), quem estabelece o alcance da possível declaração do direito e a satisfação do direito declarado é a parte (TUCCI, 2019, p. 2).

O artigo 102 da Constituição Federal estabelece que “a guarda da Constituição” compete ao Supremo Tribunal Federal, e o artigo 105 da Constituição, dentre todas as competências atribuídas ao Superior Tribunal de Justiça, estabelece no inciso III a competência desta corte para a proteção de legislação federal, atribuindo sentido a esta e garantindo a sua uniformidade em todo o País (MARINONI, 2017, p. 117). Tal guarda decorre de toda uma estrutura sistêmica de competências onde os legitimados deverão propor as devidas ações com o escopo de buscar junto às cortes prestação jurisdicional diferenciada, onde o objeto da relação jurídica processual será a interpretação da norma. Nestes dois tribunais, “a interpretação do Direito é o fim da corte de vértice, sendo o caso concreto apenas o meio a partir do qual pode desempenhar a sua função” (MITIDIERO, 2017, p. 18).

Ocorre que dentro da nova sistemática apresenta pelo Código de Processo Civil de 2015, estes dois tribunais superiores deixam de ser reconhecidos como “Cortes Superiores”, com o objetivo de uniformização da jurisprudência de forma instrumental, sem eficácia vinculativa e passam para o modelo de “Cortes Supremas”, onde sua função interpretativa têm eficácia vinculativa com a formação de precedente, que deverá ser observado pelas cortes em casos futuros idênticos, e pelos outros órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário (MITIDIERO, 2017, p. 18).

A finalidade principal das duas Cortes Supremas decorre exatamente da função interpretativa que estas desempenham quando prestam a jurisdição em seu grau de competência constitucional e infraconstitucional.

Além da função interpretativa, as Cortes proferem “decisões paradigmáticas”, que têm por função servir de “modelo” para os outros órgãos do judiciário. Não há sentido nenhum na existência de Cortes de Vértice se suas decisões não têm efeito vinculativo (WAMBIER; DANTAS, 2016, p. 278).

O Constitucionalismo causou um impacto evolutivo na ideia de direito, pois com a alteração da teoria do direito e seu impacto na hermenêutica jurídica no desenvolvimento de novas técnicas interpretativas, o intérprete passou a ser vislumbrado como um elaborador de norma jurídica, baseando-se na lei. Assim, as Cortes Supremas têm a função de atribuir sentido ao direito e não apenas revelar o sentido preciso da legislação. “Embora todos os juízes interpretem a lei, é a Corte Suprema quem define a sua interpretação e, nesses termos, atribui-lhe sentido” (MARINONI, 2017, p. 81).

A jurisdição constitucional não é um privilégio apenas do ordenamento jurídico brasileiro, mas na América Latina, países como Chile, Equador, Peru, Colômbia, Bolívia, Guatemala, República Dominicana, México e Argentina, o final do século XX e o início do século XXI, foram caracterizados pelo efeito jurídico de “*que el Estado de Derecho latinoamericano fundamenta su ordenamiento jurídico directamente em la supremacia de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales*” (LANDA, 2018, p. 48).

As Constituições que apresentam o sistema de governo presidencialista têm se aprofundado no reconhecimento de justiças constitucionais, onde as cortes supremas passam a deter competências constitucionais concentradas com escopo de aplicação de uma jurisdição constitucional que tem por finalidade dar efetivação à Constituição com a tutela de direitos fundamentais ligados à pessoa humana (LANDA, 2018, p. 48).

A judicialização tem um papel fundamental na definição institucional das Supremas Cortes, pois “significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” (BARROSO, 2018, p. 135).

As Supremas Cortes têm a função primordial de dar efetividade aos direitos fundamentais, incluindo os direitos da personalidade, e este poder institucional tem caráter não só jurídico, mas também político, econômico e social. A judicialização de assuntos políticos no Direito Estadunidense sempre existiu, sendo um “fato inelutável” que decorre da própria estrutura institucional existente na maioria dos países com democracia vigente (BARROSO, 2018, p. 137).

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem, ao formular sua decisão, não se ater apenas à resolução do caso concreto, pois o papel de uma corte suprema também é a criação do precedente normativo, visando garantir a condizente interpretação normativa, atribuindo unidade ao direito, não podendo apresentar apenas um resultado, mas sim esclarecer a *ratio decidendi* (LEITE; BREITENBACH, 2016, p. 241).

Além da questão aqui já tratada do crescimento nos últimos anos da jurisdição constitucional, com uma expansão fabulosa do Poder Judiciário, tanto política como institucional, Luís Carlos Barroso apresenta outras razões para a mudança de visão das funções institucionais da Cortes Supremas:

há também razões estratégicas de natureza política para o fortalecimento das Cortes Constitucionais e Supremas Cortes ao redor do mundo, especialmente nas últimas décadas. Cientistas políticos têm oferecido explicações para o curioso interesse de elites políticas empoderarem Cortes Constitucionais e Supremas Cortes em momentos constituintes. Duas teorias geraram debates mais intensos. Uma delas, fundada em relevante estudo de Cortes do Leste Asiático feito por Tom Ginsburgh, é a de que o fortalecimento das Cortes, sempre associada ao entrincheiramento de direitos e

liberdades fundamentais nas Constituições, é feito como uma fonte de “seguro político”. Elas seriam uma solução para o problema da incerteza política sobre o impacto distributivo futuro de novas instituições e direitos. Outra explicação é oferecida por Ran Hirschl, que afirma que o fortalecimento desses tribunais é uma forma encontrada pelas elites de preservar sua hegemonia em um futuro incerto (BARROSO, 2018, p. 134-135).

A função jurídica das Cortes Supremas não pode ser dissociada do seu reflexo na política, ou seja, a falta de políticas públicas e a inércia legislativa acabam por influenciar na atuação do Poder Judiciário em questões relevantes e que estão conectadas aos direitos fundamentais. Assim, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, muitas vezes são provocados – e só podem agir por provocação – para defender ou reconhecer o “governo da maioria e a igual dignidade de todos os cidadãos” (BARROSO, 2018, p. 88).

Quando se fala em democracia, a “política majoritária” é um dos principais componentes, pois os representantes eleitos são o símbolo e a força política principal. Porém não se pode limitar a democracia apenas ao aspecto numérico e quantitativo de votos, este é o aspecto formal, já que existe o aspecto substancial, que atribui ao Estado Democrático o componente de reconhecimento e a preservação de direitos e valores fundamentais (BARROSO, 2018, p. 88).

Para Paulo Bonavides (2011, p. 157) o princípio da separação dos poderes, visto de forma rigorosa, teve sua função em determinada época onde um grupo de pessoas ainda lutava por suas prerrogativas pessoais e absolutistas contra o povo, que se via representado por parlamentares. As primeiras constituições tinham como escopo a proteção do indivíduo e do cidadão, não existia ainda uma preocupação de sociedade e Estado, o que prevalecia era um Estado Liberal e de proteção à liberdade de cada indivíduo.

Na atualidade, o princípio da separação do poderes não pode ser visto de forma radical, sendo assim, “vale unicamente por técnica distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados, nunca, porém, valerá em termos de incomunicabilidade”, antes sim “de íntima cooperação, harmonia e equilíbrio, sem nenhuma linha que marque separação absoluta ou intransponível” (BONAVIDES, 2011, p. 158). O princípio teve sua importância histórica, mas dentro da visão atual de Estado Democrático de Direito, e do reconhecimento da função estatal do próprio Poder Judiciário, que tem o dever de reconhecer e garantir a efetividade aos direitos fundamentais, não será possível limitar a função jurisdicional com o argumento baseado na teoria clássica de separação de poderes.

As Cortes Supremas têm o dever de reconhecer direitos previstos na Constituição e que não estão inseridos em políticas públicas, como também não reconhecidos e regulados expressamente por legislação infraconstitucional.

As Cortes Supremas não têm a função de extrair o exato sentido da lei, o escopo destas é reconhecer e proteger os direitos individuais dentro de uma estrutura de Estado Democrático Social, que preza pela adoção e não pela inércia de políticas públicas ligadas aos direitos fundamentais.

Ao se falar nestas Cortes, “toca-se no cerne da questão quando se percebe que a Corte Suprema não mais serve para tutelar o legislador contra a jurisdição ordinária, mas, ao contrário, para auxiliar o legislador” (MARINONI, 2017, p. 113):

a Constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação [...]. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes [...]. Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos [...]. Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais (BRASIL, 2004).

Quando se fala em Cortes Supremas é este o entendimento que deverá ser dado. O Poder Judiciário, assim como os Poderes Executivo e Legislativo, trabalha em grau de cooperação e não de exclusão. Não existe dentro de um Estado Democrático Social de Direito a tripartição

absoluta de funções, pois não existe direito fundamental que não possa ser reconhecido com a justificativa de falta de política pública ou de legislação.

Dentro do modelo de Cortes Supremas, a interpretação jurídica deverá ser lógico-interpretativa, baseada em atribuição de significados a elementos textuais e não textuais que estão inseridos dentro do ordenamento jurídico (MITIDIERO, 2017, p. 69-70):

ocorre que a atividade interpretativa consiste em individualização de sentidos possíveis, valoração e decisão. O produto de atividade de interpretação está longe de ser uma mera descrição; é um ato de decisão, de vontade, de positividade do poder. Nessa dimensão fica clara a existência de enunciados das fontes e de enunciados interpretativos e judiciais. O texto legal ou a lei, como enunciado das fontes, não se confunde com o ditado judicial proveniente da atividade de interpretação. Esse ditado é o sentido atribuído pelo juiz ao enunciado legislativo. Prefere-se, assim, chamar o significado atribuído à lei de norma jurídica, deixando-se à lei, também costumeiramente assim designada, a designação de texto legislativo (MARINONI, 2017, p. 108).

Evidente que dentro desta teoria lógico-interpretativa o intérprete está diante de uma “pluralidade de significados” que possibilita opções diversas visando determinar o sentido da norma. Mas esta diversidade de escolhas não pode ser destituída de controle racional. Não existe liberdade de construção linguística, mas sim a busca pelo seu melhor significado dentro do contexto histórico, social, econômico, político e jurídico. Neste contexto, a fundamentação tem um papel primordial, pois é nela que o argumento jurídico desenvolvido na prestação jurisdicional será explicitado, demonstrando o magistrado, em quais “individualizações, valorações e escolhas”, baseou sua decisão (MITIDIERO, 2017, p. 69-71).

Desta forma, dentro da perspectiva lógica-interpretativa, a fundamentação na decisão judicial é o elemento mais importante, pois é de onde será extraída a norma retirada do texto legal e que fará parte do ordenamento jurídico. E dentro de um sistema de precedentes, este elemento será primordial para a busca da *ratio decidendi*.

4.4 QUESTÕES DO DIREITO E SUA FUNDAMENTAÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS

Com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, nasceu um novo horizonte promissor com relação à fundamentação das decisões judiciais, pois este diploma legal apresenta critérios mais inflexíveis e criteriosos, com o objetivo de afastar fundamentações arbitrárias e extremamente subjetivas dos órgãos judicantes. Apenas ratificando o que já era evidenciado na Constituição, e desconsiderado por muitos operadores do direito, que “o ato de julgar precisa ser levado a sério” (LUNELLI, 2016, p. 25).

Para que a fundamentação seja considerada válida, o juiz deverá apresentar as razões fáticas e jurídicas que o convenceram a resolver a questão daquela maneira, sendo que a fundamentação deverá apresentar critérios substanciais, não podendo ser apenas formal (NERY JÚNIOR, 2016, p. 327).

O princípio da fundamentação das decisões judiciais está diretamente ligado à temática dos precedentes obrigatórios. Existe uma conexão entre fundamentação e formação dos precedentes, onde as questões que são objeto de uma relação jurídica processual precisam ser efetivamente debatidas e plenamente fundamentadas para que um precedente seja formado dentro de um sistema alinhado ao Estado de Direito.

Assim, preliminarmente, cabe salientar que não será toda decisão que formará um precedente, também não precisa ser necessariamente uma decisão inédita de interpretação legal, e nem decisão que fique limitada a pronunciamento expresso de lei. Para que seja formado um precedente deve existir no conteúdo da decisão o enfrentamento de uma questão de direito, e não de fato. Este enfrentamento da questão de direito deve combater todos os argumentos essenciais embasados em um determinado caso concreto, assim, “é preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto” (MARINONI, 2019, p. 154).

A formação do precedente requer uma maioria de votos referentes à questão de direito que foi base para a solução do caso, não possibilitando formação de precedente, a solução da questão de direito, quando os fundamentos foram vários e não conseguiram atingir a maioria dos votos (MARINONI, 2019, p. 154).

Neste ponto, cabe ressaltar que o conceito de questão de direito desenvolvido por Giuseppe Chiovenda é o direcionamento da atividade jurisdicional à análise da norma advindo do sentido abstrato da lei, enquanto questão de fato é a análise do fato que transmuda a vontade da lei ao caso concreto (CHIVENDA, 1969, p. 40), de modo que não pode ser empregado. Em uma análise contemporânea da doutrina e das decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, deve ser analisado o que predomina na questão, pois quando se trata de um fenômeno jurídico, tanto fato como o direito estão inseridos, porém existem questões onde se predomina o fato e, em outras, o direito (WAMBIER; DANTAS, 2016, p. 348).

O Código de Processo Civil atual preocupou-se com a fundamentação nas decisões judiciais e prescreve que as questões sejam efetivamente debatidas durante a pendência do processo, até o seu enfrentamento final pelo magistrado. Vários artigos do Código de Processo Civil estão diretamente ligados a enfrentamentos de possíveis questões de direito trazidas pelas

partes e terceiros interessados – incluindo juridicamente e institucionalmente interessados – entre eles, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

4.4.1 Princípio da Vedação da Decisão-Surpresa e o Contraditório no Estado Constitucional e Sistema de Precedentes

O princípio da vedação da decisão-surpresa, previsto expressamente nos artigos 9º e 10º, do Código de Processo Civil, é uma clara demonstração que o referido código adotou como norma fundamental o mecanismo de enfrentamento nas discussões de todas as questões de direito apresentadas na relação jurídica processual. Mesmo as questões em que o juiz deverá pronunciar-se de ofício deverão ser disponibilizadas para debates entre todos os sujeitos do processo.

Os artigos 9º e 10º do Código de Processo Civil não apresentam apenas o direito ao contraditório, visto dentro de uma perspectiva de Estado Legislativo, como simples bilateralidade de instância, e procuram, na verdade, também estabelecer o chamado “Direito de Influência”, onde a parte, além de tomar conhecimento e exercitar sua reação, tem o direito de influenciar as questões apresentadas na relação jurídica processual (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 171).

Este grau de debate estabelecido pelo Código de Processo Civil tem o nítido interesse de tornar a relação jurídica processual um meio para o enfrentamento de questões, onde as partes têm o direito de influenciar na decisão judicial, ou no mínimo, abrir outras perspectivas de análise sobre certo debate jurídico levantado por qualquer um dos sujeitos processuais.

A fundamentação do juiz só será verdadeiramente completa dentro de um sistema que possibilite a formação de precedentes, se este concedeu oportunidade para que as questões de direito existentes no processo sejam efetivamente debatidas.

A necessidade de debater as questões, mesmo aquelas sobre as que o juiz poderia manifestar-se de ofício, não está presente apenas no artigo 10º, uma vez que o parágrafo único do artigo 493, e o §5º do artigo 921, ambos do Código de Processo Civil, também apresentam necessariamente o preferido princípio.

O STJ já se manifestou sobre a necessidade de os juízes e tribunais cumprirem o que expressamente determina os artigos 9º e 10º do Código de Processo Civil, sob pena de nulidade da decisão, e esta compreensão vem de uma visão da relação jurídica processual vista pela ótica da cooperação. O Ministro Herman Benjamin, por diversas vezes, em decisões como relator, explicita o caráter “dialético e dialógico” do processo e a necessidade de que os sujeitos da

relação jurídica processual atuem em cooperação visando à formação conjunta da decisão judicial (ex.: STJ, Recurso Especial nº 1.676.027-PR (2017/0131484-0) (BRASIL, 2017).

Ao tratar na importância do debate entre os sujeitos do processo na formação das decisões para casos futuros, o referido Ministro, no mesmo recurso, afirma ao citar no acórdão Dierle Nunes, que:

a melhoria do debate induziria a uma menor recorribilidade, diminuição das taxas de reforma decisória e até a diminuição no tempo final do processo, pois a ampliação da discussão ensejaria uma aplicação mais efetiva do direito e permitiria extrair dos julgados padrões decisórios a serem utilizados em casos futuros, com coerência, integridade e estabilidade (Recurso Especial n.º 1.676.027-Paraná (2017/0131484-0) (BRASIL, 2017).

O dever de cooperação e diálogo entre os sujeitos do processo também deve ser considerado na construção da decisão judicial, pois o juiz, ao proferir a decisão, deverá fundamentar e dialogar com as questões apresentadas pelas partes, terceiros interessados, Ministério Público e Defensoria Pública, nos processos em que devem atuar.

O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, por meio do Enunciado 2, do Grupo de Precedentes 2, expressamente afirma que “para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório” (LUNELLI, 2016).

Guilherme Lunelli (2016, p. 49) mesmo tratando especificamente sobre a fundamentação, revela que “a qualidade de um provimento não poder ser medida tão somente tomando em conta os atos decisórios em si, sendo decorrência lógica de todo um *iter* procedimental de igual qualidade”. Assim, o sistema criado pelo Código de Processo Civil deve ser visto pelos sujeitos do processo como um possível formador de precedente, sendo necessário assim uma maturação das questões de direito relevantes, que poderão vir a fazer parte da *ratio decidendi* (lembrando, evidentemente, que para a formação de uma *ratio decidendi* à fundamentação da decisão não é o único elemento, de modo que esta formação será tratada em tópico próprio).

Nota-se que a formação dos precedentes dentro da sistemática processual não pode ser vista apenas com referência direta aos artigos 489, 926, 927 e 928, todos do Código de Processo Civil. Para a criação de um sistema de precedentes, houve a necessidade de adequação, adaptação, criação e transformação de princípios e fundamentos na ciência processual. E o princípio da vedação da decisão-surpresa é um destes elementos essenciais para a boa formação de um precedente e a consolidação da decisão judicial como norma jurídica, que deve ser respeitada por todos os órgãos do Poder Judiciário.

4.4.2 O dever de fundamentação previsto no artigo 489, §1º, inciso IV, do Código de Processo Civil

O artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil é o artigo mais revelador da função jurisdicional na ciência processual contemporânea, pois aplica a nulidade do ato processual na “decisão judicial” que não esteja devidamente instruída com uma fundamentação qualificada, apresentando um rol do que não poderá ser feito em uma prestação jurisdicional constitucional.

O atual Código de Processo Civil, no artigo 489, parágrafo 1º, estabeleceu um marco legal, estrutural e principiológico com relação à fundamentação das decisões judiciais, pois mesmo nas situações onde o magistrado se utiliza de normas com efeito vinculativo, não poderá a fundamentação se limitar à indicação ou transcrição do precedente ou súmula.

Como expressamente encontra-se no Código de Processo Civil, inciso V, §1º, artigo 489, “não será considerada fundamentada qualquer decisão judicial” que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (BRASIL, 2015).

Evidente que o diploma processual trouxe um marco de responsabilidade tanto na formação do processo – que deve ser dialogado – como na resposta jurisdicional, que deve apresentar ao jurisdicionado todas as razões que influenciaram na decisão judicial. Uma decisão judicial com a utilização apenas de critérios subjetivos ou objetivos, mas sem dialética com o processo, é uma decisão nula, pois carecedora de fundamentação.

Os incisos I, II e III, do §1º, do artigo 489, do Código de Processo Civil apresentam situações onde as fundamentações do juiz têm um grau de subjetividade e discricionariedade na decisão muito elevado. Assim, quando o código apresenta situações como “a reprodução ou a paráfrase de ato normativo”, “empregar conceitos jurídicos indeterminados”, “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”, combate um mal comum nas decisões judiciais (BRASIL, 2015).

O dever de fundamentar, utilizando jurisprudência ou qualquer outro elemento normativo, não poderá ser realizado de forma automática e, apenas descritiva, devendo conter na decisão judicial uma posição dialética do julgador (LUNELLI, 2016, p. 158).

O Código de Processo Civil, com certeza, “procurou atingir o problema da jurisprudência lotérica (e suas nefastas consequências) diretamente em seu núcleo: o voluntarismo decisório” (LUNELLI, 2016, p. 157).

Já os incisos V e VI, do §1º, do artigo 489 do Código de Processo Civil estabelecem critérios de julgamento mais objetivos e, até mesmo, vinculativos, onde mesmo assim, não

poderá o magistrado apenas citá-los, devendo exercer a dialética para demonstrar ao jurisdicionado quais os elementos fáticos, probatórios e jurídicos foram primordiais para a sua decisão.

4.4.3 Alterações hermenêuticas na aplicação da norma processual e o §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil

Com certeza, o parágrafo 1º, do artigo 489, do Código de Processo Civil (CPC/15) é uma mudança de paradigma cultural, hermenêutico, filosófico e de aplicação da norma não só do ordenamento jurídico brasileiro, mas também da atuação de todos os envolvidos na correta prestação jurisdicional.

Qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, deverá ser fundamentada. Esta afirmação é prevista expressamente no CPC/15, não deixando dúvidas do grau de importância da motivação qualificada nas decisões judiciais. Não basta apenas motivar a decisão com a indicação, a reprodução ou a paráfrase de ato normativo” ou empregar conceitos jurídicos indeterminados e, até mesmo, utilizar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.

Uma decisão que não consiga estabelecer de forma clara e completa quais os elementos fáticos e jurídicos levaram o juiz àquela resposta jurisdicional é nula, eivada de inconstitucionalidade, pois será considerada não fundamentada, desrespeitando tanto o artigo 489 do CPC/15 como o artigo 93, IX, da Constituição.

A intenção desta análise sistêmica do Código de Processo Civil não é esgotar o assunto exposto em todos os tópicos, mas trazer reflexões sobre o sistema de precedentes obrigatórios e a atuação de todos os envolvidos na busca de uma prestação jurisdicional célere, eficaz e justa. E esta mudança legislativa só será possível se ocorrer também uma mudança hermenêutica na aplicação das normas e o respeito por todos aos limites impostos pela nova sistemática processual.

Dois mudanças de paradigma que são afastadas atualmente com a atual legislação processual são o princípio do livre convencimento motivado do juiz e a livre apreciação das provas (STRECK, 2016, 163-164). Com a nova perspectiva, o juiz tem sua carga de discricionariedade bastante limitada e deverá agir de forma clara, completa e precisa na prestação jurisdicional.

O interessante é que uma leitura rápida do §1º do artigo 489, do CPC/15, pode acarretar uma falta de percepção dos seus elementos diferenciadores. O parágrafo é composto por seis incisos, sendo que estes são divididos em três categorias.

Entende-se que na primeira categoria estão os incisos I, II e III, que têm como determinação normativa a obrigatoriedade de fundamentação explicativa, ou seja, o juiz tem o dever de demonstrar para o jurisdicionado qual método de julgamento foi utilizado, ou seja, quais são os fatos, provas e questões jurídicas que o levaram a decidir de determinada forma. A lei já estabelece demais cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados e não pode o juiz na sua decisão valer-se da mesma prerrogativa, pois sua função não é criar decisões abstratas e gerais, mas sim concretas e direcionadas às partes do processo (MARINONI, 2019, p. 203).

Já o inciso IV apresenta outra fórmula de atuação do magistrado e está diretamente ligado ao espírito que deve permear todos os operadores do direito, já que os precedentes obrigatórios são considerados norma dentro do ordenamento jurídico pátrio e seu enquadramento dentro do Estado Democrático do Direito deverá passar por um processo também democrático e carregado de discussões, ideias e soluções para os casos concretos.

E este inciso está diretamente ligado a esta nova perspectiva, de modo que o magistrado não poderá desconsiderar na sua decisão os argumentos apresentados no processo e que estão diretamente ligados à tese jurídica que poderá ser objeto de formação de um futuro (juízes) ou atual (tribunais) precedente (HENRIQUES, 2018, p. 33).

Esta postura de dialogar com as partes dentro do processo de conhecimento é primordial para o verdadeiro e correto funcionamento dos precedentes obrigatórios. O Código, de forma expressa e impositiva, estabelece esta necessidade em vários artigos, sendo o inciso IV, do §1º, do artigo 489, um deles (BRASIL, 2015).

Já os incisos V e VI são os mais importantes, pois é deles que se extrai o nascimento dos precedentes obrigatórios do atual Código de Processo Civil. Por mais que o artigo 926 do CPC/15, de forma expressa, determine que os tribunais deverão manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente, apenas esta afirmação causaria ainda dúvidas se o legislador adotou ou não os precedentes como vinculantes.

Mas a leitura do *caput* do artigo 926 c/c os incisos V e VI, do artigo 489 do CPC/15 deixa claro que o legislador adotou sim os precedentes obrigatórios como fonte primária de direito, bem como que sua não utilização ou má utilização causa nulidade da decisão judicial, por expressa previsão legal de falta de fundamentação.

Não cabe neste trabalho analisar detalhadamente os referidos incisos, como por exemplo, o alcance da expressão “fundamentos determinantes”, que se refere à base da formação da *ratio decidendi* (MARINONI, 2019, p. 335).

Mas todos os elementos essenciais para a existência dos precedentes estão previstos nestes dois incisos, são eles: obrigatoriedade de respeito aos precedentes (*stare decisis*), possibilidade de o juiz realizar a distinção do caso (*distinguishing*) e a superação do precedente (*overruling*).

Então fica claro que o legislador no §1º do art. 489 estabeleceu três diferentes situações, mas todas conectadas diretamente à estruturação dos precedentes obrigatórios.

4.4.4 O dever de fundamentação com enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo, artigo 489, §1º, inciso IV, do Código de Processo Civil

Neste momento será analisado de forma mais detalhada o inciso IV, do §1º, do artigo 489 do Código de Processo Civil, pois nele está inserido o dever do magistrado de “enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo” e que tenham, em tese, capacidade de influenciar na decisão do órgão julgador.

Quando se fala em fundamentação, esta previsão não é apenas infraconstitucional, na verdade, o dever de fundamentar uma decisão está previsto expressamente no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e trata-se de uma garantia dentro do Estado Democrático de Direito.

O juiz, detentor de Poder Jurisdicional, e que tem a função de reconhecer e proteger direitos, não pode também esquecer que o cidadão ao qual dos direitos fundamentais são destinados tem a prerrogativa de ter uma decisão de qualquer Poder do Estado devidamente fundamentada. O próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos considera a fundamentação um direito fundamental, que garante um processo imparcial (CAMBI; MUNARO, 2019, p. 128).

O dever de fundamentação está encaixado em um sistema onde o princípio do contraditório, baseado também no direito de influência, tem a função primordial de construção da norma jurídica. E como esta advém do resultado interpretativo na prestação jurisdicional, existe a necessidade de colaboração de todos os sujeitos do processo, que têm o direito de influenciar no momento da construção normativa (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 592).

Este dever de fundamentação do julgador refere-se às “questões suscitadas pelas partes quando já tenham encontrado motivo suficiente para proferir a decisão” (STJ, EDcl no AgRg nos ERESp 1.483.155/BA, Relator Ministro Og Fernandes, DJe 03.08.2016) (ARAUJO, 2018). Desta forma, quando o Código de Processo Civil, no inciso IV, §1º, do artigo 489, traz a expressão “todos os argumentos”, esta deve ser refletida conjuntamente com outra parte do mesmo inciso: “capazes de, em tese, infirmar a conclusão”. Assim, conclui-se que deverão fazer parte da decisão os fundamentos essenciais que foram utilizados pelo magistrado para construir a resposta jurisdicional.

Com a verificação da ocorrência de falta de análise por parte do julgador na sua decisão de questão apresentada pela parte, caso esta entenda que trata-se de matéria relevante para o objeto do processo, deverá utilizar o artigo 1.022, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil, com a interposição de Embargos de Declaração, alegando omissão na decisão judicial (BRASIL, 2015).

O Superior Tribunal de Justiça vem mantendo o posicionamento adotado em 2016, nos Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 21.315/DF (2014/0257056-9), com Relatoria da Ministra Diva Malerbi, onde faz menção ao texto expresso do próprio artigo 489 do Código de Processo Civil:

o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. (Decisão Monocrática, STJ, Embargos de Declaração no Mandado de Segurança n. 21.315/DF (BRASIL, 2016).

Em outra decisão, o Superior Tribunal de Justiça apresenta como critério para a não resposta do juiz a questão trazida à relação jurídica processual, o fato deste já ter “encontrado motivo suficiente para proferir a decisão”, desde que “o aresto recorrido decide integralmente a controvérsia, de maneira sólida e fundamentada” (Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial n. 156.681/MS – 2012/0064961-0, Relatora: Diva Malerbi) (ARAUJO, 2018).

Assim, não precisa o julgador analisar todas as questões apresentadas pelas partes, mas aquelas que forem importantes para o deslinde da relação jurídica deverão ser enfrentadas pelo juiz, sob pena da decisão judicial ser considerada não fundamentada.

Esta obrigatoriedade de dialética entre as questões apresentadas na relação jurídica processual e a decisão judicial tem conexão direta com o sistema de precedentes adotado pelo

Código de Processo Civil. “Não se considera fundamentada a decisão, portanto, que apenas finge aplicar precedentes, mas que na verdade não patrocina efetivo processo de identificação de razões e de demonstração de pertinência da *ratio decidendi* como caso concreto” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 592).

Outro fator importante na obrigatoriedade de resolver todas as questões que influenciaram na decisão judicial é o direito de recorrer da parte, pois ao requerer o reexame da decisão judicial tem a prerrogativa de esclarecimento dos pontos que influenciaram o julgador na prestação jurisdicional (CAMBI; MUNARO, 2019, p. 128).

O dever de analisar “todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários” é um elemento importante na formação do precedente e está expressamente previsto no incidente de resolução de demandas repetitivas, artigo 984, §2º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Sobre a questão da necessidade de análise de todos os fundamentos no incidente de resolução de demandas repetitivas, Luiz Guilherme Marinoni afirma que:

esta norma estabelece uma clara relação entre a justificativa e a discussão dos fundamentos. Embora faça isso também para demonstrar que o direito de influir sobre o convencimento do tribunal depende de devida justificativa, na medida em que de nada adianta discutir um fundamento se tribunal não justifica o motivo pelo qual o acolhe ou o rejeita, a imposição de um dever de análise e justificativa de todos os fundamentos discutidos tem grande importância quando o problema é exatamente o de saber qual fundamento está livre para abrir oportunidade para outra discussão de questão de direito (MARINONI, 2015, p. 115).

A necessidade de se discutir todos os fundamentos evita que futuramente o que não foi discutido seja suscitado para uma nova discussão da questão de direito (MARINONI, 2015, p. 115).

O processo, dentro da perspectiva jurídico-constitucional, e que poderá ser base para a formação de um precedente ou até ter sua decisão baseada em norma judicial vinculativa, tem que ser dialético, pois somente assim os precedentes serão formados em acordo com Estado Democrático do Direito.

Assim, para a formação da *ratio decidendi*, será necessária uma construção sólida, democrática e implementada com argumentos trazidos pelas partes ou por terceiros, que possibilitem ao próprio judiciário formar seus precedentes normativos dentro de uma dialética de cooperação de todos os sujeitos da relação jurídica processual.

4.5 A FORMAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI* (OU *HOLDING*) DENTRO DO SISTEMA IMPLEMENTADO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Preliminarmente, cabe uma afirmação: precedentes não podem ser confundidos nem com decisão judicial (seja ela decisão interlocutória, sentença ou acórdão) nem com jurisprudência e, principalmente, com súmula ou súmula vinculante.

O significado de jurisprudência pode ser empregado como um conglomerado de decisões judiciais de um Tribunal, firmando-se em um mesmo sentido, de forma reiterada, pacífica e constante (LUNELLI, 2016, p. 89). Enquanto na jurisprudência existe a necessidade de se fazer referência a uma pluralidade de decisões, podendo existir uma diversidade de casos concretos, o precedente é extraído de uma decisão específica e baseado em um peculiar caso concreto (TARUFFO, 2011, p. 2).

Já súmula, seria “a expressão verbal do núcleo (da essência, do extrato) de várias decisões antecedentes de um mesmo tribunal, num mesmo sentido (WAMBIER; DANTAS, 2016, p. 259).

A súmula vinculante tem um papel importante até mesmo para os precedentes, pois como foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 45/2005, além de fundamentar a constitucionalidade do precedentes introduzidos pela Lei nº 13.105/2015, o escopo deste instituto processual constitucional está conectado diretamente aos precedentes vinculantes, sendo que, na ótica da funcionalidade, tem por objetivo criar um sistema que visa privilegiar a isonomia da interpretação da lei (WAMBIER; DANTAS, 2016, p. 259).

A súmula passa por um procedimento de elaboração e formação da essência da tese jurídica, onde, após este procedimento, cria-se um enunciado, que não pode ser confundido com um precedente, mesmo a súmula vinculante:

o problema é que um enunciado acerca de decisões judiciais não tem as mesmas garantias de um precedente. Para que exista precedente não basta apenas um enunciado acerca de questão jurídica, mas é imprescindível que este enunciado tenha sido elaborado em respeito à adequada participação em contraditório dos litigantes e, assim, tenha surgido como um resultado do processo judicial, ou melhor, como um verdadeiro resultado do debate entre as partes (MARINONI, 2019, p. 155).

Assim, quando se fala em precedentes não se pode pensar em algo criado pelo tribunal: “os precedentes, a rigor, jamais serão dados pelos tribunais, mas serão construídos de forma compartilhada e discursiva pelos diversos atores jurídicos – doutrina, juízes, advogados, comunidade [...]” (MOLINA, 2020, p. 3).

Particularizados os conceitos de jurisprudência, súmula e súmula vinculante, agora cabe analisar o que seria a *ratio decidendi* e o *obter dictum* para melhor entendimento do conceito de precedentes, tanto no *common law* como no Brasil.

O precedente não é extraído exclusivamente da fundamentação da decisão judicial, mas a fundamentação é essencial para a formação do precedente. O que deve ser afirmado é que “a fundamentação, para ser compreendida, pode exigir menor ou maior atenção ao relatório e ao dispositivo”, porém no sistema de precedentes não se busca exclusivamente o resultado final, ou seja, já que não se dá atenção apenas à parte dispositiva da decisão e o que se busca são as razões que levaram o juiz ou tribunal àquele resultado na prestação jurisdicional (MARINONI, 2019, p. 158).

Atualmente, tanto as cortes judiciais como os autores do sistema *common law* adotam o critério de definição e identificação da *ratio decidendi*, a partir da contribuição realizada por Arthur Lehman Goodhart, professor da Universidade de Oxford, que em um artigo intitulado “*Determining the ratio decidendi of a case*”, publicado no *The Yale Law Journal*, em 1930, oportunidade em que afirmou que os fatos e as provas também seriam relevantes para a identificação da razão da decisão judicial. Assim, “um precedente apenas pode ser conhecido e delimitado, quando o jurista recupera e analisa os fatos descritos no relatório e na fundamentação das decisões [...]” (MOLINA, 2020, p. 10).

Porém existem as razões que influenciaram na decisão judicial, denominadas *ratio decidendi*, e os fundamentos da decisão, que são desnecessários, ou até mesmo, desconectados aos fatos relevantes da decisão, e que não foram objeto de profundo debate na relação jurídica processual, neste caso, está se falando da *obter dicta*, que se trata da parte da decisão que não forma o precedente, ou seja, que não faz parte da *ratio decidendi* (DUXBURY, 2008, p. 68).

Tanto Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2019, p. 159) como Lenio Luiz Streck (STRECK; RAATZ; MORBACH, 2019, p. 319) afirmam que o conceito e a identificação da *ratio decidendi* sempre foi um problema bastante discutido no sistema *common law*. Para Lenio Streck, o que se pretende no Brasil é simplificar a identificação da *ratio decidendo*, enquanto no sistema *common law* este problema persiste até hoje. Para o autor, no Brasil, a discussão sobre a definição de *ratio decidendi* aparentemente é bem mais simplificada (STRECK; RAATZ; MORBACH, 2019, p. 320).

A *ratio decidendi* ou *holding* trata-se da parte vinculativa da decisão; as expressões não têm diferença de significado, mas variam de acordo com os países que as utilizam. Na *common law* estadunidense, se utiliza com mais frequência o termo *holding*, enquanto na Inglaterra o termo mais utilizado é *stare decisis* (ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 328).

Na Inglaterra, a *ratio decidendi* é conceituada “como a parte considerada necessária da decisão, sem a qual a decisão não existiria e não teria e/ou não faria qualquer sentido no mundo jurídico” (BELLOCCHI, 2018, p. 27).

A identificação da *ratio decidendi* ou *holding* tem diferentes graus de importância, dependendo de como é proferida a decisão pelo órgão colegiado. Assim, nos Estados Unidos, como as decisões colegiadas são proferidas de forma única, a identificação do *holding* é mais facilitada, não causando tantas discussões. Já quando vários votos são publicados e cada julgador utiliza sentidos diversos, o problema da identificação da *ratio decidendi* se torna mais complexo (ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 329).

Assim, a *ratio decidendi* ou *holding* é a parte da decisão judicial que foi utilizada pelo Tribunal para chegar à conclusão do seu do resultado final na resolução da lide, e é este elemento que tem força normativa dentro de um sistema de precedentes obrigatórios.

A *ratio decidendi* é identificada por qualquer dos sujeitos, operadores do direito, e serve de instrumento para casos futuros, onde deverá ser buscada a similitude com o caso julgado ou sua distinção, caso o precedente não se relacione com a situação vislumbrada. Delimitada a *ratio decidendi* (ou o fundamento determinante da decisão), é possível encontrar a parte vinculativa do precedente.

4.6 A STARE DECISIS COMO INSTRUMENTO DE VINCULAÇÃO

O precedente vinculante, como já afirmado anteriormente, é norma que deverá ser utilizada pelo julgador na prolação de sua decisão judicial. A *stare decisis* é este efeito vinculante causado pelo precedente normativo, ou seja, apenas os precedentes que devem ser observados obrigatoriamente terão a regra da *stare decisis*.

Os precedentes vinculativos têm sua “eficácia institucional vertical” e vinculam os juízes de hierarquia inferior à Corte Suprema, que proferiu a decisão judicial normativa. Mas também existe a “eficácia institucional horizontal”, que tem por função obrigar a própria Corte que elaborou o precedente a respeitá-lo nos casos atuais (ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 338).

As relações em sociedade alteram-se constantemente e, no mundo jurídico, não é diferente. Neste caso, o precedente não pode perdurar pela eternidade, sem que exista a possibilidade de sua alteração, superação ou revogação.

O *overruling* é o meio pelo qual uma Corte Suprema altera seu entendimento sobre determinado caso em decisão anterior em que já havia formado um precedente vinculativo (BELLOCCHI, 2018, p. 48).

Dentro de uma visão contemporânea do direito, não haveria a possibilidade de se estabelecer um sistema de precedentes sem a possibilidade de revogação destes, “uma vez que impede o desenvolvimento do direito” (MARINONI, 2019, p. 248).

Para que possa ocorrer a revogação de um precedente obrigatório haverá a necessidade de observação de certos critérios, quais sejam: a “perda da congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica” (MARINONI, 2019, p. 250).

Outra possibilidade de não ocorrência da *stare decisis* é quando restar pontuada a distinção do caso, ou seja, as partes ou o juiz verificam que a *ratio decidendi* não se aplica ao caso objeto da relação jurídica, não havendo necessidade de respeito ao precedente. “O *distinguishing* expressa a distinção entre os casos para o efeito de subordinar, ou não, o caso sob julgamento ao precedente” (MARINONI, 2019, p. 228).

Neste caso, não está se falando em revogação ou superação do precedente, uma vez que o que ocorre é que o caso-presente é diferente do caso-passado e que foi base para a formação do precedente normativo. O magistrado irá considerar que a *ratio* do precedente não pode ser aplicada ao objeto do processo, realizando uma distinção sobre os casos (BELLOCCHI, 2017, p. 49):

todavia, é preciso ter presente, de um lado, que *distinguishing* e *overruling* são técnicas que justamente *pressupõem* a força vinculante do precedente. A distinção serve justamente para mostrar que não há analogia possível entre os casos, de modo que o caso está fora do âmbito do precedente. O *overruling* é a superação total do precedente e constitui um poder dado apenas aos órgãos que foram encarregados da sua formulação mediante um complexo encargo argumentativo, que envolve a demonstração do desgaste do precedente no que tange à sua congruência social e consistência sistêmica (MITIDIERO, 2017, p. 87).

O que deve ser verificado é que o precedente poderá ser superado, alterado e também não considerado, caso não seja idêntico ou parecido com a *ratio decidendi* que formou o precedente e o caso apresentado em juízo. Já com relação à superação e à revogação, estas apenas poderão ocorrer na Corte onde o precedente foi formado, já que a competência será do órgão prolator da decisão que formou o originário.

O Código de Processo Civil expressamente possibilita hipóteses de alteração de súmulas e precedentes, sempre respeitando os procedimentos necessários para a sua formação, pois no ordenamento jurídico brasileiro foi adotada a formação de precedentes dentro de um microsistema processual e sua alteração ou superação deverá respeitar este microsistema.

Estabelece o §2º do artigo 927 do CPC, que a alteração de tese jurídica adotada em “enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese” (BRASIL, 2015). Já o §4º do mesmo artigo preceitua que “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica”, considerando “os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” (BRASIL, 2015).

A preocupação do legislador não é apenas com a formação do precedente, mas também evitar outro mal que existe no sistema jurídico brasileiro, já que, além da desuniformidade da jurisprudência, perseveram também “com reprovável frequência, alterações bruscas de jurisprudência” (WAMBIER, 2015, p. 1314).

A fundamentação, a cooperação, o diálogo e a dialética dos sujeitos do processo são elementos essenciais para a formação de um precedente e também deverão ser respeitados no caso de alteração ou superação deste.

4.7 A FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Pode-se dizer que o Código de Processo Civil atual criou um “microsistema de formação concentrado de precedentes obrigatórios” (CERQUERIA, 2018, p. 338). Diferente do sistema *common law*, onde o respeito aos precedentes decorre da própria cultura jurídica dos países com esta tradição, no Brasil, as Cortes Supremas e com função interpretativa da norma existem há décadas, porém suas interpretações, por muitas vezes, são desconsideradas pelos membros da própria Corte ou por outros órgãos jurisdicionais de competência inferior.

Desta forma, o Código de Processo Civil criou um microsistema de criação de precedentes, uniformização da jurisprudência e de ratificação do efeito vinculativo das súmulas vinculantes, baseado na necessidade de manter as decisões dos tribunais estáveis, íntegras e coerentes, como prescreve o *caput* do artigo 926, do citado Código (CERQUEIRA, 2018, p. 339).

A formação deste microsistema vem evidentemente conectada a uma mudança principiológica, facilmente verificada no primeiro capítulo do Código de Processo Civil, dos artigos 4º ao 12. Apenas a existência de procedimentos dotados de capacidade para a formação de precedentes, sem uma mudança institucional de função primordial do processo, não alteraria

em nada tal situação, pois como dito anteriormente, as cortes de interpretação já existiam antes de 2015 e a possibilidade de uniformização de jurisprudência também. O que faltava era uma mudança principiológica e impositiva.

Neste microssistema, existem institutos que foram criados e outros aperfeiçoados, como o incidente de resolução de demandas repetitivas e o procedimento de julgamento de recursos repetitivos, respectivamente (WAMBIER, 2015, p. 1314).

Cabe salientar que, para um melhor entendimento deste microssistema de precedentes, é necessário diferenciar *Cortes Supremas* de *Cortes de Justiça* e classificá-las. “As Cortes Supremas têm o dever de dar unidade ao direito mediante os seus precedentes e de torná-los pendores de segurança em nossa ordem jurídica” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 1003), sendo que, dentro da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, apenas duas terão esta competência, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Já as Cortes de Justiça seriam os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, que não têm a função de criar precedentes, mas sim de “controlar a interpretação dos fatos da causa, da prova produzida e do direito aplicável ao caso concreto e fomentar o debate a respeito das possíveis soluções interpretativas por meio da jurisprudência” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 1003).

Esta classificação entre *Cortes Supremas* e *Cortes de Justiça* não é unânime na doutrina precedentalista. Hermes Janeti Junior (2017, p. 407) entende que classificar os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais como cortes de jurisprudência vinculante seria não aceitar que o Código de Processo Civil criou um sistema de “precedentes normativos formalmente vinculantes”, ao contrário do que existia anteriormente, que era um sistema de “jurisprudência persuasiva”.

Daniel Mitidiero (2017, p. 130) faz uma crítica ao artigo 927 do Código de Processo Civil, afirmando que este artigo não trouxe apenas um rol de precedentes exemplificativos, tendo o Código no referido artigo se equivocado em várias situações, como por exemplo, no inciso I, onde trata do controle concentrado de constitucionalidade, realizado pelo Supremo Tribunal de Federal, como precedente, sendo que existe um equívoco nesta afirmação.

Existe por parte do Legislador um equívoco ao confundir precedentes com eficácia *erga omnes*, no referido dispositivo legal, assim, a parte dispositiva das decisões que se referem ao controle concentrado de constitucionalidade têm eficácia *erga omnes*, mas não se tratam de precedente, pois este é gerado pelas “razões determinantes constantes da fundamentação da decisão” e que podem ocorrer tanto no controle abstrato de constitucionalidade como no controle difuso de constitucionalidade (MITIDIERO, 2017, p. 130).

Verifica-se que o artigo 927 do Código de Processo Civil não apresenta todas as hipóteses de formação de precedentes, como dentro do seu rol exemplificativo, nem todas as decisões vinculativas poderão ser consideradas precedentes.

Neste ponto, é necessário estabelecer um entendimento primordial sobre o inciso III, do artigo 927 do Código de Processo Civil, pois ao inserir que os juízes e tribunais deverão observar os acórdãos em incidente de resolução de demanda repetitiva e de assunção de competência não se estaria estabelecendo um precedente vinculativo?

Para Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso (2016, p. 18) os precedentes obrigatórios podem ser formados tanto pelos tribunais superiores como pelos “tribunais de segundo grau”, pois o artigo 927 do Código de Processo Civil traz um rol de institutos processuais que são de competência dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais, que são o procedimento do incidente de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência.

A formação de um precedente não pode ser classificada pelo instrumento processual que foi utilizado, pois estaria se atribuindo competência por meio do procedimento e não da função institucional do órgão prolator:

é um conceito funcional, porque depende da função do órgão jurisdicional do qual promanam – os precedentes são oriundos de cortes institucionalmente encarregadas de dar a última palavra a respeito de como determinado desacordo interpretativo deve ser resolvido. Os precedentes decorrem da interpretação do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça empreendida pelo colegiado de forma unânime ou por maioria a respeito de determinada questão controvertida (MITIDIERO, 2017, p. 129).

As Cortes Supremas têm a função de atribuir sentido de direito, formando o que se convencionou denominar de *ratio decidendi*, pois suas decisões deverão ser respeitadas por todos os órgãos do Poder Judiciário. Já as Cortes Superiores têm por função resolver os litígios que lhe são apresentados, formando-se ao final, o que se denomina *res judicata*. Na primeira hipótese, existe uma força vinculativa natural, que advém da própria função institucional das cortes e, na segunda situação, a necessidade de uniformização das decisões judiciais, por isso a existência de jurisprudência vinculante.

No incidente de resolução de demandas repetitivas não há formação de precedente, o que ocorre é a produção de coisa julgada *erga omnes*. O objetivo do incidente de resolução é dar solução a uma questão que vem sendo apresenta em vários outros processos pendentes, sendo que, com a necessidade de manter uma coerência e segurança jurídica nas várias ações

que tratam do mesmo problema, o incidente formaria uma coisa julgada *erga omnes* (MARINONI, 2016, p. 32-33).

Já quando se fala do instituto da assunção de competência, não pode ser considerada a formação da coisa julgada *erga omnes*. O objetivo do referido instituto processual é evitar divergências dentro dos órgãos fracionários dos tribunais e dos juízes vinculados a este tribunal. Sua função valorativa é de estabilidade, com objetivo de manter as decisões do tribunal e dos juízes a ele vinculados coerentes, íntegras e estáveis (MARINONI, 2016, p. 170).

O artigo 927 do Código de Processo Civil apresenta o rol de decisões com efeitos vinculantes, incluindo os precedentes. O sistema jurídico brasileiro estabeleceu critérios procedimentais para a formação dos precedentes, sendo que não é qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça que pode formar um precedente normativo; estes deverão ser formados a partir de decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade; nos acórdãos dos incidentes de assunção de competência e de demandas repetitivas, onde, por complementação do artigo 928 do referido Código, serão considerados *julgamento de casos repetitivos* aquelas decisões proferidas em incidente de resolução de demandas repetitivas, recursos especial e extraordinário repetitivo.

O artigo 927 do Código de Processo Civil traz outras decisões que deverão ser observadas pelos juízes ou tribunais, porém estas não formam precedentes normativos vinculantes, como ocorre nas hipóteses supracitadas.

4.7.1 Eficácia Normativa dos Precedentes

Existe um precedente à brasileira! Isso é facilmente verificado quando se faz a simples indagação: Qualquer decisão judicial poderá se tornar um precedente vinculativo, bastando ao órgão julgador utilizar-se de uma decisão para o julgamento de um caso concreto? A resposta é não.

O sistema adotado no Brasil de criação de precedentes, devido à própria cultura e tradição jurídica, impede um efeito vinculante dos precedentes das Cortes Supremas apenas por existir uma decisão anterior que automaticamente será respeitada por todos os órgãos jurisdicionais brasileiros. Desta forma, o Código de Processo Civil criou mecanismos para obrigar o julgador a utilizar o precedente vinculativo quando este se aplicar ao caso concreto:

no Brasil, parcela significativa dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais não respeitam os precedentes do STJ. Na verdade, esses juízes e tribunais sequer argumentam para deixar de aplicar uma

decisão da Suprema Corte. O próprio STJ tem entendimentos diferentes a respeito de casos iguais (MARINONI, 2018, p. 71).

Para o entendimento de qual o verdadeiro papel das Cortes Supremas dentro do sistema jurídico brasileiro, deverá ocorrer uma alteração cultural do papel do magistrado e a sua vinculação às decisões dos tribunais de vértice, que têm por objetivo principal dizer o direito através de uma decisão judicial que dê sentido à legislação e aos princípios dela decorrentes, criando norma jurídica com dever de observância vinculativa por parte de todos os órgãos jurisdicionais.

Não se pode alterar a cultura do livre convencimento motivado do juiz com o simples argumento de que no atual momento o que se busca é unidade, segurança jurídica, efetividade, eficácia e eficiência. Deve o legislador criar mecanismos para que o juiz seja compelido a seguir a decisão que formou o precedente, por isso, o Código de Processo Civil criou o instituto processual da Reclamação, previsto nos artigos 988 a 993, além de considerar não fundamentada a decisão judicial que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (inciso VI, §1º, artigo 489) (BRASIL, 2015).

Com a construção deste microsistema de criação de precedentes, a doutrina acabou por desenvolver classificações sobre a eficácia normativa dos precedentes, dentro do seu grau de maior ou menor força vinculativa.

Para Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso (2016, p. 19) existem três tipos precedentes, com eficácias distintas: persuasiva, normativa e intermediária. O *precedente de eficácia persuasiva* é aquela decisão típica da tradição *civil law*, onde o julgado produz efeitos às partes da relação jurídica processual, mas sua relação com os outros julgados seria apenas argumentativa ou como instrumento para o convencimento dos magistrados, além de poder influenciar na inspiração do legislador, sendo que sua reiteração acaba por produzir jurisprudência (MELLO; BARROSO, 2016, p. 19). Para Hermes Zaneti Júnior (2017, p. 350) para ser considerado um precedente este deve ter força vinculativa, mesmo que com grau de obrigatoriedade diferente, assim, as decisões judiciais sem força vinculante poderão formar apenas “jurisprudência persuasiva”, mas não um precedente, pois não têm força normativa.

Já os *precedentes normativos* são aqueles que têm poder vinculante, ou seja, uma vez criados, devem ser respeitados por todas as instâncias do Poder Judiciário, e seu descumprimento possibilita a utilização da Reclamação (MELLO; BARROSO, 2016, p. 20).

Os *precedentes de eficácia intermediária* são uma categoria de decisões que tem uma eficácia persuasiva mais ampla, onde o ordenamento jurídico atribui à geração de eficácia de determinadas decisões para além dos sujeitos que fizeram parte do processo. Não são precedentes de eficácia forte, pois não admitem a utilização de Reclamação, mas o entendimento proferido nestes julgados por previsão legal acaba por gerar efeitos para quem não foi parte do processo (MELLO; BARROSO, 2016, p. 20).

Hermes Zaneti Júnior, ao estabelecer que decisões sem eficácia vinculante não podem ser consideradas precedentes, apresenta uma classificação com decisões normativas, mas com grau de vinculação diferente, assim, existiriam “precedentes normativos vinculantes”, “precedentes normativos formalmente vinculantes” e “precedentes normativos formalmente vinculantes fortes” (ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 350-351).

Para o referido autor, a diferença entre o *precedente normativo vinculante* e o *precedente normativo formalmente vinculante* é que, no primeiro, a construção argumentativa racional deriva de um processo de interpretação decorrente da análise por parte do julgador das normas que compõem o ordenamento jurídico, sendo dispensável a legislação formalmente dita. Já na segunda hipótese de classificação dos precedentes, a análise argumentativa decorre necessariamente de um texto legal. Mas, em ambas as situações, a não observância futura do precedente pelos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário acarreta possibilidade de impugnação por meio de recurso (ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 350-351).

Já os *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes* seriam aqueles em que a vinculação não decorre do amadurecimento do sistema de precedentes, mas de imposição legal. A não observância do precedente gera a possibilidade de impugnação da decisão por meio recursal e, até mesmo, por relação jurídica processual autônoma diretamente às Cortes de onde o precedente foi extraído (ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 351).

Para Wambier *et al.* (2015, p. 1315) a classificação está ligada diretamente ao texto legal do microsistema, não apenas de precedentes, mas da força vinculativa das decisões previstas no artigo 927 do Código de Processo Civil. Assim, existiria eficácia vinculativa *forte, média e fraca*, onde independente se trata-se de súmula, jurisprudência ou precedente, o que deveria ser analisado é como a decisão que não considerou o posicionamento anterior do tribunal poderia ser impugnada.

Já outros doutrinadores, como Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, por entenderem que o sistema de precedentes deve partir da utilização do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas, compreendem não haveria assim uma necessidade de classificação da eficácia normativa do precedente, mas uma

alteração na tradição brasileira por parte dos magistrados, que não respeitam as decisões destas Cortes e nem fundamentam o motivo da descon sideração, mas admitem a importância da Reclamação como um meio imprescindível para o respeito aos precedentes, até que as Cortes de Justiça e os juizes compreendam a necessidade do respeito às decisões das Cortes Supremas (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 92):

é claro que vários sistemas de *civil law*, marcados por outras culturas, conservam o poder de o juiz ordinário decidir em desacordo com as Cortes Supremas, mas é interessante perceber que, na nossa cultura, não apenas se afirma abertamente um direito de o juiz decidir de acordo com a sua convicção, como ainda se tenta fortalecer o regionalismo – que é uma manifestação do individualismo – mediante uma suposta autonomia dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais para interpretar o próprio direito federal.

O Código de Processo Civil estabelece diferente eficácia vinculativa às decisões previstas no rol do artigo 927, sendo que esta força normativa não é exclusiva dos precedentes e também não é todo precedente que terá força vinculativa.

4.8 INSTITUTOS PROCESSUAIS LIGADOS ÀS DECISÕES DE EFICÁCIA VINCULATIVA

Claro que os artigos 926, 927 e 928 do CPC são aqueles diretamente ligados à figura dos precedentes, e aqui, neste momento, cabe uma crítica ao legislador. O Título I, do Livro III, vem denominado “Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais”, e no seu Capítulo I, são apresentadas as “Disposições Gerais”, onde se encontram os artigos ora mencionados. O legislador deveria ter tido o cuidado e, até mesmo, a coragem, em denominar o referido capítulo como “Dos Precedentes” ou, até mesmo, “Da Formação dos Precedentes Obrigatórios”.

Superado o comentário, além destes artigos apresentados, o Código de Processo Civil em diversos momentos altera e cria mecanismos processuais e institutos, visando uma melhor aplicação dos precedentes:

no direito estadunidense, causam espanto as decisões proferidas por uma maioria que compartilha de dois ou mais fundamentos sustentados por minorias – ditas decisões plurais. Nesses casos, afirma-se que não há precedente se a Suprema Corte profere uma decisão em que um fundamento é subscrito por três e outro por dois *Justices*, na medida em que, embora o resultado tenha sido declarado por cinco a quatro, os fundamentos foram negados por seis a três e sete a dois. No direito brasileiro, da mesma forma, há que se distinguir decisão do recurso e precedente. Só há precedente quando o fundamento (não apenas o resultado) for compartilhado pela maioria dos membros do colegiado (MARINONI, 2019, p. 154).

Quando utiliza os precedentes com objetivo de realizar e tutelar direitos, a decisão judicial não pode ser vista pelo seu resultado apenas, de modo que deve ser analisada em sob uma perspectiva mais ampla, pois o caso concreto e os fundamentos que foram determinantes para o resultado da decisão devem ser também observados.

O Código de Processo Civil, no artigo 489, §1º, traz vários elementos diretamente ligados aos precedentes e, que, não sendo respeitados pelos juízes, causam a nulidade da decisão por falta de fundamentação.

O inciso IV do já referido artigo, determina que o juiz deve “enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Esta é uma real situação onde verifica-se que o legislador se preocupou em alterar a cultura do resultado, existente em países de tradição *civil law*.

Os próprios incisos que se seguem do artigo 489, §1º, tratam diretamente dos precedentes obrigatórios, sendo que para sua utilização ou afastamento na aplicação, deverá o juiz demonstrar que o caso se ajusta ao precedente ou se distingue dele.

Mas este papel de fundamentar a decisão ao invocar ou afastar o precedente não cabe apenas aos magistrados, mas também aos detentores de capacidade postulatória, que deverão, ao se manifestarem no processo, conduzir seu fundamento conectando-o ou desvinculando-o ao precedente informado, por isso a preocupação do legislador com relação a fundamentações genéricas e construídas dentro de conceitos jurídicos vagos.

Outro dispositivo que merece ser abordado é o §3º, do artigo 941, do CPC. Nele o legislador estabelece que o relator encarregado da confecção do acórdão deve incluir o voto vencido, ou seja, os fundamentos utilizados pelo julgador vencido devem ser considerados:

nossos Tribunais Superiores não são Cortes de Cassação. Assim, admitidos os recursos de estrito, haverá *rejudgamento da causa*, respeitados os limites decorrentes da natureza dos recursos especial e extraordinário, que, como regra, impedem o reexame das provas constantes dos autos (WAMBIER, 2015, p. 941).

Os Recursos Especial e Extraordinário, na sistemática atual do Código de Processo Civil, têm o poder de criar precedentes, dentro do que é determinado pelo próprio Código. Assim, não podem ser desconsiderados os fatos argumentados em um julgamento, mesmo que sejam argumentos vencidos, pois na Corte Suprema este fato e seus fundamentos podem levar à criação de algum precedente e que foi desprezado pelos outros julgadores no juízo “*a quo*”.

Outros institutos processuais e mecanismos de rápida solução de litígio também merecem destaque, como a “Improcedência Liminar do Pedido”, prevista no artigo 332 do CPC, que nas suas hipóteses de concessão prevê a existência de precedentes contrários ao direito

pleiteado pelo autor. Evidente que para a aplicação do precedente o juiz tem que fundamentar sua decisão, ligando o precedente à questão suscitada no referido processo.

Já sobre a Tutela Provisória de Evidência, o legislador deveria ter sido mais cuidadoso no inciso II, do artigo 311 do CPC. Nota-se que se trata de rol exemplificativo as hipóteses trazidas no inciso, porém deveria no Código constar um rol taxativo das hipóteses de precedentes obrigatórios; a possibilidade de concessão de tutela de evidência para situações já pacificadas nos tribunais não está restrita à súmula vinculante apenas, como afirma o inciso, mas sim a qualquer súmula que ainda tenha força normativa.

O raciocínio parte da seguinte premissa: se ao réu será possível um indeferimento liminar do pedido do autor, com base em enunciado de súmula do STF e do STJ; de acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ, em julgamento de casos repetitivos; entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, por que tais hipóteses não poderão estender-se para beneficiar o autor, já na satisfação do seu direito em caráter liminar?

Parece evidente que todas as hipóteses previstas no artigo 332 deverão também ser aplicadas na concessão da tutela de evidência. Esta inovação do atual Código de Processo Civil está diretamente ligada ao reconhecimento dos precedentes obrigatórios e de sua força vinculante, além de ser um mecanismo de afetividade e segurança jurídica, pois evidente que não pode ser possível a procedência liminar do pedido, mas com base neste tipo de tutela poderá o autor “*in limine litis*” se satisfazer do efeito prático do reconhecimento do seu direito, aguardando a marcha processual, visando o cumprimento das garantias constitucionais.

4.8.1 Do *amicus curiae*

Instituto interessante e que não pode deixar de ser analisado neste artigo, como sendo um dos elementos caracterizadores dos precedentes judiciais e de como estes deverão ser formados, é o *amicus curiae*, “amigo da corte” ou o “colaborador da corte” (DONIZETE, 2016).

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe no seu artigo 138, no Capítulo V, do Título III, intitulado “Intervenção de Terceiros”, o tão prestigiado “*amicus curiae*”.

O presente trabalho não tem a função de aprofundar-se na natureza jurídica deste instituto, mas é evidente que o legislador, adotando uma sistemática mais ampla do conceito de intervenção de terceiros, incluiu o presente instituto com uma de suas espécies.

A origem do instituto tem uma função primordial para se entender qual a função deste instituto dentro do sistema de precedentes introduzido no ordenamento jurídico brasileiro. Por mais que a expressão “*amicus curiae*” seja latina, não se tem muitos elementos deste tipo de instituto no direito romano (BUENO, 2018).

No direito inglês este terceiro já é mencionado desde o século XVII em alguns casos, como no *Caxe vs. Phillips* (1736), “em que o *amicus curiae* aparece como verdadeiro informante de que um dado casamento era fraudulento e que, por isso, um determinado legado não podia ser concedido” (BUENO, 2018).

No Brasil, o *amicus curiae* já vinha sendo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal em vários julgamentos, mesmo antes da sua previsão expressa de forma genérica pelo Código de Processo Civil atual. Um exemplo foi a ADPF nº 54 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), em que várias entidades foram ouvidas como “amigas da corte”. Porém, em legislações esparsas, são várias que apresentavam a possibilidade de terceiros à relação jurídica processual participarem do processo, como o art. 31 da Lei 6.385/1976; arts. 57, 118 e 175 da Lei 9.279/1996; art. 118 da Lei 12.529/2011; art. 14, §7º da Lei 10.259/2001, entre outros.

Ao tratar da origem do instituto, Cassio Scarpinella Bueno afirma que:

consta que, no antigo direito inglês, o *amicus curiae* comparecia perante as cortes em causas que não envolviam interesses governamentais na qualidade de *attorney general* ou, mais amplamente, de *counsels*. Nessa qualidade, o *amicus* tinha como função apontar e sistematizar, atualizando, eventuais precedentes (*cases*) e leis (*statutes*) que se supunham, por qualquer razão, desconhecidos para os juízes. É comum, a respeito, falar que uma das primeiras funções desempenhadas pelo *amicus curiae* era a de *shepardizing*. Essa palavra, empregada até hoje, significa a função de identificar os precedentes de cada caso, sua *ratio decidendi* e sua evolução para verificar seus usos, sua preservação, sua mutação ou, até mesmo, sua insubsistência (BUENO, 2018).

Não é apenas no direito inglês que o *amicus curiae* existe de forma efetiva visando ampliar as discussões presentes em determinado processo que possam vir a gerar um precedente vinculativo, uma vez que no direito americano também pode ser verificada a existência deste instituto.

As *ratio decidendi* dos precedentes vinculativos, para serem formadas conforme se imagina em um Estado Democrático de Direito, devem respeitar certos procedimentos para que suas questões fáticas e jurídicas principais sejam objeto do mais amplo cenário de discussão entre todos os envolvidos, incluindo aqueles que direta ou indiretamente serão atingidos pelas razões da decisão.

O legislador, ao incluir no atual Código de Processo Civil o instituto do *Amicus Curiae*, positivou de forma genérica mais um instituto diretamente ligado aos precedentes.

Visando um adequado julgamento deverá o Poder Judiciário dialogar com todos os interessados, sejam eles pessoas de direito privado ou de direito público, pois em uma sociedade existem vários interesses e estes muitas vezes são conflitantes. Assim, não poderá ser afastada a hipótese de terceiros interessados estarem protegendo interesses próprios, mesmo que não sejam sujeitos do processo (SOARES, 2015, p. 204).

Ao ser analisado um caso concreto e vislumbrando-se que com base nos fatos apresentados e fundamentos jurídicos trazidos aquela decisão possa vir a ser base para um precedente, deve o sistema processual criar mecanismos para a ampla participação de outros sujeitos além das partes da relação jurídica processual, para tornar a norma vinculativa gerada pela formação das razões da decisão um texto justo e democrático.

O alcance, a natureza jurídica e o conceito do *amicus curiae* no sistema de precedentes no Brasil deverão ser amplos para possibilitar a participação de todos os sujeitos que poderão ser atingidos pela decisão, pois somente assim existirá um sistema de precedentes democrático e que busque minimizar erros ou injustiças nas decisões.

Evidente que o legislador, ao prestigiar o instituto do *amicus curiae*, preocupou-se sobremaneira com as questões discutidas na relação jurídica processual e que podem gerar futuramente precedentes vinculativos e, por consequência, se tornarem norma.

4.8.2 Da audiência na fase de saneamento e a forma de atuação das partes

A mudança que tem que ser realizada por todos que compõem a relação jurídica processual para uma real efetivação do sistema de precedentes vislumbrada pelo legislador também pode ser verificada no artigo 357 do Código de Processo Civil, em seu §3º, que assim preceitua: “se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações” (BRASIL, 2015).

Evidente que esta audiência tem por função que as partes, conjuntamente com o juiz, estabeleçam as questões de fato e de direito sobre as quais a demanda realmente irá se concentrar; este mecanismo visa tanto uma economia de atos probatórios na fase instrutória como também já estabelecer aqueles pontos principais que poderão ser objeto de uma futura *ratio decidendi*.

Quando se fala em precedentes, toda uma mudança de perspectiva na atuação profissional deve ser alterada. Não apenas o juiz tem o dever de decidir com bases em precedentes, os advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público também têm a obrigação de respeitá-los, orientando seus clientes ou representados sobre a existência de teses já formadas nos tribunais.

Ao propor uma ação contrária a um precedente, deverá aquele que detém capacidade postulatória distinguir no seu caso em particular os fatos ou suas razões jurídicas que possibilitam a interposição da demanda, pois caso isto não ocorra, poderá ter sua demanda julgada improcedente, até mesmo liminarmente (MOLINA, 2018, p. 731).

Outra questão importante refere-se ao fato se de que a interposição da pretensão ao contrariar entendimento já consolidado pelos tribunais por meio de súmula ou precedente obrigatório pode gerar a condenação da parte em litigância de má-fé:

se na vigência do CPC de 1973, reforçado pelo instituto das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal de 2004, já era possível a construção da posição de que litigava de má-fé aquele que deduzisse pretensão ou defesa contra súmulas ou posições pacíficas dos tribunais superiores, cremos que a filosofia do CPC de 2015 e da nova CLT reforçou esse entendimento, na medida em que os precedentes são alçados à condição de fonte formal do direito, obrigando tanto o magistrado quanto as partes litigantes, do que deriva que o seu desconhecimento ou desconsideração amolda-se às hipóteses normativas da litigância temerária (MOLINA, 2018, p. 731-732).

Não é apenas o magistrado que tem a obrigação de aplicar os precedentes, mas todos aqueles operadores que estão no rol das funções essenciais à Justiça, incluindo das decisões; devem sujeitar-se aos princípios processuais de boa-fé e cooperação e ter conhecimento e respeitar os precedentes vinculantes e súmulas, sob pena de serem condenados em litigância de má-fé.

4.8.3 Da tutela provisória de evidência

O primeiro instituto processual deve ser analisado com o intuito de demonstrar que os precedentes, uma vez reconhecidos como norma jurídica, estão destinados a dar maior efetivação às tutelas jurisdicionais requeridas pelo jurisdicionado.

O artigo 311 do Código de Processo Civil transformou a estrutura das tutelas provisórias para uma melhor aplicação tanto deste tipo de tutela, como também os procedimentos decorrentes de sua aplicação na relação jurídica processual.

Dentro do gênero “Tutela Provisória” foram identificadas duas espécies: a “Tutela de Urgência” e a “Tutela de Evidência”, e ambas têm como característica reduzir o tempo do processo. Todo processo requer, por mais célere que seja, um lapso temporal visando garantir alguns direitos fundamentais aos litigantes, então as tutelas provisórias têm por escopo não diminuir o tempo do processo, mas assegurar ao que melhor demonstrar sua alegação de fato e de direito a possibilidade de não sofrer de forma demasiada com a marcha processual. E a tutela de evidência com suas hipóteses previstas nos incisos I ao IV, do artigo 311 do Código de Processo Civil são um exemplo claro desta afirmação (BRASIL, 2015).

Cabe aqui analisar o inciso II, do referido artigo e, mesmo entendendo que o legislador não fora feliz na sua redação, isto não afasta sua importância estrutural dentro de uma análise interpretativa do Código de Processo Civil como um todo.

O *caput* do artigo 311, aplicado conjuntamente com seu inciso II, apresenta a clara intenção do legislador em conceder ao litigante que demonstrar que sua pretensão esta acobertada por súmula ou precedente vinculativo a satisfação prática do direito a ser tutelado.

Este inciso tem por intenção de diminuir os efeitos negativos causados pelo tempo necessário para que o processo percorra todos os seus caminhos, visando garantir um devido processo legal.

Evidente que a redação dada pelo legislador ao inciso II, do artigo 311, ficou muito aquém da sua representatividade prática e hermenêutica, pois não são apenas as hipóteses de súmulas vinculantes e teses firmadas em julgamento de casos repetitivos que podem ser beneficiadas com a concessão da tutela provisória de evidência.

As outras hipóteses previstas no artigo 332 do Código de Processo Civil também precisam ser consideradas, do contrário, tal cenário causaria um tratamento diferenciado em situações que têm o mesmo fundamento axiológico. Em ambos os institutos utiliza-se das teses já consagradas e vinculantes das “Supremas Cortes” (MARINONI, 2019) para dar maior satisfação e efetividade ao processo.

Sobre a redação do inciso II, evidente que o legislador, ao consagrar a possibilidade de concessão de tutela de evidência com base em súmula vinculante e também em teses firmadas em julgamentos repetitivos, não se limitou apenas a estas duas hipóteses, pois assim, o inciso estaria incompleto, dentro de toda sistemática dos institutos processuais ligados a melhor adequação, agilidade, efetividade e segurança jurídica existentes no Código.

4.8.4 Da improcedência liminar do pedido

O mecanismo processual da improcedência liminar do pedido tem como função principal possibilitar ao juiz proferir uma sentença definitiva, sem a necessidade de triangulação da relação jurídica processual.

O instituto não é inconstitucional, pois não poderá o juiz conceder a procedência liminar do pedido, ou seja, se verificada uma das hipóteses previstas nos incisos do artigo 332 do Código de Processo Civil, não existe a possibilidade de ser proferida decisão de natureza definitiva, mas poderá ser aplicado o inciso II, do artigo 311 do mesmo Código, com a concessão de tutela provisória de evidência.

O legislador, ao criar as duas possibilidades, partiu do mesmo fundamento axiológico, a efetivação de uma tutela, porém com resultados jurídicos e práticos distintos, pois alguns princípios constitucionais e normas processuais precisam ser respeitadas.

O instituto da Improcedência Liminar do Pedido tem a função de possibilitar ao magistrado julgar o mérito do direito subjetivo pretendido sem mesmo determinar a citação do réu, desde que esta pretensão esteja em conflito com tese já firmada nos tribunais e que tenha sido reconhecida em enunciados de súmulas ou decisões judiciais com condições de firmar precedentes obrigatórios.

Para que este instituto seja aplicado, deverá a causa não depender de produção de outros meios de provas, que não os documentais, pois havendo necessidade de fase probatória, evidente que é impossível a sua utilização.

Este instituto tem uma função muito maior que apenas possibilitar uma resposta jurisdicional rápida. Ele, na verdade, demonstra uma mudança de paradigmas com relação à cultura do litígio e a interposição aventureira da pretensão. Pois interpor uma ação mesmo com tese contrária à pretensão do autor, e já firmada nos tribunais, possibilitando uma decisão liminar de mérito desfavorável, com certeza representa uma interferência na atuação da parte e também do advogado, que deverá orientar seu cliente sobre as possibilidades do resultado negativo do processo desde o seu início.

Outro fator importante é que atos procedimentais desnecessários, como a citação do réu, não serão praticados, e mesmo assim, de forma alguma ferem o princípio do contraditório e da ampla defesa, pois quem estará sendo beneficiado com a decisão será o próprio demandado, que terá uma sentença favorável.

4.8.5 Decisão monocrática nos tribunais

Cabe também comentar sobre a fase recursal ainda dentro do processo de conhecimento, com análise do artigo 932 do Código de Processo Civil. Neste diploma legal, estão inclusos nos seus incisos IV e V, a possibilidade do relator, de forma monocrática, dar ou negar provimento ao recurso, desde que a tese apresentada nas razões recursais seja contrária a entendimento vinculativo dos tribunais superiores.

Este mecanismo é perfeitamente possível, pois neste caso, trata-se de situação idêntica aos argumentos utilizados na improcedência liminar do pedido ou no julgamento antecipado do mérito no processo de conhecimento.

Contudo, aqui existe a necessidade de uma reflexão mais aprofundada, pois a questão da decisão monocrática de mérito dentro de um órgão colegiado pode gerar críticas.

A sistemática adotada pelo Código tem por função manter uma coesão com as regras estabelecidas no processo de conhecimento, assim, seria incompreensível a possibilidade de mecanismos de efetivação e celeridade processual em primeiro grau de jurisdição e sua não aplicação nos tribunais em fase recursal.

O legislador foi bem coerente ao possibilitar esta decisão monocrática em situações taxativas, e todas conectadas ao sistema de efetividade e celeridade procedimental, baseadas em decisões vinculativas dos tribunais superiores.

Cabe também analisar que da decisão monocrática cabe Agravo Interno, que é direcionado diretamente ao colegiado. Porém devem os tribunais agir com rigor com relação a recursos apenas protelatórios, que têm por simples finalidade perpetuar a relação jurídica processual.

5 EFETIVIDADE, SEGURANÇA JURÍDICA, UNIDADE E EFICÁCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE COM BASE NOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

O processo é um instrumento para a efetivação dos direitos reconhecidos dentro do ordenamento jurídico através da prestação jurisdicional, e, desta forma, este deve ser moldado para que a tutela do direito nele reconhecida seja justa, porém, também isonômica, eficaz e que represente uma segurança jurídica para os demais casos idênticos ou parecidos.

Quando a Constituição Federal, de forma expressa, estabelece em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluía da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, está colocando dentro do rol dos direitos fundamentais a garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição, onde o ser humano tem o direito de buscar o Estado para requerer uma tutela jurisdicional (DIAS, 2018, p. 88).

O “devido processo constitucional” ou “modelo constitucional do processo” revela que os inúmeros direitos fundamentais expressos na Constituição não seriam garantia, pelo descumprimento ou não reconhecimento do Estado ou de outros particulares, se o instrumento de concretização destes direitos também não estivesse no rol dos direitos fundamentais (DIAS, 2018, p. 89).

Desta feita, a função jurisdicional como garantia constitucional também exige do magistrado na prestação jurisdicional constitucional a necessidade de motivação de seus atos decisórios, dentro de uma sistemática que estabeleça ao jurisdicionado uma garantia de um processo justo e de uma decisão justa.

Tal decisão tem que se basear em critérios isonômicos, onde todos os magistrados dentro da formação de sua convicção, se utilizam dos mesmos mecanismos, pois se não observada a unicidade destes critérios de formação, não se pode falar em prestação jurisdicional como garantia constitucional.

Para Robert Alexy, o dever de tratamento igual se pauta em uma análise sobre a arbitrariedade, assim, se não for encontrado um fundamento qualificado para o tratamento diferenciado, fica caracterizada a diferenciação arbitrária, que é proibida. Exige-se, para um tratamento diferenciado, uma fundamentação objetiva e razoável, baseada na ideia de justiça (ALEXY, 2008, p. 408).

O Estado, na figura do Poder Judiciário, realizando a função jurisdicional, não poderá de forma alguma decidir de maneira arbitrária ou exercer esta função com referência a critérios hermenêuticos inconstitucionais ou, até mesmo, fundar-se em critérios subjetivos do próprio

jugador, já que há poder organizado dentro das normas constitucionais, que controla e delimita sua atuação dentro das diretrizes do Estado Democrático de Direito (DIAS, 2018, p. 91).

A busca por uma prestação jurisdicional justa levou à possibilidade do juiz, ao analisar o caso concreto e utilizar-se de princípios e normas dentro do ordenamento jurídico, aplicar seu livre convencimento, desde que motivado. Ocorre que, muitas vezes, ao motivar, não são considerados apenas aspectos dentro do ordenamento jurídico, mas também aspectos pessoais do magistrado, que acabam por possibilitar decisões conflitantes, que além de gerar insegurança jurídica, também distorcem a função jurisdicional:

uma reconstrução dos princípios do Direito, que parte da concepção jurídica fundada num “modelo de princípios”, requer do Poder Judiciário agir politicamente, não no sentido de se dar curso a concepções próprias do julgador a respeito de o que esse consideraria pragmaticamente ou eticamente preferível, mas no sentido de se garantir os direitos fundamentais do cidadão (OLIVEIRA, 2016, p. 125).

Para uma prestação jurisdicional correta deve haver um desenvolvimento adequado da norma, baseado em interpretação racional e fundamentação argumentativa, com escopo de aplicação correta do direito vigente (OLIVEIRA, 2016, p. 124).

Desta forma, deve existir um processo justo, que possibilite às partes as garantias constitucionais de devido processo legal, ampla defesa, contraditório e efetividade das decisões judiciais, sempre pautadas em uma rápida solução ao litígio.

A busca por um processo justo tem por base aspectos científicos e técnicos que colocam a atividade jurisdicional, por meio de uma reflexão teórica, dentro de uma noção de devido processo legal, ligado aos ideais do Estado Democrático de Direito, como o reconhecimento de um certo conjunto de garantias fundamentais constitucionais (FRANCO, 2016, p. 99).

Para Marcelo Veiga Franco (2016, p. 99-100) a existência de um processo justo deve ser observada dentro de “parâmetros, premissas, condições, sugestões e variáveis” que podem estabelecer um básico conteúdo para esta relação jurídica processual, desenvolvendo-se alguns critérios; primeiramente, deve-se desenvolver um sistema de acesso à justiça que garanta ao cidadão uma resposta jurisdicional dentro de um processo justo, onde a prestação jurisdicional represente o reconhecimento efetivo, célere e seguro, dentro do ordenamento jurídico material.

Outros pontos, visando a ocorrência de um processo justo, ou seja, constitucionalmente aceitável, relacionam-se ao desenvolvimento de um modelo de cooperação entre os sujeitos do processo, baseado no aperfeiçoamento da resposta jurisdicional com as partes do processo agindo com ética nas suas argumentações e atuação nos processuais. Também deve ser destacada a teoria dos precedentes judiciais obrigatórios, com finalidade de obtenção de um

provimento jurisdicional fundamentado dentro de uma coerência e imparcialidade, evitando-se, assim, atos arbítrios judiciais (FRANCO, 2016, p. 116).

O processo tem que se desenvolver dentro dos parâmetros estabelecidos nos direitos fundamentais e na norma constitucional e infraconstitucional, sendo de suma importância a uma justiça baseada em concepção individual do magistrado, mesmo que a decisão seja devidamente fundamentada.

Agir com a própria consciência ao julgar não deve ser o pilar para uma prestação jurisdicional constitucional e justa. Deve-se buscar ao máximo elementos objetivos pautados em técnica hermenêutica e na resolução do caso, dentro de uma análise coerente do ordenamento jurídico.

Por este motivo, os precedentes obrigatórios seriam mais um elemento de contribuição na busca pelo tão almejado processo célere, justo, efetivo, eficaz, coerente e seguro.

5.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E SEUS REFLEXOS NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A constitucionalização do direito no Brasil é um fator que acarretou grandes transformações tanto na esfera pública como na privada das relações interpessoais. O Direito Civil, como ramo clássico e tradicionalmente ligado às relações privadas, onde as partes da relação jurídica são reconhecidamente colocadas em grau de paridade, sendo que “no direito privado compete ao particular decidir sobre a sorte de seu próprio interesse” (GUSMÃO, 1997, p. 142), não pode ser mais visto desta forma.

Ocorreu no Brasil uma “releitura” do Direito Civil, onde dentro de uma escala metodológica, este ramo do Direito Privado deve ser analisado em uma perspectiva constitucional, nascendo, assim, o que se propôs denominar “Direito Civil Constitucional” (SCHREIBER; KONDER, 2016).

A constitucionalização do Direito Civil não tem como objetivo reconhecer dentro da Constituição normas de Direito Civil e nem transferir matérias tradicionalmente civilistas para o ramo do Direito Constitucional (SCHREIBER; KONDER, 2016).

Anderson Schreiber e Konder, ao citarem Pietro Perlingieri, destacam três elementos metodológicos básicos para o acolhimento da corrente civilista constitucional: “(a) a natureza normativa da Constituição; (b) a complexidade e unidade do ordenamento jurídico e o

pluralismo de fontes do direito; e (c) o desenvolvimento de renovada teoria da interpretação, de fins aplicativos” (PERLINGIERI *apud* SCHREIBER; KONDER, 2016).

A Constituição, como visto neste trabalho em capítulo anterior, após as duas Guerras Mundiais, deixou de ser considerada comando de estruturação do Estado e uma carta de intenções para o legislador, para ser reconhecida efetivamente como norma.

Dentro deste novo olhar de reconhecimento do texto constitucional como norma jurídica, desenvolve-se uma ligação entre Constituição e democracia, contribuindo para a formação política organizada, que passou a ser denominada Estado Democrático de Direito (BARROSO, 2005, p. 3).

No Brasil, além da promulgação da Constituição Federal de 1988, outro fator importante que possibilitou o desenvolvimento de metodologias constitucionais dentro dos outros ramos do direito, incluindo no Direito Privado, foi a manutenção do Estado Democrático, ou seja, a continuidade, já que a falta de uma ruptura política e institucional possibilitou o amadurecimento do texto constitucional e das instituições do Estado, bem como ao Poder Judiciário desenvolver uma historicidade, mesmo que recente, da prestação jurisdicional, o que possibilita chegar ao que se tem hoje por Direito Civil Constitucional e Direito Processual Civil Constitucional.

Dentro desta perspectiva constitucional, alguns fenômenos causaram bastante impacto no Poder Judiciário brasileiro, entre eles, a judicialização das insatisfações nas relações jurídicas e a busca por reconhecimento de novos direitos, ou de direitos já existentes, mas não reconhecidos.

Outro problema, este de ordem hermenêutica jurídica, é que, com a constitucionalização dos direitos e a normatização do texto constitucional, vários princípios e direitos fundamentais de difícil conceituação e delimitação passaram a ser utilizados como fundamento para a busca do reconhecimento de tutelas ainda não reconhecidas.

Desta forma, o juiz dentro do sistema jurídico brasileiro, passou a ter a função de tutelar direitos previstos expressamente na Constituição, porém não reconhecidos e garantidos pelo Estado, na figura do Poder Executivo (em todas as suas esferas), ou ainda mais, passa a reconhecer direitos não expressamente admitidos pela legislação, mas tutelados dentro de uma visão sistêmica de princípios, direitos e normas existentes no ordenamento jurídico.

Mais um fator de atingiu poderosamente a prestação jurisdicional e que serviu como fundamento para várias decisões judiciais foi o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil. Na verdade, a falta de uma estruturação clara no direito brasileiro deste princípio basilar acaba por

gerar uma insegurança jurídica, com a utilização hermenêutica do princípio para fundamentar decisões completamente opostas.

Além de todos estes motivos apontados para entender-se o momento atual, existe ainda o choque entre os direitos fundamentais e as normas constitucionais e infraconstitucionais, que dentro de um sistema jurídico reconhecido como um todo, exigem do magistrado a aplicação da ponderação como técnica hermenêutica para a solução das questões apresentadas ao judiciário.

A soma de todos estes fatores apresentados acarretou uma grande insegurança dentro do sistema jurídico brasileiro, bem como a falta de eficiência das decisões judiciais, que tem como origem o excesso de ações formuladas, que, por sua vez, derivam juntamente da falta de unidade e previsibilidade das decisões judiciais que, por fim, causam a ineficácia da tutela jurisdicional. “O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a *injustiça* passeia pelas ruas com passos firmes e a *insegurança* é a característica da nossa era” (BARROSO, 2005, p. 2).

Dentro desta ótica de constitucionalização, o processo também passou por uma mutação advinda da ordem constitucional. Mesmo com as funções essenciais de cada Poder do Estado, e sendo a função jurisdicional o exercício do direito inerente ao caso concreto, as decisões judiciais são providas de imperatividade, pois é um poder advindo do Estado, sendo assim, de várias formas acabam por influenciar por meio da interpretação o significado retirado da Constituição, das leis e até a conduta política do Estado (DINAMARCO, 2002, p. 44-45).

Neste abismo de insegurança que se tornou a prestação jurisdicional, principalmente no reconhecimento dos direitos da personalidade, que estão dentro da sistemática jurídica constitucional, existe a necessidade de se estabelecer parâmetros interpretativos à tutela destes direitos, visando, sem dúvida, uma melhor segurança jurídica, a eficiência da prestação jurisdicional e a eficácia na tutela dos direitos.

No sistema jurídico brasileiro, o juiz, ao exercer a função jurisdicional dentro da perspectiva do Estado Democrático do Direito, acaba por criar o direito, pois o ordenamento jurídico é composto de princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais, dentro de diversos conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas, que possibilitam ao magistrado exercer uma função criativa na busca da prestação jurisdicional (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 165-165).

Não se busca criticar os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas abertas, pois em um sistema jurídico-constitucional estes adquirem um caráter aberto e incompleto, que é

necessário para uma aplicação na norma jurídico-constitucional dentro do contexto social (CONCEIÇÃO, 1999, p. 66).

Nos direitos sociais, a interpretação e a aplicação da norma tem um grau acentuado de criatividade na prestação jurisdicional, principalmente em áreas de conceitos mais abertos, onde o grau de discricionariedade é muito mais elevado, pois sendo mais vaga a lei e mais aberto os elementos do direito, “está é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juizes” (CAPPELLETTI, 1999, p. 42).

Assim, o magistrado na prestação jurisdicional, principalmente com relação à tutela de direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade, que têm por base a dignidade da pessoa humana, são direitos repletos de normas e princípios abertos, que possibilitam ao magistrado um grau de discricionariedade elevadíssimo. Dentro deste complexo de abstração conceitual, o magistrado tem o dever de tutelar direitos derivados da norma constitucional e também infraconstitucional, nas relações entre o Estado e o cidadão, e entre os cidadãos, dentro do Direito Privado.

No Brasil, o desenvolvimento de inovações na área jurídica, seja por meio de legislação ou dentro de uma evolução doutrinária ou jurisprudência, sempre acaba por adquirir uma feição própria, ou seja, uma característica *à brasileira*.

Este modelo de tradição jurídica híbrida que existe no Brasil, com institutos próprios do sistema *common law*, mas dentro de uma tradição com forte influência romano-germânico, acaba por adquirir uma natureza diferenciada e, às vezes, indesejada.

O neoconstitucionalismo, que tanto determinou a evolução dos direitos essenciais do homem, em face do próprio Estado e de outros cidadãos, reconhecendo diversos direitos fundamentais e da personalidade, no Brasil, acabou por desenvolver-se dentro de um sistema de políticas públicas deficientes e de insuficiência legislativa infraconstitucional.

Este constitucionalismo pós-segunda guerra mundial é fruto de uma ascensão cultural do modelo estadunidense, que no sistema pátrio incorporou a ideia do *judge made law*, onde a função jurisdicional ultrapassa o direito positivado, na busca pelo reconhecimento de direitos fundamentais (MARINONI, 2018, p. 58).

A função do juiz como aplicador da norma dentro de um ordenamento jurídico acabou por colher esta característica marcante da cultura jurídica brasileira: o magistrado com liberdade para julgar com base na sua convicção, sem se preocupar com a previsibilidade ou a igualdade de tratamento (MARINONI, 2018, p. 16).

Aqui fica claro que, mais uma vez, incorpora-se ideias exteriores, porém com características próprias brasileiras; assim, retira-se a carga do positivismo, ou seja, o juiz

baseando suas decisões na legislação vigente, mas não incluindo nenhum outro meio hermenêutico de unicidade e previsibilidade nas decisões judiciais. Neste contexto, ganha força o princípio do livre convencimento motivado do magistrado, que tem dentro das cláusulas abertas e dos conceitos jurídicos indeterminados uma vasta opção de solução do caso concreto.

5.2 DA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA NO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E SUAS CARACTERÍSTICAS

Quando se trata dos direitos da personalidade, duas situações devem ser levadas em consideração para se estabelecer o nível de interferência do Poder Judiciário no reconhecimento destes direitos. Primeiramente, é o rol aberto dos direitos da personalidade, onde o Código Civil brasileiro apenas tratou expressamente de cinco, sendo eles: tutela do corpo, direito ao nome, à honra, à imagem e à privacidade (SCHREIBER, 2013).

Porém, como já foi tratado no primeiro capítulo, existe no Brasil o reconhecimento de uma cláusula geral dos direitos da personalidade, fundamentada no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, onde o princípio basilar da dignidade da pessoa humana amplia a tutela da personalidade de forma não taxativa.

Dentro deste complexo de princípios e normas no ordenamento jurídico pátrio, os direitos da personalidade não previstos expressamente acabam sendo reconhecidos dentro de um debate da doutrina e jurisprudência, que ao reconhecer ou não determinada manifestação humana como direito da personalidade, está deliberando também sobre os limites da dignidade humana (SCHREIBER, 2013, p.15).

O primeiro problema reside no reconhecimento de determinadas tutelas à personalidade não previstas expressamente, porém reconhecidas pela via judicial. Mas existe outra questão que tem como núcleo as características dos direitos da personalidade:

pode-se, porém, indagar acerca da conveniência e necessidade de fixar no texto legal as características dos direitos da personalidade, na medida em que esta matéria pode ser desenvolvida no âmbito jurisprudencial. Revele-se, aqui, o zelo excessivo no ordenamento brasileiro em assegurar qualidades aos direitos da personalidade, a fim de prevenir qualquer possibilidade de subtração de suas potencialidades. Além disso, para a indagação se o objetivo do legislador em cristalizar várias características para os direitos da personalidade não se constitui em um propósito quimérico, tendo em vista que seu exercício é moldado essencialmente pela concretização jurisprudencial (ANDRADE, 2013, p. 90).

Observa-se que características como a imprescritibilidade, a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, que por vezes são tratadas como absolutas, se observadas dentro de um caso

concreto, acabam por ser relativizadas com base em diversos princípios, como a segurança jurídica, os limites ao exercício das restrições ao direito de personalidade pelo indivíduo, a proteção da imagem frente à extinção da personalidade jurídica, todas estas são questões trazidas ao Poder Judiciário e que precisam ser resolvidas, porém dentro de um grau que represente segurança jurídica, unidade das decisões, efetividade da tutela jurisdicional e eficiência na prestação judicial.

O Enunciado 139 do Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal é um exemplo claro de aplicação de entendimento do Poder Judiciário frente a casos concretos, diferente da interpretação literal do texto legal (MARINONI, 2018, p. 61).

O artigo 11 do Código Civil, dentro de uma construção positivista, afirma expressamente que as características dos direitos da personalidade de intransmissibilidade e irrenunciabilidade não podem sofrer limitação voluntária, senão por expressa previsão legal. Ocorre que o Enunciado 139 supracitado apresenta previsão inversa, possibilitando a limitação dos direitos da personalidade, mesmo quando não previstos expressamente em lei, mas com observância de certos requisitos.

Porém os requisitos são baseados em critérios subjetivos, ou seja, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, que orientam o juiz na prestação jurisdicional, mas não estabelecem uma garantia de unicidade e segurança jurídica nas decisões. O juiz, na análise desta cláusula geral, tem a possibilidade de adequar a norma jurídica ao caso concreto, pois a lei é insuficiente, dependendo de complementação (MARINONI, 2018, p. 61).

O grau de discricionariedade é muito grande, pois se estabelecem as limitações voluntárias dos direitos da personalidade dentro da não possibilidade de abuso de direito e contrariedade à boa-fé objetiva e aos bons costumes, sendo estes conceitos jurídicos de difícil delimitação. Outro problema a ser enfrentado pelos tribunais é que, se forem verificados de maneira mais ampla, os direitos da personalidade conectam-se a todos os direitos subjetivos de alguma forma, por isso, para reservar um grau de limitação, que é necessário para não ocorrer deturpação desta classe de direitos, estes devem ser vistos como essenciais à pessoa (MATTIETTO, 2017, p. 15).

A jurisprudência pátria trata os direitos da personalidade com bastante sensibilidade, sendo as decisões dentro do Direito Privado pautadas no acolhimento de uma regra geral, que tem por finalidade inibir as agressões ao conteúdo essencial da pessoa humana, em sua compleição física, psíquica e moral (BITTAR, 2015).

Fica evidente que o reconhecimento dos direitos da personalidade, baseados em uma cláusula geral, deve ser construído pelos tribunais visando garantir uma proteção ampla,

irrestrita e condizente com a realidade social presente. Mas o reconhecimento destas tutelas baseadas nos direitos da personalidade tem que de alguma forma ser mais célere, eficaz e efetivo, por meio de decisões judiciais coerentes e harmônicas.

Dá a importância dos precedentes judiciais obrigatórios e sua sistematização dentro do ordenamento jurídico brasileiro e o amadurecimento dos institutos processuais diretamente ligados a estes, como a improcedência liminar do pedido, a tutela de evidência e a decisão monocrática do Relator que concede ou nega provimento ao recurso.

A consagração do respeito às decisões proferidas nos Tribunais Supremos e, até mesmo, dos Tribunais Ordinários, que de qualquer forma estejam em concordância com aqueles, desenvolve uma cadeia protetiva dos princípios atinentes ao Estado de Direito, em especial os direitos fundamentais, incluindo os direitos da personalidade (CANEIRO JÚNIOR, 2012, p. 322).

O juiz é um criador do Direito, porém deve estruturar sua decisão levando como ponto de partida a lei e moldando com base na doutrina e na jurisprudência o caso concreto dentro do complexo de normas e princípios vigentes no ordenamento jurídico, devendo “garantir os princípios da legalidade e previsibilidade, estabilidade e segurança gerados pela vinculação do juiz à lei” (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 165-166).

Assim, deve-se também buscar dentro das Cortes Supremas quais são os critérios reconhecidamente utilizados por estas para formar um precedente que tutele os direitos da personalidade.

A ineficácia na proteção de direitos da personalidade no Brasil também nasce da formação híbrida do reconhecimento destes direitos, pois derivam de um movimento de reconhecimento de direitos inerentes ao indivíduo, baseado em princípios constitucionais, e que, por muitas vezes, necessitam ser reconhecidos judicialmente, por não existirem políticas públicas e por falta de tutela legislativa específica.

Ocorre que este reconhecimento judicial também sofre com a ineficiência e a eficácia, causada pela imprevisibilidade das decisões judiciais, que acabam por acarretar a judicialização das relações, a imprevisibilidade das decisões e a incoerência nas tutelas jurisdicionais ligadas aos direitos da personalidade.

A discricionariedade do juiz causa medo, “Learned Hand, que foi um dos melhores e mais famosos juízes dos Estados Unidos, dizia ter mais medo de um processo judicial que da morte ou dos impostos” (DWORKIN, 2002, p. 3). Este medo do resultado de uma demanda judicial não é exclusivo do jurisdicionado brasileiro, já que mesmo em países de tradição *common law* os efeitos decorrentes do resultado de uma demanda causam receio.

Mas se existe receio acerca do resultado de uma demanda em uma tradição que por alguns anos já desenvolve os precedentes judiciais como vinculativos, imagine-se em uma cultura híbrida, onde o magistrado tem diversos princípios e normas constitucionais ligados a cláusulas abertas e conceitos indeterminados, e o juiz tem liberdade de interpretação e argumentação de forma livre de acordo com seu convencimento para a aplicação ao caso concreto.

O grau de liberdade, ou melhor, de discricionariedade do magistrado, pode revelar uma situação indesejada para o direito, a cognição do juiz, que como qualquer ser humano, é digno de dias bons e ruins:

a diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de um outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte. As pessoas frequentemente se veem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo (DWORKIN, 2002, p. 3).

A interpretação é inevitável na função de julgar, porém, a ciência jurídica tem o dever de afastar ao máximo questões alheias ao direito e que estão inerentes ao ser humano julgador. Assim, a busca por critérios mais objetivos e que tornem mais segura a prestação jurisdicional é, e sempre será, o escopo da ciência jurídica hermenêutica.

5.3 EFICÁCIA E EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL BASEADA NOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

Quando se fala em efetividade, deve-se observar sua posição no plano da eficácia da norma, onde esta, para ser efetiva, deverá atuar no “mundo dos fatos”, sendo que a efetividade não pode ter eficácia apenas jurídica ou formal, mas deverá ser eficaz também no social. Neste ponto, a efetividade é a eficácia social da norma (ZAVASCKI, 1994, p. 292).

Assim, tem-se que à norma não basta apenas ser efetiva no plano jurídico, pois assim não teria função nenhuma. Sua maior qualidade é ser respeitada, e este respeito decorre da sua eficácia no plano fático, uma vez que “a eficácia pode ser compreendida como sendo a aptidão da norma jurídica para gerar efeitos no mundo jurídico e também como a aptidão da mesma norma para produzir efeitos na realidade social” (CARNEIRO JUNIOR, 2012, p. 336).

Teori Albino Zavascki (1994, p. 294) traça dois aspectos que não podem ser suportados dentro da prestação jurisdicional: “o juiz de costas para a realidade”, ou seja, aquele magistrado positivista, fruto do estado liberal e obsoleto. E, por outro lado, também não se pode admitir o

juiz que é indiferente à legalidade e que passa a ser um “juízo de conveniência ou da substituição da ideologia constitucional por ideologias pessoais”.

Controlar a eficácia e a efetividade dentro de um sistema jurídico pautado por inúmeros problemas, como a crescente judicialização e a questão de falta de unidade nas decisões judiciais, é uma tarefa impossível de ser alcançada, assim, é razoável a introdução dos precedentes vinculativos dentro do sistema jurídico brasileiro.

Muito se fala em crise do Poder Judiciário, e esta afirmação se deve aos vários problemas encontrados na prestação jurisdicional, como a inefetividade causada pela demora no reconhecimento do direito a ser tutelado.

A crise é até mesmo questionável, pois ao utiliza-se desta expressão, deve-se pressupor que em algum momento a justiça brasileira fora efetiva e célere. Porém, este trabalho entende que nunca houve este momento, assim, não se pode falar em crise, mas em um modelo de justiça que não pode ser mais tolerado, sendo que a sociedade brasileira, neste momento, questiona a estrutura judicial ineficaz para a resolução dos problemas comunitários existentes (TASSE, 2012, p. 43).

A falta de efetividade do Poder Judiciário tem como razão principal a judicialização das questões corriqueiras existentes na sociedade e que, de alguma forma, geram conflitos, sendo que estas, ao serem objeto de decisões judiciais, por várias vezes, acabam por ter decisões diversas em casos parecidos ou, até mesmo, idênticos.

A possibilidade de controvérsias dentro de uma sociedade tão plural e heterogênea, como é a sociedade brasileira, justifica de alguma forma opiniões diferentes existentes dentro de um grupo social. E a democracia que tem por base o respeito às diferenças desta sociedade tão miscigenada, dentro das várias expressões culturais existentes, não pode ser tolhida em nenhum aspecto (FRANCO, 2016, p. 24).

Mas a prestação jurisdicional tem a função de dentro desta sociedade complexa e multifacetária atribuir tutelas jurisdicionais efetivas e resultantes de um amadurecimento institucional. “A insatisfação crônica e generalizada com a ausência de uma pronta e adequada resposta jurisdicional gera denegação de justiça e ‘frustração permanente em face da longa tramitação dos litígios’ (FRANCO, 2016, p. 26).

Quando se trata de direitos da personalidade, alguns são expressos na legislação, como os direitos à vida, à integridade física e psíquica, à proteção contra agressão moral, a “intimidade, vida privada, honra, imagem, direitos autorais, participações em obras coletivas e reprodução de imagem e da voz humanas” (TEPEDINO; BARBOSA; MORAES, 2018, p. 33), porém existem outros direitos da personalidade que são tutelados pelo reconhecimento através

do Poder Judiciário, são direitos reconhecidos pela doutrina e pelos tribunais, sem uma previsão legislativa expressa ou bem definida.

Cabe ao Poder Judiciário, ao analisar o caso concreto e baseado no conjunto de princípios e regras, dentro do ordenamento jurídico, tutelar os direitos da personalidade, assim como os direitos fundamentais. Havendo omissão no reconhecimento ou agressão direta a direitos essenciais do ser humano, tanto na esfera pública como privada, uma vez provocado, o Judiciário tem o dever constitucional de reconhecimento desta tutela e, mais ainda, o dever de prestá-la de forma eficiente e eficaz. “A eficácia dos direitos fundamentais no plano real ou concreto é chamada de efetividade” (CARNEIRO JUNIOR, 2012, p. 337).

A utilização crescente de conceitos indeterminados e cláusulas abertas dentro das relações privadas, que atualmente é denominado “Direito Civil Constitucional”, e que tem por definição ser “a corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do Direito Civil à luz da Constituição” (SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 9), ao mesmo tempo que possibilita o reconhecimento de direitos que a simples subsunção não permitiria, também revela uma discricionariedade que prejudica a celeridade da prestação jurisdicional, pois baseia-se em critérios muito subjetivos:

a opção do legislador por conceitos indeterminados e normas-quadro tornou-se crescentemente indispensáveis para o estabelecimento de padrões de comportamento estáveis, mediante normas de grande amplitude e baixa densidade analítica – isto é, desprovidas de especificidade restrita a determinada *fattispecie* -, as quais exigem, por isso mesmo, intensa atividade da magistratura para a criação da norma no caso concreto (TEPEDINO, 2019, p. 29).

Dentro desta problemática, a efetividade dos direitos da personalidade, e também de outros direitos fundamentais, depende de critérios mais objetivos e de uma maior segurança jurídica das decisões judiciais que reconheçam estes direitos. Além disso, o excessivo número de processos e suas particularidades impossibilita, mesmo ao mais produtivo magistrado, tutelar os direitos de uma forma eficaz, eficiente e efetiva.

A eficiência, que é um princípio constitucional expresso de dever da Administração Pública, conforme o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, também deve ser respeitado pelo Poder Judiciário, por ser um prestador de serviço público (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 338).

Desta forma, “embora o juiz possa criar a norma jurídica do caso, é preciso impedir que haja uma multiplicidade de normas jurídicas para casos iguais, gerando insegurança e desigualdade” (MARINONI, 2019, p. 115). As múltiplas decisões acarretam também a judicialização, devido às incertezas do resultado da demanda, e uma necessidade de o magistrado em todas as situações valer-se de técnicas hermenêuticas complexas, que dificultam

a prestação jurisdicional, ocasionando a crise existente no Poder Judiciário e a falta de efetividade, eficácia e eficiência no reconhecimento e proteção dos direitos objeto da relação jurídica processual.

Com a utilização dos precedentes como fonte normativa vinculante, existe uma efetividade baseada em igualdade, previsibilidade e segurança jurídica que, de certa maneira, produz atitudes reflexas ao jurisdicionado, que passa a agir em suas relações jurídicas interpessoais com mais respeito, devido ao caráter vinculativo de decisões que norteiam aquela relação (CARDOSO, 2019, p. 96).

Os precedentes judiciais têm a função de aprimorar a prestação jurisdicional, com decisões efetivamente discutidas dentro da comunidade jurídica, trazendo um amadurecimento de vários conceitos relacionados tanto ao direito material como aos institutos processuais, transformando as decisões judiciais em normas vinculativas para o próprio órgão prolator e para todos os outros órgão hierarquicamente vinculados, possibilitando maior previsibilidade nas decisões e maior agilidade na prestação jurisdicional.

Para Luís Roberto Barroso (2018, p. 213) existem “três valores” que são os mais importantes para justificar a criação dos precedentes obrigatórios dentro do sistema jurídico brasileiro, são eles: “a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência”. Com relação à eficiência, esta é verificada quando a existência de uma precedente normativo reduz a duração do tempo do processo, desalenta demandas lotéricas, reduzindo, assim, a judicialização e a litigiosidade (BARROSO, 2018, p. 214). Criando-se uma cultura de respeito aos precedentes, não apenas pelos órgãos jurisdicionais, mas também por todos os órgãos da Administração Pública e pelos cidadãos, vários comportamentos dentro de uma relação jurídica interpessoal passam a ser previamente regulados, evitando-se comportamentos litigiosos.

Esta maturação do Poder Judiciário possibilita uma diminuição constante na judicialização das relação jurídicas e um maior envolvimento do magistrado em questões inéditas e que ainda não foram objeto de fixação de precedentes pelas Cortes Supremas, aumentando a qualidade da prestação jurisdicional e tornando mais eficaz, efetiva e eficiente a tutela dos direitos essenciais à pessoa humana.

5.4 MECANISMOS PROCESSUAIS PARA EFICÁCIA, EFETIVIDADE E CELERIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Antes de verificar os institutos processuais que estão ligados diretamente aos precedentes, faz-se necessário estabelecer algumas alterações que, em uma primeira leitura,

ficam despercebidas, mas têm uma função hermenêutica primordial para um estudo da sistemática do atual Código de Processo Civil.

O legislador do CPC alterou a palavra “lei” como fonte primária do direito para a expressão “ordenamento jurídico”, sendo que esta tem um alcance maior e indica como deverá o presente Código ser devidamente instrumentalizado na interpretação e aplicação dos institutos processuais. Os artigos 8 e 14 do presente Código de Processo Civil passam a utilizar a expressão ordenamento jurídico como uma clara intenção de se retirar hermeneuticamente a lei como fonte única primária do direito.

Faz-se necessário, neste momento, transcrever a afirmativa de Norberto Bobbio, que se encaixa na definição de ordenamento jurídico que deve ser considerado neste trabalho, pois este Jurisfilósofo, ao tentar definir o Direito, chega à seguinte conclusão:

dissemos que a teoria do ordenamento jurídico constitui uma integração da teoria da norma jurídica. Entretanto, devemos precisar de antemão que fomos levados necessariamente a essa integração pelos resultados a que chegamos na busca de uma definição do Direito, realizada na obra anterior. Para resumir brevemente tais resultados, digamos que não foi possível dar uma definição do Direito do ponto de vista da norma jurídica, considerada isoladamente, mas tivemos de largar nosso horizonte para a consideração do modo pelo qual uma determinada norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devam exercê-las e a sua execução. Essa organização complexa é o produto de um ordenamento jurídico (BOBBIO, 1995, p. 22).

Utilizar a expressão “Ordenamento Jurídico” tem uma função de atualização, isso é evidente, mas traz também uma carga hermenêutica onde o Código, ao ser interpretado, e seus institutos e regras ao serem aplicados, têm que estar conectados ao todo normativo, e este todo normativo também tem que estar conectado aos preceitos e regras trazidos pelo Código.

A expressão tem dois significados claros: a primeira, é o reconhecimento de que a lei não é a única ou principal fonte primária do direito. Já a segunda, é a de que existe a necessidade de observância do conjunto de normas que formam um ordenamento jurídico para a perfeita definição do direito (BOBBIO, 1995, p. 22-23).

5.5 A EVOLUÇÃO DO RESPEITO ÀS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO DIREITO BRASILEIRO

Para chegar-se à compreensão da criação de precedentes obrigatórios, em um sistema que tradicionalmente foi carimbado como sendo de origem *civil law*, algumas outras considerações devem ser apontadas, além daquelas já afirmadas anteriormente.

Com a Constituição Federal de 1988, denominada por Ulisses Guimarães “Constituição Cidadã”, as questões de defesa de direitos fundamentais e sua aplicação como norma a ser respeitada por todos, incluindo o próprio Estado, passam a ser efetivamente desenvolvidas fora do ambiente acadêmico no Brasil.

Desde então, o estudo do juiz como garantidor de direitos fundamentais vem se desenvolvendo nas decisões judiciais e na doutrina brasileira. Existe uma evolução quanto às técnicas de interpretação da norma, onde apenas a técnica de subsunção não pode ser exclusivamente observada, pois com o reconhecimento da Constituição como norma e da existência de direitos fundamentais que devem ser respeitados pelo próprio legislador, a resolução de conflitos de interesse tomam uma dimensão mais principiológica e menos ligada à letra da lei.

Desta forma, os juízes passam a declarar direitos fundamentais constitucionais de forma livre, pois a própria tradição do sistema brasileiro permite tal liberdade. Claro que esta liberdade tem origem na tradição do *civil law*, pois após Revolução Francesa, ganha forma, neste sistema, a afirmativa utópica baseada nos preceitos filosóficos de Montesquieu, na tripartição rígida dos poderes e no Juiz “*bouche de la loi*” (MARINONI, 2016, p. 42).

O juiz, não estando diretamente ligado à lei, mas podendo decidir com base em direitos fundamentais constitucionais de conceitos amplos e dentro de uma democracia que o investe de garantias constitucionais inafastáveis, além de não estar obrigatoriamente vinculado a nenhuma decisão de tribunal superior, detém um poder discricionário jamais experimentado, ainda mais em um país de “Modernidade tardia”, termo usado por Lênio Streck (STRECK, 1999, p. 19).

A crescente força normativa dos direitos e princípios fundamentais, estes de difícil limitação, muitas vezes não traz uma paz social, visto que pode vir carregada de insegurança jurídica, a partir do momento em que o juiz, ao aplicá-los, não está restrito a nenhum mecanismo de controle no momento da sua decisão. Tal controle só será exercido no caso de um possível recurso. Então, para uma melhor segurança jurídica, e também para uma mais célere prestação jurisdicional, foram criados pelo legislador mecanismos processuais que têm a função criar precedentes obrigatórios.

A Lei nº 9.868/1999, que regula a Ação Direta de Constitucionalidade (ADI), a Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão (ADO) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), já estabelecia, em seu parágrafo único, artigo 28, o efeito vinculante das decisões em sede destas ações.

Um fato de primordial importância na questão de mudança de paradigma do livre convencimento dos juizes na análise da norma sobre o caso concreto está na Emenda Constitucional nº 45/2004, que incorporou à Constituição Federal a obrigatoriedade de todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública em geral de respeitar de forma vinculante as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ações diretas de constitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade, além de inaugurar no direito pátrio a súmula vinculante.

O legislador constitucional, ao estabelecer constitucionalmente o efeito vinculante de certas decisões do Supremo Tribunal Federal, admite que certas decisões proferidas pelo Poder Judiciário são normas que devem ser respeitadas, tanto pelo jurisdicionado, incluindo a Administração Pública, como pelos magistrados, mitigando o princípio do livre convencimento do juiz. O juiz não fica impedido de analisar o caso concreto e considerar, neste particular, se a decisão ou súmula se aplicam ao caso, isto também ocorre na tradição *common law*, trata-se da *distinguishing*.

Outras reformas foram ocorrendo no Código de Processo Civil de 1973 que também começaram a incorporar no processo civil brasileiro mecanismos próprios dos efeitos vinculantes da decisão. Como exemplo, a decisão monocrática de mérito do relator, baseada em súmula ou jurisprudência consolidada de tribunais superiores; a dispensa da remessa necessária nas decisões contrárias à Fazenda Pública e que estivessem de acordo com súmula ou decisão do plenário do STF; o regulamento da questão da repercussão geral, trazida pela EC 45/2004; a criação de procedimentos diferenciados de recursos extraordinários repetitivos e recursos especiais (MELLO; BARROSO, 2016, p. 16).

Todo este esforço legislativo visando neste primeiro momento a segurança jurídica das decisões levou o legislador infraconstitucional no Novo Código de Processo Civil a construí-lo com uma visão marcada pelo respeito às decisões dos tribunais superiores, e introduziu uma outra justificativa, além da segurança jurídica: o respeito à efetividade e à rápida solução do litígio. Estes dois últimos podem ser facilmente verificados em institutos como a tutela de evidência, a improcedência liminar do pedido, o julgamento antecipado (parcial ou total) do mérito, entre outros.

Toda esta mudança de pensamento para se chegar a um sistema de precedentes dentro do direito brasileiro vem carregada de várias alterações filosóficas, ideológicas e culturais, pois o sistema de tripartição de poderes, os princípios constitucionais do juiz natural, do livre convencimento do juiz, as técnicas de hermenêutica e toda a construção de uma tradição jurídica híbrida e ímpar, que é o sistema brasileiro, precisou e precisa ser analisada e discutida.

5.6 OS PRECEDENTES COMO GARANTIA DE SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade só passaram a ser expressamente reconhecidos na legislação pátria com a Constituição Federal de 1988, sendo garantidos como direitos fundamentais da pessoa humana. Já na legislação infraconstitucional, os direitos da personalidade foram expressamente incluídos dentro do Código Civil de 2002.

Ocorre que, por mais que o legislador tenha tentado enumerar alguns direitos da personalidade, tanto na Constituição Federal como no Código Civil, sabe-se que suas características e seu alcance de reconhecimento ainda vêm sendo debatidos pela doutrina e pelos tribunais.

O Código Civil brasileiro apresenta, no seu artigo 11, duas características que o legislador entendeu por serem expressamente dispostas, porém, sabe-se que mesmo estas não são absolutas, conforme o próprio artigo citado expressamente menciona.

Analisando os direitos da personalidade como sendo direitos fundamentais, sabe-se que o texto constitucional não é mera carta de intenção ou de definição política, mas norma a ser respeitada e aplicada por todos, de modo que vislumbra-se que, existindo caso concreto diretamente ligado às características dos direitos da personalidade, sendo necessária sua limitação e até mesmo relativização, tal tarefa caberá aos tribunais.

Cabe aqui a citação de Fábio Andrade, ao debater sobre a necessidade do legislador de incluir expressamente no artigo 11 do Código Civil duas características dos direitos da personalidade que, na verdade, seriam necessárias, pois entende-se que as características e os contornos de aplicação destes direitos fundamentais dependem muito da análise e reposta dos tribunais brasileiros:

pode-se, porém, indagar acerca da conveniência e necessidade de fixar no texto legal as características dos direitos da personalidade, na medida em que esta matéria pode ser desenvolvida no âmbito jurisprudencial. Revela-se, aqui, o zelo excessivo no ordenamento brasileiro em assegurar qualidades aos direitos da personalidade, a fim de prevenir qualquer possibilidade de subtração de suas potencialidades. Além disso, paira a indagação se o objetivo do legislador em cristalizar várias características para os direitos da personalidade não se constitui em um propósito quimérico, tendo em vista que seu exercício é moldado essencialmente pela concretização jurisprudencial (ANDRADE, 2013, p. 90).

Com base nesta afirmativa, os precedentes como norma jurídica que vinculam não somente as partes, mas também todas as situações idênticas, têm total importância no desenvolvimento da aplicação prática tanto das características dos direitos da personalidade quanto da análise do próprio rol destes direitos.

Os precedentes têm como principal função trazer uma maior segurança jurídica na busca de uma tutela jurisdicional justa e igual para todos. A análise pelos tribunais dos direitos da personalidade, como já afirmado anteriormente, direitos fundamentais ligados diretamente às pessoas naturais, e hoje, também aos animais, necessita de um mecanismo de unidade das decisões.

Já foi experimentado no direito brasileiro, por muitos anos, a jurisprudência como meio de se evitar decisões contraditórias, porém, sua característica não vinculativa, mas apenas orientativa, impediu a consagração de uma maior segurança jurídica para resguardar os direitos da personalidade. Desta forma, os precedentes obrigatórios relacionados à aplicação das características dos direitos da personalidade e suas possíveis relativizações têm fundamental importância como fonte normativa de aplicação destes.

A segurança nas decisões judiciais decorre da interpretação da norma de maneira mais uniforme, trazendo uma maior valoração do Poder Judiciário e também uma prestação jurisdicional mais justa e uniforme.

Evidente que a Constituição Federal e o Código Civil apresentam expressamente os direitos da personalidade, porém, sua aplicação, seus limites de renunciabilidade, como por exemplo, a cláusula geral dos bons costumes, entre outros, são temas polêmicos, que envolvem a renúncia (ANDRADE, 2013, p. 91).

Quando se fala em direito da personalidade, previsto expressamente na Constituição, é difícil conceber que a utopia do legislador em querer, em norma infraconstitucional, estabelecer regras e exceções abstratas e futuras, sem a análise do caso concreto, bem como revela a necessidade de aperfeiçoamento de aplicação da norma na tradição *civil law*.

Evidente que nos casos dos direitos de personalidade, sua aplicação efetivamente justa e enquadrada dentro de todos os princípios e direitos constitucionais que o envolvem, só poderá ocorrer com a análise do caso concreto e de suas particularidades envolvidas. O magistrado deverá ponderar dentro das características rígidas deste tipo de direito a melhor forma para a solução e a prestação jurisdicional:

a segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser “Estado de Direito” (MARINONI, 2019, p. 92).

A segurança jurídica e a previsibilidade são importantes, sendo um direito de qualquer jurisdicionado, mas quando se fala em resguardar direito da personalidade, nesse momento, trata-se de um reconhecimento de um direito absolutamente ligado ao indivíduo naquilo que

ele tem de mais importante, sua proteção física, psíquica e moral, direitos inafastáveis, mas que podem ser relativizados a depender da análise do caso concreto.

Na análise de caso concreto para a aplicação da norma, o método a ser utilizado é o indutivo, próprio da tradição *common law* e, uma vez proferida esta decisão por um tribunal supremo, a *ratio decidendi* torna-se norma vinculativa a todos os casos semelhantes, pois deve existir em um Estado de Direito a aplicação isonômica da norma nestas situações.

5.7 OS PRECEDENTES COMO MECANISMO DE EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

No artigo 1º do Código de Processo Civil, o legislador já apresenta preliminarmente uma ligação das normas processuais com os princípios e garantias constitucionais. Um destes princípios constitucionais previstos expressamente no artigo 5º da Constituição Federal, inciso LXXVIII, traz a todos o direito a um processo com duração razoável e que seja garantida sua celeridade na tramitação.

Assim, ao legislador é atribuída a obrigatoriedade de buscar mecanismos processuais mais céleres e também o reconhecimento de que a lei não é a única fonte primária do direito. E isto é perfeitamente observado no Código de Processo Civil, quando este, em vários artigos, substitui a expressão “lei” por “ordenamento jurídico” como fonte de aplicação do direito, como ocorre no artigo 8º do referido Código (MOLINA, 2018).

O artigo 4º do Código de Processo Civil reconhece ao jurisdicionado o direito de uma duração razoável do processo, não bastando, apenas, a atividade satisfativa provisória, já que o que deve ser realizado é a integral solução do mérito de forma definitiva.

Com os precedentes obrigatórios, busca-se, além, é claro, da segurança jurídica, um melhor entendimento de todos os sujeitos envolvidos na efetividade da prestação jurisdicional (advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público e magistrados), de que a interposição de ações contrárias ao precedente e à aplicação de interpretação diferente do precedente existente tem que ser fundamentada na distinção do caso concreto, como ocorre na *distinguishing* do sistema *commom law* (ZANETTI JÚNIOR, 2017).

Com a existência de precedentes vinculantes às partes, aos detentores de capacidade postulatória e aos juízes será mais difícil a interposição de ações “lotéricas”, que eram aventuras processuais e tinham por objeto o reconhecimento de direitos que, muitas vezes, não eram reconhecidos pelos tribunais, mas também não vinculavam o próprio Poder Judiciário. Estes tipos de ações tendem a sucumbir para uma prestação jurisdicional mais segura, evitando ações

judiciais desnecessárias, diminuindo o número de demandas e possibilitando ao magistrado ater-se a outras questões mais complexas, possibilitando uma prestação jurisdicional mais célere (MELLO; BARROSO, 2016).

Sendo o caso de aplicação dos precedentes, no objeto da relação jurídica processual, o processo tem um ganho de agilidade e efetividade na prestação jurisdicional muito considerável, pois vários mecanismos processuais podem ser aplicados, como por exemplo, a improcedência liminar do pedido (art. 332 do CPC), o julgamento antecipado do mérito e o julgamento antecipado parcial do mérito (art. 355 e 356 do CPC, respectivamente), a tutela provisória satisfativa de evidência (art. 311 do CPC), dentre outros.

Com o reconhecimento dos precedentes judiciais obrigatórios, o legislador precisou, no Código de Processo Civil, alterar e criar procedimentos visando um efetivo reconhecimento e o entendimento dos precedentes como forma de fonte normativa. Além disso, será necessário a todos os sujeitos envolvidos no processo um entendimento do que representa os precedentes obrigatórios e quais suas consequências jurídicas.

5.8 BANCO NACIONAL DE DEMANDAS REPETITIVAS E PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

O Código de Processo Civil estabelece no artigo 979, *caput*, que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) deverá conceder ampla divulgação dos precedentes formados nos tribunais, por meio de registro eletrônico. Os tribunais também deverão manter bancos de dados eletrônicos atualizados, com o registro constantemente atualizado das teses jurídicas, que deverão ter, no mínimo, os dispositivos normativos relacionados e os fundamentos determinantes da decisão.

Por meio da Resolução nº 235/2016, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu uma padronização nos tribunais visando exatamente desenvolver um sistema de banco de dados com o intuito de facilitar a consulta de decisões judiciais que formam precedentes obrigatórios, conforme o rol do artigo 927 do Código de Processo Civil.

Celso Hiroshi Iocohama, ao tratar da temática referente ao acesso à justiça e a segurança jurídica, relata preocupação acerca do instituto da repercussão geral, que para o doutrinador, deve ser melhor aprimorado, porém é um passo importante para a busca da unidade das decisões judiciais (2018, p. 173-174):

Há luzes para que se construa um Direito brasileiro a partir de um sistema jurisprudencial que tenha coerência para tratar as pessoas de forma isonômica, gerando uma confiabilidade quanto aos julgamentos por não se permitir distinções de

resultados da atuação do Poder Judiciário pautados unicamente no que pensa um ou outro juiz ou Tribunal (IOCOHAMA, 2018, p. 179).

Dentro deste sistema que visa sistematizar uma pesquisa mais completa e simplificada dos precedentes obrigatórios, foi criado pelo Conselho Nacional de Justiça o “Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios”.

O legislador, ao estabelecer a necessidade da criação deste banco nacional de precedentes, mantém uma coerência lógica dentro do Código de Processo Civil, pois permite ao jurisdicionado ter acesso irrestrito e mais simplificado à norma jurídica vinculante.

A formação de precedentes normativos dentro de um Estado Democrático de Direito, requer a fase dialética, visando uma formação onde se dê ampla abertura para que todos os sujeitos envolvidos no processo e aqueles que possam ser atingidos pelos precedentes se manifestem e ajudem na elaboração. Mas também existe, após a formação do entendimento, a necessidade de acesso fácil e rápido ao precedente normativo obrigatório, visando exatamente que este seja aplicado e respeitado pelos juízes e tribunais, bem como pelo cidadão, que passa a ter suas relações interpessoais reguladas por ele.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Toda a pesquisa bibliográfica e de decisões dos tribunais brasileiros teve como escopo demonstrar que os objetivos apontados para o presente trabalho são uma preocupação recorrente aos operadores do direito.

O neoconstitucionalismo foi importantíssimo para a evolução técnica hermenêutica na prestação jurisdicional, pois possibilitou aos juízes e tribunais em todo território nacional aplicar os princípios e regras existentes na Constituição Federal, propiciando o reconhecimento de direitos que dificilmente seriam regulamentados pelo legislador ou reconhecidos através de políticas públicas pelas esferas administrativas.

A constitucionalização dos direitos acabou por atingir tanto o Direito Civil como o Processo Civil, sendo que ambos, mesmo sendo classificados em ramos distintos, um ligado ao Direito Privado e o outro ligado ao Direito Público, respectivamente, por muito tempo foram vistos como ramos ligados à vontade exclusiva dos sujeitos da relação jurídica material e ao rigor técnico e preclusivo dos atos processuais.

Tanto o Direito Civil como o Direito Processual Civil eram desenvolvidos com base em uma cultura tecnicista, mais preocupada com a formalidade do ato jurídico do que com a intenção ou proteção dos sujeitos e relevância social do contrato e do processo.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a sua manutenção como formadora de um Estado Democrático de Direito ocorreu um amadurecimento nas instituições, e também nos estudos científicos para o desenvolvimento político, administrativo e jurídico no Brasil, e este fenômeno existe até hoje, com a constante evolução do Estado Democrático.

Dentro deste momento evolutivo, que ocorreu nas últimas três décadas, a constitucionalização do Direito Civil e do Direito Processual Civil acabou por apresentar diversas soluções, mas também veio carregada de diversos problemas.

No Direito Civil, o reconhecimento de direitos da personalidade mesmo antes do Código Civil de 2002, e de uma cláusula geral dos direitos da personalidade foi um marco para a proteção do ser humano, mesmo naquelas relações classificadas como privadas e que detinham um grau de liberdade e disponibilidade muito acentuado.

A relativização de certas características dos direitos da personalidade também foi um trabalho árduo e que vem sendo desenvolvido até hoje pela doutrina e pelos tribunais, buscando adequar tais características. Quando se fala em direitos originários, eivados de generalidade, vitalícios e necessários, estas são características incontroversas dos direitos da personalidade.

O problema inicia-se quando se afirma um caráter absoluto do conteúdo destes direitos – aqui começam as celeumas doutrinárias e nos tribunais.

Este problema é agravado pela liberdade atribuída ao magistrado em decidir conforme a sua convicção, pois dentro do reconhecimento de direitos fundamentais, incluindo os direitos da personalidade, a existência de cláusulas abertas e de conceitos jurídicos indeterminados acaba por ampliar o grau de discricionariedade do magistrado, possibilitando decisões lotéricas e que em nada ajudam na prestação jurisdicional.

A falta de unidade e coerência nas decisões judiciais, baseadas em um Judiciário que tem a liberdade de convencimento exacerbada, acarreta um descrédito no próprio Poder Judiciário e uma judicialização quantitativa e não qualitativa, tornando a prestação jurisdicional lenta, ineficaz, ineficiente, insegura e conectada à sorte.

O Código Civil traz expressamente três características dos direitos da personalidade, que são: indisponibilidade, intransmissibilidade e irrenunciabilidade, estas como sendo absolutas. Porém dentro uma perspectiva constitucional do Direito Civil, analisar o texto legal de forma literal ou restritiva acarretaria prejuízo à tutela dos direitos da personalidade.

Mas o fato de que cada magistrado poderá interpretar, analisar e julgar casos parecidos ou, até mesmo, idênticos, de maneira diferente, pode causar um mal maior que o prejuízo a estas tutelas, por ocasionar na sociedade o descrédito acerca de quem detém o poder de reconhecer estes direitos, mesmo que outros poderes não os reconheçam.

Assim, o pensamento hermenêutico atual busca mecanismos que tornem a função de prestar a jurisdição mais coerente, estável, segura, eficiente e eficaz. A preocupação por elementos objetivos que tendem a diminuir o grau de subjetividade e discricionariedade nas decisões judiciais é tema de vários estudos dentro das universidades brasileiras.

Atualmente, não se busca um juiz livre para decidir conforme seu convencimento, pois já ficou evidente que isto apenas gera confusão, insegurança e a insatisfação do jurisdicionado. Desta forma, um juiz que decide conforme sua convicção legal, moral e religiosa não está decidindo observando o sistema jurídico onde ele é mais uma engrenagem.

Dentro da tentativa sistêmica de tornar a atividade jurisdicional mais coerente e composta de unidade e previsibilidade, o legislador desenvolveu no Código de Processo Civil de 2015 um microssistema de decisões vinculativas. Esta tentativa não é inédita no ordenamento jurídico brasileiro, pois já em 2005, o legislador constituinte derivado, preocupado com o grau de desrespeito às decisões do Supremo Tribunal Federal pelos juízes de Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, através da Emenda Constitucional nº 45, incorporou no texto da

Constituição as súmulas vinculantes, com objetivo claro de tentar reduzir o problema da liberdade de convencimento e convicção dos magistrados ao prestaram a jurisdição.

Em 2016, entra em vigência o Código de Processo Civil, que com a nítida tentativa de tornar as decisões judiciais mais coerentes, íntegras e estáveis, introduz os precedentes, que deverão ser obrigatoriamente observados pelos juízes e tribunais.

A utilização de precedentes no Brasil será realizada de forma gradual e deverá passar por vários momentos de evolução científica e legislativa. Pois utilizar-se de decisões das cortes de vértice, como sendo norma vinculativa, é uma transformação cultural exorbitante, e que não ocorrerá com a simples vigência de uma legislação infraconstitucional, pois desconsiderar o texto legal ou interpretá-lo conforme se deseja também faz parte da cultura jurídica nacional.

O direito deve se amoldar aos tempos e, após a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal, o receio era que os direitos individuais, sociais e coletivos fossem sonogados, esquecidos e não reconhecidos pelo Estado. De alguma forma foram, mas pelo Poder Executivo, já que o Poder Judiciário começou um trabalho de reconhecimento e tentativa de efetivação dos direitos previstos na Constituição, mas isso causou a judicialização quantitativa, pois reconhecer sem unidade, coerência e estabilidade é tornar o caminho para a tutela de um direito como uma incógnita, que não pode existir em um Estado de Direito maduro.

Hoje se busca a segurança jurídica, pois com ela procura-se atingir a celeridade e a eficiência na prestação jurídica, a eficácia na tutela jurisdicional e o equilíbrio nas normas jurídicas, tornando o ordenamento jurídico mais estável e desenvolvido.

Dentro deste amadurecimento é que na aplicação dos precedentes no Brasil houve o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como “Cortes Supremas” e essenciais para transformar a cultura “do livre convencimento motivado” em “decisão devidamente fundamentada com análise das questões principais e respeito às normas”.

O Código de Processo Civil de 2015 não se preocupou apenas com a questão da força vinculativa das decisões das cortes de vértice, na verdade, a relação jurídica processual passa por uma transformação de finalidade, onde a função educativa também passa a ser considerada. Princípios como a boa-fé, a cooperação entre os sujeitos do processo e as tentativas de resolução de conflitos de forma consensual são elementos que demonstram a tentativa de um Poder Judiciário mais conectado ao sistema jurídico, e não apenas impondo decisões.

Outro fator de preocupação do Código de Processo Civil é relacionado ao artigo 489, §1º, que introduz um rol de situações de deverão ser observadas pelos sujeitos do processo, principalmente os magistrados, pois caso ocorra alguma das situações previstas no referido diploma legal, a decisão judicial será considerada não fundamentada.

O que se busca é uma melhor prestação jurisdicional, que seja esta mais efetiva, eficiente, célere, segura e realmente realizada dentro de um processo dialético e democrático, com a participação do maior número de interessados possível.

A busca por um processo dialético e democrático tem por característica tornar as questões de direito, que são discutidas no processo e estão em torno de um caso concreto, realmente objeto de deliberações, fundamentações e perspectivas, tanto dos sujeitos da relação jurídica processual como daqueles que de alguma forma tenham interesse jurídico e institucional na resolução da causa, pois em um sistema de precedentes vinculativos a necessidade de discussão sobre alguma questão de direito é primordial.

Os precedentes foram introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro visando equacionar um problema muito grave e que vinha prejudicando a prestação jurisdicional. Os direitos da personalidade, sendo originários do ser humano, e ligados à proteção de sua essência, são direitos reconhecidos constitucionalmente e infraconstitucionalmente. Infelizmente, o Código Civil, com relação a estes direitos, acabou sendo conservador demais, não possibilitando uma visão mais atual e dinâmica destes.

Assim, muito da evolução dos direitos da personalidade ocorreu através de reconhecimento estatal advindo do Poder Judiciário que, em suas decisões, gradativamente reconheceu direitos e declarando-os como originários do ser humano, também relativizando algumas características, com o objetivo de melhor tutelá-los.

Um Poder Judiciário mais seguro e maduro nas suas decisões, onde uma questão resolvida pelas Cortes Supremas torna-se norma vinculativa para todos os seus órgãos jurisdicionais, tende não apenas a declarar, mas também efetivar, de maneira eficaz, as tutelas ligadas aos direitos inerentes ao homem e que sempre dependeram de proteção, principalmente jurisdicional.

Os direitos da personalidade evoluíram no ordenamento jurídico pátrio preliminarmente baseados na doutrina e nas decisões dos tribunais brasileiros. A redemocratização e a manutenção da vigência da Constituição Federal de 1988 causou uma segurança nas instituições e, principalmente, o reconhecimento e o desenvolvimento dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade.

Nesta perspectiva, outros dois fenômenos ocorreram nas três últimas décadas: a judicialização e o ativismo judicial, onde a inércia administrativa e legislativa causou uma excessiva busca por tutelas jurisdicionais visando o reconhecimento e o cumprimento de direitos inerentes ao ser humano, mas as divergências das decisões judiciais e a falta de critérios

objetivos para a interpretação de todo o ordenamento jurídico levou o legislador à necessidade de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Este aperfeiçoamento tem como um dos principais mecanismos de segurança jurídica, eficácia, eficiência, efetividade e unidade, as decisões vinculativas.

Os precedentes normativos foram implantados no ordenamento jurídico por meio legislativo, através da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil), e têm a função de controlar a discricionariedade na interpretação da norma pelos juízes e tribunais, criando uma unidade nas decisões judiciais com o objetivo de construir as relações sociais de forma mais segura e efetiva.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Precedentes e a Tetralogia de Streck. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 16, n. 1343, 24 out. 2016. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/342-artigos-out-2016/7776-precedentes-e->. Acesso em: 12 nov. 2020.

ARAUJO, Victor Guimarães. Fundamentação das Decisões: STJ e o artigo 489, §1º, IV do CPC/15. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <https://victorguimaraesaraujo1.jusbrasil.com.br/artigos/534398145/fundamentacao-das-decisoes-stj-e-o-artigo-489-1-iv-do-cpc-15>. Acesso em: 7 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1517>. Acesso em: 7 out. 2020.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 11-100, dez. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 8 out. 2020.

_____. Os três papéis desempenhados pelas supremas cortes nas democracias constitucionais contemporâneas. *In*: MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida (coords.). **Democracia e Sistema de Justiça**: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 365-383.

_____. **Um outro país**: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1530>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes Vinculantes e a Aplicação do Direito Brasileiro na Convenção de Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade**: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2014.

BEMQUERER, Marcos. **Introdução Ao Direito Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O Positivismo Jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>. Acesso em: 8 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 7 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 279.889/AL. (2001/0154059-3)**. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, 14 de agosto de 2002. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101540593&dt_publicacao=07/04/2003. Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 21.315/DF (2014/0257056-9)**. Relatora: Ministra Diva Malerbi, 8 de junho de 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862180045/embargos-de-declaracao-no-mandado-de-seguranca-edcl-no-ms-21315-df-2014-0257056-9/inteiro-teor-862180080?ref=juris-tabs>. Acesso em: 7 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.676.027-PR (2017/0131484-0)**. Relator: Ministro Herman Benjamin, 26 de setembro de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514568082/recurso-especial-resp-1676027-pr-2017-0131484-0/inteiro-teor-514568092>. Acesso em: 7 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. Relator: Ministro Celso de Mello, 4 de maio de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345htm>. Acesso em: 7 out. 2020.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____. Reputando Montesquieu? A Expansão e a Legitimidade da “Justiça Constitucional”. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, ano 12, n. 40, p. 15-49, 2001. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/revistatrf4/arquivos/Rev40.pdf>. Acesso em: 7 out. 2020.

CARDOSO, Oscar Valente. A relevância dos precedentes para a eficiência da justiça no Brasil. **Revista Eletrônica CNJ**, Brasília, v. 3, n. 2, p. 92-97, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/view/71>. Acesso em: 7 out. 2020.

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Questões atuais sobre o direito ao próprio corpo na legalidade constitucional. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (coords.). **Direito Civil, Constituição e Unidade do**

Sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso do Ibdcivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 33-45.

CONCEIÇÃO, Marcia Dominguez Nigro. **Conceitos Indeterminados na Constituição:** requisitos da relevância e urgência. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA, Renan Severo. **Introdução ao Estudo do Direito.** Campinas: Alínea, 2017.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade.** 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.** 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1808>. Acesso em: 30 out. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DUSBURY, Neil. **The Nature and Authority of precedent.** New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra.** São Paulo: Boitempo, 2010.

FACHIN, Zulmar; SAMPAR, Rene. **Teoria do Estado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FRANCO, Marcelo Veiga. **Processo Justo.** Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1601>. Acesso em: 9 nov. 2020.

GALIO, Morgana Henicka. O Direito e a cultura jurídica na tradição *Common Law*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (coord.). **Fundamentos de História do Direito.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GOGLIANO, Daisy. **Direitos Privados da Personalidade.** São Paulo: Quartier Latin, 2013.

GONZALES, Douglas Camarinha. Apontamentos sobre as semelhanças e diferenças do direito sob a perspectiva da common law e do sistema romanístico. **Revista Centro de Estudos Jurídicos**, Brasília, v. 13, n. 46, p. 71-77, set./2009.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GROSSI, Simona. **The U.S. Supreme Court and the Modern Common Law Approach**. New York: Cambridge University Press, 2015.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HASELOF, Fabíola Utzig. **Jurisdições Mistas**: um novo conceito de jurisdição. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

HERZL, Ricardo Augusto. **Crítica Hermenêutica do Direito Processual Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1542>. Acesso em: 7 out. 2020.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

_____. **Os Elementos da Lei Natural e Política**. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2003.

HOLLIDAY, Gustavo Calmon. **A Reclamação Constitucional no Novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

HUNT, Lynn. **A Invenção dos Direitos Humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

IUCHI, Celso Hiroshi, **Acesso à Justiça e (In)Segurança Jurídica**: O Conhecimento e a Determinação dos Direitos no Sistema Brasileiro. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 45, n. 144, Junho, 2018.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Comentários às súmulas vinculantes**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1505>. Acesso em: 5 out. 2020.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O Estado como Integração**: Um confronto de Princípios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LANDA, César. La Jurisdicción Constitucional em América Latina: Los retos y desafíos entrado en siglo XXI. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 12, n.

39, p. 47-76, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/673>. Acesso em: 6 out. 2020.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEITE, Glauco Salomão; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Racionalidade e segurança na interpretação do Direito: os deveres do juiz e os precedentes no Novo Código de Processo Civil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, ano 14, n. 20, p. 223-243, jul./dez. 2016.

LUNELLI, Guilherme. **Direito Sumular e Fundamentação Decisória no CPC/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1400>. Acesso em: 7 out. 2020.

MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na Arbitragem**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. **O STJ enquanto cortes de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____; _____. **Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MATTIETTO, Leonardo. Dos direitos da personalidade à cláusula geral de proteção da pessoa. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 16, p. 11-25. set./dez. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/335383845_Dos_direitos_da_personalidade_a_clausula_geral_de_protecao_da_pessoa. Acesso em: 7 out. 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAZIERO, Luís Guilherme Soares. **Precedentes judiciais obrigatórios**: à luz da teoria pura do direito. Curitiba: Juruá, 2019.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15, n. 3, p. 9-52, set. 2016. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854>. Acesso em: 7 out. 2020.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2017.

MOLINA, André Araújo. Litigância de má-fé por desrespeito aos precedentes. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, v. 4, n. 2, p. 707-738, mar. 2018. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/2/2018_02_0707_0738.pdf. Acesso em: 8 out. 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida. **Democracia e Sistema de Justiça**: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli na Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MOUTINHO, Maria Carla G. A boa-fé como limitadora da autonomia privada no exercício da disponibilidade dos direitos da personalidade. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coords.). **Boa-fé e Sua Aplicação No Direito Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 65-77.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da Personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Código Civil Comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, António José Avelãs. **A Revolução Francesa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1468>. Acesso em: 7 out. 2020.

NUNES, Dierle ; SILVA, Natanael Lud Santos e. **Código de Processo Civil: Lei nº 13.105/2015: Lei de Mediação: Lei nº 13.140/2015: referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da legislação**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo Constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1363>. Acesso em: 8 ago. 2020.

OLIVEIRA, Weber Luiz de **Precedentes Judiciais na Administração Pública**: Limites e possibilidades de aplicação. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAMOS, Carlos Henrique; MOUSINHO, Isabel Ribeiro. O novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes vinculantes. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, Belo Horizonte, ano 13, n. 98, p. 57-94, abr./jun. 2017. Disponível em:

https://www.academia.edu/33465075/O_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_e_o_sistema_de_precedentes_vinculantes. Acesso em: 8 out. 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 20. ed. Saraiva: São Paulo, 1993.

REGO, Frederico Montedonio. **Repercussão geral: uma releitura do direito vigente**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para Morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SALES, Teresa Helena Barros. **O *amicus curiae* e a consolidação de precedentes na vigência do Código de Processo Civil de 2015: uma análise dessa modalidade de intervenção nos processos das Varas Cíveis de São Luís e Tribunal de Justiça do Maranhão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____; KONDER, Carlos Nelson. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

SOARES, Marcelo Negri. **Amicus Curiae no Brasil: um terceiro necessário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 953, p. 203 -222, mar, 2015.

_____; RORATO, Izabella Freschi. **Ação Rescisória**. 2. ed. São Paulo: Blucher, 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. **Majority Rule or Minority Will: Adherence to Precedent on the U.S. Supreme Court**. Cambridge: Cambridge, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336>. Acesso em: 4 ago. 2020.

_____. **Precedentes judiciais e Hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____. Uma Análise Hermenêutica dos Avanços Trazidos pelo Novo CPC. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 1, p. 144-167, 2016. Disponível em; <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/39>. Acesso em: 7 out. 2020.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua Tutela**. 2. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2005.

TARUFFO, Michele. Icebergs da Common Law e Civil Law? Macrocomparação e Microcomparação Processual e o Problema da Verificação da Verdade. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 181, n. 1, p. 167-168, mar. 2010.

_____. **La Motivación de la Sentença Civil**. Cidade do México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e parte geral**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TASSE, Adel El. **A “crise” no Poder Judiciário**: a falsidade do discurso que aponta os problemas, a insustentabilidade das soluções propostas e os apontamentos para a democratização estrutural. Curitiba: Juruá, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *In*: TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coords.). **Teoria Geral do Direito Civil: Questões Controvertidas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 153-186.

TEPEDINO, Gustavo. Acesso aos direitos fundamentais, bens comuns e unidade sistemática do ordenamento. *In*: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (coords.). **Direito Civil, Constituição e unidade do sistema**: anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 17-32.

_____; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. **Da Dogmática À Efetividade do Direito Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Disponível em; <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1495>. Acesso em: 10 nov. 2020.

TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei**: entre Positivismo Jurídico, Póspositivismo e Pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TUCCI, José Rogério Cruz e *et al.* (coords.). **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2019.

VENOSA, Silvio da Salvo. **Direito Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição Constitucional e Direito Constitucional Internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - civil law e common law. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out. 2009.

_____. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law* e *common law*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 99, n. 893, p. 33-45, mar. 2010.

_____; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____ *et al.* **Primeiros comentários ao novo código de processo civil artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1581>. Acesso em: 15 out. 2020.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015. **Revistas dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 371-388, jul. 2016.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade: aspectos essenciais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____ *et al.* Os Direitos da Personalidade em Face da Dicotomia Direito Público - Direito Privado. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 19, n. 8, p. 208-220, jan. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3203>. Acesso em: 7 out. 2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia social da prestação jurisdicional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 31, n. 122, p. 291-296, abr./jun. 1994. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176210>. Acesso em: 4 out. 2020.