

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

Ramiro Freitas de Alencar Barroso

**Pactos de Não-fundamentação:
Por que e para quem os juízes julgam?**

Brasília

2025

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

Ramiro Freitas de Alencar Barroso

Pactos de Não-fundamentação:

Por que e para quem os juízes julgam?

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de doutor.

Orientador: Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo

Brasília

2025

Ramiro Freitas de Alencar Barroso

Pactos de Não-fundamentação:

Por que e para quem os juízes julgam?

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de doutor.

Orientador: Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo

Brasília, 27 de fevereiro de 2025

BANCA EXAMINADORA

Dr. Juliano Zaiden Benvindo
orientador

Dr. Pablo Malheiros da Cunha Frota
Universidade Federal de Goiás

Dra. Daniela Marques de Moraes
Universidade de Brasília

Dr. Beclaute Oliveira Silva
Universidade Federal de Alagoas

Dra. Paula Pessoa Pereira
Universidade de Brasília

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao saudoso Miroslav Milovic, pensador que, ainda no curso de filosofia, introduziu-me ao tormentoso debate sobre os fundamentos ontológicos do Direito e as suas consequências (devastadoras) na modernidade. Autores como Agamben e Foucault despertaram em mim ansiedades existenciais tão profundas, que moldam até hoje as minhas intuições acadêmicas, mesmo que sob um viés reconstrutivo da prática jurídica, próprio de alguém que ainda acredita no Direito como vetor de transformações sociais para a construção de um mundo melhor, apesar da nossa realidade recalcitrante.

Agradeço ao meu orientador, Juliano Zaiden Benvindo, por seu papel central na moderação das pretensões normativas desta pesquisa, ao abrir-me as portas para perspectivas de análise institucional mais pragmáticas, que foram determinantes para a estrutura do argumento defendido ao longo do trabalho.

Aos juristas e companheiros de debates de longa data, Pablo Malheiros da Cunha Frota, Marcus Vinícius Fernandes Bastos, Henrique Porto de Castro, Breno de Andrade Zoheler Santa-Helena, e Joanir Fernando Rigo, com quem discuti diversas das ideias que serão exploradas adiante. Suas objeções, dúvidas e sugestões certamente contribuíram para a melhoria do produto final. As eventuais deficiências que permanecem certamente não são culpa deles, críticos argutos que sempre foram, mas sim da minha própria teimosia.

Aos amigos e irmãos em armas de Caputo, Bastos e Serra, com quem compartilho as agruras diárias da advocacia. Em especial, meus agradecimentos aos mentores, Francisco Queiroz Caputo Neto e Gustavo Henrique Caputo Bastos, que me forneceram as ferramentas técnicas da advocacia, mas acima de tudo, ensinaram-me, pelo exemplo, as virtudes morais dessa importante profissão. Essa sabedoria prática, tão fundamental quanto escassa nos nossos tempos, precisa ser resgatada pelos colegas de profissão, ou não seremos capazes de resistir às hordas instrumentalistas que tentam, dia após dia, reduzir o advogado a um mero acessório da Justiça.

Aos meus pais, pelo espírito de investigação e encantamento com o mundo que inculcaram em mim desde a primeira infância. Aos meus sogros, que tanto auxiliaram nos assuntos domésticos, para que eu pudesse me dedicar à pesquisa. De maneira singular, agradeço à minha esposa, que enfrentou sozinha as dificuldades de cuidar de nossos filhos por noites a fio, em fins de semana, feriados e férias, sem jamais abandonar a ternura e o sentimento de cumplicidade que sustentam um casamento feliz. À Vanessa, todo o meu amor.

Aos meus filhos, Juliana e Martina, pela graça de me fazerem pai, a experiência mais concreta da vida.

Por fim, ao Ermil e à Sempronia, nossos gatos — parceiros noturnos e atentos observadores do mundo espiritual — que me acompanharam pelas madrugadas, sempre curiosos, mas sem emitir juízos ou críticas, exceto pelos ocasionais arranhões.

*one cannot assume that one will get closer to the
good society by acting as if one had already arrived*
(Jon Elster)

RESUMO

A fundamentação judicial está em crise no país. Este é um diagnóstico tão compartilhado quanto enganoso. Ao passo que a jurisdição contenciosa se torna cada vez mais massificada, em todos os graus de jurisdição, também aumenta a demanda por sua crescente especialização quantitativa, focada na entrega de resultados rápidos e com efeitos multiplicativos, apoiados por tecnologias e inovações técnicas constantes, que mais associam o dia a dia dos tribunais ao funcionamento de uma máquina bem lubrificada do que à concepção romântica dos fóruns tomados por oradores brilhantes, capazes de, pela sedução da palavra, edificar as bases do direito. A tese busca abordar o problema da fundamentação judicial a partir da chave interpretativa dos “pactos de não-fundamentação”, definidos como arranjos institucionais internos ao Poder Judiciário, destinados a viabilizar o gerenciamento de grandes volumes processuais e a fixação de entendimentos estratégicos, sem que a exigência constitucional de justificação concreta dos atos decisórios se apresente como um obstáculo operativo. A partir de uma concepção do direito como integridade, que pensa o ambiente argumentativo do processo como condição de legitimidade da autoridade judicial, será realizada uma revisão crítica da produção bibliográfica sobre o problema da fundamentação no Brasil, com o intuito de demonstrar que abordagens estritamente estruturais ou excessivamente normativas falham em compreender o fenômeno em suas conformações políticas e institucionais específicas. Os pactos de não fundamentação serão caracterizados a partir da análise qualitativa de julgados de diversos tribunais, com destaque para o TJDFT, o TST, o STJ e o STF, Com apoio em teorias institucionalistas, será defendido que esses pactos são especializações estratégicas dos Tribunais em face de uma realidade percebida como incompatível com as exigências de fundamentação exaustiva, causando um processo de entrincheiramento da inconstitucionalidade, agravado por falhas sistemáticas de coordenação e cooperação entre juízes e os diversos atores da sociedade civil. Ao final, será defendido que a persistência dos pactos de não-fundamentação e o seu agravamento por soluções de *design* institucional focados na crescente capacidades produtivas dos Tribunais tendem a exaurir, no longo prazo, a legitimidade do Poder Judiciário, predicada nas virtudes extraordinárias de seus juízes.

PALAVRAS-CHAVE: fundamentação judicial; pactos de não-fundamentação; institucionalismo coordenação; cooperação; virtudes judiciais.

ABSTRACT

Judicial reasoning is said to be in crisis in the country. This is a diagnosis as widely shared as it is misleading. As litigation becomes increasingly widespread at all branches of the judiciary, the demand for greater quantitative specialization also grows, with a focus on delivering swift judgments with a multiplying effect, supported by continuous technological and technical innovations. This dynamic increasingly aligns the daily operations of courts with the workings of a well-oiled machine rather than with the romanticized conception of forums animated by brilliant orators, capable of shaping the foundations of law through the sheer power of persuasive speech. This thesis seeks to address the issue of judicial reasoning through the interpretive framework of “non-reasoning pacts”, defined as institutional arrangements within the Judiciary aimed at managing large caseloads and establishing strategic precedents without allowing the constitutional requirement of concrete justification of judicial decisions to become an operational obstacle. Based on a conception of law as integrity, which considers the argumentative environment of legal proceedings as a condition for the legitimacy of judicial authority, a critical review of the scholarly literature on the issue of judicial reasoning in Brazil will be conducted. The objective is to demonstrate that strictly structural or excessively normative approaches fail to grasp the phenomenon in its specific political and institutional configurations. Non-reasoning pacts will be characterized through a qualitative analysis of rulings from various courts, with particular emphasis on the TJDFT, TST, STJ, and STF. Drawing on institutionalist theories, it will be argued that these agreements represent strategic specializations of courts in response to a reality perceived as incompatible with the demands of exhaustive reasoning, leading to a process of entrenching unconstitutionality. This process is further exacerbated by systematic failures in coordination and cooperation among judges and various civil society actors. Ultimately, it will be argued that the persistence of non-reasoning pacts, and their amplification via institutional design solutions focused on increasing the productive capacities of courts, tend to exhaust, in the long run, the legitimacy of the Judiciary, which is predicated upon the extraordinary virtues of its judges.

KEYWORDS: judicial reasoning; non-reasoning pacts; institutionalism; coordination; cooperation; virtue jurisprudence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
A DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA, OS MARCOS TEÓRICOS E A ESTRATÉGIA DE ABORDAGEM	11
1 A CRISE DE FUNDAMENTAÇÃO SOB AS PERSPECTIVAS ESTRUTURAL E JUDICATIVA	16
1.1 A ABORDAGEM ESTRUTURAL E AS OPÇÕES INSTITUCIONAIS DE MODERNIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	20
1.1.1 As sirenas do precedente e o canto da racionalização/simplificação do processo decisório	33
1.2 O NORMATIVISMO INCONDICIONAL DA CRÍTICA JUDICATIVA	52
1.2.1 O Normativismo Incondicional em Espécie	58
2 OS PACTOS DE NÃO FUNDAMENTAÇÃO: CORRUPÇÃO SISTÊMICA E ESTRATÉGIA DE SOBREVIVÊNCIA	66
2.1 A FUNDAMENTAÇÃO EXAUSTIVAMENTE SUFICIENTE DO ART. 489 DO CPC67	
2.2 FUNDAMENTAR SOBRE NÃO FUNDAMENTAR. AS DECISÕES <i>PER RELATIONEM</i> DO TST	81
2.3 O CASO DOS DISTRATOS IMOBILIÁRIOS	90
2.4 A TRANSFORMAÇÃO INDIRETA DA COMPETÊNCIA SOBRE AS RELAÇÕES DE EMPREGO	107
2.5 A NÃO FUNDAMENTAÇÃO COMO CORRUPÇÃO SISTÊMICA. O ENTRINCHEIRAMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL	122
3 NÃO FUNDAMENTAR É “FAZER SUA A LIDE”. OS PERIGOS DA INSTRUMENTALIZAÇÃO DA VIRTUDE JUDICIAL	140
3.1 A ÉTICA DAS VIRTUDES DE MCINTYRE E O CONSTITUCIONALISMO DO DISSENSO NA REVOLTA CAMPONESA DE TROMBAS E FORMOSO	143
3.2 A ÉTICA DA VIRTUDE JUDICIAL EM SOLUM, A FUNDAMENTAÇÃO COMO MEIO E A DECISÃO CORRETA COM FIM	149
3.3 NÃO FUNDAMENTAR É FAZER SUA A LIDE.....	160
4 CONCLUSÕES: POR QUE E PARA QUEM OS JUÍZES JULGAM?	166
REFERÊNCIAS	170

INTRODUÇÃO

O Ministro Sebastião Alves dos Reis Júnior tem vocalizado, nos últimos anos, intensa frustração com o número de processos julgados pelo STJ e com o estado geral da jurisdição contenciosa brasileira. Para o magistrado, a Corte tem sido flagelada pela litigiosidade ostensiva de promotores e advogados, pela recalcitrância de juízes e colegiados regionais em se adaptarem a um regime de respeito aos precedentes e pela irracionalidade das demandas por ampliação das hipóteses de cabimento de sustentações orais e de julgamentos colegiados dos recursos, exigências que seriam insensíveis às capacidades efetivas do Tribunal.

As manifestações do ministro, por vezes emitidas por meio de apartes em sessões de julgamento, chamam a atenção pela exasperação, que evoca um sentimento de impotência raramente observado em figuras públicas. Em sessão de 1º de junho de 2021, da 6ª Turma do STJ, aproveitando um caso em que se discutia o furto de bem avaliado em R\$4,00, o magistrado promove uma digressão sobre o volume progressivo de demandas recebidas pelo Tribunal ano a ano e conclui ser “humanamente impossível julgar essa quantidade de processos”¹. No ano seguinte, em 13 de setembro de 2022, também em julgamento na 6ª Turma, mais uma vez comentando o número de processos novos que os ministros recebem diariamente, implorou – este foi o verbo utilizado - por “uma consciência geral, de que nós devemos pensar num todo”²³. Já em 12 de dezembro de 2023, em pronunciamento que, inclusive, adentrou por comparações com a Corte de Cassação da França, o Ministro disse o seguinte:

eu fico muito preocupado porque as discussões que eu ouço em geral se referem à monocratização das decisões, à dificuldade de sustentação oral, dificuldade de acesso aos ministros, decisões muitas vezes superficiais etc. Eu não discordo que várias das críticas que nós recebemos são verdadeiras. Agora, eu só faço uma pergunta, uma pergunta muito singela e que ninguém, até hoje, conseguiu me responder [...]: como nós vamos julgar – eu julgaria - 14 mil processos em órgãos colegiados? Eu só gostaria que alguém me respondesse isso. Essa é nossa realidade.⁴

É interessante notar, nessas intervenções, que a frustração com as condutas dos diversos atores envolvidos nas contendas submetidas ao Poder Judiciário não revela qualquer compreensão estruturada sobre a natureza do problema, o que, de certo modo, demandaria do

¹ APÓS trancar ação de furto de 4 reais, ministro do STJ se indigna com volume de processos. **Migalhas**, Ribeiro Preto, 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=znell1RxxZ0>. Acesso em: 10 jun. 2024.

² CONSULTOR JURÍDICO. Em sessão com 47 sustentações orais, ministro implora por consciência sistêmica. São Paulo: Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-13/sessao-47-sustentacoes-ministro-stj-consciencia/>. Acesso em: 10 fev. 2024;

³ MINISTRO Sebastião Reis se indigna com 45 sustentações em sessão e implora por consciência geral. **Migalhas**, Ribeirão Preto, 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=SjNdm7hHOI0>. Acesso em: 10 jun. 2024.

⁴ MIGALHAS. Sebastião Reis critica excesso de processos: "como vamos julgar?". **Migalhas**, 2023. <https://www.migalhas.com.br/quentes/398861/sebastiao-reis-critica-excesso-de-processos--como-vamos-julgar>. Acesso em: 10 jun. 2024.

magistrado que ofertasse alguma proposta. Muito pelo contrário, o compartilhamento da “culpa” entre juízes, promotores e advogados se apresenta mais como um artifício retórico, que comunica um estado de falência coletiva, para a qual não se vislumbra qualquer solução. Não parece crível que o ponto desses discursos seja o de gerar qualquer ação concreta por parte dos “culpados”, como se, a partir de uma epifânica conscientização coletiva, promotores fossem abdicar do seu excessivo zelo acusatório, advogados renunciariam a recursos e sustentações orais tidas por dispensáveis e juízes de primeiro grau aceitariam o papel de reprodutores obedientes dos precedentes vinculantes de Tribunais Superiores.

As reprimendas do Ministro são formuladas sem qualquer perspectiva de ação concreta. As alternativas analisadas são logo descartadas, como a breve menção, no discurso de 12 de dezembro de 2023, à possibilidade de se aumentar o número de integrantes do STJ. A sugestão é logo afastada como insustentável politicamente, dada a insatisfação generalizada com o alto custo do Poder Judiciário, o que inviabilizaria qualquer proposta baseada na multiplicação desses gastos. A resignação é o que verdadeiramente se extrai desses e de outros apelos parecidos, embora mais reservados, que se ouvem diariamente nos corredores de Tribunais, repartições e escritórios de advocacia. As decisões são mesmo superficiais, admite o Ministro, os advogados têm difícil acesso ao julgador e os julgamentos colegiados não são a regra. É lamentável, mas essa é a “nossa realidade”. É um ato de conformismo de quem selou o seu destino, diante de uma catástrofe inevitável.

Essa confissão, no entanto, pode ser confundida como espécie arrogância desafiadora, uma característica frequentemente observada em magistrados habituados a uma cultura de privilégios e, por isso, refratária ao ambiente de cobranças públicas que tem se intensificado no Brasil. Certamente, desabafos desse jaez encontrarão pouca simpatia nos meios acadêmicos, já habituados a denunciar a má qualidade da prestação jurisdicional brasileira, e menos ainda nos meios profissionais que atuam perante o Poder Judiciário, que tem que lidar com as consequências indesejáveis de julgamentos pouco reflexivos e decisões padrão, muitas vezes destituídas de fundamentos analíticos.

Entendemos, contudo, que esta seria uma leitura equivocada. O que essas manifestações públicas revelam é um pedido genuíno de socorro, que tem ecoado, também, por outros meios institucionais menos explícitos. Os Tribunais estão tão entrincheirados nos seus mecanismos de poder e protocolos institucionais, que raramente são capazes de promover a autorreflexão sobre as suas disfuncionalidades. Na verdade, é mais comum que os Tribunais comuniquem as

suas disfuncionalidades reproduzindo-as, despertando a reação crítica da sociedade civil e da academia, frequentemente carregada de forte viés normativo.

Apelos explícitos como os do Min. Sebastião Reis são chamados para fazermos exatamente o oposto, ao convidarem o observador externo a reservar o juízo normativo e retrabalhar as disfuncionalidades da prestação jurisdicional a partir de um olhar interno: o do juiz e assim construir um processo de reflexão transversal, que crie pontes, ao invés de queimá-las. É plausível aceitar que o Ministro – e nos parece mais útil assim proceder – quando exclama “gostaria que alguém me respondesse isso!”, não o faz em tom de enfrentamento e, sim, de abertura ao diálogo, mas sob uma condição: a de que o interlocutor suba ao palco desarmado e saiba ouvir, verdadeiramente, os apelos dos Tribunais. É possível entendê-lo sem, contudo, abandonar o senso crítico.

A DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA, OS MARCOS TEÓRICOS E A ESTRATÉGIA DE ABORDAGEM

A pesquisa se propõe a estudar o problema da fundamentação sob uma perspectiva abrangente da atividade judicial, que conjugue formulações teóricas sobre as exigências normativas comumente associadas aos deveres judiciais, com uma análise pragmática das condicionantes operativas criadas nas práticas dos Tribunais, de forma a compreender como a realidade institucional e as percepções internas dos seus integrantes sobre o ambiente em que estão inseridos podem comprometer a capacidade dessas organizações de se reconduzirem a um funcionamento que atenda aos padrões de excelência constitucionalmente exigidos.

Quanto às bases teóricas da nossa crítica normativa, nos filiamos a uma concepção filosófica que compreende o Direito como uma prática social discursiva, cujas influências diretas são o procedimentalismo de Habermas e a ideia de Direito como integridade, de Dworkin, no sentido de que o processo comunicativo em que se desdobra a fundamentação judicial é condição de legitimidade do exercício da autoridade estatal em um Estado Democrático de Direito. Embora Habermas seja uma influência implícita importante, é a perspectiva de Dworking que será diretamente trabalhada ao longo da tese, tanto no capítulo 1, para uma crítica das posições precedentistas de Marinoni, Mitidiero e Barroso e da perspectiva hermenêutica de Lênio Streck, quanto no capítulo 3, para uma reconstrução da ética das virtudes

judiciais, a partir do pensamento de Alasdair MacIntyre⁵ e de proponentes da *virtue jurisprudence*, como Solum e Amalia Amaya⁶.

Essas concepções normativas mais internas à teoria do Direito, entretanto, serão mitigadas no capítulo 2, no qual abordaremos os pactos de não fundamentação a partir de pensadores associados aos institucionalismo e teorias da escolha racional⁷. Dentro dessa linha, utilizaremos os estudos sobre corrupção e corrupção sistêmica para elucidar os erros de representação que os Tribunais fazem dos seus próprios desvios, gerando um quadro de “entrincheiramento da inconstitucionalidade”, agravado por problemas de coordenação e cooperação generalizados entre os atores jurídicos que compõem o ecossistema da atividade judicial. Essa abordagem tem a finalidade de elucidar aspectos políticos e institucionais do conflito sobre a fundamentação judicial que não são totalmente capturados pelas teorias do direito, o que explica parte das dificuldades encontradas pela academia de encontrar pontos de diálogo como o Poder Judiciário para a sua recondução à normatividade constitucional.

A ordem de apresentação dos resultados da pesquisa e a estratégia expositiva serão as seguintes. No capítulo 1, faremos uma recuperação das principais linhas de ataque ao estado da fundamentação judicial brasileira, que chamaremos de perspectivas “estrutural (institucional)” e “judicativa”. A perspectiva estrutural compreende o fenômeno da prestação jurisdicional a partir de suas entregas efetivas e de seus gargalos em nível agregado, em face das expectativas sociais difusas a respeito do bom funcionamento da máquina judiciária. A perspectiva judicativa, por sua vez, dirige a análise para o microcosmo da decisão, focando nos aspectos qualitativos internos da argumentação jurídica e na sua contribuição tanto para a solução justa

⁵ MACINTYRE, Alasdair. **After virtue**. London: Duckworth, 1981.

⁶ AMAYA, Amalia. The role of virtue in legal justification. In: AMAYA, Amalia; HO, Hock Lai (ed.). **Law, Virtue and Justice**. Oxford: Hart Publishing, 2013; *Idem*. **Reasoning in character: virtue, legal argumentation, and judicial ethics**. Ethical Theory and Moral Practice, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10677-023-10414-z>. Acesso em: 08 fev. 2025; *Idem*. Exemplarism and Judicial Virtue. **Law and Literature**, v. 25, n. 3, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2489879>. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2489879>; SOLUM, Lawrence B. Virtue jurisprudence: a virtue-centered theory of judging. **Metaphilosophy**, v. 34, n. 2, p. 178-213, 2003. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/880>. Acesso em: 6 fev.2025. SOLUM, Lawrence B. A Virtue-Centered Account of Equity and the Rule of Law. In: FARRELLY, Colin; SOLUM, Lawrence B.; FARRELLY, Colin; SOLUM, Lawrence B. (ed.). **Virtue jurisprudence**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2008.

⁷ ELSTER, Jon. **Ulysses unbound: studies in rationality, precommitment, and constraints**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000; *Idem*, . **Sour grapes: Studies in the subversion of rationality**. Cambridge: Cambridge University Press; *Idem*. ELSTER, Jon. **Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press OLSON, Mancur. **The logic of collective action: public goods and the theory of groups**. Cambridge: Harvard University Press, 1971; LEVINSON, Daryl J. **Parchment and politics: the positive puzzle of constitutional commitment**. 124 Harv. L. Rev. 657 2010-2011; WEINGAST, Barry R. Designing constitutional stability. In: Congleton, Roger D., and Swedenborg, Birgitta. **Democratic constitutional design and public policy: analysis and evidence**. Cambridge, US: MIT Press, 2014. ProQuest ebrary. Web. 11 August 2017.

dos casos concretos como para o desenvolvimento da cultura jurídica. Antes de se excluïrem, essas vias de análise são assumidas como complementares e necessárias para qualquer análise equilibrada sobre o funcionamento da justiça. Quando se expandem excessivamente, tendem a colonizar a racionalidade uma da outra, tornando-se fenômenos patológicos. A manifestação patológica da perspectiva estrutural que estudaremos nesta pesquisa será a linha de pensamento comumente denominada “precedentalismo”, que advoga o nascimento de um suposto microssistema de precedentes no país como panaceia simplificadora do trabalho interpretativo dos magistrados. Pela perspectiva judicativa, estudaremos o fenômeno que denominaremos “normativismo incondicional”, que tende a reduzir o problema do Judiciário à ausência de boas teorias da argumentação, ou a querelas acadêmicas sobre a aderência dos magistrados a determinadas escolas de pensamento jusfilosófico.

No capítulo 2, discutiremos a crise de fundamentação judicial a partir da chave interpretativa dos pactos de não-fundamentação, apresentados como estratégias institucionais e deliberadas dos Tribunais, para mitigarem o ônus argumentativo inerente à atividade jurisdicional, como forma de fazer frente ao volume de processos com que precisam lidar. Por meio desses pactos, os Tribunais conseguem gerir o acervo processual de forma eficiente e, ao mesmo tempo, tomar decisões estratégicas, no atacado, sobre quando e como determinados casos ou grupos de casos devem ser decididos, preservando, ainda — ao menos no nível performático — uma aparência de regularidade técnica das suas decisões, no varejo.

Serão analisados quatro exemplos desses pactos de não-fundamentação, cada qual ilustrando dimensões distintas desses arranjos e os objetivos que possam atender. O primeiro deles se revela na interpretação contrafactual do art. 489, § 1º do Código de Processo Civil de 2015 (CPC) promovida por todos os Tribunais do país, seguindo os exemplos do STJ e do STF, logo após a entrada em vigor do novo diploma, em contraste direto com a representação que faziam desse mesmo dispositivo, quando as suas associações representativas agiram para suprimi-lo do Projeto de Lei que deu origem ao CPC (PLS 166/2010) e, quando isso não deu certo, para obter o seu veto. O segundo pacto é descrito a partir do uso generalizado, no TST, da técnica de fundamentação *per relationem* para exercer o controle discricionário dos agravos em recurso de revista, gerando decisões que fundamentam o direito de não fundamentar. O terceiro pacto explora o abuso da jurisprudência defensiva⁸ de forma transversal entre os Tribunais recorridos e o STJ, mantendo-se bolsões regionais de entendimento, ao passo que o

⁸ O termo “jurisprudência defensiva” é empregado, aqui e ao longo do trabalho, em sua acepção usual na prática jurídica, para designar um conjunto de técnicas de julgamento, enunciados de súmulas e entendimentos firmados em acórdãos que são utilizados, pelos Tribunais, como filtros de admissibilidade recursal.

STJ preserva um verniz de interpretação unificadora da legislação federal. Esse fenômeno é ilustrado a partir da relação entre o TJDF e o STJ nos julgamentos sobre as multas compensatórias de compromissos de compra e venda em incorporação imobiliária durante a “crise dos distratos”. Finalmente, o quarto pacto discute a invasão da competência do TST pelo STF, com ampliação anômala dos julgamentos de reclamações constitucionais para discutir os critérios jurídicos de reconhecimento de vínculo de emprego em hipótese de fraude.

Após a discussão dos pactos de não-fundamentação em espécie, será defendida a hipótese de que seria pouco útil descartar essas estratégias institucionais como manifestações de uma cultura judicial decadente, ou a partir de juízos normativos incondicionais. No lugar de perspectivas excessivamente rígidas, será trabalhada a sugestão de que esses pactos são reflexos de um processo político de entrincheiramento inconstitucional por parte de uma instituição poderosa e que se vê premida por obstáculos práticos intransponíveis na execução de suas atividades, gerando a necessidade de criação de estratégias imunizadoras, em que as ilegalidades evidentes são retrabalhadas discursivamente como necessidades do sistema. Será defendido que esse processo se assemelha ao conceito de corrupção sistêmica e está associado a falhas generalizadas de coordenação e cooperação entre os Tribunais, a sociedade civil e os atores diretamente envolvidos no ambiente contencioso, sendo prejudicial a todos, inclusive para a credibilidade do Poder Judiciário no longo prazo.

Por fim, no capítulo 3, serão discutidos os deveres éticos comumente associados à prática judicial em face das especiais prerrogativas e poderes extraordinários de que gozam os juízos nas sociedades complexas. Com inspiração no instituto romano do *iudex qui litem suam facit* serão discutidas as hipóteses em que um magistrado pode descumprir os deveres fundamentais associadas à sua função e, assim, “tornar sua a lide”, explorando o que isso pode significar, simbolicamente, nos arranjos políticos e sociais da atualidade e, especificamente, para a crise de fundamentação judicial no Brasil.

Para isso, será realizada uma reconstrução crítica da doutrina filosófica da ética das virtudes, demonstrando-se as limitações da crítica de McIntyre ao conceito de integridade na teoria do direito de Dworkin, o que o impediu de alcançar uma visão do constitucionalismo como ponto focal de lutas por afirmação de direitos e reconhecimento, por via de princípios de justiça estruturantes da comunidade jurídica, mesmo quando as estruturas do Poder Judiciário estejam despreparadas para acomodar formas de vida marginalizadas, expelidas por uma modernidade fragmentária. Para exemplificar esse ponto, faremos a recuperação histórica de um conflito agrário ocorrido no norte de Goiás, na região de Trombas e Formoso, em que uma

comunidade de posseiros resistiu às investidas de latifundiários e grileiros, assim como a repressão das instituições do Estado por mais de uma década, sem nunca renunciar à via da “legalidade”, pelo reconhecimento dos seus títulos de posse e da condição de “ser uma pessoa”, na feliz expressão de Janaína Amado. Em seguida, será promovida a análise das teorias das virtudes judiciais numa leitura compatível com o interpretativismo de Dworkin, de modo a situar o dever de fundamentação como instrumento central de comunicação do juiz virtuoso em busca da excelência na sua prática.

Por fim, esses desenvolvimentos conceituais serão retrabalhados para situar os pactos de não-fundamentação como quebras de um compromisso social subjacente aos arranjos normativos que outorgam aos juízes poderes e prerrogativas extraordinárias. Essa quebra é particularmente relevante se compreendermos o dever de fundamentar como o principal vetor de exposição das virtudes judiciais, de modo que a sua manipulação por artifícios defensivos e práticas abusivas é convertida em cinismo quanto ao caráter e às intenções dos magistrados. Por isso, ainda que esses pactos possam ser compreendidos como adaptações às escolhas de design institucional empreendidas coletivamente, que constroem as capacidades dos Tribunais de operar conforme exigências substantivas de reflexividade e deliberação racional, e mesmo que estejam associados a problemas de coordenação e cooperação entre os poderes estatais, a sociedade civil e os atores processuais, o fato é que a principal vítima do processo de deslegitimação por eles criado é o Poder Judiciário. Nesse sentido, ao se pautarem por interesse próprios, magistrados “fazem sua a lide” e acumulam uma dívida institucional com os seus jurisdicionados.

1 A CRISE DE FUNDAMENTAÇÃO SOB AS PERSPECTIVAS ESTRUTURAL E JUDICATIVA

Existe muita crítica à qualidade da prestação jurisdicional no Brasil. Como bem colocou José Rodrigo Rodriguez, “(a) quantidade de autores e argumentos que atestam a indigência do nosso Direito intimida e assusta, sugerindo que a questão está definitivamente resolvida”⁹.

Além da produção acadêmica, a frustração com a morosidade, falta de transparência, ou com o ambiente pouco reflexivo, às vezes autoritário, em que as decisões judiciais em regra são produzidas é tema de reclamações frequentes de jurisdicionados, advogados e demais cidadãos que, por diversos motivos, tem os seus interesses submetidos à jurisdição contenciosa. A percepção de que algo muito errado acontece nos corredores da Justiça parece ser um senso comum, e denunciar esse estado de calamidade tem se tornado um esporte nacional. Mais do que denunciar, contudo, é preciso compreender o problema, o que pressupõe respeitar a sua complexidade e, principalmente, ampliar as perspectivas de análise.

Uma visão panorâmica da produção acadêmica em torno do tema permite divisar duas linhas de investigação mais salientes, quando o assunto é diagnosticar a “crise” do Poder Judiciário e divisar soluções. Uma abordagem pode ser chamada estrutural/institucional¹⁰, que se ocupa, em primeiro plano, de estudar o funcionamento administrativo da máquina judiciária e os seus gargalos, a gestão dos processos judiciais e os impactos sobre a produção decisória, defeitos de *accountability*, transparência e controle externo etc. Sob essa perspectiva, a relação entre Poder Judiciário e Democracia é analisada em termos de eficiência, quanto à sua capacidade de entregar a justiça de acordo com expectativas sociais difusas. Por isso,

⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p.19.

¹⁰ Ver SADEK, Maria Tereza (org). **O judiciário em debate**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. Disponível em <http://books.scielo.org>; *Idem*, A produção acadêmica sobre o sistema de justiça. **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 29-33; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. Os indicadores sobre o Judiciário brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1948, doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201948>; CASTELLO BRANCO, Luíza. Administração pública gerencial: as metas do Conselho Nacional de Justiça. **Práticas de Administração Pública**, 1(3), 2018, 4-23. doi:<https://doi.org/10.5902/2526629230645>; GURAK, Adelina Maria; PARFIENIUK, Silvana Maria. **Razoável duração do processo**: a efetividade do direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva e a possibilidade fática. *Revista Esmat*, 1(1), 7-25, 2017. <https://doi.org/10.34060/reemat.v1i1.172>; KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARREIRA, Karen Sakalauska. **Dez anos de racionalização da gestão judicial no Brasil**: efeitos e perspectivas = Ten years of rationalization of judicial management in Brazil: effects and perspectives. *Revista Direito e Práxis*, [S. l.], v. 6, n. 3, p. 326-364, nov. 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/18009>.

transparência, celeridade, acessibilidade e participação são conceitos que emergem à superfície de análise.

A segunda perspectiva, que podemos chamar “judicativa”, ocupa-se da instrução processual e do julgamento dos casos, com foco nos aspectos mais especificamente discursivos da prestação jurisdicional, isto é, da forma como as decisões são fundamentadas, em concreto. Nesse prisma, problematizam-se desde procedimentos de decisão Colegiada dos Tribunais, tido como pouco deliberativo e por vezes confuso¹¹, a inconsistência e arbitrariedade do uso do precedente e do sistema de decisões vinculantes dos Tribunais Superiores¹², até os esquemas de racionalidade preponderantes na construção do argumento jurídico, que privilegiariam a lógica do parecer e os apelos à autoridade¹³ ou o protagonismo judicial no controle argumentativo do processo, uma decorrência, para Lênio Streck, da predominância do “paradigma filosófico da consciência”¹⁴ no pensamento jurídico brasileiro, o qual identificaria o ato de decidir com uma subjetividade incomunicável, solipsista. Aqui, a relação entre Poder Judiciário e Democracia coloca em relevo a questão da legitimidade e princípios como igualdade, coerência, integridade e segurança assumem protagonismo.

É evidente que ambas as perspectivas acima se interpenetram e é desejável que assim seja. Isoladas, não são apenas incompletas, mas até perniciosas. O foco excessivo nos aspectos quantitativos e institucionais, sem a dimensão do que constitui uma decisão judicial correta em um Estado Democrático de Direito, pode conferir um verniz de legitimidade a sistemas decisórios autoritários, pois os princípios operativos associados ao funcionamento adequado da máquina judiciária, no atacado, não se traduzem, necessariamente, em melhoria da prestação jurisdicional no varejo. Um Tribunal estável, célere e eficiente pode construir o seu desempenho exemplar em cima de decisões superficiais, injustas e de baixa qualidade constitucional. Lênio Streck tem razão quando alerta para o risco de que a busca pela racionalização do sistema possa desaguar em “uma aplicação utilitarista do Direito para resolver seus problemas numérico-quantitativos”¹⁵.

¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *I-CON*, v. 11, n. 3, pp. 557–584, 2011.

¹² STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: O sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Jus Podium, 2018; Idem. O que é isto – A exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil? In: STRECK, Lênio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil**: coerência e integridade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. TOMAZ, Mateus Rocha. **Fundamentação, Precedentes e Constituição**: Panoramas e Críticas sobre o Código de Processo Civil de 2015. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

¹³ O que Rodriguez apelidou de “jurisdição opinativa”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 70.

¹⁴ STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 32.

¹⁵ STRECK, Lênio, *op. cit.*, 2018, p. 16.

Essa preocupação revela uma manifestação patológica comum do excesso da perspectiva estrutural, que é a colonização da crítica judicativa pelo discurso da eficiência, previsibilidade e estabilidade do sistema decisório. Essa tendência pode ser verificada no surgimento de uma linha acadêmica relevante no cenário atual, a dos precedentalistas¹⁶, entusiastas do que seria um “microssistema de precedentes”¹⁷ criado no Brasil após a Emenda nº 45 e o novo Código de Processo Civil. Segundo seus defensores, as novas modificações legislativas caminhariam para racionalizar o nosso processo deliberativo, pelo controle hierárquico das deliberações dos juízes e Tribunais de competência ordinária, a partir de julgamentos, enunciados e máximas jurídicas interpretativas de Tribunais superiores, que seriam gradualmente alçados à condição de Cortes de Precedente.

Como será abordado em tópico a seguir, a perspectiva precedentalista aposta na melhoria qualitativa da prestação jurisdicional como subproduto do aprendizado institucional na cultura do precedente, predicado na instrumentalização decisória e na redução de complexidades interpretativas. Essa análise, contudo, esbarra em limitações estruturantes da própria realidade judicial brasileira, além de exibir um nítido conflito interno em seus pressupostos teóricos.

Por outro lado, o excesso da perspectiva judicativa também é um fenômeno patológico, que frequentemente desagua no normativismo e no isolacionismo acadêmico. O predomínio de pressupostos teóricos muito rígidos e pouco permeáveis à realidade mundana em que as decisões judiciais são produzidas, tende a submeter a análise da prestação jurisdicional a padrões irrealistas de exigência, com pouca ou nenhuma pretensão de exercer constrangimento efetivo sobre os atores do processo decisório. Rodriguez parece elaborar uma versão desse problema quando afirma:

¹⁶ STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 39

¹⁷ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; LEGALE, Siddharta. O microssistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015. *In*: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016; LEGALE, Siddharta. Superprecedentes. **Revista Direito GV**. v. 12, nº 3. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. Disponível em <https://www.academia.edu/>. Acesso em 13/01/2021. MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC.2. ed. rev., atual. e ampl.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Muitos alunos de direito brasileiro estão aprendendo o que seja a racionalidade jurisdicional a partir de teorias como a de Hart, Alexy ou Dworkin que não tem qualquer ligação com nossa realidade institucional. Ao se depararem com julgados reais proferidos por nossas cortes, os alunos podem ser levados a crer que os juízes brasileiros agem de maneira equivocada por não seguirem modelos de racionalidade judicial pensados para explicar e intervir normativamente sobre outras realidades.¹⁸

Espelhando o que acontece com o excesso de instrumentalismo, a linguagem da crítica judicativa também pode colonizar a estrutural. Uma versão mais prosaica desse problema é afirmação, intuitiva, de difícil demonstração empírica, de que o excesso de recursos e o abarrotamento de processos é agravado pelos próprios Tribunais, ao se recusarem a fundamentar adequadamente as suas decisões, forçando uma intensa atividade recursal, que poderia ser evitada com decisões qualitativamente fundamentadas.¹⁹ O maior defeito desse tipo de argumento é que reduz a complexidade do gargalo estrutural a um raciocínio hipotético, ao invés de examinar as possibilidades reais de que exigências normativas sejam implementadas, além ignorar os incentivos positivos em vigor na prática judicial, como se discutirá mais adiante.

Há um desdobramento dos excessos da crítica judicativa, contudo, que é mais difícil de elaborar, mas que possui consequências importantes. É o que chamaremos, para os objetivos desta pesquisa de “normativismo incondicional”. Utilizaremos essa expressão para designar a tendência de se impor um ônus teórico desnecessário às soluções que um determinado problema demanda, reduzindo a complexidade dos contornos políticos de um estado de coisas a uma querela acadêmica sobre escolas do Direito.

No caso das perspectivas judicativas sobre o problema da prestação jurisdicional, o normativismo incondicional pode ser observado em propostas que postulam uma vinculação forte do problema da fundamentação, em seus aspectos estruturais/institucionais, aos pressupostos teóricos de uma determinada teoria da decisão judicial. Como a fundamentação jurídica é um elemento central dos seus temas de análise, autores que trabalham sob perspectivas normativas fortes correm o risco de superdimensionar a importância dos próprios referenciais teóricos na solução do problema judiciário em nível estrutural. Essa operação ocorre, no nosso entendimento, pela indiferenciação entre o que seria uma decisão correta e um sistema decisório democraticamente funcional.

¹⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 57.

¹⁹ STRECK, Lênio Luiz. O que é isto: A exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil? In: STRECK, Lênio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 39.

Nos próximos tópicos, serão abordados aspectos dessas diferentes abordagens e das suas manifestações patológicas na representação da crise de fundamentação do Poder Judiciário.

1.1 A ABORDAGEM ESTRUTURAL E AS OPÇÕES INSTITUCIONAIS DE MODERNIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A insatisfação generalizada com a qualidade da prestação jurisdicional é um fenômeno que apresenta correlação com o crescente poder político exercido pelos órgãos judiciais. A judicialização da política, por certo, não é um fenômeno restrito ao Brasil, mas um subproduto da crescente complexidade social das democracias modernas e da ampliação significativa da jurisdição constitucional. Ainda que o caso brasileiro possua certa peculiaridade, especialmente na atuação superlativa do Supremo Tribunal Federal naqueles espaços que Ran Hirshl denominou megapolítica²⁰, a transferência de assuntos determinantes da vida política e social aos Tribunais é um fenômeno global²¹ que coloca juízes em uma posição de protagonismo sem precedentes, gerando, em contrapartida, uma demanda crescente por *accountability* e controle democrático desse Poder, o que, por vezes, conduz à exposição pública e à erosão da credibilidade dos seus integrantes^{22,23}.

Escrevendo ainda em 2004, Sadek²⁴ já destacava que o caso brasileiro chamava a atenção pela virulência e amplitude da insatisfação social com o Poder Judiciário e pelo baixo grau de tolerância com as suas ineficiências e anacronismos, o que impulsionava, à época, um grande clamor por reformas. As reformas vieram, de fato, com destaque para a Emenda

²⁰ Para o autor, ainda que “governar com juízes” tenha se tornado a tônica das sociedades modernas, tanto em âmbito nacional, como também nas regulamentações transnacionais, a transferência de assuntos de alta política para os Tribunais, tais como questões eleitorais, planejamento macroeconômico, formação de identidades coletivas, valores nacionais e transformações de regime, encerram problemas de pedigree democrático e podem contribuir para o empobrecimento da esfera pública. HIRSCHL, Ran. The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide, **75 Fordham L. Rev.**, 721, p. 728 -753, 2006.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD**, [S. l.], n. 21, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rfduerj/article/view/1794>. Acesso em: 12 out. 2024.

²² NIXON, David C.; HITT, Matthew P.; PARKER, Andrew J. Your Honor's Misdeeds: The Consequences of Judicial Scandal on Specific and Diffuse Support. **PS: Political Science & Politics**, v. 56, n. 1, p. 125-130, 2023. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/ps-political-science-and-politics/article/your-honors-misdeeds-the-consequences-of-judicial-scandal-on-specific-and-diffuse-support/5CDA6C8310E01A1E1FFCF66A60C05ADD>. Acesso em: 5 jul. 2024.

²³ SCHNEIDER, Henrique Cereser. Luz, câmera, ação: a espetacularização do Supremo Tribunal Federal produzida pelos mass media como porta de entrada ao populismo judicial. In: TYBUSCH, Francielle Benini Agne (org.). **Estudos Interdisciplinares em Direito**. Santa Maria: Arco Editores, 2020. p. 125-141.

²⁴ SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: Perspectivas de Reforma. **Opinião Pública** (UNICAMP), Campinas, v. X, n.1, p. 1-62, 2004.

Constitucional 45/2004 e a criação do CNJ. Se a Constituição de 1988 marca um processo de transição com importante integração popular e da sociedade civil ao sistema político²⁵, com diversas consequências para a cidadania e o acesso a direitos²⁶, a EC 45 e o impulso reformista que se sucede a ela, se apresentam como uma segunda etapa de institucionalização democrática, uma tentativa de ajuste fino das engrenagens judiciais, para modernizar as suas capacidades decisórias, critérios de transparência, eficiência e de comunicação com a sociedade²⁷.

Apesar dos esforços modernizadores dos últimos 20 anos, no entanto, a descrença com os serviços da justiça segue galopante. Pesquisa realizada pelo CNJ em 2023, que buscou medir a percepção de cidadãos e operadores do direito sobre o Poder Judiciário²⁸, apontou que 73,3% dos cidadãos ouvidos se declaram insatisfeitos ou muito insatisfeitos com os serviços prestados. Os maiores gargalos apontados, do ponto de vista dos cidadãos, são a morosidade, a dificuldade da linguagem jurídica e os altos custos²⁹. Pontua-se, ainda, que, devido à metodologia utilizada, os respondentes não constituíram amostra aleatória e não representam, portanto, o público geral, sendo a maioria homens, brancos, com ensino superior completo e renda acima de R\$ 5.500,00. Essa ressalva é importante, pois a pesquisa também revelou que a insatisfação tende a se agravar entre as mulheres, pessoas com escolaridade até o ensino médio e de baixa renda, a sugerir que o resultado seria pior, se aplicado a uma população mais abrangente.

Na última edição do Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJBrasil, da Fundação Getúlio Vargas (FGV), desenvolvido entre 2009 e 2021, pesquisa que se utilizava de um espaço

²⁵ BENVINDO, Juliano Zaiden. The forgotten people in Brazilian constitutionalism: Revisiting behavior strategic analyses of regime transitions. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 332-357, p. 201.

²⁶ Vale pontuar que a partir da metade da década de 1980, tem início um prolífico período de produção normativa visando à ampliação do acesso à justiça “com várias propostas legislativas sendo apresentadas e aprovadas no Congresso Nacional visando dar ao jurisdicionado condições de defender seus direitos em juízo, como por exemplo, a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros (...)”. MORAES, Daniela Marques de; PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. C. O sistema recursal no código de processo civil brasileiro como mecanismo de (in)acesso à justiça. In: Virgínia Pardo Iranzo; Valter Moura do Carmo; Sérgio Henriques Zandoná Freitas (org.). **Processo, administração, acesso e jurisdição da justiça**. Florianópolis: CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020, p. 69-70.

²⁷ Embora seja um ponto de inflexão, é fato que a EC 45 foi precedida de uma série de microreformas e normatizações pontuais ao longo dos anos 90, destinadas a modernizar o Poder Judiciário e dotá-lo de maior capacidade para fazer frente às tensões sociais emergentes após a redemocratização. Destacam-se a criação dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Federais (Lei 9099/95 e Lei 10.259/2001), a EC 24/1999 que encerrou a representação classista na Justiça do Trabalho e estruturou as Varas do Trabalho, a aprovação do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei 8078/1990), que, também, conferiu maior capilaridade à Lei da Ação Civil Pública (Lei 7347/1985), além das alterações do Código de Processo Civil – CPC, com impacto nos processos de conhecimento e executivo, nos procedimentos cautelares e nas tutelas antecipadas (Leis 8.952/1994 e 10.444/2002), a reforma do agravo de instrumento (Lei 9.139/1995) etc.

²⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Pesquisa sobre percepção e avaliação do poder judiciário brasileiro**, 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/04/sumarioexecutivo-pesquisa-percepcao-e-avaliacao-do-pjb.pdf>. Acesso em 29/6/2024.

²⁹ *Ibidem*, p. 38-43.

amostral mais representativo das características demográficas do país, revelou-se que, embora a confiança no Judiciário tenha atingido, em 2021, uma das maiores marcas da série histórica, a percepção da população sobre a eficiência, o custo e a acessibilidade da prestação jurisdicional continuavam calamitosa. 83% dos entrevistados entenderam que a solução dos casos é lenta, 73% apontaram que o acesso à justiça é muito difícil e 61% que os juízes não têm muita competência para solucionar os casos, tendo 70% afirmado que consideram o Poder Judiciário nada ou pouco honesto³⁰.

Para além das reprimendas usuais à politização da justiça e judicialização da política e ao “ativismo”, seria preciso compreender o que fomenta essa percepção tão negativa do Poder Judiciário naquilo que seria a sua função precípua, isto é, a capacidade mediar conflitos e garantir direitos, ainda mais num período da história nacional pós-redemocratização, caracterizado por ganhos em cidadania e na efetivação de direitos fundamentais, ainda que de forma seletiva e insuficiente³¹.

Neste ponto, a realidade brasileira nos confronta com um paradoxo³²: há, por um lado, um reconhecido e frequentemente lamentado excesso de demandas judiciais. São milhares de processos novos e recursos que abarrotam as serventias e gabinetes de desembargadores e ministros, gerando morosidade e má qualidade da prestação jurisdicional. Ao mesmo tempo, verifica-se uma perceptível escassez de acesso à justiça, especialmente de populações marginalizadas. Como apontou Sadek, em 2017:

A grandiosidade dos números relativos à judicialização pode levar à conclusão de que à extraordinária demanda corresponderia um amplo acesso à justiça. Trata-se, contudo, de ilusão. Com efeito, pesquisas do CNJ, com o objetivo de identificar quem são os principais demandantes do Poder Judiciário, mostram que os 5 maiores litigantes na justiça nacional são: o setor público federal; os bancos; o setor público estadual; serviços de telefonia; e o setor público municipal.³³

³⁰ RAMOS, Luciana de Oliveira; CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SAMPAIO, Joelson de Oliveira. **Relatório ICJBrasil 2021**. São Paulo: FGV Direito SP, 2021. Disponível em <https://repositorio.fgv.br/items/c50527f9-8183-46ae-b152-f3bb0737a03c>. Acesso em: 9 out. 2024.

³¹ Em *The Rule of Law in Brazil*, Juliano Z. Benvindo aponta que no recente período democrático, os brasileiros ficaram mais ricos, mais livres, mais cidadãos e menos desiguais no acesso a direitos. Porém, esses avanços não foram capazes de alterar o padrão de desigualdade de renda historicamente consolidado no país, persistindo, ainda, gargalos de desigualdades entrenchados na cultura política e nos aparatos institucionais, o que reduz a capacidade das instituições formais em consolidar direitos constitucionais de forma a modificar radicalmente o *status quo*, o que, em última análise, enfraquece a resiliência democrática à investidas populistas e autoritárias. BENVINDO, Juliano Zaidem. **The rule of law in Brazil: the legal construction of inequality**. Londres: Hart Publishing, 2022.

³² SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: Perspectivas de Reforma. **Opinião Pública** (UNICAMP), Campinas, v. X, n.1, p. 12, 2004; RIBEIRO, Ludmila. A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 465-492, jul./dez. 2008, p. 472.

³³ *Idem*. Direitos e sua concretização: judicialização e meios extrajudiciais. **Cadernos FGV Projetos**, v. 30, p. 38-50, 2017, p. 45.

Segundo os dados recentes do CNJ³⁴, atualizados até 31/7/2024, essa realidade pouco se alterou. A lista dos 10 maiores litigantes é composta exclusivamente por bancos (públicos e privados) e entes estatais. A Administração Pública e o sistema de seguridade social estão no polo ativo de 29,23% dos processos andamento e, o segmento financeiro, de seguros e serviços relacionados, de 4,20%, ocupando, ainda, 12,50% e 9,40% do polo passivo, respectivamente. A repetibilidade de demandas, a litigância abusiva e o represamento processual são flagelos que atingem os jurisdicionados em geral, mas há quem se beneficie desse cenário de inoperância e aposte na excessiva dispersão e morosidade do sistema como estratégia processual.

Em artigo seminal sobre o tema, Marc Galanter³⁵ abordou as razões pelas quais as conformações estruturais do sistema de justiça favorecem os litigantes habituais (“repeat players”) em detrimento dos usuários esporádicos (“one-shooters”). A sua maior capacidade financeira permite contratar melhores advogados, produzir provas e sustentar os custos do litígio. Possuem contato constante com os atores do mundo jurídico e contínua experiência do funcionamento dos tribunais, o que facilita a formulação de estratégias, além de influência e recursos para propor mudanças legislativas.

A capacidade organizacional e financeira de recorrer ao judiciário habitualmente e em elevados volumes ainda confere aos grandes litigantes uma série de vantagens relacionais. A sua atuação massiva preenche as agendas dos Tribunais e os torna figura próximas aos juízes. No Brasil, vemos como os prepostos, advogados e entidades de representação de grandes litigantes estão sempre nos corredores da Justiça, patrocinam congressos, livros e eventos jurídicos com a presença de magistrados, fomentando a contínua discussão sobre os principais temas submetidos ao judiciário³⁶. Assim, mesmo que, no início, a compreensão judicial sobre determinadas matérias seja majoritariamente contrária aos seus interesses, a sua capacidade de sustentar a litigância indefinidamente permite que se construam canais comunicativos capazes de formatar o discurso e criar novos consensos ao longo do tempo. Como não estão restritos ao tempo de um processo, ao contrário do usuário comum da justiça, podem se dar ao luxo de formular estratégias de longo prazo.

Tais circunstâncias são especialmente facilitadas no Brasil, pela leniência do Poder Judiciário com a litigância abusiva e a sua recalcitrância em se utilizar dos meios processuais

³⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Disponível em <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-litigantes/>. Acesso em 26/10/2024.

³⁵ GALANTER, Marc. Why the “Haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law and Society Review**, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3053023>. Acesso em 30/6/2024.

³⁶ MENDES, Conrado Hübner. **O discreto charme da magistocracia**: Vícios e disfarces do judiciário brasileiro. São Paulo: Editora XYZ, 2023.

disponíveis para desencorajar o excesso de litigiosidade, tais como a aplicação de multas por litigância de má-fé e a fixação de honorários de sucumbência em patamares elevados³⁷. Também se destacam a reiterada prática de revisão de astreintes quando estas assumem valores elevados, devido ao excessivo lapso de descumprimento das ordens judiciais subjacentes³⁸, e a resistência cultural ao arbitramento de compensações por danos morais de forma proporcional à capacidade econômica dos ofensores, de modo a desestimular efetivamente a prática lesiva. Essa cultura contribui para tornar a litigiosidade barata para grandes empresas inseridas no mercado consumidor, de modo que o custeio e gerenciamento dos processos judiciais se torna uma estratégia economicamente mais vantajosa do que a reformulação sistemática das suas práticas e sistemas de segurança³⁹.

Outro ponto que merece destaque nas escolhas institucionais promovidas a partir da EC/45 é o foco nas políticas de autocomposição, técnicas de mediação e instrumentos de solução de conflitos extrajudiciais. Essas inúmeras políticas⁴⁰ se apresentam como alternativas

³⁷ Até a promulgação do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), prevalecia entre os juízes a prática generalizada de fixação dos honorários advocatícios de forma equitativa e, em sua esmagadora maioria, em valores baixos, sob o receio de enriquecimento indevido de advogados e de se dificultar o acesso à Justiça. Mesmo após o CPC/2015, cujo art. 85 criou parâmetros objetivos de fixação de das verbas honorárias, reduzindo significativamente as hipóteses de arbitramento equitativo, a celeuma não se arrefeceu, gerando uma série de interpretações extravagantes para justificar a discricionariedade judicial sobre esses valores.

Exemplificam essa dificuldade: a) a recente afetação para julgamento repetitivo dos Resps 2.097.166/PR e 2.109.815/MG, pela Primeira Seção do STJ, para julgamento do tema: acolhida a Exceção de Pré-Executividade, com o reconhecimento da ilegitimidade de um dos coexecutados para compor o polo passivo de Execução Fiscal, definir se os honorários advocatícios devem ser fixados com base no valor da Execução (art. 85, §§ 2º e 3º, CPC) ou por equidade (art. 85, § 8º, CPC); b) A afetação do RE 1.412.069 como representativo de controvérsia, no âmbito do STF, para julgamento do tema 1255: Possibilidade da fixação dos honorários por apreciação equitativa (artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil) quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem exorbitantes.

Em ambos os temas repetitivos, o STF e o STJ discutem a flexibilização de critérios para casos que envolvam a Fazenda Pública, o maior litigante do país.

³⁸ Faz-se a ressalva que, em 3 de abril de 2024, a Corte Especial do STJ julgou o EAREsp 1.766.665/RS oferecendo uma interpretação mais restritiva sobre possibilidade de revisão das astreintes. Em maioria apertada, prevaleceu a divergência iniciada pelo ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, no sentido de que, inobstante a aplicabilidade do Tema Repetitivo 706 (“A decisão que comina astreintes não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada”), a possibilidade de redução das astreintes se limita às parcelas vincendas e não “ao montante acumulado da multa cominatória”.

³⁹ DIAS, M. S.; LORENTINO, S. A. P. Falhas nos serviços de telefonia brasileira e o papel jurisdicional na tutela dos consumidores. **Scientiam Juris**, v. 8, n. 2, p. 1-13, 2020. DOI: <http://doi.org/10.6008/CBPC2318-3039.2020.002.0001>. Disponível em: <https://www.sustenere.inf.br/index.php/scientiamjuris/article/download/CBPC2318-3039.2020.002.0001/2339>. Acesso em: 06 jul. 2024; MENEGUIN, F. B. As indenizações por danos morais nas relações de consumo sob a ótica da análise econômica do direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, 2012. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2012v61p255/227>. Acesso em: 06 jul. 2024.

⁴⁰ Merecem destaque Resolução 125/2010, que estabeleceu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, instituindo os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), os diversos programas de Capacitação e Formação de conciliadores e mediadores, a Semana Nacional da Conciliação, realizada anualmente por todo o país, o Sistema de Mediação Digital, que permite a realização de mediações online, a Lei 13.140/15, que dispõe sobre a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública e a Lei 13.105/15 (o novo

capazes de racionalizar e desafogar o uso da máquina judiciária, permitindo que as partes atinjam a solução das controvérsias sem a intervenção vertical de um juiz.

O argumento em favor da mediação como instrumento de redução da litigiosidade é certamente defensável, se essas ferramentas forem conjugadas com outras políticas que contemplem as condicionantes sociais subjacentes aos litígios que adentram os fóruns judiciais. Porém, a sua instrumentalização nos Tribunais brasileiros obedece a uma ótica formalista, focada apenas nas metas numéricas e nos superlativos números de processos julgados ano a ano. Nessa dimensão quantitativa, o que mais importa é chegar a uma solução dos processos que se acumulam e, se essa solução puder ser atingida pelo encontro das vontades formalmente soberanas das partes, tanto melhor. Economiza-se tempo e dinheiro e abre-se espaço para que juízes se concentrem no julgamento daquelas querelas nas quais a sua atuação seja mesmo indispensável.

Em um país assolado por significativas desigualdades estruturais, como é o Brasil, a focalização das energias institucionais em instrumentos de mediação e soluções extrajudiciais de conflito traz o risco de se agravar a disparidade de armas entre os grandes litigantes e o cidadão comum, observando-se um processo de captura e massificação desses mecanismos de autocomposição, em que as razões individuais dos jurisdicionados acabam sucumbindo a imperativos negociais pré-estabelecidos em acordos padrões, que atendem mais aos interesses dos usuários habituais do sistema de justiça, assim como dos servidores e magistrados, pois o controle e gerenciamento dessas transações se torna mais fácil, permitindo-se a sua reprodução em massa e a geração de números vantajosos nos relatórios de resoluções de conflito⁴¹. Ademais, como já apontava Abel⁴² nos anos 80, os sistemas de justiça informal, ao resolverem pequenas disputas de forma fragmentada, podem legitimar e aliviar a pressão por reformas sobre o sistema formal, permitindo que continue a funcionar sem intervir nas causas sociais subjacentes a essas disputas, deixando os problemas sistêmicos sem solução.

Analisando o conjunto de medidas implementadas nos 10 anos subsequentes à EC/45, Andrei Koerner e outros concluíram que o viés instrumentalista dotado a essas reformas, que

CPC), que instituiu a audiência de conciliação ou mediação no início do processo (art. 334), além de uma extensa regulamentação sobre o tema (artigos 165 a 175).

⁴¹ Como afirma Dierle Nunes: “A ocorrência de uma conciliação endoprocessual deve resultar de um fluxo discursivo que respeite a autonomia privada das partes, e não de uma imposição que gerará um possível resultado: acordos inexecutáveis e anti-sociais que busquem tão-somente a obtenção de um dado no plano estatístico dos casos ‘resolvidos’ ou que ofereçam uma falsa sensação apaziguadora e de adequação constitucional”. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008, p. 174.

⁴² ABEL, Richard L. **The contradictions of informal justice**. In: ABEL, Richard L. (ed.). *The politics of informal justice*. New York: Academic Press, 1982. v. 1, p. 267-321.

aposta antes na solução de processos do que na efetiva garantia de direitos, tende a agravar alienação do Poder Judiciário à realidade das pessoas que dependem de seus serviços, além de manter o perfil de alto volume de processos ingressados:

É esse o aspecto mais criticável das reformas do Judiciário, pois o enfoque é dado pelos imperativos internos da organização: a informalização dos procedimentos e os incentivos à conciliação tornam-se bloqueios às oportunidades de fala para os litigantes poderem expor seus pontos de vista, as suas experiências e formas de vida e concepções de justiça. São validadas disparidades na capacidade de produção de provas, silêncios sobre as dificuldades de implementação dos acordos; a indiferença quanto a renúncias de direitos realizadas em acordos mal-conduzidos. Reproduz-se uma espécie de coalizão de profissionais do direito que não se interessam pelos problemas e conflitos enfrentados pelos cidadãos, mas têm suas preocupações exclusivamente centradas na própria organização. Em suma, elas bloqueiam qualquer foco nas questões normativas e sociais subjacentes aos litígios e, por isso, tendem a tornar os processos indiferentes às desigualdades sociais e reproduzem distorções geradas pelas condições precárias nas quais os cidadãos exercem seus direitos. Enfim, acabam por não ampliar a efetividade dos direitos dos cidadãos, embora aumente o número de litígios ingressados e julgados no Judiciário.⁴³

Daniela Moraes e Alexandre B. Costa, embora reconheçam que a Emenda 45 e os dois “Pactos Republicanos”⁴⁴ assinados pelos chefes dos três Poderes, em 2004 e 2009, respectivamente, tiveram impactos importantes na criação de mecanismos eficientes de gestão, transparência e de controle do Poder Judiciário, apontam que as reformas revelam nítido foco nos aspectos formais da performance institucional, viés que limitou a capacidade de se pensar a prestação jurisdicional em termos de efetividades qualitativas, destinadas à maior afirmação de direitos materiais:

Afirma-se, com bastante tranquilidade, que o enviesamento constatado estabelece um retrocesso exatamente ao que se pretendia combater: o formalismo processual. Quando se prioriza, aleatoriamente, a quantidade, em detrimento da qualidade das decisões, a forma retoma sua importância original e o direito material volta à zona de esquecimento.⁴⁵

Na mesma linha, Daniela Gabbay e outras apontam como o discurso focado nas eficácias quantitativas, sob a premissa de necessidade de reformar um judiciário abarrotado e moroso contribui, paradoxalmente, para a perpetuação de um sistema de litigância em massa, porém extremamente seletivo em sua abertura:

⁴³ KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARREIRA, Karen Sakalauska. Dez anos de racionalização da gestão judicial no Brasil: efeitos e perspectivas / Ten years of rationalization of judicial management in Brazil: effects and perspectives. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 6, n. 3, p. 326–364, 2015. DOI: 10.12957/dep.2015.18009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/18009>. Acesso em: 2 jul. 2024.

⁴⁴ BRASIL. Pacto Republicano Nº 1, de 15 de dezembro de 2004 (Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano); Pacto Republicano nº 2, de 13 de abril de 2009 (Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo).

⁴⁵ MORAES, Daniela Marques; COSTA, Alexandre Bernardino. O poder judiciário e sua imprescindível reforma como corolários do acesso à justiça. Abya-Yala: **Revista sobre Acesso à Justiça e Direitos nas Américas**. v. 1, 2017, p. 83. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/abya/article/view/46928>. Acesso em 14 fev. 2025.

as mais recentes políticas públicas de acesso à justiça no Brasil privilegiam os interesses de grandes litigantes, fundando-se em um discurso essencialmente efficientista que dá primazia a mecanismos de padronização decisória que prometem funcionar como soluções de gestão para desafogar um Poder Judiciário sobrecarregado e moroso. Acesso enquanto uniformização e celeridade, por meio de lógicas de julgamento por amostragem, por exemplo, é um discurso que acaba por fortalecer ainda mais as vantagens estratégicas daqueles que conseguem navegar por esses instrumentos processuais, que demandam expertise e recursos. É este o acesso que se tem hoje no Brasil e que, do ponto de vista dos mais vulneráveis, é uma realidade que tende ao não-acesso.⁴⁶

É oportuno destacar, contudo, que o modelo de reestruturação da máquina judiciária no Brasil foi produto de decisões institucionais específicas, cujas bases foram sendo construídas ao longo dos anos 90. O texto final da Emenda 45, aprovado após mais de uma década de tramitação, não guardava quase nenhuma semelhança com proposta original da PEC 96/1992, de autoria do deputado federal Hélio Bicudo. As primeiras balizas dos temas que vieram a pautar os debates legislativos foram inicialmente lançadas nos pareceres de Nelson Jobim, na condição de relator do processo de revisão constitucional previsto no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), quando se aventou, dentre outras medidas visando ao aumento da eficiência e transparência do sistema, da criação das súmulas vinculantes e do controle externo dos magistrados. Essas propostas foram depois incorporadas ao relatório de Jairo Carneiro, à frente da Comissão Especial criada em 1995 para discutir a PEC 96/1992, mas que encontrou resistências e acabou não sendo aprovado.

A instauração da CPI do Poder Judiciário, pelo Senado Federal, em 1999, veio a galvanizar o clima político hostil, precipitando uma concertação de atores e grupos de interesse ligados à magistratura, no sentido de retomar a reforma como uma pauta positiva e arrefecer, assim, o processo de corrosão de credibilidade da Justiça⁴⁷. A essa altura, o discurso sobre as deficiências do Poder Judiciário já convergia para uma perspectiva instrumentalista da justiça, submetida à ótica do Estado, como fiador do desenvolvimento econômico⁴⁸. Em artigo para a

⁴⁶ GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília Araujo. *Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a possibilidade de mudança*. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 6, n. 3, set./dez. 2019. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/download/312/199/1294>. Acesso em: 2 jul. 2024.

⁴⁷ SADEK, Maria Tereza. **Reforma do Judiciário**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/6kf82/pdf/sadek-9788579820335.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2024, p. 3.

⁴⁸ Em tese de doutorado, Frederico Almeida afirma que “a obtenção de consensos mínimos para a aprovação da Reforma do Judiciário, no período entre 2003 e 2004, após treze anos de tramitação da Proposta de Emenda Constitucional nº 96/1992 no Congresso Nacional, deveu-se à articulação, pela liderança executiva da Reforma, de grupos de elites jurídicas associados a trajetórias e posições bastante consolidadas no campo jurídico, em torno de uma agenda reformista que acabou por fortalecer as posições do pólo dominante do campo da administração da justiça estatal. A prevalência da agenda ‘racionalizadora’ (central no resultado final da Reforma e voltada para a centralização do sistema e o aumento de sua eficiência decisória) sobre a agenda ‘democratizante’ (associada à ampliação do acesso à justiça e presente em medidas marginais aprovadas no conjunto das mudanças introduzidas) pode ser explicada pelo protagonismo desses grupos de juristas (...)”

Folha de São Paulo⁴⁹, em agosto de 1999, Hélio Bicudo, estarrecido com o que entendia ser uma deturpação do seu projeto original, denunciava que a nova versão da reforma servia “para modelar um Estado neoliberal, não para o povo” e que estava mais interessada na estabilidade e segurança das decisões judiciais, do que na sua capacidade de promover a cidadania pela afirmação de direitos:

Deixou-se, ademais, inteiramente de lado a ideia de transformar o atual Supremo Tribunal Federal em corte constitucional ou a de entregar a um Superior Tribunal de Justiça ampliado, funcionando em turmas, a jurisdição comum de última instância, sobretudo como um tribunal de cassação, para harmonizar os julgados e não para sua estratificação, como se pretende. No sistema proposto -pergunta-se-, para que investir tanto na formação de juízes? Bastaria um computador nas salas de audiência para decidir os direitos das partes, segundo o entendimento das cúpulas judiciárias.

Apesar dos esforços modernizadores das duas últimas décadas, a constante especialização das capacidades decisórias e de solução de conflitos do sistema judicial não foram acompanhadas de uma ampliação equivalente das capacidades distributivas da Justiça, tendo, ao contrário, prevalecido uma ética quantitativa de eficiência e gestão, que, em última análise, privilegiou a superconcentração de processos e os interesses dos grandes litigantes. Antes mesmo da EC/45, inovações institucionais como a criação dos Juizados Especiais, desenhadas para ampliar o acesso à Justiça pela população e extravasar uma “litigiosidade contida”, para utilizar a expressão de um dos idealizadores desse sistema⁵⁰, na prática, mostraram importantes limitações em termos distributivos, justamente por sua concepção liberal subjacente, que torna esses sistemas inadequados para a solução estruturada de conflitos.

Quando se consideram grandes conflitos de massa, em áreas da vida social afligidas por carência de políticas públicas ou pela regulação deficiente pelo Estado, a ideia de que os cidadãos sozinhos, por meio de causas fragmentadas, submetidas a um procedimento simplificado, de baixo custo, com limitações processuais cognitivas e probatórias, possam obter do Poder Judiciário soluções satisfatórias e consistentes, soa bastante otimista. Leslie Ferraz⁵¹ demonstra, por exemplo, como as estruturas dos JECs se mostraram inteiramente inadequadas

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da Justiça no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 29-30. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-08102010-143600/pt-br.php> Acesso em: 22 dez. 2024.

⁴⁹ BICUDO, Helio. Problemas da Reforma do Judiciário. Título do artigo. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 10 ago. 1999, Opinião p. 3

⁵⁰ WATANABE, Kazuo et al. **Juizado Especial de Pequenas Causas: filosofia e características básicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

⁵¹ FERRAZ, Leslie Shérída. **Acesso à Justiça e processamento de demandas de telefonia: o dilema dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil**. Revista CNJ, 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/259/1/Acesso%20%C3%A0%20Justi%C3%A7a%20e%20processamento%20de%20demandas%20de.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2024.

para solucionar o massivo problema dos serviços de telefonia no país, justamente por deficiências de seu desenho estrutural.

Observa-se, portanto, após essas duas décadas de constantes renovações, uma incômoda dissonância: o nosso sistema de justiça tem se tornado mais eficiente, mas persiste, ainda assim, a extrema incapacidade de atendimento da demanda. Em termos quantitativos, verifica-se um enorme esforço compartilhado entre órgãos de controle e Tribunais para a redução dos tempos de espera e retenção de processos, o que tem gerado resultados positivos⁵². Qualitativamente, no entanto, o preço que vem sendo pago é muito alto. Tanto porque esses ganhos de produtividade atendem, principalmente, à demanda criada por grandes litigantes que parasitam o sistema processual, gerando poucos ganhos em termos de acesso à justiça, como, também, pelo fato de que se pauta em uma ética de massificação decisória, afrouxamento de garantias processuais e de redução da complexidade discursiva das decisões, que tende a empobrecer cada vez mais o já tão questionado padrão técnico da jurisdição brasileira.

É possível encontrar, aqui, um ponto de convergência entre as análises estrutural e judicativa no sentido de que a reforma do Poder Judiciário nunca se propôs a atacar o problema da formação cultural dos operadores do Direito e do multidenunciado elitismo da casta judicial, refratária aos processos de controle e *accountability* e que ainda preserva para si um microcosmo de privilégios que a aliena da realidade social subjacente aos casos que se propõe a julgar.

A relação de juízes por habitante continua a ser muito baixa em comparação a países de referência⁵³ e, ainda assim, a classe judicial permanece recalcitrante a soluções que impliquem massificação de seus quadros, por receio de que isso venha significar descontrole ou diminuição de seu prestígio. Também se apresenta o problema de que o Poder Judiciário brasileiro é extremamente caro⁵⁴, de modo que a melhoria significativa da relação juiz/habitante e da capilaridade do sistema, mantidas as atuais estruturas remuneratórias e os custos indiretos relacionados, teria impactos orçamentários proibitivos. Estudo elaborado pelo Tesouro

⁵² CASTELLIANO, Caio; GUIMARAES, Tomas Aquino. Court Disposition Time in Brazil and European Countries. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 19, e2302, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202302>

⁵³ Segundo o Relatório “Justiça em Números”, de 2024: “o Poder Judiciário possui uma relação de 9 magistrados(as) por cem mil habitantes. A título de comparação, na Europa, a mesma relação é de 18,0 magistrado(a) por cem mil habitantes, ou seja, no Brasil, há metade do número de juízes(as) por habitante do que na União Europeia”. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2024**. Brasília: CNJ, 2024. p. 99. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em: 24 set. 2024.

⁵⁴ Segundo o citado relatório “Justiça em Números 2024”, em 2023, o gasto com o sistema judicial brasileiro, descontadas as despesas previdenciárias, foi de R\$ 108,9 bilhões, o que representa R\$ 536,21 por habitante e cerca de 1% do PIB. *Ibidem*, p. 83.

Nacional⁵⁵, com dados de 2021, revelou que o dispêndio com Tribunais no Brasil era o maior entre 53 países analisados e atingia patamares quatro vezes acima da média internacional. Qualquer proposta séria de reestruturação do sistema judicial baseada no aumento da oferta teria que lidar com a política de remunerações e privilégios institucionais, um embate difícil de se imaginar em um horizonte de normalidade política.

Em consequência, o foco de reformulação e controle do Poder Judiciário se apresenta cada vez mais adstrito à progressiva ampliação das suas capacidades instaladas, de maneira a criar condições para o julgamento de números crescentes de processos, em menor tempo e, a depender de parte da magistratura, com o mínimo de amarras processuais e inconveniências causadas por advogados, partes, defensores, promotores e demais participantes do processo.

Não é exagero afirmar, portanto, que, sob a ótica do desempenho formal e da capacidade de gerenciamento, o Poder Judiciário brasileiro atende aos propósitos para os quais foi configurado e, por meio de constantes investimentos em tecnologia da informação e ferramentas de apoio decisório, tem se tornado cada vez mais proficiente em gerar os resultados e bater as metas que se apresentam. Ovídio Baptista, escrevendo em 2008, captura perfeitamente esse ponto quando indica que as insuficiências do sistema judicial não são funcionais, mas estruturais:

É certo que existem, localizadamente, problemas *funcionais*, mas eles são em geral questões administrativas, não problemas decorrentes de seu funcionamento, enquanto sistema. Pelo menos, não são, originariamente, problemas criados em consequência de uma suposta disfunção estrutural ou sistemática.

Ele funciona segundo os princípios e pressupostos imaginados por aqueles que o conceberam. Um ponto que não preocupa aqueles que se angustiam com os atuais problemas da administração da justiça é saber se a celeridade processual fora, realmente, concebida como um objetivo desejado pelo sistema. Ou seja, inda não se demonstrou que nosso sistema processual fora programado para andar rápido.

Ao contrário, ao priorizar o valor *segurança*, inspirada em juízos de *certeza*, como uma imposição das filosofias liberais do *Iluminismo*, o sistema renunciou à busca de efetividade – que nossas circunstâncias identificam com *celeridade* –, capaz de atender às solicitações de nossa apressada civilização pós-moderna.

O Poder Judiciário funciona satisfatoriamente bem, em nosso país. Os problemas da Justiça são *estruturais*. Não *funcionais*. Ele atende rigorosamente bem ao modelo que o concebeu.⁵⁶

Difícil não retornar ao alerta de Hélio Bicudo, em 1999, quando notamos que um dos subprodutos mais problemáticos do viés reformista liberal que se implantou a partir da EC 45/45 foi a perspectiva, ainda viva, da mutação das atribuições judicativas do Poder Judiciário para

⁵⁵ BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. **Despesa por função do governo geral**: classificação COFOG = Classification of Functions of Government. Brasília: Ministério da Fazenda, 2024, p. 54 Disponível em: <http://www.tesourotransparente.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2024.

⁵⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. **Revista de Processo**, v. 33, n. 158, p. 9–19, abr. 2008, p. 11.

uma espécie de supergestão de processos, focada na concentração artificial de casos e no controle hierárquico de decisões, por meio do qual soluções pré-moldadas são reproduzidas de cima para baixo, de Tribunais Superiores para Tribunais Regionais, de Colegiados para juízes singulares, como um sistema de montagem fordista, que fabrica o trânsito em julgado com a mesma indiferença que um burocrata carimba certidões.

Nos anos 70, Mauro Capelletti capitaneou o *Florence Access-to-Justice Project*, cujo relatório final foi publicado no Brasil e teve muita influência nos anos 90, orientando boa parte das ideias de reforma do Poder Judiciário que foram implementadas no país desde então. No final do relatório geral dessa obra, os autores fazem o seguinte alerta, que é bastante revelador para a presente discussão:

Uma vez que grande e crescente número de indivíduos, grupos e interesses, antes não representados, agora tem acesso aos tribunais e a mecanismo semelhantes, através das reformas que apresentamos ao longo do trabalho, a pressão sobre o sistema judiciário, no sentido de reduzir a sua carga e encontrar procedimentos ainda mais baratos, cresce dramaticamente. Não se pode permitir que essa pressão, que já é sentida, venha a subverter os fundamentos de um procedimento justo. Neste estudo, falamos de uma mudança na hierarquia dos valores no processo civil - de um desvio no sentido do valor da acessibilidade. No entanto, uma mudança na direção de um significado mais "social" da justiça não quer dizer que o conjunto de valores do procedimento tradicional deva ser sacrificado. Em nenhuma circunstância devemos estar dispostos a "vender nossa alma"⁵⁷

Ainda que, no caso brasileiro, não se possa dizer que exista um processo descontrolado de informalidade e ampliação do acesso à justiça, o alerta ainda assim é pertinente, pois atinge certa retórica muito difundida de se apontar a exagerada rigidez do sistema, o excesso de recursos e garantias processuais, legislações excessivamente protetivas, excessos de leis e ritos etc., como as grandes causas de morosidade e ineficiência do nosso sistema. Essa retórica, por sua vez, retroalimenta o hiperfoco do Poder Judiciário e dos seus órgãos de controle em estratégias estritamente quantitativas, que, por vezes, são incompatíveis com as exigências de um processo deliberativo, fundado em decisões fundamentadas e analíticas, com a participação efetiva de todos os atores processuais, como se fossem as únicas soluções disponíveis, obscurecendo a demanda por reformas mais profundas do sistema judicial⁵⁸.

Escrevendo em 2003, às vésperas da promulgação da Emenda 45, José Eduardo Faria ainda divisava caminhos possíveis para um Poder Judiciário pressionado, em suas estruturas

⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Por Alegre: Fabris, 1988. p. 164

⁵⁸ Dierle Nunes aponta que é "costumeira a defesa de uma socialização efetiva mediante a busca do acesso à justiça, mas vem se tornando corriqueira uma degeneração desse discurso mediante uma defesa estratégica e de um processo de resultados que tenta encobrir uma lógica funcional e de produtividade processual, que vem sucateando a técnica e o processo." NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 140

formalistas, a responder por dissensos estruturais para os quais se encontrava pouco equipado. De um lado, via-se abarrotado pela expansão de litigiosidade causadas por políticas econômicas restritivas do governo, que esgarçavam as desigualdades sociais estruturais do país, realçando o contrastante com o rol ampliativo de direitos materiais garantidos na redemocratização. De outro, era cada vez mais capturado para exercer um papel de moderador de crises governamentais causada pela indiferenciação entre os poderes da República e, ao mesmo tempo, censurado por intervir em políticas públicas voltadas à estabilização de um ambiente de negócios propício à integração do país, de forma competitiva, a uma economia internacionalizada, cujos principais *players* se organizavam em estruturas jurídicas cada vez mais independentes dos ordenamentos jurídicos nacionais, pouco interessados em se adequar às idiossincrasias do sistema judicial local. O sociólogo, então, já identificava que o Poder Judiciário precisava encarar uma reformulação completa da sua forma de ver o mundo e definir para si uma identidade funcional clara, ao invés de apenas investir no aperfeiçoamento de capacidades para as quais foi gravitacionado, mas que tem poucas condições de exercer com legitimidade e eficiência:

Acionada pelos “excluídos” para dirimir conflitos que afetam o processo de apropriação das riquezas e distribuição equitativa dos benefícios sociais, mas desprezada por muitos setores “incluídos” na economia transnacionalizada, que tendem cada vez mais a elaborar suas próprias normas, ritos e mecanismos de resolução de controvérsias, a Justiça brasileira é uma instituição que tem de redefinir seus espaços de atuação e forjar uma identidade funcional mais precisa. Se estão certos aqueles que afirmam não ter ela outra legitimidade a não ser a que lhe é dada por sua independência institucional, por sua eficiência funcional e por sua autoridade moral, essa legitimidade precisa ser permanentemente validada pela prática, no cotidiano de cada tribunal — e é por isso que a instituição e seus integrantes têm de mudar.⁵⁹

As escolhas institucionais foram feitas e, naturalmente, essa busca por uma identidade permanece em aberto, negligenciada por interesses estratégicos e contingências externas que tomam precedência nas práticas cotidianas dos Tribunais. É nesse contexto fragmentário que o fenômeno do precedentalismo surge como espécie de panaceia, especialmente a partir do novo Código de Processo Civil, marco que, para seus defensores, consolida um suposto sistema de precedentes no país, sacramentando o que se iniciara a partir de instrumentos como a súmula

⁵⁹ FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça no século XXI**: A crise da Justiça no Brasil. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2003. Texto apresentado no seminário "Direito e Justiça no Século XXI", de 29 de maio a 1º de junho de 2003. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>. Acesso em 12 fev. 2025.

vinculante, a repercussão geral⁶⁰, os recursos repetitivos⁶¹, os controles de relevância⁶² e demais tecnologias decisórias criadas nas últimas décadas para racionalizar o processo decisório nos Tribunais, conferindo maior segurança jurídica e previsibilidade ao ambiente contencioso no Brasil.

No tópico seguinte, iremos analisar a proposta precedentalistas como espécie de manifestação patológica da perspectiva estrutural, sem deixar de compreender as suas especificidades e racionalidade internas e os exageros perpetrados por seus detratores, a fim de que encontrar os meios pelos quais os remédios criados desde a EC 45 possam de fato contribuir para a melhora da prestação jurisdicional, sem, contudo, “perder a alma”.

1.1.1 AS SIRENAS DO PRECEDENTE E O CANTO DA RACIONALIZAÇÃO/SIMPLIFICAÇÃO DO PROCESSO DECISÓRIO

O que se denomina “precedentalismo” é mais um conjunto de aspirações de um grupo influente de doutrinadores nacionais, que pensam os enormes desafios do sistema judicial brasileiro a partir de uma ética da eficiência e da segurança jurídica. Trata-se de um arcabouço de ideias que buscar retrabalhar os conhecidos gargalos estruturais e as também difundidas críticas à fundamentação judicial no Brasil, em uma linha unificadora predicada na consolidação de um sistema de precedentes no país, cujas bases foram lançadas nas reformas do sistema judicial implementadas ao longo dos últimos vinte anos. Marinoni.⁶³ bem define os contornos do problema que essa corrente busca remediar:

No Brasil, muitos juízes ainda imaginam que podem atribuir significado aos textos que consagram direitos fundamentais a seu bel-prazer – como se a Constituição fosse uma válvula de escape para a liberação dos seus valores e desejos pessoais – e, assim, decidir sem qualquer compromisso com os precedentes constitucionais, numa demonstração clara de ausência de compreensão institucional.

Estão por detrás da falta de respeito aos precedentes argumentos retóricos de natureza jurídica, valores culturais e, inclusive, um nítido interesse num sistema judicial incoerente e aberto a mudanças repentinas. É importante perceber que a falta de autoridade das decisões das Cortes Supremas não deriva apenas da rejeição teórica à ideia de que as suas decisões devem definir o sentido do direito e, portanto, orientar os demais tribunais, mas também do desinteresse de posições sociais significativas na racionalização da distribuição do direito no país.

⁶⁰ CF/88, art. 102, §3º. Instituída pela EC 45/2004 e regulamentada pela Lei 11.418/2006.

⁶¹ Para os recursos extraordinários e especial, a regulamentação se deu, primeiro, pelas Leis 11.418/2006 e Lei 11.672/2008, respectivamente, que alteraram o CPC/73, sendo depois reproduzidos no CPC/15 (arts. 1.036 a 1.041). No TST, o recurso de revista foi instituído pela Lei 13.015/2014 (reforma trabalhista), que criou 896-B da CLT.

⁶² Além da repercussão geral, no âmbito do STF, foi instituído o filtro de transcendência dos recursos de revista submetidos ao TST (CLT, art. 896-A) e, recentemente, o controle de relevância dos recursos especiais no STJ, introduzido pela EC 125/2022, este ainda pendente de regulamentação.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. *E-book preview* p. RB-3.1.

Sob essa perspectiva, o desafio da irracionalidade judicial é apresentado em uma dupla dimensão: uma subjetiva, pertinente à adjudicação dos casos concretos, marcada pelo forte personalismo impregnado na formação intelectual do juiz brasileiro e, outra, objetiva, relacionada à cultura institucional, que reproduz uma organização judiciária avessa a hierarquias, regionalizada, dispersiva e instável, prioritariamente a serviço de interesses locais:

Sem qualquer dúvida, a hierarquia é algo inerente à realização dos fins de uma instituição composta por várias “vontades”. Não a hierarquia caudilhista – que, aliás, sempre funcionou no Brasil –, mas a hierarquia como sinônimo de organização racional, sem a qual a voz institucional efetivamente não pode ser expressa.

Um sistema de distribuição de justiça é tanto mais marcado pela vontade individual do juiz – e, portanto, irracional – quanto menos se respeita a autoridade das cortes de vértice. 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. Tudo isso é reflexo do personalismo e, em alguns casos, desejo de manipular os casos de acordo com interesses locais, a evidenciar a presença do velho patrimonialismo na tentativa bizarra de disfarçar o interesse de privilegiar sob a desculpa de “liberdade para decidir”.⁶⁴

Essas dimensões se interconectam na forma como os julgamentos são realizados nos Tribunais, nos quais impera uma colegialidade apenas performática, com o empilhamento de votos individuais em lugar do debate⁶⁵, e prevalecem soluções particularistas dos casos, frequentemente contraditórias entre si, havendo pouco interesse na história institucional, na elaboração *ultra partes* do sentido do Direito e na construção de um sistema jurídico previsível, íntegro e impessoal.

A resposta a ser dada a tal estado de coisas, imaginam os precedentalistas, passa pelo fortalecimento da cultura do precedente e pelo contínuo aprimoramento dos julgamentos Colegiados, especialmente no âmbito dos Tribunais Superiores, as denominadas “Cortes de vértice”, que detêm a competência extraordinária para exarar decisões, enunciados e orientações de observância obrigatória pelas instâncias inferiores⁶⁶, como a súmula vinculante, a repercussão geral e os julgamentos em controle concentrado de constitucionalidade, no âmbito

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. *E-book proview* p. RB-3.5

⁶⁵ *Idem*. **Julgamento nas cortes supremas**. 3. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023. p. 197.

⁶⁶ Importante notar que a normatividade do precedente obrigatório instituída pelo novo CPC contempla, também, a atuação dos Tribunais Regionais e Estaduais, nos limites de suas competências territoriais, por meio de instrumentos como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), previsto no art. 976 do CPC, o Incidente de Assunção de Competência (AOC), do art. 947 do CPC, assim como as decisões e orientações dos plenários e órgãos especiais (CPC, art. 927, V). Está pressuposto nesse sistema, portanto, que o controle hierárquico do precedente não é exclusivo da cúpula judiciária, tratando-se de um esforço a ser compartilhado por todos os Tribunais do país, que, por força do art. 926 do CPC, devem “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

do STF (CF/88, arts. 103-A e CF/88, art. 103-A; CPC, art. 1.035), o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (CPC, art. 1.036), além da edição de enunciados sumulares comuns, anteriormente dotados apenas de eficácia persuasiva, mas que se tornaram obrigatórios *ope legis*, com a reforma do CPC (art. 927, IV) ⁶⁷.

Esses Tribunais, também genericamente referidos como “Cortes Supremas”, ao funcionarem, no caso do Brasil, como última instância recursal e, ao mesmo tempo, exercerem o mister de proferir “a última palavra” sobre a interpretação do direito, estariam posicionados em um lugar privilegiado para consolidar as dimensões subjetiva e objetiva da prestação jurisdicional, ou, para utilizar a expressão cunhada por Taruffo ⁶⁸, exercerem as funções reativa, que é a própria resolução do caso concreto, cujo olhar se volta para o fato passado, e a função proativa, destinada a formar o precedente, que se projeta para o futuro e para os interesses difusos da sociedade, a orientar o trabalho das instâncias inferiores. Porém, para que esse sistema hierárquico funcione, existe uma curva de aprendizado importante, que depende da aderência gradativa dos Tribunais a um modo de julgar prospectivo, que favoreça o acordo ou a formação de maiorias quanto aos fundamentos da decisão ⁶⁹ (facilitando, assim, a extração da *ratio decidendi* que formará o precedente), a evitar, quando possível, as convergências restritas ao resultado, que geram incerteza sobre a repetibilidade da solução em casos futuros.

Para os precedentalistas, a importância da jurisprudência ⁷⁰ como instrumento de coesão social se apoia em duas premissas básicas: a) o precedente, ao contrário do texto legal,

⁶⁷ Interessante questão é se o TST pode ser denominada uma “Corte de Vértice” nos termos da perspectiva aqui analisada. Embora o art. 1.026 não contemple o julgamento repetitivo dos recursos de revista, a reforma trabalhista (Lei 13.467/2017) se encarregou de equiparar as modalidades ao inserir, na CLT, os arts. 896-B e 896-C. De igual modo, em que pese o art. 927, IV mencionar a obrigatoriedade apenas das Súmulas do STJ e do STF, o fato é que o TST é prolífico na produção de enunciados e orientações jurisprudenciais (OJs) sobre uma miríade de questões de direito material e processual Trabalho, formando um extenso de teses e princípios de julgamento que serve de referência praticamente obrigatória para toda jurisdição ordinária trabalhista Bernardes, Felipe. **Manual de processo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 757. Ademais, o fato de o TST não ser a última instância para o julgamento de todas as matérias sob a sua competência, tendo em vista o cabimento do recurso de revista por violação à Constituição (CLT, art. 896, “c”), a sua posição como última instância para a discussão da legislação trabalhista infraconstitucional parece qualificá-lo para receber a referida alcunha. HAJEL FILHO, Ricardo Antonio Bittar. **O Tribunal Superior do Trabalho como corte de vértice**. 2021. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. Acesso em: 6 out. 2024.

⁶⁸ TARUFFO, Michele. Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, v. XIX, n. 23, p. 114-125, jan./dez. 2014. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/488/501>. Acesso em: 06 out. 2024.

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**. 3. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023. p. 158

⁷⁰ Importante pontuar que o vocábulo “jurisprudência” é empregado de forma imprecisa na prática jurídica brasileira, por vezes significando o mesmo que precedente, isto é, uma decisão anterior cujas razões de decidir influenciam o julgamento de casos futuros, por outras, um conjunto de acórdãos que, de alguma forma, enunciam uma tese jurídica ou princípio de direito ou, até mesmo, um único julgado de grau hierárquico superior que corrobore um ponto que se pretenda defender na argumentação. Pablo Frota aponta que, mesmo quando entendida “como um padrão decisório que serve para decidir casos futuros [...] tal padrão não é, em regra,

é uma comunicação unívoca sobre o sentido do direito e b) uma vez produzido o precedente, cabem aos tribunais inferiores e juízes singulares aplicarem-no, encerrando-se a atividade interpretativa⁷¹. Percebe-se, assim, que há uma teoria da interpretação subjacente à força normativa do precedente. Enquanto a Lei, como comando aberto emanado pelo Legislador antes do fato, é espécie de caleidoscópio e admite múltiplas combinações de sentido e soluções criativas dos casos, o precedente, por sua vez, é uma luneta, uma solução focal e qualificada, que exclui as alternativas concorrentes do mercado jurídico.

A força vinculante do precedente está predicada na sua própria “aplicabilidade”, portanto, isto é, em sua capacidade de encerrar uma determinada disputa independentemente da atividade cognitiva do juízo vinculado - ou, para usar uma expressão usual do direito brasileiro, de seu “convencimento” - bastando que a situação jurídica em exame possa ser racionalmente retraçada aos motivos determinantes que formaram as razões do julgamento paradigma, cuja incidência é obrigatória. Marinoni sintetiza essa perspectiva:

Uma das consequências do desenvolvimento da teoria da interpretação é a indeterminabilidade, menor ou maior, dos resultados extraíveis dos textos legais. Decorre daí a conclusão de que, num sistema em que todos os juízes interpretam as leis e controlam a sua constitucionalidade, cabe às Cortes Supremas a função de definir o sentido da lei, assim como a sua validade. Depois do pronunciamento da Corte Suprema, por consequência lógica, nenhum juiz ou tribunal, nem mesmo a própria Corte Suprema, poderá resolver caso ou decidir em desatenção ao precedente firmado. Só assim deixará de estar presente a insegurança em relação à aplicação do direito, permitindo-se a prática consciente de uma conduta com ele de acordo e a prévia aceitação da responsabilidade inerente à sua não observância.⁷²

Em um sistema moldado pelo respeito ao precedente, toda a estrutura hierárquica do Poder Judiciário poderá trabalhar em múltiplas frentes na interpretação do Direito, contribuindo com soluções concorrentes para os problemas jurídicos trazidos pela sociedade, até que a Corte Suprema dê “a última palavra”. Daí em diante, em nome da segurança jurídica, da racionalidade

racional (passível de controlabilidade democrática dos fundamentos decisórios pela sistemática violação do dever de fundamentação) e, por isso, inexistente, em sentido técnico, jurisprudência em nosso país.” FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Precedente vinculativo e persuasivo e a ratio decidendi. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-13/diario-classe-precedente-vinculativo-persuasivo-ratio-decidiendi>. Acesso em: 12 fev. 2025.

⁷¹ Mitidiero explica como o problema da indeterminação do Direito tende a ser simplificado pelo precedente: “Para controlar retrospectivamente as decisões tomadas pelos juízes de primeiro grau, as Cortes de Justiça precisam interpretar textos e elementos não textuais da ordem jurídica. Dada a dupla indeterminação do direito, esses julgamentos inevitavelmente produzem um rico manancial de possíveis soluções a respeito do adequado significado que esses dispositivos devem ter à luz do contexto dos casos concretos em que inseridos. Ao fazê-lo, essas Cortes de Justiça causam uma inevitável dispersão a respeito do significado da interpretação do direito. Trata-se de dispersão que tende a durar enquanto inexistente orientação definitiva sobre a questão emanada da Corte de Precedentes encarregada de dar a última palavra sobre o significado do direito constitucional ou do direito federal ou orientação uniforme da própria Corte de Justiça tomada a partir da forma própria.” MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023. E-book, posição 2325.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. E-book *proview* p. RB-4.2

e da estabilidade das relações sociais e econômicas, opera-se um fechamento argumentativo na cadeia decisória e os casos futuros receberão a mesma solução, ressalvadas as hipóteses de diferenciação ou de superação (neste caso, restrita ao próprio Tribunal que criou o precedente).

Em que pese a sedução que a utopia do precedente possa exercer sobre o jurista impotente diante do mar de insegurança judiciária brasileira, a perspectiva precedentalista padece de duas dificuldades importantes, sendo uma de ordem prático-política e, a outra, teórica. A limitação prática, de certo modo reconhecida por seus defensores, é que, embora o sistema de precedentes seja apresentado como uma solução para o subjetivismo e o paroquialismo judicial das instâncias ordinárias, essa conquista da racionalidade só virá à fruição no dia em que as próprias cúpulas judiciárias se comportarem, verdadeiramente, como Cortes de Vértice. Tal exercício de autocontenção, entretanto, não parece estar no horizonte da realidade brasileira, à mingua de incentivos concretos, provindos da sociedade civil ou dos demais poderes da República, para que a elite da magistratura, entrincheirada em uma cultura institucional casuística, modifique radicalmente a sua forma de julgar e de se relacionar com os grandes atores econômicos e políticos que frequentam as suas Cortes.

Existe, por parte dos tribunais de cúpula, um ardoroso clamor para que os andares de baixo da cadeia hierárquica reverenciem o precedente, mas essa paixão não é cultivada dentro de casa. As “Cortes de Vértice” tendem a se apropriar de seus julgados passados de forma seletiva e pouco consistente, menos com a intenção de consolidar uma história institucional e mais como espécie de complemento à denominada “jurisprudência defensiva”, cuja função primordial é realizar o controle de entrada de processos⁷³. Quando interessa julgar os casos, o precedente pode ser ignorado ou superado sem muita cerimônia, não sendo incomum ocorrerem sucessivas mudanças de opinião em curtos espaços de tempo⁷⁴. Não é raro, também, que não

⁷³ A uso performático do precedente como jurisprudência defensiva pode ser identificado, por exemplo, na aplicação em massa do Enunciado 83 da Súmula do STJ, para justificar o não conhecimento de recursos especiais. Originalmente editado para limitar a interposição de recursos por divergência jurisprudencial, quando a questão já estivesse pacificada no STJ, o referido verbete tem sido invocado indistintamente em apelos fundados na alínea “a” e “c” do art. 105, III da CF/88, de forma pouco analítica e não raro com base em ementas de julgados esparsos, provindos de órgãos fracionários do Tribunal e que não representam a opinião pacificada da Corte sobre determinado assunto. Ver: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Necessária superação da Súmula 83 do STJ. **Consultor Jurídico (Conjur)**, 06 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-06/volpe-camargo-necessaria-superacao-sumula-83-stj>. Acesso em: 06 out. 2024.

⁷⁴ Exemplo caricato dessa instabilidade foi o vai e vem de entendimentos do STF sobre a possibilidade de prisão do réu após a condenação em segunda instância. Em 2009, no julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG, o STF firmou o entendimento de que a prisão só poderia ocorrer após o trânsito em julgado, em conformidade com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF). Em 2016, o STF alterou essa posição e, no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, decidiu que a execução da pena poderia ser antecipada em determinadas circunstâncias. Em 2018, no contexto da Operação Lava Jato, o STF manteve a decisão de admitir a prisão em segunda instância no julgamento de alto perfil no Habeas Corpus envolvendo o então ex-presidente Lula (HC 152.752). Contudo, no ano seguinte, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade

se consiga chegar a um acordo sobre o que seria o precedente em determinados casos, concorrendo cada ministro com os julgados que reforçam a sua posição pessoal, formando-se um mosaico pouco estruturado de argumentos de autoridade ⁷⁵. Por outro lado, os Tribunais Superiores, culturalmente, tendem a priorizar o resultado, demonstrando dificuldades sistemáticas em formar consensos totais ou parciais sobre as razões determinantes dos julgamentos, as quais ficam diluídas na prolixidade dos votos individuais proferidos em série, que ajudam mais a promover a reputação pessoal do magistrado, do que informar a opinião da Corte⁷⁶. Esse forte estímulo ao protagonismo individual, aliás, manifesta desdobramentos deletérios à colegialidade, por exemplo, nos abusos das liminares e dos pedidos de vista, através dos quais magistrados conseguem consolidar situações jurídicas de forma monocrática, colocando a sua vontade pessoal à frente do órgão fracionário ou do Tribunal Pleno⁷⁷.

(ADCs) 43, 44 e 54, o Tribunal voltou a mudar de entendimento, decidindo, novamente, que a prisão só pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

⁷⁵ Em pesquisa realizada pelo Núcleo de Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análises e Planejamento, na qual se realizou a análise dos padrões argumentativos de diversos organismos de controle de constitucionalidade “preventivo e repressivo”, levantamento sobre uma série de 40 acórdãos do STF sobre os temas reforma do Judiciário e do processo e competição política, compreendendo decisões proferidas no período de 1995 até outubro de 2009 indicou o seguinte:

“Não há propriamente um padrão decisório, pois um ou mais tipos de argumentos podem ser utilizados num mesmo voto, indistintamente. Se algum padrão houver, ele não poderá ser descrito de outra forma, senão como um mosaico de argumentos de tipos diversos, dos quais são exemplos aqueles apontados na pesquisa: os argumentos que recorrem a uma interpretação sistematizada da lei e dos princípios de direito e os que lançam mão da doutrina, da jurisprudência ou da opinião de especialistas de áreas não-jurídicas. Esse elenco de possibilidades admite tanto os votos que se fundam em somente um argumento, como aqueles que lançam mão de mais de um, sendo mesmo possível que, utilizando suas palavras como argumento de autoridade, Ministros cite a si próprios, seja referindo-se aos textos acadêmicos que escreveram, seja aos votos que proferiram em julgamentos anteriores, seja a ambos. Nessas condições, a técnica jurídica pode ser utilizada como elemento de legitimação, para dar à decisão arbitrária a aparência de decisão fundamentada. Sobretudo graças aos argumentos de autoridade, a decisão judicial não assumiu, nos casos estudados, nem o caráter de um campo de disputa pelo sentido das normas, nem o caráter de um espaço para decisões em nome de uma verdade inquestionável, mas sim o caráter de algo que busca assegurar uma determinada aparência, fazendo ter feição justa e legal aquilo que cada Ministro, em seu voto, considera justo e legal.” RODRIGUEZ, José Rodrigo; NOBRE, Marcos (coord.). **Processo legislativo e controle de constitucionalidade**. São Paulo/Brasília: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), Núcleo Direito e Democracia, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2010, p. 78. Disponível em: www.academia.edu. Acesso em: 6 out. 2024.

⁷⁶ Ginsburg e Garoupa notam que sistemas legais onde vigora a prática do voto em série (*seriatim*), observa-se um impacto negativo sobre a jurisprudência coletiva, na medida em que os juízes tem mais incentivos para cultivar suas reputações individuais. GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. **Judicial reputation: a comparative theory**. Chicago: University of Chicago Press, 2015, p. 27. No caso Brasileiro, esse problema se agrava pela importante exposição externa das sessões dos Tribunais Superiores, em especial, do STF, que televisa suas sessões ao vivo pela TVJustiça, criando-se uma presença atípica de seus integrantes nos noticiários nacionais e no imaginário popular (MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. **Nos bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, E-book, p.360. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-6732-1/>. Acesso em: 14 out. 2024.

⁷⁷ Em disputa trabalhista de alto impacto econômico, entre a Petrobrás e um grupo de sindicatos, decidida pela 1ª Turma do STF (RE 1251927), a Min. Rosa Weber pediu vista em 18/2/2022, durante o julgamento virtual, quando já havia maioria formada em favor da empresa pública (três votos favoráveis e uma abstenção). O seu voto-vista, divergente, só foi devolvido em 20/6/2023, cerca de três meses antes de sua aposentadoria (30/9/2023). Em outro caso emblemático, que tratava do direito ao recebimento de auxílio-moradia (STF, AO 1.389, AO 1.773, AO 1.776, AO 1.946, AO 1.975 e ACO 2.511), o relator, Min. Luiz Fux, concedeu liminar,

Um mecanismo que tem sido frequentemente utilizado pelo Tribunais superiores, na tentativa de mitigar a fragmentação de suas decisões, é a formulação das denominadas “teses”, que comunicam o núcleo normativo da decisão tomada nos julgamentos de efeito vinculante, como a repercussão geral e os recursos repetitivos. São enunciados semelhantes às súmulas, mas ao invés de sintetizarem o substrato comum a um conjunto de acórdãos sobre determinado assunto, apresentam-se como uma tentativa de formulação oficial das razões de decidir de um julgamento particular. A técnica se assemelha ao que Taruffo chamou, pejorativamente, de “nomofilaquia do caso concreto”⁷⁸, ao criticar dispositivos da reforma do CPC italiano que outorgaram à Corte de Cassação, no julgamento de determinadas questões recursais, a prerrogativa de extrair “princípios de direito” a serem observados pelas instâncias inferiores.

A formulação das “teses de julgamento” começou a ser implementada no STF na última década, muito por influência do Min. Luis Roberto Barroso - um dos entusiastas da ideia antes mesmo de seu ingresso na Corte⁷⁹ - e tinha vaga sustentação normativa no art. 543-A, § 7.º do CPC de 1973⁸⁰, introduzido pela Lei 11.418/2006. Hoje, o instituto encontra-se respaldado em diversas disposições do CPC/15 acerca da dinâmica dos precedentes vinculantes (art. 927, § 2º, 978, parágrafo único, 985, 986, 987, § 2º, 1.038, § 3º), admitindo-se, inclusive, a reclamação contra “a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam” (art. 988, § 4º).

Entusiasmos à parte, a formulação desses aforismas oficiais pressupõe que as razões determinantes do julgamento posam ser extraídas, de forma coerente, da própria fundamentação do acórdão, sendo essas - e não a tese em si - o núcleo de sentido do precedente. Em

em 15/9/2014, para garantir o recebimento da parcela por todos os juízes federais. Essa tutela permaneceu em vigor por mais de quatro anos, sendo revogada pelo próprio relator, em 26/11/2018, alegando “impactos orçamentários” (STF. AO 1.773, Rel: Min. Luiz Fux, DJE nº 253, divulgado em 27/11/2018). A reconsideração veio na esteira da promulgação das Leis 13.752/2018 e 13.753/2018, que concederam reajuste total de 16,38% sobre os vencimentos dos Ministros do STF, tratando-se de uma ação coordenada com o então Presidente Michel Temer. CONJUR. Fux revoga auxílio-moradia de juízes após reajuste para STF. **Consultor Jurídico**, 26 nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-26/fux-revoga-auxilio-moradia-juizes-reajuste-stf>. Acesso em: 06 out. 2024.

⁷⁸ TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. civilistica.com, v. 3, n. 2, p. 1-16, 10 dez. 2014. Disponível em <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/587>. Acesso em 13/10/2024, p. 14.

⁷⁹ Em 2010, sugeria o então advogado que, após a sessão de julgamento, o relator do acórdão deveria “i) redigir uma *ementa* representativa dos fundamentos e conclusões que obtiveram adesão da maioria; e ii) dela deverá constar a *proposição* ou *tese jurídica* que serviu como premissa necessária à decisão da Corte, à semelhança dos *holdings* do *common law*.” BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança. In: RETROSPECTIVA 2010: prudências, ousadias e mudanças necessárias no STF. **Consultor Jurídico**, 28 dez. 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>. Acesso em: 6 out. 2024.

⁸⁰ “A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.”

circunstâncias ideais, a tese pode funcionar como uma chave comunicativa, que codifica o conteúdo analítico do acórdão. Uma espécie *slogan* operacional, passível de apreensão imediata e capaz de facilitar o trânsito de argumentos jurídicos no ambiente contencioso, desde que não exista desacordo, entre os participantes do processo, sobre as verdadeiras razões de decidir do julgado. Porém, essa chave terá pouca ou nenhuma valia se o conteúdo material da decisão que visa a codificar estiver vazio, ou em total desordem.

De forma geral, esses verbetes possuem gabarito democrático limitado e temos dificuldade em compartilhar do entusiasmo de Perrone e Barroso, quando apontam que “o conceito de tese jurídica adotado pelo novo Código parece guardar correspondência com o conceito de *ratio decidendi*”⁸¹. As razões para essa descrença são perfeitamente declinadas pela mesma Patrícia Perrone, em outra publicação:⁸²

Obviamente, a formulação da tese não reduz a importância de compreender os fatos do caso, os elementos levados em consideração para a sua formulação ou os argumentos tecidos por cada ministro. Esses elementos são fundamentais para exercer um juízo crítico sobre a própria tese do tribunal e poderão se prestar, no futuro, à distinção de um novo caso que não guarde exatamente as mesmas características do caso anterior. A própria apreensão da tese, com maior profundidade, pressupõe uma compreensão mais detalhada do julgado em que foi afirmada. Portanto, a formulação da tese não neutraliza todos os problemas associados à adoção de um modelo de votação em série extremo (como é aquele adotado pelo Supremo) para fins de implementação de um sistema de precedentes vinculantes. Entretanto, a explicitação da tese tem, ao menos, a virtude apresentar uma síntese que expressa a compreensão da Corte sobre a decisão que proferiu e, portanto, de fornecer um ponto de partida que facilite aos juízes e aos jurisdicionados em geral acessar as razões dos julgados.

Esses mesmos autores⁸³ inadvertidamente reforçam as limitações operativas das teses quando, tratando da diferença entre *obiter dictum* e *ratio decidendi*, apontam como exemplo o julgamento de um caso emblemático, no STF, submetido ao regime de repercussão geral, no qual se tratava de reparação de danos à União por um acidente de carro (RE 669.069). Uma das questões alegadas pelo Ente público, naquele processo, era a imprescritibilidade, em geral, das pretensões de ressarcimento movidas pela Fazenda Pública. O relator, Min. Teori Zavascki, entendeu que essa posição não possuía sustentação constitucional no caso concreto e que as hipóteses de imprescritibilidade não eram tão abrangentes como defendia a União. Contudo, no momento de propor a tese de repercussão geral para aquele julgamento, ao invés restringir a formulação ao conteúdo efetivamente decidido (prescritibilidade da pretensão de ressarcimento por acidente automobilístico), o ministro quis aproveitar a ocasião para formular uma tese mais

⁸¹ 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. 34, jul./set. 2016.

⁸² MELLO, Patrícia Perrone Campos. **O Supremo Tribunal Federal: um Tribunal de Teses**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, p. 443-467, set./dez. 2019, p. 456. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br>. Acesso em: 06 out. 2024.

⁸³ MELLO; BARROSO, *op. cit.*, p. 36.

ampla, de que “a imprescritibilidade [...] diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais”.⁸⁴ O Min. Barroso, embora concordasse com o resultado, se opôs a esse enunciado, argumentando, corretamente, que a imprescritibilidade da pretensão reparatória por ato de improbidade administrativa não era objeto daquele julgamento, tratando-se, aliás, de tema altamente controverso. Ao final prevaleceu a tese desidratada de que é “prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”, inscrita no Tema 666 da Repercussão Geral.

Os autores citam esse caso como uma vitória da racionalidade no ambiente discursivo judicial e um exemplo bem-sucedido de autocontenção pelo STF. Contudo, a lição mais importante desse episódio, para uma discussão sobre o sistema de precedentes que se busca normatizar no Brasil, é a de como as tais teses de julgamento são passíveis de apropriações abusivas, quando lidas fora de seu contexto de incidência no caso concreto. Como conteúdos autônomos, não vinculam nada e nem poderiam, pois, assim como as leis, são textos e não epifanias jurídicas, capaz de promoverem, por sua própria qualidade interpretativa, a integridade do sistema jurídico. Barroso - e a maioria que o acompanhou no julgamento do Tema 666 - provavelmente sabia que produzir um enunciado sem conteúdo material, predicado apenas na autoridade da Corte, seria contraprodutivo e poderia contribuir negativamente para a credibilidade do Tribunal. No fundo, a opção do STF pela tese simplificada se ancorou em uma percepção estritamente pragmática do funcionamento do sistema de justiça. Seria muito ingênuo acreditar que advogados, promotores e juízes se curvariam a um verbete administrativo anunciado no vácuo, um pronunciamento judicial sem julgamento, um mero ato de vontade da Suprema Corte, inobstante a sua posição hierárquica de detentora da “última palavra” em matéria constitucional.

Parece-nos, portanto, que as virtudes desses enunciados são superdimensionadas pelos precedentalistas. Tais conteúdos oferecem muito pouco no sentido de simplificar o trabalho de juízes, muito menos de criar *standards* confiáveis para a interpretação unívoca do direito. Como dito acima, a sua serventia, em um ambiente discursivo, poderá, no máximo, economizar tinta na explicitação de um precedente, quando o seu sentido e incidência não forem questões no processo (isto é, quando for, de fato, um precedente). Em verdade, é possível afirmar justamente o contrário, ou seja, que a profusão de teses e enunciados sumulares tende a tornar o trabalho

⁸⁴ STF. RE 669.069. Relator: Teori Zavascki. Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2016, Divulgado no Dje de 27/04/2016, Publicado em 28/04/2016.

de juízes ainda mais complexo. Isso porque o sistema de precedentes vinculantes consagrado no CPC, associado à fundamentação exaustiva imposta pelo art. 489, § 1º, que deu densidade normativa ao art. 93, IX da CF/88, agravou significativamente o ônus argumentativo das partes e dos magistrados diante do caso concreto, obrigando esses atores a retrabalharem os fundamentos de fato e de direito do caso a partir de inúmeras circunstâncias particulares, tendo em conta, ainda, o manancial de julgamentos vinculantes, temas repetitivos, súmulas e teses de observação obrigatória diariamente empilhadas pelos Tribunais Superiores, cujos efeitos se pretende replicar sobre sentenças ou milhares de demandas individuais. Considerada a forma dispersiva e pouco analítica com que tais julgamentos são formados, é razoável supor que a interpretação desses textos contribuirá para a contínua instauração de conflitos entre os Tribunais.

A complexidade que o sistema de precedentes enfrenta na realidade brasileira está expressa, aliás, na exasperação causada pelo descumprimento reiterado das decisões dos Tribunais Superiores e o ajuizamento torrencial de reclamações por partes prejudicadas. Apesar dos protestos de grandes litigantes e operadores interessados na “estabilidade” do sistema, é difícil culpar apenas as instâncias inferiores por esse estado de coisas. Um exemplo disso é a guerra pouco velada estabelecida entre o STF e a justiça do trabalho acerca do tema da terceirização e das hipóteses de reconhecimento de vínculo empregatício, celeuma que será mais bem discutida em tópico adiante. Cabe observar, por agora, que a recalcitrância dos Tribunais trabalhistas na aplicação do Tema 725 de Repercussão Geral⁸⁵ é parcialmente justificada pela dificuldade do próprio Supremo em definir o alcance concreto de suas deliberações, gerando um impasse que tem forçado o STF a assumir uma defesa absolutista do seu precedente, com o emprego das reclamações constitucionais para ampliar o alcance de sua decisão vinculante e suprimir indiretamente a competência do juízo laboral na análise do mérito.

Por outro lado, em que pese o exemplo acima, os Tribunais Superiores nem sempre são tão generosos no processamento de reclamações para salvaguardar a sua própria “jurisprudência”, por vezes denotando mais interesse no controle de fluxo de processos que chegam aos seus centros de distribuição. O STJ, em particular, tem sido particularmente inventivo na criação de obstáculos ao processamento em massa desse remédio constitucional. Por exemplo, a partir de 2016, barrou-se a subida de reclamações contra decisões de mérito

⁸⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Tema 725: É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante. Recurso Extraordinário 958.252. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF: STF, 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/>. Acesso em: 6 out. 2024.

proferidas por Turmas Recursais dos Juizados Especiais, que passaram a ser julgadas pelas “Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça” (STJ, Resolução 03/2016). Em outro lance de interpretação defensiva, no julgamento da Reclamação 36476/SP, a Corte Especial, aproveitando-se de uma contradição interna na Lei 13.256/2016, que promoveu alterações no art. 988 do CPC, firmou a posição de que seria incabível a reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de recurso especial repetitivo, sendo a hipótese restrita aos IRDRs⁸⁶. O problema desse entendimento é que o art. 1.030, §2º do CPC dispõe que o recurso cabível contra decisão da Presidência ou Vice-Presidência do Tribunal que nega seguimento ao recurso especial como base em julgamento de recurso repetitivo é o agravo interno, dirigido ao órgão de cúpula do próprio Tribunal. Assim, a posição restritiva quanto ao cabimento da reclamação se torna uma carta branca para os Tribunais regionais violarem o repetitivo, pretendendo “aplicá-lo”, por meio de decisão irrecorrível.

Diante de dificuldades práticas desse jaez, torna-se difícil para os precedentalistas até mesmo falar na existência de uma “última palavra” proferida pelos Tribunais Superiores nos casos que efetivamente vem a julgar, pois a instabilidade de seus pronunciamentos e a extrema dificuldade de absorver o volume de recursos que chegam nos gabinetes é transmitida e assimilada na capilaridade do sistema judicial, criando incentivos para que Colegiados regionais e juízes mantenham seus entendimentos próprios, apostando na mudança da “jurisprudência” ou, como é comum, no previsível insucesso dos recursos contra suas decisões, que terão de navegar o cada vez mais tormentoso mar de jurisprudência defensiva criada pelas Cortes de cúpula. Há um incentivo, portanto, ao provincianismo judiciário e à construção de uma jurisprudência paralela, que consolida relações jurídicas não raro em oposição ao que já decidiram as instâncias extraordinárias.

Em outra dimensão, a indeterminação de fundamentos em julgados seminais tende a criar vácuos de sentido, que são preenchidos por outras instituições e atores da sociedade civil, deslocando a “a última palavra” sobre determinados desdobramentos da decisão com os quais a Corte não quis se comprometer. Isso ocorreu, por exemplo, no julgamento, pelo STF, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconheceu a tutela constitucional das uniões estáveis homoafetivas. Adornada em um tom celebratório, a unanimidade de resultado nesse julgamento

⁸⁶ Segundo entenderam os ministros, essa interpretação privilegiaria a vontade original do legislador, “tratando-se de opção de política judiciária para desafogar os trabalhos nas Cortes de superposição”. STJ. Rcl n. 36.476/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 5/2/2020, DJe de 6/3/2020.

mascarou uma profunda incompatibilidade quanto aos fundamentos jurídicos subjacentes, com possíveis ramificações práticas significativas, especialmente quanto ao direito ao casamento⁸⁷.

Enquanto o voto do relator, Min. Ayres Brito, partiu de uma concepção expansionista do que denominou “Constitucionalismo fraternal”, no sentido de que qualquer interpretação restritiva do art. 226, § 3º da CF/88 seria antitética ao Estado Democrático de Direito, a divergência de fundamentos, bem espelhada no voto do Min. Ricardo Lewandowski, buscou trabalhar as fontes de forma mais seletiva, levando a sério a posição do legislador constitucional quando inseriu, no texto normativo, a limitação das uniões estáveis às famílias formadas “entre o homem e a mulher”, passíveis de “conversão em casamento”⁸⁸. A partir desse dado arqueológico, apostou-se em uma compatibilização de institutos por analogia, apoiada na doutrina dos “tipos implícitos” de Paulo Lôbo⁸⁹, propondo-se que as famílias formadas por casais homoafetivos constituiriam uma modalidade diversa de união, constitucionalmente protegida, mas que não se confundiria com a união estável do art. 226, § 3º⁹⁰. Essa posição foi acompanhada pelos Ministros Gilmar Mendes e César Peluso, o então presidente, que terminou o julgamento com conclamações ao Legislativo para que viesse a regulamentar a matéria com maior profundidade.

Evidentemente, essa divergência tinha como principal consequência impor um fechamento discursivo quanto à possibilidade de conversão imediata da união homoafetiva em casamento ou, ainda, do reconhecimento de outros arranjos familiares não monogâmicos. A ética judicativa por trás dessa posição era a autocontenção judicial, devendo o STF se limitar a equipara os tipos de união estritamente naquilo que possuam em comum, deferindo ao legislativo para atuar naquilo em que se diferenciam. Trata-se de uma visão antagônica àquela que sufragada pelo voto condutor, porém, foi incorporada no item 5 da ementa sob o eufemístico título “divergências laterais quanto à fundamentação no acórdão”, sinalizando uma

⁸⁷ Esse tema foi objeto de nossa dissertação de mestrado: BARROSO, Ramiro Freitas de Alencar. **O princípio geral de inclusão como fundamento ontológico para a união entre pessoas do mesmo sexo**: crítica ao acórdão do Supremo Tribunal Federal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

⁸⁸ O Código Civil, por sua vez, estabelece que “(o) homem e a mulher com dezesseis anos podem casar” (art. 1.517), que “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados” (art. 1.514) e que “(p)elo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família” (art. 1.565).

⁸⁹ Ver: LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 68-69; *Idem*. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), 23 mar. 2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/128/Entidades+familiares+constitucionalizadas:+para+al%25252525C3%25252525A9m+do+numerus+clausus>. Acesso em: 06 out. 2024.

⁹⁰ O Ministro sugeriu a criação tipológica “união homoafetiva estável” para encapsular o conceito. STF. ADI 4277, Relator(a): Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, Dje de 13/10/2011, publicado em 14/10/2011, p. 719 do acórdão.

concessão da maioria para se chegar a um resultado unânime. O resultado foi a produção de um precedente aquém do que era possível a partir das bases constitucionais em que a maioria dos ministros se assentou. Pablo Frota⁹¹, por exemplo, em artigo publicado logo após o acórdão, observou esse caráter conservador do julgado, lamentando que o STF perdesse a oportunidade de enfrentar a possibilidade de casamento.

Nada obstante, a tímida tentativa dos ministros de controlarem o alcance de sua decisão não reduziu o ímpeto da sociedade civil em se apropriar do julgado para concretizar o direito ao casamento⁹², iniciando-se uma profusão de pedidos de registros de casamento nos cartórios pelo país afora, com resultados variados. A Quarta Turma do STJ, em julgamento paradigmático⁹³, logo tratou de reconhecer o direito ao casamento em um caso concreto, tornando expresso aquilo que o STF deixou nas entrelinhas. Mais adiante, a questão veio a ser regulamentada de forma categórica a partir de um ato correicional, a resolução 175 do CNJ, que proibiu os cartórios de registro civil do Brasil de recusarem a habilitação, a celebração de casamento civil ou a conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo⁹⁴. Curiosamente, o próprio CNJ protagonizou episódio de fechamento seletivo da via extrajudicial em matéria de família, ao proibir as serventias notariais de lavrarem escrituras públicas que reconheçam uniões poliafetivas como entidades familiares, no polêmico Pedido de Providências n.º 0001459-08.2016.2.00.0000⁹⁵.

Episódios como esses ressaltam como as questões de alta temperatura social são apropriadas e ressignificadas de maneira difusa na prática jurídica brasileira, impondo sérias dificuldades às pretensões de controle hierárquico desejada por precedentistas e pelas Cortes de cúpula nacionais. As bases funcionais sob as quais a cultura do precedente precisa criar raízes não estão firmadas na realidade do Poder Judiciário, em quaisquer de seus níveis, e não nos parece que essa seja apenas uma limitação cultural, passível de ser remediada pelo

⁹¹ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Direito Como Problema, Constitucionalismo, Democracia e a Efetivação Dos Direitos Fundamentais*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 20., 2011, Vitória. **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI** [Recurso eletrônico]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. v. 1.

⁹² Alexandre Bahia e Paulo Roberto Vecchiatti notam que “os desdobramentos que a decisão do STF teve quanto à conversão de uniões homoafetivas em casamento, estes foram novidade”, porém, reconhecem que essa consequência seja compatível com uma “interpretação construtiva” do julgado. Ver: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI n. 4.277 – Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 65-92, jan./jun. 2013, p. 68. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/20890>. Acesso em: 23 out. 2024.

⁹³ STJ. REsp n. 1.183.378/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/10/2011, DJe de 1/2/2012

⁹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, art. 1º.

⁹⁵ É questionável a competência do CNJ para regulamentar o conteúdo material de escrituras públicas que meramente atestam a livre declaração de vontade entre as partes (Lei 8.935/94, art. 6º, I), ainda que dela não possa extrair direitos e obrigações exigíveis pelo Direito.

aprendizado em boas práticas. As inconformidades do nosso sistema decorrem de escolhas políticas e institucionais sedimentadas, que estruturaram a nossa jurisdição sob uma ética administrativa, voltada para a solução de conflitos em massa e que submete aos Tribunais Superiores, amparados em sua vasta competência legal, uma quantidade virtualmente incontrolável de recursos e de demandas originárias. Para lidar com a demanda, essas Cortes aplicam filtros de admissibilidade cada vez mais arbitrários, de modo a garantir o funcionamento performático do sistema, sem comprometer o seu controle dinâmico sobre o que deve ser julgado.

Como os Tribunais não demonstram qualquer interesse em abdicar do controle semi-discrecionário que exercem sobre os casos que julgam e muito menos em reduzir as suas competências legais, torna-se muito difícil que sejam capazes de construir precedentes de qualidade na escala de trabalho em que funcionam. Ainda que realizem o filtro seletivo das matérias ou recursos que mereçam maior atenção, o custo administrativo que a gestão dos processos impõe sobre as equipes dos gabinetes, assessores e ministros é muito elevado. Segundo dados do CNJ⁹⁶, a produtividade média do TST e do STJ, em 2023, foi de 12.200 e 12.145 processos baixados por magistrado, respectivamente. Na seção de encerramento do ano de 2023, a então presidente do STJ, Maria Thereza de Assis Moura, celebrou a eficiência da Corte apontando que, dos 458 mil processos ingressados no ano anterior, 426 mil foram julgados⁹⁷. Em 2024, o STJ julgou 376.113 processos e, o TST, 257.694⁹⁸. Naturalmente, essa expressiva vazão só é possível pela produção em série de decisões monocráticas e julgamentos em lista, sem qualquer tipo de deliberação colegiada⁹⁹.

Existe uma incompatibilidade evidente entre esse nível de produção decisória e a ideia romântica de uma Corte de Cúpula, composta por magistrados dotados de notável saber jurídico, encarregados de empenhar a sua expertise e credibilidade pessoais na solução de casos em última instância. Toda a estrutura dos Tribunais superiores está predicada na excepcionalidade dessa casta de juristas. São egressos de um extenso *cursus honorum* por

⁹⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2024**. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em: 24 set. 2024. p 153.

⁹⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ encerra ano judiciário apontando caminhos para o alto número de processos. Brasília, 19 dez. 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/19122023-STJ-encerra-ano-judiciario-apontando-caminhos-para-o-alto-numero-de-processos.aspx>. Acesso em: 26 out. 2024.

⁹⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *op. cit.*

⁹⁹ Segundo o boletim estatístico divulgado pelo STJ, até setembro de 2024, o STJ proferiu 352.221 decisões terminativas. Destas, 246.353 foram monocráticas. Ver: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). <https://processo.stj.jus.br/processo/boletim>. Acesso em: 26 out. 2024

outros tribunais e órgãos de Estado, ou nomes importantes da advocacia privada, todos submetidos a um processo de nomeação que envolve os três poderes da república e entidades influentes da sociedade civil. No entanto, apesar do status simbólico de jurisconsultos, esses indivíduos, quando investidos, exercem predominantemente funções gerenciais em seus gabinetes. A realidade do ofício os torna glorificados gestores de processos, que orientam equipes a baterem metas de produtividade e a produzirem resultados quantitativos. As decisões que assinam e os votos que leem em sessão, foram concebidos e escritos por assessores ou juízes auxiliares, sob orientação geral. O gabarito extraordinário desses profissionais é testado, efetivamente, apenas na parte residual de suas atividades, quando destacam certos casos estratégicos – e que sobreviveram ao filtro de admissibilidade - para deliberações Colegiadas, estas cada vez mais raras. Existe, portanto, uma pressão natural para que esses momentos deliberativos produzam, sempre que possível, precedentes qualificados e atinjam a máxima eficácia prospectiva possível, contribuindo não só para a elucidação da questão jurídica imediata, mas também, para desafogar o sistema judicial em toda a cadeia decisória. Assim, o culto ao precedente como uma vitória da racionalidade vai se degradando em demandas por julgamentos em massa e simplificação discursiva¹⁰⁰, que buscam encerrar processos aos milhares e submeter juízes de instâncias inferiores ao papel de meros “aplicadores” de decisões vinculantes, substituindo-se a “força precedente” pela “força do Tribunal”.

Neste gargalo reside o segundo grande problema da perspectiva precedentalista brasileira. É que, para salvar as aparências, os defensores do sistema de precedentes brasileiro são obrigados a encampar essa vinculação estritamente normativa do precedente como uma posição teórica, tentando conciliar os pressupostos liberais de simplificação decisória e

¹⁰⁰ Fenômeno dessa demanda pela simplificação discursiva é o aumento gradativo das hipóteses de julgamento virtual nos Tribunais Superiores, em que a deliberação é diluída na plataforma digital, com participação limitada de advogados e promotores. O STF se tornou referência nesse modelo de julgamento com a criação do Plenário Virtual (Emenda Regimental - ER 21/2007). Diversas emendas posteriores aperfeiçoaram o sistema e incorporaram significativamente as categorias processuais passíveis de inclusão em julgamento virtual (ERs 31/2009, 41/2010, 42/2010, 47/2012 e 54/2020). Em 18/9/2024, o plenário do STJ aprovou a ER 45/2024, para estender as hipóteses de julgamento virtual para os processos de competência originária, inclusive Habeas Corpus e julgamentos qualificados, como os recursos repetitivos e os incidentes de assunção de competência. Recentemente, a Resolução 591/24 do CNJ, que entra em vigor em 3/2/2025, estabelece, no art. 2º, que “(t)odos os processos jurisdicionais e administrativos em trâmite em órgãos colegiados poderão, a critério do relator, ser submetidos a julgamento eletrônico”, sacramentando esse modo de julgamento, de forma irrestrita, até mesmo em instâncias ordinárias. Lênio Streck, corretamente, apontou o abuso do poder regulamentador do órgão de controle, asseverando: “CNJ foi criado para tratar de e com juízes. Não pode legislar sobre os direitos dos demais cidadãos. Mormente não pode retirar direitos dos cidadãos e dos seus causídicos.” STRECK, Lenio Luiz. CNJ não tem poder de alterar o CPC e nem de criar regras de processo. **Consultor Jurídico**, 12 dez. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-dez-12/cnj-nao-tem-poder-de-alterar-o-cpc-e-nem-de-criar-regras-de-processo/>. Acesso em: 22 dez. 2024.

estabilidade econômica de seus discursos, com teorias da interpretação pós-positivistas¹⁰¹, ou neopositivistas, dentro das bases do pensamento “neoconstitucionalista”, muito em voga no país, especialmente no meio judicial¹⁰². Porém, essa operação é pouco consistente e serve mais como um sintoma da dissonância entre dimensão simbólica do Poder Judiciário como esse protagonista do processo transformação social, titular, para alguns, até mesmo de uma função “iluminista”¹⁰³, e a dimensão concreta de suas capacidades institucionais, pois, como salienta João Sérgio Pereira, “não foram assegurados os meios necessários para que a prestação jurisdicional se desse adequadamente, de forma qualitativa, mas apenas como meta e serviço a ser ofertado, em uma perspectiva econômica dominante.”¹⁰⁴

De certa forma, o que parece se operar na ideia de precedente como simplificação discursiva é uma transmigração, para a doutrina do precedente, da dicotomia clássica de Hart entre casos claros e casos difíceis, estes marcados por sua “textura aberta”¹⁰⁵. A obediência imediata ao precedente assume papel explicativo que os casos simples ocupavam para o positivismo hartiano, mas agora apresentada em um embrulho interpretativo novo: casos com precedente, casos sem precedente. A ideia subjacente é a de que o precedente é uma interpretação já depurada dos materiais normativos em situações concretas, uma espécie de “reconstrução racional” de um caso jurídico paradigma, para usar expressão de MacCormick e Summers¹⁰⁶. Assim, o precedente contribui para a unificação do sentido do direito, sendo esta a fonte de sua autoridade. Isto é, “ou o *precedente* é uma *norma jurídica* – e, portanto, tem força

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. E-book. p. 327 a 340.

¹⁰² Eduardo Cambi, por exemplo, ao declinar as bases da teoria da interpretação, adverte que “(a) Constituição deve ser concebida não como um conjunto fechado e estático de normas jurídicas, mas como um processo público aberto e evolutivo. Tal abertura do sistema constitucional, provocada pelos valores e princípios jurídicos, exige um novo raciocínio jurídico, de maior justificação, não sendo suficiente. Ver CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 91.

Argumentar com a autoridade do órgão que emana a regra nem com a observância formal do procedimento legal, sendo imprescindível examinar e valorar os conteúdos substanciais que suportam as normas jurídicas.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

¹⁰⁴ PEREIRA, João Sérgio dos Santos Soares. **Decisões judiciais e provimentos vinculantes na era da inteligência artificial: filtro hermenêutico tecnológico**. Londrina, PR: Thoth, 2024. E-book, p. 25

¹⁰⁵ HART, H.L.A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 164-166

¹⁰⁶ Na obra “Interpreting Statutes”, os organizadores se propõem a estudar, em um quadro explicativo coerente, as concepções de interpretação operativa das leis (*statutes*) de culturas jurídicas as mais diversas. Para isso, se utilizam da ferramenta metodológica denominada “rational reconstruction”, definida como “a atividade de explicar dados fragmentários e potencialmente conflitantes por meio de referência a objetos teóricos, à luz dos quais os dados são entendidos como relativamente coerentes, pois apresentados como partes de um todo complexo e bem ordenado”. Nas ciências humanas, essa operação é feita “com base na suposição de algum grau de racionalidade interna na atividade humana relevante” (trad. Livre). MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. On method and methodology. In: INTERPRETING Statutes. New York: Routledge, 2016. p. 19.

vinculante – e vale independentemente de suas boas razões, ou é um simples *exemplo*, que obriga apenas nos limites em que a *experiência* anterior persuade o seu destinatário”.¹⁰⁷

Por outro lado, a distinção entre o precedente e o texto normativo não parece ter a dimensão ontológica imaginada por Marinoni. A concepção de que um precedente seja uma comunicação unívoca de sentido (portanto, “aplicável), ao passo que a Lei, por sua tessitura aberta, comporta vários sentidos (portanto, interpretável) está mais baseada em intuições circunstanciais do que em uma efetiva diferenciação hermenêutica¹⁰⁸. A capacidade de fechamento discursivo atribuída ao precedente é a mesma do texto normativo, nas hipóteses materiais de sua incidência. Em ambos os casos, não é o texto que vincula o juízo, mas o seu “sentido normativo”¹⁰⁹, que, invariavelmente, deverá ser confrontado com as circunstâncias concretas do caso em que se busca “aplicá-lo”, em face das exceções apresentadas pelas partes e das demais fontes jurídicas circundantes (outras leis, outros precedentes, princípios etc.).

É enganosa, portanto, a noção de que o juiz ou o Tribunal teriam maior ônus argumentativo “para deixar de aplicar um precedente que, segundo a argumentação de uma das partes, em princípio se aplica ao caso em vias de solução”¹¹⁰. Essa ideia, além de tributária da concepção hartiana de “casos fáceis”, parece derivar de uma leitura unidimensional da arquitetura normativa do novo CPC, em especial do art. 489, § 1º, quando elenca um rol de condutas vedadas ao magistrado no cumprimento do dever de fundamentação, dentre elas, a contida no inciso VI: “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. Intuitivamente, imagina-se que o juiz deverá esmerar-se mais para fugir do precedente, pois, para fazê-lo, deverá retrabalhar todo arcabouço normativo à sua disposição, bem como destacar as idiosincrasias do caso, de modo a demonstrar que, para aquela situação jurídica específica, a solução deve ser outra.

Ocorre que “dificuldade” ou “facilidade” argumentativa não são atributos do precedente, mas meras contingências emanadas do contexto fático e jurídico de sua incidência. Pode ser que a afirmação – e não a superação ou distinção – do precedente implique um ônus

¹⁰⁷ MITIDIERO, Daniel **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023. E-book. Posição. 414

¹⁰⁸ Dierle Viana e Antônio Aurélio de Souza apontam que os precedentalistas, em verdade, são “utilitaristas processuais”, que, no fundo, querem resolver com soluções instantâneas o problema do caos judicial, o que se chama de efetividades quantitativas. VIANA, Dierle; SOUZA, Antônio Aurélio de; **Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense; Grupo GEN, 2017. E-book, p. 39.

¹⁰⁹ MITIDIERO, 2023, op. cit., p. p. 69.

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. Proview. p. RB-3.7.

argumentativo muito maior para o juiz, o que pode ocorrer, por exemplo, quando não houver uma similitude fática evidente entre os casos, ou quando os fatos determinantes da lide forem objeto de intensa disputa. De todo modo, como pressuposto de legitimação democrática, o ônus argumentativo do juiz, seja para afirmar, seja para afastar a incidência do precedente, é o mesmo. A mera existência de decisão vinculante de uma Corte Superior não é garantia de simplificação argumentativa. Na realidade brasileira, aliás, considerado o ambiente deliberativo complexo e por vezes caótico em que esses julgados paradigmas são formados, parece-nos plausível afirmar que a existência do precedente seja um fator de agravamento discursivo para o juiz que leve a sério o dever de fundamentar¹¹¹.

Em última análise, a simplificação que o precedentalismo almeja operar no funcionamento da justiça só pode ser atingida por uma relação de poder. Postula-se que as instâncias inferiores prestem obediência - e não deferência - aos comandos das Cortes de vértice; que devem seguir as suas orientações independentemente de estarem convencidas de suas razões. De fato, esta é uma questão importante de política judiciária, mas não por razões hermenêuticas. Lênio Streck tem razão ao criticar essa perspectiva de que a passagem do precedente persuasivo para vinculante seja uma aquisição evolutiva do ponto de vista interpretativo, ou de revelação do direito¹¹². Obrigatório ou persuasivo, o que vincula no precedente, como autoridade interpretativa do Direito, é a fundamentação, não o resultado. Porém, o que se observa, no Brasil, é uma disputa entre Tribunais pelo controle decisório, não discursivo do precedente. A fundamentação é justamente aquilo que se busca mitigar, com o uso de artifícios operativos como teses, súmulas, ementas de acórdãos, enunciados e orientações jurisprudenciais.

Existe uma dissonância, portanto, nas posturas teóricas dos defensores dessa doutrina da *stare decisis* à brasileira. Como apontou Mateus Tomaz¹¹³, muito embora se apresentem como pós-positivistas, as concessões teóricas desses juristas os aproximam mais do positivismo

¹¹¹ Nesse sentido: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; PUGLIESE, William Soares. O *stare decisis* como técnica de redução da litigiosidade dos entes públicos no Brasil. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 5, n. 9, p. 269-296, jan./jun. 2019.

¹¹² STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Jus Podium, 2018.

¹¹³ TOMAZ, Mateus Rocha. **Fundamentação, Precedentes e Constituição**: Panoramas e Críticas sobre o Código de Processo Civil de 2015. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 44. No mesmo sentido: BARROSO, Ramiro Freitas de Alencar; BARROSO, Vanessa Dumont Bonfim Santos; ROCHA, Claudio Jannotti da. O processo como vida e a Constituição como processo. O precedente que queremos ter. In: PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto; ROCHA, Claudio Jannotti da; SOUZA, Luiza Baleeiro Coelho (org.). **Sistema recursal e precedentes no processo do trabalho**. Belo Horizonte: RTM, 2020. cap. 7, p. 201- 224.

lógico de Hart e Kelsen, convertido em uma espécie de dogmatismo da jurisprudência, que aposta na simplificação da complexidade social por meio de comandos judiciais impositivos.

Não é nossa pretensão, aqui, enveredar o debate para querelas normativas sobre como deveria ser implementado um sistema de precedentes no país, muito menos refluir para definições ontológicas sobre o que é precedente, buscando referência em países de tradição do *common law*. Maccormick e Summers¹¹⁴ já demonstraram, em 1997, como as diversas tradições jurídicas e sistemas normativos reapropriam e reciclam conceitos técnicos interpretativas e de julgamento reciprocamente, das mais variadas formas possíveis. Não nos parece profícuo, portanto, denunciar o precedentalismo por sua defesa das inovações processuais dos últimos anos, sob a alcunha pejorativa de “precedente à Brasileira”¹¹⁵.

É esperado, e até mesmo inevitável, que as elites políticas e econômicas exerçam pressão constante para que sejam implementadas técnicas de estabilização decisória e de fechamento discursivo nos Tribunais. Instrumentos como súmulas vinculantes, repercussão geral e julgamentos repetitivos nada mais são do que soluções especializadas criadas no Brasil para fazer frente a essas demandas difusas, conformadas a partir de uma realidade processual específica. O precedentalismo é uma sistematização teórica dessas criações, alinhado com as escolhas políticas e institucionais que orientaram as reformas judiciais partir do final dos anos 90 e tributário de uma perspectiva liberal do funcionamento da Justiça, que atende, em primeiro plano, aos interesses estratégicos e organizacionais dos principais clientes dos Tribunais, em particular, grandes empresas e o Estado. A falha de seus defensores é acreditar que a sua doutrina seja algo muito maior do que isso: uma espécie de descoberta hermenêutica, que irá guiar o país à excelência judicial.

A falta de coerência do precedentalismo com seus pressupostos torna os seus defensores reféns dos próprios problemas que pretendem solucionar. A ideia do precedente que se aplica, como redutor de complexidade, interruptor da atividade interpretativa, que deve se sobrepor à convicção do juiz, é uma concepção de poder, não hermenêutica. O juiz não “aplica” o precedente apenas por sua vinculação hierárquica. Se o faz como juiz – e não como funcionário do Tribunal Superior – é porque se “convenceu” de que aquela é a solução correta para o caso à sua frente. Essa operação é, necessariamente, um novo julgamento sobre a matéria, para o qual demandas por segurança, estabilidade e previsibilidade por certo serão informativas, assim

¹¹⁴ MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). **Interpreting precedents: a comparative study**. New York: Routledge, 2016

¹¹⁵ ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2015.

como outros princípios e regras que, também, compõem a trama sempre aberta do Direito, que é prática discursiva irreduzível. Não existem respostas prontas. Pretender o contrário, ou seja, que o precedente entrega ao juiz a solução, é reduzir o julgamento a um ato de vontade, uma escolha. Ao fazê-lo, o precedentalista inadvertidamente reafirma a indistinguibilidade entre fundamento e opinião, justamente o aspecto do voluntarismo judicial brasileiro que afirma combater.

1.2 O NORMATIVISMO INCONDICIONAL DA CRÍTICA JUDICATIVA

Como dito anteriormente, há muita convergência na produção acadêmica sobre o estado de indigência da fundamentação judicial no Brasil. Autores de diversas tradições e escolas de pensamento, profissionais do Direito e até mesmo juízes reconhecem que algo anda muito mal. Em particular, na dimensão da crítica judicativa, nos filiamos à ideia de Direito como integridade, de Dworkin e ao procedimentalismo, no sentido de que o processo comunicativo em que se desdobra a fundamentação judicial é condição de legitimidade do Estado Democrático de Direito, sendo antitético ao fechamento discursivo e à redução de complexidades. Com base nesses pressupostos, entendemos que a solução precedentalista não oferece uma alternativa consistente para o problema da fundamentação, tanto pelas falhas intrínsecas dessa proposta como uma teoria da interpretação, quanto por superdimensionar os ganhos qualitativos das soluções normativas que estruturam o sistema de precedentes no Brasil.

Também por essa perspectiva, entendemos que muitas das práticas judiciais criadas no Brasil para mitigar os deveres de fundamentação violam o art. 93, IX da CF/88. Os juízes brasileiros, desde o primeiro grau de jurisdição até os Tribunais Superiores, exercem, de fato, um controle virtualmente discricionário sobre o ambiente argumentativo do processo e tem muita licença para selecionar os fatos jurídicos que sustentem um resultado pré-ordenado subjetivamente para o caso, ignorando aqueles que causariam problemas à conclusão desejada, fazendo-o sem qualquer exposição pública de seus motivos determinantes.

Neste ponto, concordamos com Lênio Streck¹¹⁶ que essa carta branca argumentativa se sustenta em plataformas teóricas e construções normativas específicas, as quais possuem reflexividade na formação cultural dos juristas brasileiros. Abundam, em nossa prática jurídica,

¹¹⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais de acordo com a Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p 99; *Idem*. O que é isto – A exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil? In: STRECK, Lênio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018; *Idem*. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Jus Podium, 2018. p. 45.

posturas teóricas que ainda tratam o ato de julgar como espécie de revelação, uma operação mental privada, ou como a manifestação de vontade autoritativa de um juiz, que apenas comunica seu entendimento, aproximando-se de posturas metodológicas decisionistas que já deveriam estar superadas. Identificamos, no Brasil, três teses gerais que sustentam essas plataformas teóricas, ainda prevalentes mesmo na vigência da CF/88 e do atual Código de Processo Civil (CPC): (i) a ideia fundamentação suficiente (e não exaustiva) sobre as postulações e exceções trazidas pelas partes no processo; (ii) o juízo (e não o processo) como destinatário da prova (CPC, art. 370); (iii) o “livre” convencimento motivado, que existia no art. 131 do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) e que, apesar de sua supressão no CPC/15, continua em franca utilização da prática judicial.

Em seu valor de face, essas teses se propõem a preservar a independência do julgador frente às representações e interesses particulares das partes, porém, seu emprego conjugado fornece aos juízes instrumentos para, sub-repticiamente, anestesiar as inferências cruzadas próprias do ambiente argumentativo do processo e mitigar seu dever de fundamentação, mascarando esse déficit democrático em nome de uma suposta “visão do juiz”, que se sobrepõe à “visão do direito”¹¹⁷. Há, verdadeiramente, no discurso judicial brasileiro, um excesso de subjetivismo que negligencia a dimensão prática do saber jurídico e dificulta a formação de consensos na comunidade judicial.

O que se tentará defender nesta pesquisa, por outro lado, é que o estado atual de crise de fundamentação possui uma dimensão política que extravasa o campo normativo da crítica judicativa e constitui, em verdade, um estado de entrincheiramento da ilegalidade encabeçado pelos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, em razão de constrições estruturais vistas como intransponíveis, impostas pela realidade estrutural do sistema de justiça. Estudaremos, no próximo capítulo, uma manifestação concreta desse fenômeno em práticas que denominaremos “pactos de não fundamentação”, que são escolhas institucionais racionais e, como tais, devem ser endereçadas em seus aspectos estratégico-políticos.

A compreensão e crítica desse fenômeno, em nossa visão, prescinde da adesão a uma teoria forte da decisão judicial, com todos os seus pressupostos teóricos associados, ou, em um grau acima de abstração, à aderência a um paradigma jusfilosófico determinado. Não se pretende, com isso, afirmar uma espécie de neutralidade metodológica, como se fosse possível ao intérprete adentrar o objeto de estudo totalmente despidido de seus pressupostos teóricos e precompreensões. Nossa pretensão é muito mais prosaica: acreditamos que o problema da

¹¹⁷ No quarto capítulo, trataremos do conceito de “visão legal” para a teoria do direito das virtudes.

fundamentação judicial, na dimensão e escala em que pretendemos estudá-lo, é transversal em relação às diferentes escolas de pensamento jurídico, em geral, e às teorias da adjudicação em particular, pois está mais associado a problemas de cooperação e coordenação institucional do que ao contexto interno de justificação e legitimação decisória.

O pressuposto básico dessa afirmação é o de que há uma diferença entre decisão funcional, que se refere ao contexto fático da prestação jurisdicional e decisão correta, referente ao contexto interno de justificação. É uma diferenciação que assumimos com razoável tranquilidade, pois não parece ser difícil observar que a instituição judicial é capaz de funcionar e se reproduzir a partir de racionalidades não justificadas pelo Direito, mas por outros arranjos de poder, emulando, em suas práticas diárias, a aderência ao ordenamento jurídico ao mesmo tempo em que o descumpre. Normativamente, pode-se dizer que, dessa forma, a instituição é disfuncional, de modo do que sua autonomia e legitimidade não poderão ser mantidas indefinidamente, com o que concordamos. Contudo, existem funções e objetivos sociais que o Poder Judiciário é capaz de cumprir que são largamente tolerantes à má qualidade de suas decisões, desde que se mantenha a percepção de sua utilidade para grupos políticos e econômicos dominantes. Desse modo, a perspectiva da crítica judicativa, embora correta em sua compreensão dos aspectos normativos da interpretação judicial, não será capaz de superar o estado de exasperação, se não incorporarem, em seu arsenal, outras ferramentas de análise mais abrangentes. A invisibilidade dessa distinção, em nosso entendimento, é um sintoma do que chamamos de normativismo incondicional, como manifestação patológica da crítica judicativa.

É nesse sentido que entendemos que é equivocada a posição assumida por Lênio Streck, especialmente em “O que é isto – Decido conforme a minha consciência?” e, em grau mais modesto, por Rodriguez, em “Como decidem as Cortes?”, de que o problema da fundamentação judicial no Brasil seria, fundamentalmente, um problema de vinculação a um paradigma filosófico, ou, na concepção de Rodriguez, de aderência a um “modelo de racionalidade jurídica”¹¹⁸. Os alvos maiores dessa crítica seriam os defensores do juspositivismo convencionalista da tradição anglo-americana e as escolas realistas do direito, especialmente nas suas apropriações para o direito brasileiro.

Neste momento, nos parece útil fazer uma pequena digressão sobre as bases teóricas desse problema, cujas origens identificamos na celeuma sobre a “única decisão correta”, cujos

¹¹⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 54.

contornos mais conhecidos se iniciaram com a crítica de Dworkin a Hart, de que é possível (ainda que contingente), mesmo em casos difíceis, divisar a interpretação correta do direito, de forma que os juízes não possuiriam uma discricionariedade em sentido forte.¹¹⁹ Esse debate coloca em primeiro plano a tensão entre a abertura interpretativa do discurso jurídico e o fechamento coercitivo da norma, que está no cerne da pergunta pela legitimidade democrática da decisão judicial. Afinal, se há possibilidade de bons argumentos para os dois lados de uma disputa, o que legitima o aparelho estatal a escolher um? Se renunciarmos à capacidade do sistema jurídico de oferecer uma resposta correta a um problema, a sua legitimação, a princípio, passa depender de um regresso à autoridade, seja convencional ou soberana, ou se reconstrói como mero fato social.

O positivismo pós-hart, como uma teoria conceitual e descritiva do Direito, é uma escola de pensamento jurídico que tem as suas bases apoiadas em um forte convencionalismo.¹²⁰ Os autores positivistas convivem bem com a indeterminação das proposições normativas e com a ideia de discricionariedade judicial, pois, conceitualmente, o Direito pode ser descrito sem a reconstrução dos argumentos substantivos que são produzidos no contexto interno de um sistema jurídico e, por isso, rejeitam a formulação interpretativista de Dworkin, no sentido de que descrever o Direito é, em última análise, revelar o seu ponto¹²¹. As pretensões normativas do positivismo, em geral, são modestas, e tem a ver com a confirmação dos elementos conceituais necessários e suficientes para a existência de um sistema jurídico. Brian Leiter¹²², por exemplo, afirma que Dworkin “mudou de assunto”, em *O Império do Direito*¹²³, ao nomear o direito como um “conceito interpretativo”, pois a sua crítica saiu do campo conceitual para o normativo. Há um razoável consenso, entre os positivistas, de

¹¹⁹ Ver DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Bloomsbury, 2013. *E-book*, capítulo 2: “Model of Rules I”.

¹²⁰ De forma geral, as concepções positivistas do direito (pós-Hart) postulam 3 teses centrais. 1) A tese separabilidade, que estipula que, do ponto de vista conceitual, a identificação do direito não depende necessariamente de considerações morais sobre o que o direito deve ser em determinadas circunstâncias; 2) a tese do artefato (Himma), segundo a qual qualquer norma válida como direito é determinada por práticas sociais, o que exclui leis morais objetivas; 3) a tese da convencionalidade, derivada da concepção de Hart sobre a regra de reconhecimento como a fonte de autoridade do sistema, no sentido de que os critérios de identificação e validade das regras derivam de convenções sociais. Ver: RAZ, Joseph. *the argument from justice, or how not to reply to legal positivism*. In: PAVLAKOS, George. **Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy**. Oxford: Hart, 2007, p. 22; HIMMA, Kenneth Einar. **Morality and the nature of law**. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 15; HART, H.L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 122

¹²¹ DWORKIN, Ronald. **Justice For Hedgehogs**. Cambridge: The Belknap press of Harvard University Press, 2011, p. 5 a 7.

¹²² LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. **American Journal of Jurisprudence**, v. 48, n. 21, 2003.

¹²³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 109.

que Dworkin não formulou um conceito de Direito incompatível com o positivismo. O que ele construiu seria uma teoria da adjudicação.

Por outro lado, muitos teóricos críticos dessa tradição jurídica, que se influenciaram pelas críticas de Dworkin, não estão dispostos a aceitar as consequências desse deflacionismo positivista e, por isso, buscam incorporar em suas concepções do Direito, também, uma teoria normativa da argumentação jurídica (cujo cerne é uma teoria da adjudicação), de modo que, além de postular que a coercibilidade estatal deve ser justificada, possam, também, a fornecer ferramentas teóricas para que essas justificações sejam produzidas e testadas no contexto de aplicação. Manuel Atienza define bem os pressupostos metodológicos envolvidos nessa dinâmica:

A teoria padrão da argumentação jurídica se situa precisamente nessa segunda perspectiva, isto é, no contexto de justificação dos argumentos, e em geral costuma ter pretensões tanto descritivas quanto prescritivas; trata-se, portanto, de teorias [...] que pretendem mostrar como as decisões jurídicas se justificam de fato e também (e ao mesmo tempo, pois segundo eles os dois planos em geral coincidem) como deveriam elas ser justificadas. Tais teorias partem do fato de que as decisões jurídicas devem e podem ser justificadas, e nesse sentido se opõem tanto ao determinismo metodológico (as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque procedem de uma autoridade legítima e/ou são o resultado de simples aplicações de normas gerais) quanto ao decisionismo metodológico (as decisões jurídicas não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade).¹²⁴

Essa dupla dimensão (descritiva e normativa) são preocupações centrais para juristas muito influentes no Brasil e que propuseram teorias substantivas da adjudicação, como Robert Alexy, para quem o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático em geral e que possui uma pretensão de correção, ainda que não derivada da racionalidade geral do argumento, mas de sua capacidade de ser racionalmente fundamentado no ordenamento normativo vigente¹²⁵. E, também, Neil MacCormick, que procura os meios de navegar entre a fatalidade da coerção estatal e a recalcitrância retórica do argumento jurídico, a demonstrar que o Direito pode oferecer certeza e previsibilidade, mesmo mantendo-se “perenemente discutível”¹²⁶. No âmbito da crítica judicativa da fundamentação judicial no Brasil, Lênio Streck, em particular, também desenvolveu uma teoria da argumentação jurídica, a partir de sua Crítica Hermenêutica

¹²⁴ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Livro Eletrônico, Capítulo 3 “Contexto de descoberta e contexto de justificação. Explicar e Justificar.

¹²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 217.

¹²⁶ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 362.

do Direito (CHD)¹²⁷, em que fornece elementos operativos para a construção e crítica de uma decisão correta, conforme a Constituição¹²⁸.

Essas propostas possuem indiscutível valor teórico e exercem o seu papel construtivo na crítica à atividade judicial, o que tem gerado conquistas históricas e contribuído para a evolução da prática argumentativa do direito. O risco que correm, por outro lado, é o de fechamento teórico diante de uma realidade prática recalcitrante. Em suas manifestações patológicas, podem submeter os aspectos estruturais de funcionamento interno do sistema jurídico a uma querela acadêmica, conferindo uma importância superestimada a pressupostos teóricos largamente controvertidos, como se adesão a determinado paradigma de pensamento fosse condição *sine qua non* para o funcionamento adequado da instituição judicial, o que nos parece improdutivo.

É claro que não desconsideramos a influência concreta que as perspectivas teóricas dos juízes exercem sobre o funcionamento dos Tribunais¹²⁹. O que se busca evitar é o emprego de posições normativas como redutoras da complexidade política dos fenômenos institucionais, que envolvem paixões, estratégias e interesses e possuem uma dinâmica própria.

¹²⁷ O autor assim elabora as bases filosóficas: “A Crítica Hermenêutica do Direito, fincada na matriz teórica originária da ontologia fundamental, busca, através de uma análise fenomenológica, o des-velamento (Unverborgenheit) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (Dasein) e somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). Afinal, conforme ensina Heidegger, ‘o ente somente pode ser descoberto seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado’.

Trata-se, enfim, da elaboração de uma análise antimetafísica, isto porque, a partir da viragem linguística e do rompimento com o paradigma metafísico aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade. Melhor dizendo, a linguagem, mais do que condição de possibilidade, é, como bem assinala Luiz Rohden, ‘constituente e constituidora do nosso saber, conhecer e agir’. Ao mesmo tempo, o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo (Auslegung) e passa a ser produtivo (Sinngebung).” STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria. do Advogado, 2014, p. 25.

¹²⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais de acordo com a Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020 pp. 421-426.

¹²⁹ Arianna Sánchez e outros, em artigo que estuda o funcionamento da Corte Constitucional do México sob uma perspectiva behaviorista, apresentam resultados empíricos interessantes sobre como os espaços políticos ocupados por aquele Tribunal e a gama de assuntos sob os quais exerce jurisdição varia, a depender da predominância, em sua composição, das correntes identificadas como Legalistas ou Interpretativistas SÁNCHEZ, Arianna, MAGALONI, Beatriz, and MAGAR, Eric **Legalist versus Interpretativist The Supreme Court and the Democratic Transition in Mexico** SÁNCHEZ, In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011, Capítulo 7. n MacCormick fornece outro exemplo ilustrativo, sobre a diferença do ambiente argumentativo no funcionamento da Câmara dos Lordes, quando os Lordes Diplock e Reid, cada um a seu tempo, foram figuras dominantes. Com Diplock, um realista, predominava a decisão e um estilo de julgar por meio de delegação a um dos juízes da Corte. Com Reid, que tinha visões substantivistas, predominavam debates intensos para se chegar à melhor solução. MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 354-356.

1.2.1 O NORMATIVISMO INCONDICIONAL EM ESPÉCIE

Nas próximas linhas, abordaremos algumas suposições de Lênio Streck, especialmente em sua obra “O que é isto – decido conforme a minha consciência?”, com o intuito de esclarecer os aspectos do normativismo incondicional que entendemos problemáticos. A escolha desse livro se dá, primordialmente, por razões expositivas, por conter afirmações normativas ambiciosas em profusão. Deve ser ponderado, contudo, que Streck desenvolve os mesmos temas, de forma mais aprofundada, em outros trabalhos citados nesta pesquisa.

O ponto sustentado pelo autor é que a tradição jurídica brasileira padece de uma dependência filosófica crônica do racionalismo subjetivista, que submete o “‘ato de julgar’ à consciência do intérprete, como se o ato (de julgar) devesse apenas ‘explicações’ a um, por assim dizer, ‘tribunal da razão’ ou decorresse de um ‘ato de vontade’ do julgador”¹³⁰, o que seria incompatível com as evoluções da hermenêutica filosófica, em especial depois do giro ontológico-linguístico.

Embora Streck aponte o “paradigma filosófico da consciência” como a grande chave interpretativa desse fenômeno, outras explicações, adicionais, ou complementares, são apresentadas no livro. Por exemplo, ele indica a influência da “jurisprudência dos valores”, do pós-guerra alemão, reprimada na interpretação constitucional brasileira, mas sem a tensão entre a legalidade estrita e abertura democrática que caracterizou essa doutrina naquele país¹³¹. Menciona interpretações equivocadas de Dworkin e Alexy, as quais confundiriam superação do positivismo com relativismo.¹³² Discute a filosofia analítica e a permanência de uma racionalidade “lógico-argumentativa”, cujos reflexos no direito se medem na insistência nas ideias de subsunção e no silogismo jurídico, as quais colocam o juiz num ponto epistemologicamente privilegiado¹³³. Lamenta, mesmo entre os críticos dessas tendências, a preponderância do uso de técnicas de ponderação e crença na distinção entre casos fáceis e difíceis.¹³⁴ Por fim, o alvo central seria um positivismo endêmico, em uma combinação de velhas e novas correntes desse pensamento, e que “trazem consigo o mesmo vírus” da discricionariedade, que “passou a ser a condição de possibilidade da decisão”¹³⁵.

¹³⁰ STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Capítulo 1.

¹³¹ *Ibidem*, Capítulo 2.

¹³² *Ibidem*, Capítulo 2.

¹³³ *Ibidem*, Capítulo 4.

¹³⁴ *Ibidem*, Capítulo 4.

¹³⁵ *Ibidem*, Capítulo 6.

A partir desse diagnóstico amplo, multidimensional, Streck indica que somente a superação do positivismo, pela crítica hermenêutica, plasmada em uma teoria pós-positivista da decisão, que incorpore a doutrina da resposta correta, é que poderemos nos libertar de toda essa carga conceitual que macula a prestação jurisdicional no Brasil:

o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito produz as ferramentas para as respostas a essas questões. O constitucionalismo – esse do qual estamos falando – é antitético a qualquer postura positivista. E o problema fulcral do senso comum teórico do direito é a não superação do positivismo jurídico naquilo que é o seu principal elemento – a discricionariedade, sustentada, por sua vez, no solipsismo do sujeito da modernidade. Ou seja, o problema é, fundamentalmente, filosófico. Está na (falta de uma) teoria da decisão, o ponto nodal da (não) superação do positivismo e de seus elementos fundantes (fontes sociais, cisão entre direito e moral e discricionariedade).¹³⁶

A principal razão pela qual entendemos que os argumentos dessa obra desaguem em um normativismo incondicional e, por isso, impróprio para o problema que se propõe a resolver, está na vinculação necessária entre a ideia de Estado Democrático de Direito, ou constitucionalismo, com a corrente do pensamento jurídico que advoga. Mais ainda, Streck pressupõe que, tanto o constitucionalismo, como a sua própria teoria da decisão judicial são resultados da hermenêutica filosófica de Gadamer, acoplada às concepções integridade e da resposta correta, de Dworkin¹³⁷. A certa altura, ele afirma que “a hermenêutica se apresenta nesse contexto como um espaço no qual se pode pensar adequadamente uma teoria da decisão judicial”¹³⁸

As pretensões heurísticas dessa afirmação nos parecem extremamente inflacionadas, pois conflitam com a própria universalidade do aspecto hermenêutico da compreensão, tal como preconizada por Gadamer. No prefácio da segunda edição de *Verdade e Método*, o filósofo aborda especificamente o seu distanciamento da concepção original de hermenêutica de Heidegger (como doutrina do método), negando qualquer pretensão de orientar as ciências do espírito:

Não pretendia desenvolver um sistema de regras artificiais capaz de descrever o procedimento metodológico das ciências do espírito, ou que pudesse até guiá-lo. Minha intenção tampouco foi investigar as bases teóricas da ciência do espírito, a fim de transformar em práticas os conhecimentos adquiridos.¹³⁹

Mesmo se admitirmos que a hermenêutica filosófica possa ter auxiliado Streck a compreender a experiência jurídica, ou tenha lhe fornecido as bases para criticar certas

¹³⁶ STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Capítulo 7.

¹³⁷ *Ibidem*, Capítulo 6.

¹³⁸ *Ibidem*. Capítulo 7.

¹³⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**, v. I. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 14.

pretensões ingênuas das teorias do Direito, parece demasiado supor que a hermenêutica seja o espaço no qual o jurista gaúcho construiu a sua teoria da decisão, e, muito menos, que seja um instrumento pelo qual outras teorias do Direito concorrentes possam ser refutadas em suas próprias bases. Afinal, a compreensão de Streck sobre os meios de se chegar a uma decisão judicial correta, conforme a constituição, está tão inserida em uma condição hermenêutica, provisória, precária e histórica, como qualquer outra teoria da interpretação jurídica, inclusive a de um positivista normativo. Poder-se-ia argumentar que Streck utiliza a expressão “espaço no qual se pode pensar” considerando a universalidade da condição hermenêutica, mas conceder esse ponto anularia a carga normativa que parece sustentar a proposição.

Quando postula as seis hipóteses em que um juiz pode deixar de aplicar uma lei, as três indagações fundamentais que deve fazer e os cinco princípios/padrões fundantes de uma decisão judicial¹⁴⁰, Streck está imerso em um debate técnico muito próprio da dogmática jurídica, que dialoga com a tradição das diversas correntes do pensamento do Direito, com a história constitucional e reflete aquisições sociais, institucionais, morais e políticas, para o qual a hermenêutica filosófica não lhe confere qualquer status privilegiado. As teorias que concorrem nesse mesmo tecido referencial podem até ser inferiores e talvez mereçam ser abandonadas, mas o seriam por sua incapacidade de oferecer respostas adequadas aos problemas que se propõem a resolver e não por supostamente carecerem de uma fundação hermenêutica.

Essas ponderações, que talvez leiam demais em cima de uma passagem curta, são importantes, no entanto, para registrar as implicações ignoradas por Streck de um ponto que é mais de uma vez registrado em seu livro, e que está no primeiro período citação feita acima: “o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito produz as ferramentas para as respostas a essas questões.” No mesmo sentido, alguns capítulos antes, afirma:

Numa palavra – e penso que nisso há uma grande concordância no seio das diversas posturas antes delineadas –, em regimes e sistemas jurídicos democráticos, não há (mais) espaço para que “a convicção pessoal do juiz” seja o “critério” para resolver as indeterminações da lei, enfim, “os casos difíceis”.¹⁴¹

De fato, não há. E justamente por isso não se pode compreender o salto normativo que Streck promove, ao vincular a possibilidade de uma solução democrática para o problema da decisão judicial no Brasil à necessidade de superação do positivismo e aderência à sua proposta

¹⁴⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais de acordo com a Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 411.

¹⁴¹ STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Capítulo 3.

teórica. O grau de irrealismo dessa perspectiva parece claro se pensarmos que, em algumas das democracias mais avançadas do planeta, como EUA e Inglaterra, para citar apenas os exemplos mais óbvios, o positivismo ainda é uma doutrina intensamente aceita, praticada e desenvolvida. Não se tem notícias de que a fundamentação judicial desses países sofra das mesmas precariedades que verificamos no Brasil, ainda que críticas possam ser feitas àqueles sistemas.

Para estabelecer esse normativismo incondicional, que se propõe a pensar um constitucionalismo “antitético a qualquer postura positivista”, Streck precisa unificar o positivismo em torno da ideia de discricionariedade, fazendo-o por meio de uma incansável descaracterização dos pressupostos dessa tradição jurídica e de suas pretensões teóricas. Primeiro, não é correta a afirmação de que a discricionariedade judicial seja o “principal elemento” do positivismo, certamente não para as teorias conceituais do Direito a partir de Hart.

Essa alegação parece refletir parte das objeções que Dworkin faz em “Justice in Robes”¹⁴², quando este aponta que o positivismo nem sequer funcionaria como uma descrição adequada do direito, pois não daria conta de como o direito é de fato produzido e com que finalidade, ignorando desacordos teóricos que, se levados a sério, minariam a tese da convencionalidade e, em última análise, da separabilidade. Ele chega a acusar o positivismo de ter decaído da posição de um gigante do liberalismo, que usava a lei contra juízes conservadores, para se tornar uma teoria conceitual abstrata, insulada de todas as demais ciências sociais, que se recusa a impor qualquer restrição ao que os juízes fazem, mas que ainda tenta se manter descritiva por meio de infundáveis explicações *ad hoc*, de modo a preservar a filosofia do direito como uma disciplina acadêmica independente.¹⁴³

O problema desse tipo de construção é que embora tenha um alvo teórico válido (as teses da convencionalidade e da separabilidade, centrais ao positivismo), o argumento descamba para um claro *ad hominem* e para uma petição de princípio. Ao descrever o positivismo como uma teoria da discricionariedade, ou postular que esta é o seu principal elemento, Streck está projetando em seu alvo a sua própria concepção do Direito. Ele pressupõe a assimilação, pelo positivismo, da ideia de que descrever um sistema jurídico é determinar os elementos que revelam a sua finalidade, o que coloca em primeiro plano o contexto de justificação. O problema é que o positivismo não aceita essa premissa. A discricionariedade

¹⁴² DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008. p.187-198.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 212-216.

pode até ser um elemento central da crítica à concepção positivista, mas isso não a torna um elemento central do positivismo.

É preciso delimitar, aqui, o que pode ser razoavelmente denominado positivismo, como uma teoria do direito. Uma intuição muito comum, no Brasil, onde essa tradição jurídica é frequentemente atacada, é associar positivismo a uma certa forma de interpretação do Direito, à ideia de formalismo na aplicação de regras, da rejeição dos julgamentos conforme princípios ou ideias de justiça. Embora seja comum autores dentro dessa tradição advogarem posições normativas desse gênero – muitos ligados ao que se convencionou chamar de positivismo ético¹⁴⁴ – a verdade é essa não é uma descrição da teoria positivista do direito, pois o positivismo não é uma teoria da argumentação jurídica ou da adjudicação.

Como se costuma formular, o positivismo é uma teoria conceitual do direito, no sentido que se propõe a sistematizar os elementos essenciais do que poderia ser caracterizado como um sistema jurídico em geral, observáveis em qualquer organização social que possua uma prática jurídica. Hart, certamente uma figura central da concepção moderna do positivismo, incorpora elementos do pragmatismo filosófico e do antifundamentalismo de Wittgenstein¹⁴⁵, para conceber o direito como um sistema de regras sobre regras, cujo fundamento de validade deriva de convenções sociais, refugindo ao uso de apoios ontológicos fortes, como o conceito de soberania de Austin, ou a norma fundamental, de Kelsen.

O positivismo, pelo menos nas concepções aqui tratadas, tributárias de uma filosofia da linguagem sofisticada, não é nem exclusivamente empírico, pois não se reduz a uma análise meramente lexicográfica sobre o que se quer dizer com a expressão “direito” em diferentes contextos e usos linguísticos, nem exclusivamente normativo, pois embora conceitual (se ocupa das propriedades necessárias que constituem um conceito), deve ser capaz descrever as práticas sociais adequadamente. Hart¹⁴⁶ admite um conteúdo mínimo do Direito, baseado em necessidades naturais decorrentes da relação do homem com o ambiente em que está inserido, mas esses limites se referem à sobrevivência natural das organizações sociais ou do sistema jurídico como tal, e não a uma necessidade ontológica do conceito.

De acordo com Himma¹⁴⁷, teorias conceituais como a de Hart e Raz, cada uma à sua maneira, empregam versões do que ele denomina “*modest conceptual analysis*”, pois se propõem a descrever o mundo como nós os estruturamos, sem apelar para o que seria o mundo

¹⁴⁴ WALDRON, Jeremy. **Normative (or ethical) positivism**. In: COLEMAN Jules L. (ed.). **Hart’s postscript: essays on the postscript to the concept of law**. New York: Oxford University Press, 2001.

¹⁴⁵ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: Dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁴⁶ HART, H.L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 258.

¹⁴⁷ HIMMA, Kenneth Einar. **Morality and the nature of law**. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 32.

em si. Há um pressuposto normativo nesse tipo de análise, pois se postulam os elementos operativos necessários para que se possa identificar um sistema jurídico, mas tais pressupostos são epistêmicos, e não valorativos. Isso não implica, para seus defensores, que o positivismo proponha uma descrição amoral do Direito, mas apenas que a existência de um sistema jurídico não pressupõe uma doutrina sobre a validade de suas normas, sob a perspectiva interna¹⁴⁸.

A preferência pela investigação sobre o que acontece nos Tribunais e a ideia de que todos os elementos da adjudicação devam ocupar um lugar privilegiado na descrição do Direito compõem as bases do que Joseph Raz¹⁴⁹ chamou de “a visão do advogado”. Segundo esse expoente da escola do positivismo exclusivista, o foco da análise descritiva nas dificuldades e desacordos no contexto de justificação seria um erro metodológico, uma miopia acerca da real abrangência do Direito como um fenômeno social, e a sua função para quem não o pratica profissionalmente. Schauer questiona a relevância metodológica dessa abordagem mesmo na jurisdição contenciosa, o que ele chama de “*selection effect*”¹⁵⁰. Isto é, costumamos estudar os casos interessantes, desconsiderando que boa parte da prática judicial consistiria, segundo a sua concepção, na afirmação da autoridade das fontes formais que controlam o caso, sem grandes dissensos.

É fácil entender, então, por que a discricionariedade não é um elemento necessário – e nem sequer central – para uma concepção positivista do Direito. Trata-se de um subproduto da atividade jurídica normal, em ocasiões limítrofes, em que os juízes são chamados a produzir o direito, em face da indeterminação própria da linguagem comum em que os textos normativos são escritos, e da complexidade da vida social. Os elementos estruturantes do conceito de Direito (separabilidade, fato social e convencionalidade) continuam a descrever o sistema, independentemente dos argumentos concretos que os juízes utilizem para justificar suas decisões, a partir da perspectiva interna.

Além de não ser um elemento central da concepção positivista do Direito, a ideia de discricionariedade não autoriza as consequências que Streck tenta tirar dela, no sentido de que seria um espaço de subjetividade inescrutável do juiz: “quando um jurista diz que ‘o juiz possui

¹⁴⁸ D'almeida, por exemplo, reconhece a solidez do argumento de Dworkin sobre a incorreção da tese de que a regra de reconhecimento pressupõe que a identificação das fontes do sistema seja uma questão de fato (plain facts). Contudo, ele alega que Hart não postula essa tese, mas, pelo contrário, a rejeita. O erro está em justamente confundir a perspectiva externa e interna, no esquema de uma análise conceitual. D'ALMEIDA, Duarte. The grounds of Law. In: WALUCHOW, W; SCIARAFFA, S (ed.). **The legacy of Ronald Dworkin**. Oxford University Press, 2016. p. 165-202.

¹⁴⁹ RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics**. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 200-209.

¹⁵⁰ SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2012

poder discricionário' para resolver os 'casos difíceis', o que quer afirmar é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier...!"¹⁵¹ A construção que Streck procura fazer da discricionariedade, como o braço jurídico do paradigma filosófico da consciência, depende de vincular esse conceito à ideia de vontade livre do juiz, o que não pode ser uma representação adequada nem mesmo da teoria da interpretação de Hans Kelsen¹⁵², quanto mais de uma concepção do positivismo em geral.

O problema da discricionariedade, para o positivismo, é descritivo. Nem todas as razões utilizadas para se chegar a um julgamento são redutíveis às fontes do sistema. Ainda que seja uma proposição incorreta, dela não decorre que, para o positivismo, o juiz decide como bem entender. Pelo contrário, há bons argumentos para se afirmar que a fundamentação judicial exaustiva, capaz de oferecer razões válidas para uma determinada decisão, é um pressuposto do funcionamento normal de um sistema jurídico, de acordo com o positivismo¹⁵³.

É possível que Dworkin tenha razão quando afirma que o positivismo se tornou uma disciplina arcana e irrelevante fora de seus círculos de reprodução, muito pelo fato de não se comprometer com uma teoria da interpretação capaz justificar o direito normativamente. Esta é uma crítica normativa possível. O que nos parece excessivo é afirmar que o positivismo, por não postular uma teoria da adjudicação forte, seja responsável pela criação de uma teoria da

¹⁵¹ STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Capítulo 7.

¹⁵² A vontade do juiz ou do Tribunal na criação do direito, para Kelsen, não é desprovida de constrangimentos institucionais pelo direito positivo. E mesmo na dimensão em que não é controlada pelas normas jurídicas, essa vontade não implica o relativismo. O ponto é que o teste de sua correção é um problema político do Direito, não da teoria do Direito. Ver: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 393

¹⁵³ Este é um tema que ultrapassa o escopo deste trabalho. Mas a ideia geral é que tanto em Hart (Op. Cit., 2008), quando trata do jogo do direito e do ceticismo sobre as regras, como em Raz, a partir da noção de que o direito postula uma autoridade legítima e da sua concepção de serviço da autoridade, (Op. Cit. 1995), a capacidade de vindicar a posição autoritativa dentro de um sistema complexo de regras primárias e de atribuições de competências, pressupõe que os participantes, em geral, possam confiar que as decisões tomadas no funcionamento do sistema precedem de uma investigação real e de boa-fé das circunstâncias do caso, dos interesses em jogo e das fontes do direito. Se os juízes trabalham contra essa confiança, trabalham também contra o sistema social que garante a sua posição de autoridade.

SOPER, Philip. Legal theory and the obligation of a judge: The Hart/Dworkin Dispute, **75 Mich. L. Rev.**, 473, 1977, escrevendo ainda no auge da disputa Hart/Dworkin, defende que a existência de princípios vinculantes de julgamento, os quais ele chama de "judicial technique principles", não é incompatível com o positivismo. Mais recentemente, evoluindo o conceito de derrotabilidade de Hart. HART, H.L.A. The ascription of responsibility and rights. **Proceedings of the Aristotelian Society**, New Series, v. 49, 1948-1949, e a sua formulação dentro de uma teoria da decisão, em MacCormick (Op. Cit, Cap. 12), Duarte D'almeida avança um convincente argumento contra a concepção monolítica do que seja a regra jurídica em um contexto de julgamento, propondo um esquema proposicional que contempla as especificidades lógicas e processuais das proposições jurídicas formuladas pelo postulante e as exceções implícitas ou explícitas passíveis de serem opostas pelo demandado, e o modo como condicionam a decisão. Como resultado, o autor proporciona não apenas uma compreensão da estrutura lógica das exceções, como um parâmetro sobre um qual uma decisão judicial que afirme uma determinada consequência jurídica possa ser corretamente formulada. D'ALMEIDA. Duarte. **Allowing for exceptions: a theory of defences and defeasibility in law**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

decisão judicial arbitrária, sendo incompatível com o constitucionalismo, como defendeu Streck.

O positivismo, conceitualmente, não é inconsistente com uma teoria da decisão e muito menos com as garantias constitucionais de um julgamento democrático, que nos parece ser o ponto nodal da crise do fundamento na jurisdição brasileira. Talvez, o positivismo seja incompatível com a teoria da única decisão correta, conforme a perspectiva da hermenêutica crítica de Streck, mas isso não preclui acadêmicos inseridos naquela tradição do pensamento de identificarem as patologias sistêmicas do sistema judicial sem que seja necessário abandonar os seus pressupostos teóricos.

Importante rememorar, que, logo no início capítulo 4 de *Taking Rights Seriously*, ao propor a sua “rights thesis”, Dworking critica a tese da discricionariedade como uma representação errônea da prática judicial¹⁵⁴. Quando oferece uma explicação do que está envolvido quando juízes decidem casos difíceis, que é definir uma teoria política coerente capaz de justificar a atribuição, à parte, de um direito concreto, institucionalmente garantido pelo ordenamento jurídico¹⁵⁵, o jurista americano constrói uma teoria normativa, mas também descritiva de como os bons juízes, de fato, fundamentam suas decisões, independentemente das metáforas e representações imprecisas que possam fazer de sua própria atividade¹⁵⁶. Daí parecer estranho que a o positivismo seja apresentado como essa doutrina predatória da mente do juiz, que destila o veneno da discricionariedade e que o incentiva a julgar conforme os seus sentimentos. Parte do argumento de Dworking se revolve em demonstrar que o positivismo não funciona como teoria descritiva da adjudicação. Subir o nível desse argumento para defender que o positivismo corrompe o judiciário nos parece excessivo.

Uma das frequentes descaracterizações que críticos fazem de Dworkin é vinculá-lo a uma espécie de jusnaturalismo ingênuo, no sentido de que a decisão judicial incorreta não poderia contar como Direito válido para o sistema jurídico, posição que ele nunca defendeu. Parece-nos que o normativismo incondicional padece da mesma simplificação, quando defende posições do tipo analisadas acima, que condicionam a solução do problema democrático da decisão judicial a uma querela acadêmica.

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Bloomsbury, 2013. *E-book*. p.146

¹⁵⁵ *Ibidem*, p.174.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 192.

2 OS PACTOS DE NÃO FUNDAMENTAÇÃO: CORRUPÇÃO SISTÊMICA E ESTRATÉGIA DE SOBREVIVÊNCIA

No tópico anterior, aludimos que, no Brasil, o dever de fundamentação constitucionalmente garantido (CF/88, art. 93, IX) parece ter sido capturado e instrumentalizado de forma conscientemente ilegal pelo Poder Judiciário, criando-se uma série de estratégias de imunização que pouco tem a ver com o tabuleiro jurídico, cujas expressões em linguagem técnica são meras traduções corrompidas de decisões estratégicas metaprocessuais, baseadas em interesses institucionais dos membros daquela elite política. No presente tópico, pretendemos explorar como esse estado de ilegalidade, antes de significar uma degradação teórica, moral ou cognitiva dos integrantes daquele poder, está amparada, em primeiro plano, em uma estratégia de sobrevivência operativa da instituição, a partir dos incentivos e constrictões observadas na prática, criando verdadeiros “pactos de não fundamentação” entre os membros dos Tribunais.

No contexto deste trabalho, definiremos “pactos de não fundamentação” como acordos tácitos criados no funcionamento interno das organizações judiciais, de forma a proteger a instituição e seus membros do ônus argumentativo associado ao dever de justificar suas decisões conforme padrões normativos fortes, em razão de constrictões causadas pelo volume de processos e exigências numérico-quantitativas necessárias ao funcionamento adequada do sistema processual, que se contrapõem, em muitos casos às estratégias decisórias e objetivos metajurídicos dos magistrados. Esses pactos podem se desdobrar de variadas maneiras e atender a estratégias diversas. Divisamos, no entanto, quatro modalidades características de sua manifestação na realidade processual brasileira, que serão depois exploradas individualmente. Os exemplos subjacentes a essas categorias terão como finalidade apenas ilustrar as diferentes facetas do fenômeno, sem qualquer presunção de completude. São elas:

- a) Interpretação contrafactual dos próprios deveres argumentativos impostos pela Lei, por meio da qual se afirma a predominância *contra legem* de uma certa cultura judicativa estabelecida. Isso ocorreu, notoriamente, com a transição para o novo CPC, quando os Tribunais, com a salvaguarda do STJ, rapidamente se organizaram para não cumprir as disposições do art. 489, § 1º do CPC, especialmente quando à necessidade de enfrentamento exaustivo das postulações das partes;
- b) O controle discricionário de recursos pela repetição da própria decisão recorrida, conforme a técnica de fundamentação *per relationem*. Esse tipo de prática, embora difundida generalizadamente pelos Tribunais, possui representação paradigmática na

admissibilidade de agravos em recurso de revista no âmbito TST, com base em decisões que se ocupam mais em justificar a licitude dessa técnica decisória do que em analisar os argumentos da parte;

- c) A afirmação artificial do precedente, pelo uso da jurisprudência defensiva, permitindo-se a sobrevivência de bolsões decisórios regionais. Nesses casos, o pacto de não fundamentação é transversal entre os Tribunais. O Tribunal recorrido imuniza decisões frontalmente contrárias ao entendimento firmado no Tribunal Superior, inserindo nos acórdãos, estrategicamente, palavras e expressões que serão depois utilizadas pela instância *ad quem* para aplicar filtros de não conhecimento dos recursos. Isso aconteceu, por exemplo, na extensa disputa acerca das multas compensatórias em compromissos de compra e venda em incorporação imobiliária, durante o período conhecido como “crise dos distratos.”
- d) O esvaziamento indireto de competência do Tribunal hierarquicamente inferior para a análise dos casos concretos. Prática de certo modo inversa a do item “c” - pois o pacto é adversarial, não cooperativo - nesses casos, o Tribunal Superior afirma a sua autoridade de forma vertical, invisibilizando a interpretação soberana da Corte recorrida sobre os fatos e provas do caso, sem, contudo, ofertar uma interpretação concorrente válida, pois incompatível com sua atribuição institucional. Esse problema tem ocorrido na intervenção anômala do STF, via reclamação constitucional, sobre as decisões da Justiça do Trabalho acerca do reconhecimento de vínculo de emprego em hipótese de fraude.

Nas linhas a seguir, iremos explorar cada um desses pactos, compreender as suas especificidades e, ao final, extrair de suas racionalidades próprias aquilo que os unifica, dentro da lógica da prestação jurisdicional brasileira, como fenômenos típicos de um processo de construção de uma ilegalidade programada.

2.1 A FUNDAMENTAÇÃO EXAUSTIVAMENTE SUFICIENTE DO ART. 489 DO CPC

Talvez, o expediente interpretativo mais característico do que denominamos “pactos de não fundamentação” tenha sido a organização do Poder Judiciário para mitigar a eficácia dos embargos de declaração, a partir das alterações introduzidas pelos arts. 489, § 1º e 1.022, parágrafo único, II do CPC/2015, imediatamente após a sua promulgação. Por trás dessa reação reside uma disputa conceitual sensível para a funcionalidade da prestação jurisdicional, que

versa sobre a extensão do controle que o juiz pode exercer sobre o ambiente argumentativo do processo, uma polêmica prevalente no cenário nacional. De forma geral, consiste em saber se é exigível do juiz que apresente fundamentação exauriente das formulações das partes ou se basta explicitar os motivos suficientes de seu entendimento sobre a questão litigiosa.

A celeuma possuía lastro normativo no CPC de 1973, que encampava a concepção de “livre convencimento motivado” do juiz (art. 131). Para os defensores da fundamentação suficiente, bastaria ao juiz informar, na sentença, os motivos que lhe conduziram àquela conclusão. Como o art. 93, IX da Constituição Federal não possui uma carta de referências explícitas sobre o que é uma fundamentação válida dentro do sistema¹⁵⁷, a exigência de uma “fundamentação exaustiva”, com a refutação expressa de cada objeção da parte, não poderia ser retraçada a uma fonte formal do sistema jurídico, cabendo, então, ao magistrado selecionar quais argumentos seriam ou não relevantes para a solução da controvérsia. Devemos nos lembrar, aliás, como o juiz não apenas podia apreciar “livremente a prova” como ainda seria o seu destinatário final (CPC/15, art. 370; CPC 1973, art. 130; CPP, art. 155), o que lhe conferia autonomia sobre o que mereceria ser conhecido ou não no litígio¹⁵⁸.

As teses da fundamentação suficiente e do livre convencimento sofreram abalos, no entanto, com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, pois tanto a expressão “livremente” foi suprimida do texto legal (art. 371), como ainda se estabeleceu, no art. 489, § 1º¹⁵⁹, um verdadeiro receituário de condutas vedadas ao magistrado no momento de proferir as suas decisões, sendo que o inciso IV dispositivo estatuiu, de forma expressa, a fundamentação exaustiva como elemento necessário da decisão, sob pena de se incorrer em vício de omissão, oponível por embargos de declaração (art. 1.022, § único, II). Essas constrições, somadas à exigência de estabilidade, integridade e coerência decisória explicitamente direcionada aos Tribunais (art. 926) despertaram, em muitos, a crença em “uma nova etapa do direito processual brasileiro”¹⁶⁰.

¹⁵⁷ RIBEIRO, Marcelo. **Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. *E-book*, p. 423.

¹⁵⁸ Segundo Pontes de Miranda: “O princípio da livre apreciação judicial da prova (*Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung*) é aquele que dá ao juiz apreciar as provas livremente, a fim de se convencer da verdade ou falsidade, ou inexatidão parcial, das afirmações sobre os fatos da causa. Onde se tira que o juiz não está adstrito, sequer, a considerar verdadeiros os fatos sobre cujas proposições estão de acordo as partes [...] Por outro lado, o juiz somente pode dispensar ou deixar de levar em conta alguma prova quando já tenha chegado a alguma convicção acerca do fato, que se quis provar. Esse ponto é assaz relevante na interpretação do art. 407, parágrafo único. Ai não se deu arbítrio puro ao juiz para a dispensa: pode dar-se que das restantes não se precise; e então pode o juiz dispensá-las. MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil** - Tomo 04. Rio de Janeiro: Forense. Epub, Local 5773-5789.

¹⁵⁹ Os seis incisos foram depois transplantados ao CPP, no § 2º do art. 315, pela Lei 13.964/19. Na jurisdição trabalhista, o dispositivo é aplicável supletivamente, por força do art. 15 do CPC e art. 769 da CLT.

¹⁶⁰ TRINDADE. André Karam. O controle das Decisões Judiciais e a Revolução Hermenêutica no Direito Processual Civil Brasileiro. In: Org: ALVIM, Eduardo A.; LEITE, George S.; STRECK, Lenio L. (org.).

A lógica operacional emprestada a essas alterações foi claramente delineada pelo Legislador. De um lado, a reforma buscou atenuar a carga de trabalho dos Tribunais, com a simplificação procedimental, reforço dos procedimentos de mediação e conciliação e a regulamentação de uma série de instrumentos para julgamento agregado de demandas repetitivas. Por outro lado, aceitou-se a premissa de que ao menos parte do problema da instabilidade e do enorme volume de processos e recursos observados no país era causada pelo excesso de voluntarismo judicial, o que demandaria, assim, restrições ao “estendido alcance” que vinha se emprestando à autonomia dos juízes. A exposição de motivos do anteprojeto do CPC¹⁶¹, embora ainda preste homenagem ao livre convencimento motivado como princípio garantidor da independência dos magistrados, sutilmente sugere as razões pelas quais essa concepção precisou ser mitigada, em favor de princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, como a isonomia, a estabilidade e a legalidade:

Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.

Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, ipso facto, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma.

A tendência à diminuição do número de recursos que devem ser apreciados pelos Tribunais de segundo grau e superiores é resultado inexorável da jurisprudência mais uniforme e estável.

Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia.

Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o asoerboamento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional.¹⁶²

As inovações do art. 489, § 1º surgem, portanto, como parte de uma estratégia maior de instrumentalização e objetificação do sistema processual, para a qual os critérios de controle das decisões, no nível individual, aparecem como subprodutos necessários para a estabilidade

Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2018. *E-book*. p.19.

¹⁶¹ Não existiu, propriamente, uma exposição de motivos do CPC, prevalecendo o documento preparado pela comissão de juristas instituída pelo Senado Federal. Por certo, essa defasagem deixou lacunas em relação às motivações da Lei efetivamente aprovada, após as alterações ocorridas durante a tramitação no Congresso Nacional. Nesse sentido: VIEIRA, Isabelle Almeida; JOBIM, Marco Félix. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015: breve apanhado histórico dos motivos que determinaram a edição dos Códigos de Processo Civil brasileiros. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 327, p. 83-107, maio 2022. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/>. Acesso em: 29 dez. 2024.

¹⁶² BRASIL. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. p. 29. ISBN: 978-85-7018-611-9.

e previsibilidade do sistema. Claramente, a intenção do legislador era promover a racionalização decisória, a partir de uma ética hierárquica à qual juízes e colegiados devam aderir, em exercício de contenção de suas convicções pessoais, formando uma convergência gradativa a padrões compartilhados de julgamento ou, então, fornecendo razões claras, passíveis, de verificação, para a sua divergência. É nesse cenário que o CPC mapeou uma tensão aparente entre o livre convencimento e a segurança jurídica, que precisava ser resolvida. Muito mais do que uma preocupação com a qualidade dos fundamentos, o novo código se ocupou de sua controlabilidade, criando critérios objetivos para que magistrados sejam compelidos a confrontar os motivos determinantes de seu convencimento com outras razões de grau superior, em nome da coerência e da integridade do sistema.

Apesar desses objetivos predominantemente instrumentalistas, a inserção do art. 489, § 1º no Código criava um problema operacional imediato para o Poder Judiciário, pois os incisos desse dispositivo descredibilizam um a um os artifícios diariamente empregados por magistrados para justificar as suas decisões, em todos os graus de jurisdição, como parte da estratégia de enfrentamento às constrições impostas pelas demandas por celeridade e vasão processual. A mera reprodução de ato normativo ou de ementa de julgado, associada ao uso de conceitos indeterminados, sem densificação no caso concreto, as decisões genéricas, passíveis de reprodução em escala e o enfrentamento seletivo apenas dos argumentos e precedentes que validam a decisão tomada, compunham o repertório básico de juízes e Tribunais na gestão da elevada demanda processual a que se encontravam submetidos.

A novidade, portanto, atacava uma cultura judicativa consolidada de “falsas fundamentações”, que são desdobramentos daquilo que Rodriguez denominou “zonas de autarquia”¹⁶³, isto é, espaços de arbítrio decisório generalizados, que se mantêm através de referências meramente performáticas à ordem jurídica. Embora o novo CPC tenha intencionado facilitar o trabalho dos Tribunais, gerando uniformização e simplificação no longo prazo, os meios operacionais eleitos para se chegar a esse equilíbrio inviabilizariam, no curto prazo, o modo de reprodução decisória instalado, ameaçando, assim, colapsar o sistema. Sem os

¹⁶³ O autor assim define: “Denomino *zona de autarquia* o espaço institucional em que as decisões não estão fundadas em um padrão de racionalidade qualquer, ou seja, em que as decisões são tomadas sem fundamentação. Uma observação importante: será rara a ocasião em que os organismos de poder afirmem simplesmente —Decido assim porque eu quero ou —Decido desta forma porque é a melhor coisa a se fazer. É de se esperar que esteja presente alguma forma de *falsa fundamentação* cujo objetivo seja conferir aparência racional a decisões puramente arbitrárias.

Uma zona de autarquia, portanto, existe na ausência de fundamentação, ou seja, de uma justificação em que a autoridade levanta pretensões de validade fundadas em normas jurídicas⁶⁷, as quais, quando necessário, podem ser sustentadas sem contradição.” RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 58.

expedientes de falsa fundamentação e de decisões genéricas, os Tribunais não seriam capazes de entregar o volume de resoluções de casos observado nas últimas décadas e todos os ganhos de eficiência conquistados com investimentos em tecnologia da informação e gestão processual poderiam se tornar supérfluos, caso juízes fossem subitamente obrigados a densificar as suas decisões de forma artesanal e a enfrentar todas as objeções, exceções e omissões suscitadas pelas partes.

A dificuldade ainda se agrava pelo fato de que o meio direto de impugnação eleito pelo legislador foram os embargos de declaração (CPC/2015, art. 1.022, parágrafo único, II), um instrumento processual anômalo do direito brasileiro, que até hoje suscita controvérsias. Dinamarco, por exemplo, comentando ainda sobre as transições do instituto no Código de 1973, situa bem a natureza esotérica dos embargos de declaração, que exercem uma função híbrida de recurso (com efeitos infringentes excepcionais) e pedido de reconsideração, ou de ajustes:

É conhecida a sátira de Sérgio Bermudes ao Código de Processo Civil, feita ao dizer que o legislador de 1973 estaria a me-recer que contra ele se lançassem uns embargos declaratórios, porque colocou os embargos contra sentença no capítulo da sentença e os embargos contra acórdão no capítulo dos recursos. Qual seria a verdadeira natureza desse meio de impugnação, senhor legislador? Mera providência corretiva, ou recurso? Essa contradição precisava ser aclarada. E ela o foi pela *Reforma do Código de Processo Civil*, que unificou o trato desse remédio processual, agora todo ele concentrado no capítulo dos recursos (arts. 535 ss., red. lei n. 8.950, de 13.12.1994). Hoje, desenganadamente o direito positivo o reputa um recurso, mas a questão conceitual permanece aberta. Os embargos declaratórios exercem efetivamente a função que os recursos têm, ou alguma outra?¹⁶⁴

Cuida-se de um recurso endereçado ao próprio juízo, que interrompe o prazo para outros recursos, e o obriga a fornecer uma nova decisão de mérito, que será integrada à anterior, para prestar esclarecimentos, sanar omissões e suprir erros materiais. Lênio Streck classifica os embargos como “um recurso ‘pequeno gnosiológico’ feito para salvar decisões mal fundamentadas, que, na verdade, são nulas, exatamente por não obedecerem ao art. 93, IX, da CF.”¹⁶⁵ De fato, os embargos possuem uma feição atípica de “segunda chance”, o que alimenta a expectativa de um trabalho mal-acabado, à espera de retoques.

Por envolver a devolução, ao mesmo juízo, da jurisdição que já foi entregue, a aceitação desse recurso, pelo Poder Judiciário, historicamente foi carregada de uma subjetividade estratégica. Normalmente, a parte que o opõe recebe respostas padrões para justificar o seu “não conhecimento”¹⁶⁶. Não haveria vício a ser sanado, ou, seguindo a clássica

¹⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 178-179.

¹⁶⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2017. E-book, p. 427 ISBN 9788547215644., p. 427.

¹⁶⁶ O não conhecimento pela afirmação peremptória do não estarem atendidos os pré-requisitos do então art. 535 do CPC/73 era tão generalizada, que foi necessário estabelecer jurisprudência no sentido de que o efeito

formulação, “o magistrado não está obrigado a se pronunciar sobre todas as questões suscitadas pela parte, máxime quando já tiver decidido a questão sob outros fundamentos”¹⁶⁷, tão representativa da tese da fundamentação suficiente. Por outro lado, os embargos também foram instrumentalizados para atender, residualmente, a conveniências esporádicas dos juízes, em especial quando corrigir uma decisão já tomada pudesse ser interessante, às vezes causando completas reviravoltas nos processos. Basta ver, quanto a isso, que, sob o código de 1973, os embargos não possuíam efeitos infringentes *ope legis*, tratando-se de uma criação jurisprudencial, que, depois, foi incorporada ao CPC de 2015 (arts. 1.023, § 2º; 1.024, § 4º).

Outra apropriação estratégica desse instrumento foi a sua transformação em uma espécie de pré-condição para o conhecimento de recursos de natureza extraordinária, diante de problemas generalizados de pré-questionamento na tramitação dos processos nas instâncias inferiores. Para citar apenas verbetes de Súmulas dos Tribunais Superiores, os enunciados 98, do STJ¹⁶⁸, 282 e 356 do STF¹⁶⁹ e 297, III do TST¹⁷⁰ invocam essa função anômala dos embargos de viabilizar o conhecimento de recurso especial, extraordinário e de revista quando há recalcitrância dos Colegiados estaduais em enfrentar a questão federal ou constitucional arguida pelas partes. De um lado, trata-se de um típico desdobramento da jurisprudência defensiva, pois a omissão do Tribunal recorrido, ao invés de viabilizar *prima facie* a revisão do acórdão, é voltada contra o jurisdicionado, criando mais um obstáculo à subida de seu apelo. Por outro lado, o fato de os embargos, um recurso residual e raramente eficaz, ter se tornado peça virtualmente

interruptivo dos embargos se manifestava no ato de sua oposição, independentemente de o juiz ou Tribunal virem a entender, posteriormente, pelo seu descabimento (ver: STJ. EREsp n. 159.317/DF, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Corte Especial, julgado em 7/10/1998, DJ de 26/4/1999, p. 36; REsp n. 174.193/SP, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 23/8/1999, DJ de 18/10/1999, p. 229). Importante notar, entretanto, a especialização dessa jurisprudência, no sentido de que o recurso manifestamente incabível, intempestivo, ou oposto contra decisão de inadmissibilidade de recurso especial, não gozaria do efeito interruptivo (a título ilustrativo: STJ AgInt no AREsp n. 2.563.887/MA, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 12/8/2024, DJe de 19/8/2024; AgInt nos EDcl no AREsp n. 2.619.276/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/11/2024, DJe de 22/11/2024; AgInt nos EDcl no AREsp n. 2.464.294/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 12/8/2024, DJe de 15/8/2024).

¹⁶⁷ Existem diversas variações dessa mesma fórmula, mas é curioso notar que, em pesquisa na ferramenta de buscas do STJ, essa expressão é reproduzida *ipsis literis* na ementa de 37 acórdãos daquele Tribunal, entre 2002 e 2006, frequentemente referenciado a fórmula originária “O Poder Judiciário não está obrigado a responder todas as questões suscitadas pelas partes”, da lavra do Min. Gilson Dipp (STJ. EDcl nos EDcl no REsp n. 89.637/SP, relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 24/11/1998, DJ de 18/12/1998, p. 373).

¹⁶⁸ STJ. Súmula 98: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”;

¹⁶⁹ STF 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”; Súmula 356: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

¹⁷⁰ TST. Súmula 297, III: “Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração.”

obrigatória na engrenagem de processamento dos recursos perante os Tribunais superiores expõe certa resignação diante do quadro de insuficiência deliberativa que impera nos Tribunais.

Em verdade, a concepção subjacente aos embargos de declaração e o seu manejo cotidiano pelos Tribunais formam um retrato do estado precário da fundamentação judicial no país. São remédios processuais que normalizam a má fundamentação, fornecendo uma saída para corrigir decisões que, tecnicamente, deveriam ser nulificadas. Porém, antes de atender a esse propósito originário, como instrumento de objeção a uma prestação jurisdicional incompleta, foram largamente subaproveitados na prática judicial, inundada por soluções genéricas e gradativa massificação decisória, ressaltadas às hipóteses em que possam servir de trunfo processual, viabilizando, por seus efeitos infringentes, a correção *a posteriori* dos rumos processuais.

Não deveria ter surpreendido, portanto, a reação contundente do Poder Judiciário contra as novidades do art. 489, § 1º, principalmente quando se avizinhava promulgação do novo CPC. Em princípio, a alteração legislativa ameaçava posicionar os embargos como instrumento coercitivo do processo decisório, submetendo juízes ao controle argumentativo das partes, o que agravaria o já excessivamente belicoso ambiente processual do país. Preocupadas com esse prospecto, três associações de juízes, a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), encaminharam, à então Presidenta da República, Dilma Rousseff, pedido de veto aos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 489, além de outros dispositivos no Código¹⁷¹.

Em verdade, essas organizações e outros representantes da magistratura tiveram participação ativa durante todo o processo deliberativo, desde os primeiros movimentos do PLS 166/2010, no Senado. Já nos primórdios do projeto, antes mesmo de a redação do atual do § 1º do art. 489 ter adquirido forma¹⁷², já se manifestava visível incômodo dos magistrados com o

¹⁷¹ Notícia divulgada pelo sítio eletrônico da AMB relatava: “O terceiro e último ponto prevê a argumentação detalhada na decisão, por parte dos juízes, de todos os argumentos deduzidos no processo pelas partes, sob pena de nulidade da sentença. E ainda, quando se limitar a invocar na decisão precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos. com clareza”. Segundo o secretário de Reforma do Judiciário, Flávio Caetano, um grupo criado para acompanhar a tramitação do CPC, no Congresso: “(a) preocupação é com a celeridade e em fortalecer o acesso à Justiça”. (Ver: AMB, Anamatra e Ajufe pedem vetos ao novo CPC. Associação dos Magistrados Brasileiros, 3 mar. 2015. Disponível em: <https://www.amb.com.br/amb-anamatra-e-ajufe-pedem-vetos-ao-novo-cpc/>. Acesso em: 29 dez. 2024.

¹⁷² Originalmente, os elementos essenciais da sentença (relatório, fundamentos e dispositivo) estavam previstos em três incisos do art. 471, sem complementações. No parágrafo único art. 472, entretanto, propunha-se um regramento, com base na técnica de ponderação, para evitar decisões genéricas: “Parágrafo único. Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram

que percebiam ser uma deferência exagerada ao contraditório e com o dirigismo judicial contidos em diversos dispositivos do texto original. O Presidente da Associação dos Magistrados Estaduais (Anamages), em comunicação eletrônica de 2 de setembro de 2010, ao comentar os arts. 10 e 19 do PLS, que regulamentavam o princípio da não surpresa, afirmou, em tom de repúdio, que entendia “desnecessário e deselegante advertir o magistrado dessa maneira insistente e atécnica para ‘assegurar o contraditório’”¹⁷³. Sobre a redação original do art. 107, que disciplinava deveres gerais do juiz na condução do processo, afirmou que o texto “revela a desconfiança e o ânimo controlador da comissão de juristas em relação à atividade judicante” e que “causou estranheza o fato de não se ter discriminado, com idêntica minúcia, a atividade dos demais agentes públicos e particulares que participam do processo.”

A Ajufe, em ofício encaminhado em 27 de agosto de 2010, também demonstrava preocupação com os embaraços que poderiam ser criados com a ampliação descontrolada do contraditório, pela adoção do princípio da não surpresa, entendendo que “(n)ão é razoável exigir que todo e qualquer fundamento, *inclusive jurídico*, a ser utilizado pelo juiz em sua decisão, seja previamente submetido à apreciação das partes”, tratando-se de “uma restrição à atividade de ofício do juiz, em relação às matérias de ordem pública”. Ao final, adverte:

O que, em princípio, parece compatível com as exigências do princípio do contraditório, por outro lado representa descompromisso com a celeridade processual e a duração razoável do processo, princípios esses que merecem igual respeito, hoje como *status* constitucional, após a Emenda Constitucional n.º 45/2004, conforme art. 5º, LXXVIII, da Constituição.¹⁷⁴

Em 2011, quando o processo já tramitava na Câmara dos Deputados (PL 8046/2010, apensado ao PL 6025/2005), uma Comissão Especial foi designada para instruir o processo deliberativo, tendo esse órgão realizado diversas audiências públicas ao longo do ano, com a participação de especialistas e membros da sociedade civil, que ofereceram contribuições ao projeto. De forma geral, os membros da magistratura ouvidos nessas solenidades, embora reconhecessem os esforços em direção à simplificação procedimental e celeridade, fizeram ponderações sobre a eficácia de certas soluções na redução efetiva do volume processual. O Des. Samuel Meira Brasil, do TJES, por exemplo, questionava como a eficácia vinculante decisões de Tribunais Superiores de fato geraria redução da litigiosidade, se a obrigação de observar os precedentes fosse apenas do Poder Judiciário, sem a imposição de quaisquer ônus

compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes.”

¹⁷³ Senado Federal. Correspondência Eletrônica anexada ao PLS 166/2010. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249>. Acesso em: 4 jan. 2025

¹⁷⁴ Senado Federal. Ofício 191/2010/AJUFÉ. Documento anexado ao PLS 166/2010. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249>. Acesso em: 4 jan. 2025.

processuais às partes e advogados¹⁷⁵. Apontava o desembargador que as mudanças do Código deveriam promover a melhora da qualidade das decisões judiciais, o que não ocorreria se os juízes permanecessem julgando milhares de processos idênticos, muitos deles já solucionados por precedentes vinculantes.

O então Des. Federal Marcelo Navarro Ribeiro Dantas¹⁷⁶, atualmente Ministro do STJ, também destacou a quantidade anômala de processos julgados por magistrados brasileiros e reconheceu o potencial do projeto para mitigar essa realidade. Porém, especificamente quanto ao tema da fundamentação judicial, reverberou a posição das associações de magistrados a respeito de um excessivo dirigismo impresso ao projeto, o que atribuiu à adesão, no Brasil, à “teoria da desconfiança”, tributária da revolução francesa, que se distingue da linha americana, a “teoria da confiança”, que estimula a autonomia do juiz, como promotor da afirmação de direitos. Nesse contexto, criticou a redação do que era, então, o §1º do art. 476 (que depois se tornaria o §1º do art. 489), o qual reputava ser “o pior dispositivo do Código” e que geraria “um problema imenso”. Especificamente quanto ao inciso IV, que exigia fundamentação exaustiva sobre todas as postulações das partes, alertou que “se isso subsistir, nós vamos ter o caos”.

Quando redação final veio a ser aprovada e o projeto encaminhado para sanção Presidencial, em 25 de fevereiro de 2015, com a redação do § 1º do art. 489 intacta, a reação da magistratura se transmudou da participação democrática no processo deliberativo, para o lobby corporativo em favor do veto. A carta encaminhada à Presidente Dilma Rousseff, assinado pelos presidentes das três associações à época, Paulo Luiz Schmidt, da Anamatra, João Ricardo dos Santos Costa, da AMB e Antônio César Bochenek, da Ajufe, datada de 2 de março de 2015¹⁷⁷ era enfática nas críticas à tentativa do legislador de “*regular*” a matéria, **contrariando a tradição secular do processo civil brasileiro** — que jamais se viu “condicionado” pelo legislador quanto àquilo que *seria ou não* uma fundamentação sentencial suficiente”.¹⁷⁸ Com relação ao inciso IV do parágrafo 1º do artigo 489, o documento aponta se tratar de uma “utopia”, pois “exigir o juiz refute *um a um* todos os argumentos da petição inicial, da

¹⁷⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Audiência Pública da Com. Esp. do PL 6025/05 realizada em 23/11/2011**. Arquivo Sonoro. Disponível em <https://imagem.camara.leg.br/internet/audio/Resultado.asp?txtCodigo=39987>. Acesso em 4 jan. 2025.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS; ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL; ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Comunicação encaminhada à Presidente da República, Dilma Rousseff. Assunto: Solicitação de veto aos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 489 e parágrafo 1º do artigo 927 do Substitutivo do PLS 166, de 2010 (nº 8.046/10 na Câmara dos Deputados) – Novo Código de Processo Civil (NCPC). Documento gentilmente cedido pela Assessoria de Comunicação da AJUFE.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 3. Grifos do original.

contestação e das várias peças recursais [...] é exigir do agente político sobretrabalho inútil e violar obliquamente o princípio da duração razoável do processo”¹⁷⁹. As associações relembraram à Presidente, também, da jurisprudência pacífica do STJ sobre o tema, citando julgado de relatoria do Min. Luiz Fux (Resp n. 996.752/RJ) no qual se afirma a fórmula de “o magistrado **não está** obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte”¹⁸⁰. Por fim, faz-se uma análise da realidade processual brasileira, que merece ser reproduzida diretamente:

A realidade judiciária brasileira tem peculiaridades muito evidentes. Uma delas, que interessa aqui, é a do aumento absurdo do tamanho das peças produzidas pelos atores do processo. Advogados, promotores e juízes estão escrevendo demais, e nem sempre com boa qualidade. A tecnologia derivada da informática tem permitido o acesso cada vez maior a informações de todas as ordens, inclusive de peças processuais. Muito pouco de originalidade se encontra nas prateleiras do judiciário. O famoso «CTRL C, CTRL V» (“cola e copia”) é das ferramentas mais populares do circuito.

O volume de processos em tramitação no país é mais que alarmante (quase 100 milhões de feitos) e isso se agrava ainda mais pela falta de objetividade na postulação e defesa das causas, notadamente quando estão em litígio as grandes corporações, dos bancos às empresas de telefonia.

Esses grandes clientes do Judiciário contratam advogados da mais alta qualidade, que criam, para cada tipo de ação, um rol impressionante de teses jurídicas. Essas petições padrão se espalham pelo país, nos escritórios regionais. A grande maioria dessas teses serve apenas para dar volume às petições, impressionar os desavisados e tentar evitar uma solução objetiva dos processos, por parte do juiz.

Proferida a sentença, sobrevêm embargos declaratórios, que sustentam a omissão pela falta de análise de tais teses. Os juízes de todo o país, inclusive dos tribunais, rejeitam esses embargos utilizando os precedentes pacíficos do STJ de que: o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

Pois bem, agora o novo CPC diz, da forma mais genérica possível, que a decisão não se considera fundamentada se “*não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*”. “*Quid iuris*”?

A munição para os recursos passa a ter proporções quase atômicas! Ora, como se dará esse filtro para considerar que uma tese é capaz ou não de infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Qual o conceito objetivo a se extrair do comando legal?

Pela criatividade dos brasileiros, aí incluídos os advogados, não faltarão argumentos para tentar sustentar que a tese 1, 2, 3, 4 até a 35, seriam capazes de infirmar a conclusão do julgador. E nós temos o maior sistema normativo do mundo, de modo que não faltarão as citações de artigos de lei, da Constituição e de tratados internacionais para que os juízes os examinem, tudo sob pena de nulidade!

Os juízes precisarão julgar isso nos embargos declaratórios das suas sentenças e interlocutórias, e os desembargadores e ministros nos embargos opostos aos seus acórdãos.

Rejeitados os embargos, virão os recursos subsequentes, repetindo as mesmas teses da falta de fundamentação.

Alguma dúvida de que esse será o cenário?

¹⁷⁹ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS; ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL; ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Comunicação encaminhada à Presidente da República, Dilma Rousseff. Assunto: Solicitação de veto aos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 489 e parágrafo 1º do artigo 927 do Substitutivo do PLS 166, de 2010 (nº 8.046/10 na Câmara dos Deputados) – Novo Código de Processo Civil (NCPC). Documento gentilmente cedido pela AJUFE. p. 4. Grifos do original.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 5. Grifos do original

A quem mais interessa que o sistema de justiça não funcione adequadamente?
Aqueles que dele se utilizam para lucrar! São os nossos clientes habituais, que lotam
as prateleiras do judiciário em detrimento dos clientes eventuais, os cidadãos!¹⁸¹

O documento é didático sobre as estratégias adotadas pelo Poder Judiciário para lidar com os desafios da enorme demanda de trabalho a que estão submetidos, deixando transparente como o controle discursivo sobre os argumentos do processo se tornou peça fundamental do equilíbrio tênue que se observa nessa realidade caótica, gravemente ameaçado pela redação dada ao art. 489, § 1º. Também é relevante a firmeza com que se aponta para a responsabilidade de grandes litigantes e de advogados de bancas renomadas na construção desse estado de coisas, dando o recado claro de que os magistrados não admitiriam assumir sozinhos o ônus pela implementação desse dispositivo. Quando tornado público, entretanto, esse movimento gerou pouca empatia e foi recebido de forma negativa por especialistas ouvidos pela imprensa, visto como uma reprovável demonstração de corporativismo por parte de juízes interessados em reduzir sua carga de trabalho, em detrimento dos direitos dos jurisdicionado¹⁸².

O então presidente da AMB, João Ricardo Costa, reagiu publicamente a essas críticas, convocando os demais operadores do Direito a encarar a realidade, ao mesmo tempo em que denunciava os interesses mercantis de advogados em transformar o processo civil em uma eterna sobreposição de recursos:

Há uma liberdade nas petições que permitem que sejam elencados todo e qualquer fundamento, inclusive as que são impertinentes. Ao exigir que todas essas questões sejam analisadas e justificadas nas decisões, o novo CPC vai burocratizar o processo [...]

Temos escritórios que recebem honorário por peça processual. Como um sistema sobrevive a uma maneira dessa? Do jeito que foi aprovado, o novo CPC fomenta este tipo de contratação.¹⁸³

Unindo-se ao esforço defensivo da classe, o presidente da ANAMATRA, Paulo Luiz Schimdt assinou nota extensa para endereçar as “diversas manifestações críticas dirigidas às propostas de veto encabeçadas pelas três associações nacionais de Magistrados”, apontado que o inciso IV do art. 489 enuncia uma “utopia totalitária” e que as exigências de coerência e integridade dos incisos V e VI padeceriam de “esquizofrenia”. Mais importante, indicou como

¹⁸¹ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS; ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL; ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Comunicação encaminhada à Presidente da República, Dilma Rousseff. Assunto: Solicitação de veto aos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 489 e parágrafo 1º do artigo 927 do Substitutivo do PLS 166, de 2010 (nº 8.046/10 na Câmara dos Deputados) – Novo Código de Processo Civil (NCPC). Documento gentilmente cedido pela Assessoria de Comunicação da AJUFE. p. 5-8. Grifos do original

¹⁸² CONJUR. Juízes pedem veto a artigo do novo CPC que exige fundamentação. Consultor Jurídico, 4 mar. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao/>. Acesso em: 29 dez. 2024.

¹⁸³ CONJUR. Magistratura defende celeridade, mas sem reduzir trabalho, afirma AMB. Consultor Jurídico, 4 mar. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-04/magistratura-celeridade-nao-reduzir-trabalho-amb/>. Acesso em: 29 dez. 2025.

essas novidades ameaçavam a consolidada autonomia do Poder Judiciário no controle da gestão processual e na definição do que seria uma “fundamentação sentencial suficiente”, conforme o Direito brasileiro:

3. Com efeito, os parágrafos 2º e 3º do artigo 489 e os incisos III, IV e V e parágrafo 1º do artigo 927 do NCPD exorbitam do poder de conformação legislativa do Parlamento, na medida em que terão impactos severos, de forma negativa, na gestão do acervo de processos, na independência pessoal e funcional dos juízes e na própria produção de decisões judiciais em todas as esferas do país, com repercussão deletéria na razoável duração dos feitos (artigo 5º, LXXVIII, da CRFB), que é reconhecidamente o Leitmotiv e um dos alicerces centrais do novo Código.¹⁸⁴

A posição da magistratura, em verdade, não era necessariamente isolada na esfera pública. Edital da Folha de S. Paulo, publicado às vésperas da sanção presidencial, embora não tenha tratado do art. 489, sufragava a ideia de que promover a celeridade era o principal objetivo da reforma, sugerindo o veto (que veio a ocorrer) ao art. 937, VII, dispositivo que concedia 15 minutos de sustentação oral nos julgamentos de agravos internos, o que, de acordo com um cálculo otimista, exigiria do STF “três anos e meio para ouvir explicações referentes aos agravos impetrados ao longo de um ano”¹⁸⁵. Em opinião publicada no mesmo periódico, na data de publicação do CPC/2015, Rodolfo Amadeo e Gustavo Romano ecoavam a dicotomia entre fundamentação exaustiva e celeridade, lamentado que as exigências da nova lei processual, “com análise de todos os argumentos trazidos pelas partes”, tenderiam a “tomar ainda mais tempo dos magistrados”, de modo que “(d)ecisões que já são muitas vezes desnecessariamente longas deverão se tornar mais longas”¹⁸⁶.

Inobstante os movimentos de articulação empreendidos pela magistratura, até então restritos ao debate político, o fato é que o dispositivo visto como anátema não constou da mensagem de veto presidencial (MSG 56/2015) e, após a publicação oficial do Código (Lei 13.105/2015), em 17 de março de 2015, considerada a *vacatio legis* prevista no art. 1.045, juízes e Tribunais teriam um ano para adaptar as suas estruturas às novas exigências normativas. Eis que, apesar das expectativas criadas pelo art. 489, § 1º, tanto as de entusiasmo efusivo¹⁸⁷ como

¹⁸⁴ CONJUR. Legislador não deve restringir conceito de fundamentação, diz Anamatra. Consultor Jurídico, 9 mar. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-09/legislador-nao-restringir-conceito-fundamentacao-anamatra/>. Acesso em: 29 dez. 2025.

¹⁸⁵ FOLHA DE SÃO PAULO. Editorial: Processo Esperado. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 mar. 2015. Editorial. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 29 dez. 2024.

¹⁸⁶ AMADEO, Rodolfo; ROMANO, Gustavo. Nova legislação ajuda, mas ainda não soluciona questões antigas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 17 mar. 2015. Opinião. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 29 dez. 2024.

¹⁸⁷ Galvão, Peixoto Junior e Lobo, comentando sobre a recepção desse dispositivo durante os debates legislativos no Congresso (à época, art. 476), apontam que “(o) Professor Fredie Didier Júnior, da Universidade Federal da Bahia, considerou o parágrafo único uma ‘obra prima sob o ponto de vista técnico’”. GALVÃO, Danyelle da Silva; PEIXOTO JUNIOR, Hélio; LOBO, Ricardo. O artigo 489 do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e suas implicações no Direito Processual Penal. **Revista dos Tribunais**, v. 971, set. 2016.

as incontido catastrofismo, a realidade é que os juízes continuaram a fundamentar as suas decisões da mesma forma como faziam sob a vigência do Código de 1973.

Em particular, a 1ª Seção do STJ teve a oportunidade de se manifestar sobre o assunto logo nos três primeiros meses de vigência do novo Código, e aproveitou a ocasião para sedimentar o entendimento de que art. 489 veio apenas a confirmar a jurisprudência já pacificada por aquela Corte Superior, no sentido de que o “julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão”¹⁸⁸. Algumas Turmas do TST, por sua vez, logo reiteraram que a Lei brasileira consagra a “postulado da livre persuasão racional, que impõe ao julgador o dever de expor as razões que fundamentam as conclusões alcançadas”¹⁸⁹ ou, ainda, que “o julgador é livre na valoração da prova”¹⁹⁰ e “não está obrigado a rebater todos os argumentos tecidos pelas partes, mas apenas aqueles aptos a infirmar a conclusão adotada, na forma do art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015”¹⁹¹. Esta última proposição, aliás, inaugura interpretação reducionista do dispositivo que, conduz a um inescapável dilema lógico. Afinal, os julgadores afirmam que só julgarão aquilo que é relevante, isto é, o que em tese poderia infirmar a conclusão adotada, e que a parte não terá o direito de integrar essa decisão, por meio de embargos, caso entenda que uma objeção sua não foi abordada. Mas como as partes saberão se as suas alegações não seriam incapazes de infirmar, ao menos “em tese”, as conclusões adotadas se não forem assim refutadas pelo juiz? E qual é o meio processual para pedir esse esclarecimento senão os embargos de declaração, como estatuem expressamente os arts. 1.022, parágrafo único, II c/c art. 489, § 1º IV? Ou seria o caso de que o cabimento dos embargos só poderá ser aferido *a posteriori*, quando o juiz, após ler o recurso, formar uma opinião privada acerca da relevância da alegação?

Essa confusão entre cabimento recursal e o mérito da alegação de fundo, que não faz distinção entre a pretensão e o direito, apresentada como interpretação válida do inciso IV, ressalta, com clareza, a recusa de juízes – e parte da doutrina¹⁹² – em admitir um controle efetivo

¹⁸⁸ STJ. EDcl-MS 21.315/DF, 1ª Seção, Relª Min. Diva Malerbi – Desembargadora Convocada do TRF 3ª da Região, J. 08.06.2016, DJe 15.06.2016.

¹⁸⁹ TST. Ag-AIRR-82040-86.2008.5.03.0022, 7ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 19/12/2016

¹⁹⁰ TST. RR-31000-46.2009.5.04.0008, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 15/12/2017

¹⁹¹ TST. IRR-1346-61.2014.5.03.0074, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 25/11/2016. Em sentido similar: “Os argumentos ora apresentados [...] não eram capazes, nem mesmo em tese, de infirmar a conclusão adotada pelo julgador, razão por que não foram enfrentados.” (TST. ED-AIRR-10270-39.2013.5.06.0001, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 15/12/2017).

¹⁹² Klein e Oliveira, por exemplo, em artigo que trata dos deveres de fundamentação no processo colaborativo instituído pelo CPC, parecem não se dar conta da contradição em que incorrem, ao reproduzirem a fórmula, de que “o art. 489, § 1º, inc. IV, do Código de Processo Civil de 2015 não tem por escopo impor ao órgão

das partes sobre suas decisões e, conseqüentemente, de conceber os embargos de declaração fora das conformações meramente utilitaristas a eles atribuídas sob o Código de 1973, diluindo-se a dimensão colaborativa do processo decisório instituída nos arts. 6º, 9º e 10 do CPC de 2015.

No entanto, essa recusa, muito mais do que uma miopia teórica, deve ser compreendida como uma afirmação deliberada de autonomia por parte dos juízes. Não podemos perder de vista, sob pena de deixar escapar a real dimensão do problema, que o Poder Judiciário promoveu uma completa inversão interpretativa sobre o sentido do § 1º do art. 489, entre a tramitação do projeto e a entrada em vigor CPC. Até a promulgação da Lei 13.105/2015, não havia dúvidas do significado desse dispositivo e do que o legislador exigia dos magistrados. Era a fundamentação artesanal para os casos concretos, com referência específica a todas as alegações das partes e à prova dos autos, sem os artifícios performáticos criados em décadas de especialização decisória em contenciosos de massa, como a reprodução genérica de atos normativos, de princípios e ementas de julgadas e o uso de fórmulas gerais passíveis de reprodução em escala. Era justamente por impor uma total reformulação da prática jurídica vigente que a classe judicial se movimentou contra essa inovação, alertando a sociedade e parlamentares que exigências de tamanho gabarito eram incompatíveis com a realidade brasileira. Seus clamores não foram ouvidos, ou foram tomados como excessos de perspectivas corporativistas.

Como não se criaram, na esfera pública e nos debates legislativos, elementos de coordenação para efetivar as garantias do art. 489, § 1º do CPC, com o desenvolvimento de soluções paralelas que viabilizassem a sua implementação, ficou nas mãos dos próprios juízes aplicarem uma norma que julgavam impraticável em uma realidade recalcitrante e, além disso, se submeterem, voluntariamente, a sua invocação coercitiva pelas partes do processo, através de seus advogados. Os Tribunais, então, decidiram esvaziar a norma, dando a ela uma

jurisdicional o dever de examinar e rechaçar todo e qualquer argumento apresentado pelas partes do processo”, mas, logo em seguida, afirmarem que, quanto aos temas tidos por não relevantes, estes “apenas serão abordados pelo magistrado com a finalidade de evidenciar que eles não têm aptidão para determinar a adoção de conclusão distinta daquela a que chegou o órgão jurisdicional”. Evidentemente, esclarecer a total impertinência de uma objeção é o mesmo que refutá-la, sendo um dever legal do magistrado fazê-lo de forma expressa na decisão, cabendo-lhe, se for o caso, aplicar as sanções processuais por litigância abusiva. O que a lei processual não autoriza, por certo, é transformar a omissão em razão de decidir, como tem feito os Tribunais. (KLEIN, Cidiclei Veiga; OLIVEIRA, Francisco Cardozo. O alcance da colaboração no dever de fundamentação das decisões judiciais – análise do art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, [S. l.], v. 20, n. 2, 2019. DOI: 10.12957/redp.2019.37502, p. 70. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/37502>. Acesso em: 2 jan. 2025.

interpretação contrafactual, entrincheirando-se, assim, em práticas decisórias já consagradas no tempo e que se mostraram eficazes na gestão do titânico acervo processual existente no país.

Com os comandos claros provindos dos Tribunais Superiores de que não se havia qualquer necessidade de revisão estrutural do dever de fundamentação, a partir do novo CPC, os Colegiados regionais prontamente seguiram essas diretrizes e seguiram as suas práticas institucionais como “business as usual”, encerrando-se o pacto de fundamentação sobre o §1º do art. 489 do CPC. Os embargos de declaração, como não poderia ser diferente, foram reconduzidos ao seu usual tratamento utilitarista, destinatário de fórmulas jurídicas historicamente destinadas a esse recurso.

2.2 FUNDAMENTAR SOBRE NÃO FUNDAMENTAR. AS DECISÕES *PER RELATIONEM* DO TST

O uso da fundamentação *per relationem*, também denominada “por remissão”, ou “por referência” que se utilizada dos achados de outro julgado, parecer ou manifestação jurídica das partes, ou do Ministério Público, é uma das técnicas que compõem o arsenal de soluções decisórias empregadas por magistrados na prática cotidiana dos Tribunais. Assim como é generalizado seu uso, também são as críticas por parte da academia, apontada como “técnica comumente utilizada para reduzir o ‘empenho justificativo’ que se espera do órgão jurisdicional”¹⁹³, em clara “mitigação do princípio constitucional da motivação das decisões judiciais”¹⁹⁴.

O expediente não é exclusivo das Cortes nacionais, entretanto. Taruffo, ao analisar a proliferação da justificação *per relationem* na Itália, identifica as hipóteses mais comuns de sua utilização:

*En general, se tiene una motivación per relationem cuando el juez no elabora para un punto decisorio una justificación autónoma ad hoc sino que aprovecha la justificación contenida en otra sentencia. A este respecto podemos distinguir dos hipótesis principales: la primera, de la que la jurisprudencia de la casación se ha ocupado con cierta frecuencia, se verifica cuando el juez de segundo grado recibe la justificación contenida en la sentencia de primer grado que ha sido impugnada ante él; la segunda, a la que la jurisprudencia no parece haberle dedicado particular atención, se verifica cuando el juez remite a la justificación contenida en una sentencia recaída en un juicio distinto o genéricamente a la jurisprudencia en la materia.*¹⁹⁵

¹⁹³ CUNHA, Maurício. Direito fundamental à prova, cognição e fundamentação per relationem: para onde caminhamos? **Revista EJEJ**, v. 1, n. 2, 2024. DOI: 10.70982/rejef.v1i2.18.

¹⁹⁴ ELIAS, Cristiano; MARQUES, Bruno Henrique Moreira. A fundamentação *per relationem*: uma mitigação do princípio da motivação das decisões judiciais no processo penal. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales**, v. 1, n. 8, p. 396-405, out./dez. 2021, p. 404. DOI: 10.51896/CCS/RPWK4321.

¹⁹⁵ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 365 ISBN 970-671-241-0.

Defende o jurista que o fundamento por remissão tem sido admitido quando o juiz “torna presentes” e “faz suas” as razões adotadas do juízo inferior¹⁹⁶. Refinamento similar é traduzido na doutrina brasileira, no sentido de que a prática seria legítima se aplicada “apenas para relacionar os fundamentos de outros atos processuais”¹⁹⁷, consignando-se de forma expressa “os pontos aceitos e incorporados à sentença, ao lado de outros que constituem o enunciado de sua argumentação pessoal”¹⁹⁸. O posicionamento dos Tribunais tende a ser mais abrangente. O verbete 18 da Edição n. 69 da publicação “Jurisprudência em Teses” do STJ, por exemplo, sintetiza que “(a) utilização da técnica de motivação *per relationem* não enseja a nulidade do ato decisório, desde que o julgador se reporte a outra decisão ou manifestação dos autos e as adote como razão de decidir”¹⁹⁹, reverberando posição razoavelmente consolidada do STF²⁰⁰ sobre o tema. Mesmo assim, reconhece-se, em casos limítrofes, que a “é nula a decisão de simples remessa aos fundamentos de terceiros, exigindo-se acréscimo pessoal pelo magistrado”²⁰¹.

Apesar de sua conveniência e mesmo que se implementem critérios para evitar abusos, existe um expecto da fundamentação *per relationem* que é intrinsecamente problemático, em especial quando essa técnica é utilizada para validar um provimento judicial anterior, assim definido por Badaró: “há na motivação *per relationem* uma inversão cronológica da motivação, visto que a motivação do ato já existia antes do ato em si ser realizado”²⁰². Assim, como defende Taruffo, mesmo que o juiz “explique porque recepciona a motivação do outro juiz”, da forma

¹⁹⁶ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 365 ISBN 970-671-241-0. p. 366.

¹⁹⁷ PEREIRA, Fernanda Olsieski; CUNHA, Guilherme Antunes da; FAYET, Paulo. Aplicação do art. 489, §1º, do CPC, ao processo penal, fundamentação *per relationem* e o posicionamento dos tribunais. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 22, n. 3, 2021, p. 377. DOI: 10.12957/redp.2021.62259. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/62259>. Acesso em: 19 jan. 2025.

¹⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 202.

¹⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses: Nulidades no Processo Penal. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, edição nº 69, 03 nov. 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/jt.jsp>. Acesso em: 23 jan. 2025.

²⁰⁰ Exemplificativamente: STF. RE 1397056 ED-AgR, Relator(a): Rosa Weber (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 13-03-2023, Processo Eletrônico DJe-s/n Divulg 27-03-2023 Public 28-03-2023; ACO 1304 AgR, Relator(a): Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 09-10-2014, Acórdão Eletrônico DJe-248 Divulg 16-12-2014 Public 17-12-2014; MS 25936 ED, Relator(a): Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13-06-2007, DJe-176 Divulg 17-09-2009 Public 18-09-2009 Ement VOL-02374-01 PP-00168; RHC 221785 AgR, Relator(a): Nunes Marques, Segunda Turma, julgado em 22-02-2023, Processo Eletrônico DJe-s/n Divulg 06-03-2023 Public 07-03-2023; HC 234808 AgR, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 19-12-2023, Processo Eletrônico DJe-s/n Divulg 24-01-2024 Public 25-01-2024.

²⁰¹ STJ. AgRg no AgRg no HC n. 913.432/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 11/12/2024, DJe de 16/12/2024; AgRg no HC n. 619.636/RS, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 23/2/2021, DJe 26/2/2021

²⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 38/122, abr./jun. 2002, p. 135.

admitida pela jurisprudência brasileira, existe, ainda, uma “inexistência substancial de justificativa da decisão”²⁰³.

O argumento por remissão à decisão recorrida, ainda que expresso e consubstanciado em elementos fáticos e jurídicos do processo, falha em enfrentar as críticas formuladas pela parte ao raciocínio utilizado pelo juízo recorrido e, nesse sentido, subverte a lógica inerente ao duplo grau de jurisdição. A rejeição do recurso pelas próprias razões da sentença é provimento que se projeta para o passado, um meio eficaz de silenciar os novos materiais argumentativos produzidos pela parte e que permite ao Poder Judiciário encastelar-se em seu próprio modo de produzir decisões, sem precisar confrontar suas posições jurídicas com inferências em sentido contrário, que demandariam uma nova abordagem sobre o problema, perpetuando erros e incompreensões. Perez Vargas trata desse exato problema ao comentar decisão da Corte Suprema do Chile:

Por medio de esta práctica, las Cortes hacen suya la argumentación de primera instancia. Sin embargo, no es claro cómo esto es posible. Esta práctica, por momentos considerada como omisión de motivación, ha sido calificada como una patología de la motivación judicial, por medio de la cual se pervierte la lógica recursiva. Es decir, la sentencia recurrida no puede convertirse en argumento para resolver el recurso que ella misma origina⁵.

De este modo, se trasladan sin justificación todos los elementos de la sentencia impugnada a la sentencia de segunda instancia. Esto incluye todas las decisiones, abusos, aciertos, errores, e interpretaciones que puede presentar la sentencia de primera instancia.²⁰⁴

No Brasil, inobstante as proclamações judiciais no sentido de que a prática não seria vedada pelo art. 93, IX da CF/88 - o que, no fundo, é uma petição de princípio - o fato é que a fundamentação *per relationem* possui frágil sustentação normativa, em âmbito infraconstitucional. É verdade que o art. 46 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/95) reconhece a possibilidade de a sentença ser “confirmada pelos próprios fundamentos”, havendo disposição semelhante para o julgamento de recurso ordinário no rito sumaríssimo do processo trabalhista (CLT, art. 895, § 1º, IV), porém, essas permissões estão predicadas na maior informalidade e suposta oralidade desses procedimentos especiais. No que toca à jurisdição comum, entretanto, exige-se maior cuidado no trato das razões recursais. O art. 1.021, § 3º CPC de 2015, por exemplo, é expresso ao proibir o relator de “limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno”, o que reflete o

²⁰³ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos, 1 Ed. São Paulo: Marcial Pons. 2016, p. 274

²⁰⁴ PEREZ VARGAS, Francisco. Mera discrepancia interpretativa ¿qué acepta la Corte cuando confirma? Comentario de sentencia Rol 147510-2022 de Corte Suprema de 05.05.2023. **Ius et Praxis**, Talca, v. 30, n. 1, p. 218-224, Apr. 2024. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122024000100218&lng=en&nrm=iso. Acesso em 19 jan. 2025.

regramento do art. 489, § 1º, incisos I e IV, que estatui a nulidade, em geral, de estratégias decisórias desse jaez. Contudo, a exemplo do que se discutiu no tópico anterior, a nova legislação processual vem sendo ignorada pelos Tribunais, tendo Rossi²⁰⁵ notado que a disposição normativa “não pegou”, perpetuando-se, na prática judicativa o uso generalizado de decisões por remissão, um processo que denominou de “fraude decisional”.

Merece destaque, em particular, tanto por suas peculiaridades, como pelo volume decisório, o uso sistemático dessa prática no Tribunal Superior do Trabalho, no processamento de agravos em recurso de revista (CLT, art. 896, § 12 ²⁰⁶), interpostos contra as decisões denegatórias de seguimento das Presidências ou Vice-Presidências dos Tribunais regionais. Busca na base de dados do TST²⁰⁷ revelou que, somente no ano de 2024, 853²⁰⁸ acórdãos foram proferidos, em que a técnica de julgamento *per relationem* foi validada para justificar o

²⁰⁵ ROSSI, Júlio César. A (des)motivação *per relationem*: uma espécie *non liquet* na era do processo tecnocrático. Empório do Direito. Coluna ABDPRO # 88,. 5 jun. 2019. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-88-a-des-motivacao-per-relationem-uma-especie-non-liquet-na-era-do-processo-tecnocratico>. Acesso em: 19 jan. 2025.

²⁰⁶ Na jurisdição trabalhista, esses recursos ainda são denominados “agravo de instrumento” (CLT, arts. 896-A, § 5º, 897, “b” e § 5º), embora não seja mais necessária a formação do instrumento para o Tribunal de destino.

²⁰⁷ A pesquisa buscou pela expressão “*per relationem*” no campo “palavras na ementa” excluindo a expressão “sumaríssimo” no campo “sem conter as palavras (não). A busca se restringiu a acórdãos, súmulas, precedentes normativos e orientações jurisprudenciais proferidos entre 1/1/2024 e 31/12/2024. A consulta foi realizada em 24 de janeiro de 2025, no sítio eletrônico do TST: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>.

²⁰⁸ A busca retornou 899 resultados, sendo excluídos da análise os casos que empregavam a expressão *per relationem* em outros contextos e os que deram provimento ao recurso da parte para reformar a decisão. Os julgados excluídos foram os seguintes: Ag-RR-1001072-74.2018.5.02.0363, DEJT 10/12/2024; Ag-Ag-ARR-1000363-98.2016.5.02.0463, DEJT 10/12/2024; RRAg-11110-61.2016.5.03.0087, DEJT 06/12/2024; EDCiv-E-Ag-RR-1239-34.2016.5.22.0004, DEJT 06/12/2024; EDCiv-Ag-AIRR-1001185-36.2022.5.02.0606, DEJT 29/11/2024 RRAg-1001665-28.2022.5.02.0084, DEJT 21/11/2024 Ag-ED-RR-1421-23.2010.5.02.0445, DEJT 14/11/2024; Ag-AIRR-174-09.2015.5.05.0102, DEJT 14/11/2024, Ag-ED-RR-298-35.2015.5.17.0012, DEJT 14/11/2024; RR-Ag-AIRR-166-97.2020.5.08.0126, DEJT 25/10/2024; RR-1001099-10.2019.5.02.0044, DEJT 18/10/2024; Ag-Ag-ED-RRAg-73000-47.2005.5.02.0464, DEJT 14/10/2024; Ag-Ag-AIRR-20746-04.2015.5.04.0202, DEJT 14/10/2024; Ag-Ag-ED-ARR-10658-31.2014.5.15.0073, DEJT 14/10/2024; Ag-Ag-ED-RRAg-42800-84.2008.5.04.0015, DEJT 14/10/2024; Ag-Ag-AIRR-10072-23.2022.5.03.0016, DEJT 14/10/2024; Ag-ED-RR-195000-65.2006.5.04.0203, DEJT 14/10/2024; Ag-EDCiv-AIRR-1473-88.2017.5.10.0012, DEJT 27/09/2024; RR-732-83.2014.5.09.0011, DEJT 20/09/2024; Ag-Ag-RR-56-59.2013.5.07.0001, DEJT 19/09/2024; Ag-ED-RR-112900-58.1999.5.17.0002, DEJT 11/09/2024; Ag-Ag-RR-1000790-09.2018.5.02.0372, DEJT 11/09/2024; Ag-ED-RR-29800-33.2012.5.17.0009, DEJT 11/09/2024; Ag-ED-Ag-RR-3430200-07.2008.5.09.0004, DEJT 11/09/2024; Ag-Ag-ED-RR-70-50.2016.5.17.0004, DEJT 10/09/2024; Ag-Ag-ED-RR-18-65.2017.5.04.0203, DEJT 10/09/2024; Ag-RR-20740-76.2015.5.04.0402, DEJT 10/09/2024; Ag-AIRR-1212-03.2013.5.04.0701, DEJT 10/09/2024; Ag-AIRR-12823-36.2015.5.15.0099, DEJT 10/09/2024; Ag-Ag-AIRR-894-42.2017.5.17.0014, DEJT 10/09/2024; Ag-AIRR-21037-19.2015.5.04.0003, DEJT 23/08/2024; Ag-AIRR-2-96.2022.5.06.0004, DEJT 09/08/2024; RR-2042-51.2011.5.02.0003, DEJT 14/06/2024; Ag-ARR-54400-17.2009.5.17.0012, DEJT 10/06/2024; Ag-ED-RR-38200-35.2004.5.17.0003, DEJT 10/06/2024; Ag-AIRR-1000813-30.2020.5.02.0292, DEJT 07/06/2024; Ag-AIRR-1000937-72.2013.5.02.0384, DEJT 06/06/2024; Ag-Ag-AIRR-11119-25.2016.5.15.0043, DEJT 06/06/2024; Ag-ARR-187500-26.2013.5.17.0013, DEJT 04/06/2024; EDCiv-Ag-AIRR-524-87.2019.5.08.0129, DEJT 03/06/2024; Ag-ED-RRAg-62300-05.2005.5.17.0008, DEJT 14/05/2024; Ag-Ag-AIRR-764-19.2017.5.19.0007, DEJT 13/05/2024; Ag-Ag-AIRR-44-73.2012.5.01.0057, DEJT 13/05/2024; Ag-AIRR-177-71.2012.5.24.0091, 19/04/2024 Ag-RR-893-76.2013.5.04.0461, DEJT 16/04/2024; Ag-Ag-RR-209-10.2019.5.09.0007, DEJT 11/03/2024.

desprovemento dos agravos de instrumento. Importante destacar que somente foram considerados os julgamentos Colegiados - quase na totalidade, agravos internos contra decisões monocráticas dos relatores designados no TST – que mantiveram as decisões, com referência expressa a validade da técnica “*per relationem*” nas ementas dos julgamentos. Presume-se que o volume real das decisões monocráticas proferidas com uso dessa prática seja significativamente maior, se consideradas as hipóteses em que as partes não recorreram, que a decisão tenha sido reconsiderada ou reformada, que o tenha sido desprovido por outro fundamento, ou, ainda, sem consignar, na ementa, a expressão latina.

Esses acórdãos se organizam em uma série de fórmulas padrão, que variam a depender da Turma julgadora e do relator, as quais revelam estratégias defensivas típicas dos julgamentos em massa. A linha narrativa que as une é a legitimação dessa técnica decisória em geral, a partir da chancela do Supremo Tribunal Federal²⁰⁹. Apesar do volume em que são reproduzidos no TST, é curioso notar que, em uma de suas formulações, é destacado que a “excepcional utilização da fundamentação *per relationem* se justifica em virtude do devido enfrentamento, pela decisão agravada, dos argumentos deduzidos no recurso”²¹⁰. Essa excepcionalidade, assim como a suficiência da decisão atacada, não possui qualquer identificação concreta com a discussão dos autos, mas exerce uma função meramente declaratórias, inseridas no acórdão para autolegitimar a decisão de não analisar o recurso.

De forma geral, essas fórmulas atuam no nível performático de falsas análises dos fundamentos recursais, como a que assenta que “não foi simplesmente ratificada ou reproduzida a decisão agravada, mas realizada uma análise da possibilidade de provimento do apelo”²¹¹,

²⁰⁹ Precedente frequentemente citado é o do AI 791.292-QO-RG/PE (Tema 339 da Repercussão Geral), no qual se afirmou a tese de que “(o) art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas”. No voto condutor, do Min. Gilmar Mendes, afirma-se que “(o) acórdão recorrido está de acordo com essa orientação, uma vez que foram explicitadas razões suficientes para o convencimento do julgador, que endossou os fundamentos do despacho de inadmissibilidade do recurso de revista, integrando-os ao julgamento do agravo de instrumento. STF. AI 791292 QO-RG, Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 23-06-2010, DJe-149 Divulg 12-08-2010 Public 13-08-2010 EMENT VOL-02410-06 PP-01289 RDECTRAB v. 18, n. 203, 2011, p. 113-118.

²¹⁰ Essa fórmula aparece, no ano de 2024, em acórdãos da 4ª Turma. Ver: TST. Ag-AIRR-21265-78.2016.5.04.0772, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 13/12/2024; Ag-AIRR-152700-14.2007.5.01.0017, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 29/11/2024; Ag-AIRR-10662-89.2020.5.03.0009, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 29/11/2024; Ag-AIRR-20728-48.2017.5.04.0772, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 08/11/2024; AIRR-0000725-53.2022.5.06.0251, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 30/10/2024; Ag-AIRR-11173-40.2021.5.15.0067, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 01/07/2024; Ag-AIRR-1001299-97.2021.5.02.0609, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 09/02/2024.

²¹¹ TST. Ag-AIRR-835-85.2017.5.10.0002, 7ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 23/08/2024; Ag-AIRR-1454-93.2014.5.06.0143, 7ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra

ainda que “de forma sucinta” pelo relator, chegando-se, alguns casos, a fazer a ressalva de que “por óbvio se tem pleno conhecimento do disposto no artigo 489, § 1º, do NCPC, assim como do § 3º do art. 1.021 do CPC/2015”, mas que, naquele caso, “a parte agravante não logrou êxito em demonstrar o preenchimento de quaisquer das hipóteses de admissibilidade do recurso de revista”²¹², ou que “a agravante não impugnou, de forma específica e fundamentada, o óbice erigido pela Corte Regional e confirmado pela decisão monocrática”²¹³. Em verdade, o ônus de apresentar fundamentação exaustiva e específica de suas razões é atribuído exclusivamente ao agravante, sob pena de não conhecimento do recurso, pois “o fato de a decisão monocrática ter adotado fundamentação *per relationem*, não isenta a parte de, nas razões de agravo, contrapor aquilo que foi decidido, relacionando argumentos pertinentes às matérias em debate”²¹⁴. Essa austeridade unilateral, aliás, é uma tônica de julgamento que permeia todas as turmas do Tribunal²¹⁵, pois a mera acusação de negativa de prestação não é suficiente para a viabilizar a

Belmonte, DEJT 22/03/2024; EDCiv-Ag-AIRR-20050-38.2014.5.04.0384, 7ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 15/03/2024.

²¹² TST. Ag-AIRR-198-63.2019.5.10.0003, 7ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 19/12/2024; AIRR-325-69.2015.5.05.0006, 7ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 17/05/2024; Ag-AIRR-166000-36.2007.5.02.0075, 7ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 12/04/2024; Ag-AIRR-275-85.2020.5.14.0404, 7ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 12/04/2024.

²¹³ AIRR-0000296-58.2012.5.04.0812, 1ª Turma, Relator Ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior, DEJT 18/12/2024; AIRR-0010749-07.2020.5.03.0054, 1ª Turma, Relator Ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior, DEJT 12/12/2024; AIRR-0000315-95.2022.5.09.0029, 1ª Turma, Relator Ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior, DEJT 11/12/2024; AIRR-100733-75.2021.5.01.0004, 1ª Turma, Relator Ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior, DEJT 06/12/2024; Ag-AIRR-10465-85.2020.5.03.0090, 1ª Turma, Relator Ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior, DEJT 24/05/2024; Ag-AIRR-1002187-37.2019.5.02.0609, 1ª Turma, Relator Ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior, DEJT 12/03/2024; Ag-AIRR-64-46.2022.5.20.0005, 1ª Turma, Relator Ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior, DEJT 16/02/2024.

²¹⁴ Ag-AIRR-100232-08.2020.5.01.0053, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 23/08/2024; Ag-AIRR-431-45.2021.5.14.0402, 6ª Turma, Relator Desembargador Convocado Paulo Regis Machado Botelho, DEJT 10/05/2024; Ag-AIRR-954-09.2021.5.06.0102, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 23/08/2024; AIRR-0002382-73.2015.5.02.0061, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 25/10/2024.

²¹⁵ AIRR-0000955-68.2022.5.13.0003, 1ª Turma, Relator Ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior, DEJT 16/09/2024; Ag-AIRR-11120-82.2015.5.03.0009, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 13/09/2024; Ag-AIRR-20256-90.2018.5.04.0811, 7ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 13/09/2024; AIRR-0100077-97.2021.5.01.0205, 1ª Turma, Relator Ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior, DEJT 10/09/2024; Ag-AIRR-20259-44.2020.5.04.0821, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 06/09/2024; Ag-AIRR-555-53.2022.5.07.0025, 3ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 06/09/2024; Ag-AIRR-24-85.2021.5.17.0101, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 30/08/2024; AIRR-10353-13.2022.5.03.0037, 3ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 23/08/2024; Ag-AIRR-1033-91.2016.5.05.0101, 8ª Turma, Relator Ministro Sergio Pinto Martins, DEJT 08/07/2024; Ag-AIRR-331-02.2017.5.06.0193, 8ª Turma, Relatora Ministra Delaide Alves Miranda Arantes, DEJT 20/05/2024; Ag-AIRR-315-46.2022.5.20.0011, 3ª Turma, Relator Desembargador Convocado Marcelo Lamego Pertence, DEJT 10/05/2024; Ag-AIRR-732-44.2015.5.03.0099, 7ª Turma, Relator Ministro Evandro Pereira Valadao Lopes, DEJT 26/04/2024; Ag-AIRR-10113-43.2020.5.15.0107, 2ª Turma, Relatora Desembargadora Convocada Margareth Rodrigues Costa, DEJT 12/04/2024; Ag-AIRR-189-96.2020.5.05.0006, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 05/04/2024.

revista, considerando as limitações técnicas da jurisdição extraordinária exercida pelo TST. Ademais, a prática nem sequer causaria prejuízo à parte, pois “a decisão unipessoal está sujeita à revisão colegiada”²¹⁶, de modo que “a interposição do Agravo com adequada impugnação devolve à C. Turma deste Eg. Tribunal a totalidade da matéria impugnada”²¹⁷.

Os acórdãos analisados fazem parte de uma estrutura técnica de fechamento discursivo criada pelos Tribunais, compondo uma retaguarda judicial que permite ao relator dos recursos decidir, subjetivamente, quais casos merecem ser julgados com maior atenção e quais devem entrar na máquina reprodutora de decisões pré-fabricadas. Na hipótese em questão, essa estrutura ressalva o direito de quem faz o juízo de admissibilidade de nem sequer apresentar razões próprias para inviabilizar a subida do recurso, bastando aderir ao julgamento da instância anterior. Ainda que simulem a efetiva análise das razões recursais ou apontem deficiências técnicas do recurso – que, muitas vezes, existem – a verdade é que as decisões monocráticas subjacentes a esses acórdãos são, em grande parte, simulacros decisórios. Quando fazem mais do que reproduzir e referendar a decisão recorrida, repetem blocos de textos pré-moldados sobre diversos temas da jurisprudência defensiva do TST, cada vez mais bizantina, para ao final afirmem, genericamente, que o não foram apresentadas razões suficientes para viabilizar o seguimento do recurso de revista. Em muitos casos, gastam-se páginas inteiras para se defender que as decisões *per relationem* são admitidas pela Constituição e pela jurisprudência, criando-se essa técnica anômala de fundamentar o direito de não fundamentar, o que supostamente atenderia aos princípios da celeridade, do devido processo legal e da razoável duração do processo²¹⁸. Trecho padrão utilizado em uma série de decisões do Min. Alberto Bastos Balazeiro sintetiza bem o conceito:

²¹⁶ TST. Ag-AIRR-20187-15.2018.5.04.0211, 1ª Turma, Relator Ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior, DEJT 23/02/2024

²¹⁷ TST. Ag-AIRR-10607-68.2016.5.15.0002, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 19/12/2024; Ag-RRAg-10437-40.2019.5.15.0116, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 06/12/2024; Ag-AIRR-103-11.2022.5.06.0271, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 30/08/2024; Ag-AIRR-452-25.2019.5.13.0012, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 09/08/2024; Ag-AIRR-10817-02.2018.5.15.0083, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 01/07/2024; Ag-AIRR-982-05.2020.5.06.0201, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 22/03/2024.

²¹⁸ Ver, exemplificativamente, as decisões nos processos: AIRR - 0100561-20.2021.5.01.0462, Relatora: Liana Chaib, Publicação: 23/12/2024; AIRR - 0010208-88.2020.5.15.0102, Relator: Sergio Pinto Martins, Publicação: 23/12/2024; AIRR-RR - 10512-08.2022.5.18.0014, Relator: Amaury Rodrigues Pinto Junior, Publicação: 23/09/2024; AIRR - 621-90.2023.5.07.0027, Relatora: Delaide Alves Miranda Arantes, Publicação: 26/03/2024; AIRR - 0001180-86.2017.5.05.0003, Relator: Paulo Regis Machado Botelho, Publicação: 16/08/2024; AIRR - 1001046-53.2023.5.02.0605, Relatora: Katia Magalhaes Arruda, Publicação: 02/10/2024; AIRR - 0101023-16.2020.5.01.0040, Relator: Mauricio Jose Godinho Delgado, Publicação: 15/10/2024; Processo:RR - 0010619-15.2021.5.15.0097, Relator: Jose Roberto Freire Pimenta, Publicação: 19/12/2024

Todavia, do percuciente cotejo das razões recursais com o acórdão do Tribunal Regional, não resultou evidenciado o desacerto da decisão agravada, que merece ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, ora incorporados.

O exame de admissibilidade efetuado pelo Tribunal de origem, a teor do art. 896, § 1º, da CLT, importa em exame minucioso dos requisitos extrínsecos e intrínsecos do recurso de revista, de modo que inexiste óbice a prestigiar a fundamentação ali adotada, quando convergente com o entendimento deste juízo ad quem, como na espécie.

Nesse agir, a prestação jurisdicional atende, simultaneamente e de forma compatibilizada, a garantia da fundamentação das decisões (art. 93, IX, da Constituição) e o respeito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da mesma Carta), além de em nada atentar contra os postulados constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV).²¹⁹

O pressuposto, aqui, é que o duplo exame de admissibilidade dos recursos de natureza extraordinária garante, em algum ponto da cadeia, o exame fundamentado da decisão, inexistindo a necessidade de repristinação desse processo argumentativo se o relator do recurso no Tribunal de destino estiver convencido de que a solução dada na origem foi adequada e o recurso não conseguiu convencê-lo do contrário. A parte já teve seu direito analisado, não há nada de novo a se considerar e o processo precisa caminhar para um desfecho célere, daí ser descabido exigir que todos os argumentos recursais sejam enfrentados. E mesmo que o relator erre, a parte ainda terá como acessar o Colegiado via agravo interno, devolvendo a matéria à discussão.

Esse modo de análise, no entanto, subverte o fato de que o recurso de agravo é dirigido diretamente ao tribunal superior e não é mera extensão do recurso principal. É tipo recursal autônomo, que impugna uma decisão específica, cuja racionalidade não é redutível ao acórdão principal. Rejeitá-lo pelas razões da própria decisão recorrida encerra, *prima facie*, um problema lógico, pois as razões de decidir do título judicial referendado *per relationem* se reportam a outro recurso, o recurso de revista. Toda essa operação, portanto, depende de se aceitar, implicitamente, que o relator tenha considerado as razões recursais do agravo em seu íntimo e as rejeitado, para depois chegar a um juízo racional sobre a inviabilidade do próprio recurso de revista, que seriam idênticas às do juízo de origem, motivo pelo qual prevaleceriam os fundamentos da decisão denegatória. Há um salto decisório, uma queima de etapas, predicada em operações mentais privadas do relator. Esse vácuo argumentativo não é remediado pela interposição subsequente do agravo interno, pois a nulidade da decisão não se convalida, exceto quando se puder decidir o mérito a favor da parte prejudicada (CF/88, art. 93, IX; CPC, arts. 281, 282, §2º, 489, § 1º). Porém, por design institucional, o destino da sufocante

²¹⁹ TST. AIRR - 516-76.2020.5.09.0411. Relator: Alberto Bastos Balazeiro. Publicação: 18/12/2024. Para referência, a busca por esses exatos três parágrafos, em decisões monocráticas desse mesmo relator, no período de 1/1/2024 a 31/12/2024, retornou 459 resultados.

maioria dos agravos internos é entrar em um bloco de julgamentos em lista, com a confirmação da decisão agravada, através da validação expressa da técnica *per relationem*. E assim se fecha o ciclo de não fundamentação no processamento desses recursos.

Na prática, o expediente generalizado de rejeição de recursos por essa técnica de julgamento por referência é um método de gestão processual aperfeiçoado no TST, que tem a função de mitigar a sua competência legal para o julgamento de recursos de revista, substituindo o acesso direto ao Tribunal - garantido pela legislação por via do agravo - por um exame discricionário do relator, que não precisa ser especificamente fundamentado. Essa especialização, construída a partir de um acerto jurisprudencial entre os Tribunais para validar esse uso abrangente da fundamentação *per relationem*, é resultado, por certo, dos imensos desafios enfrentados pelo Tribunal no processamento de sua massiva demanda. Práticas desse tipo, que simulam juízos fundamentados em escala, tornaram-se utensílios ubíquos no dia a dia dos Tribunais, pois permitem a capilarização do processo decisório por enormes gabinetes, com a distribuição da carga de trabalho entre assessores, técnicos e estagiários, sobre os quais o Ministro relator exerce um papel gerencial.

Por outro lado, é insustentável, sob uma perspectiva de legitimação democrática da autoridade judicial, que o integrante de um Tribunal recursal se conceda a prerrogativa de negar um recurso que chega às suas mãos pela repetição dos fundamentos da própria decisão recorrida e que isso passe por fundamentação válida. A política judiciária subjacente a essas fundamentações *per relationem* pressupõe que a confiança depositada nos Tribunais decorre de sua autoridade simbólica e não discursiva. A sua credibilidade é tomada como certa, um atributo ontológico, derivado de sua própria concepção institucional, algo que pode subsistir como discurso de autolegitimação, mas que possui pouca aderência fora dos ambientes controlados das sessões de julgamento, onde predominam expectativas mais concretas em relação ao Poder Judiciário, especialmente com relação ao respeito e consideração que se espera dos magistrados no tratamento de direitos e interesses reais das pessoas que submetem as suas causas a julgamento.

Há um preço a se pagar, portanto. Se os juízes não cultivam a sua reputação pela correção de suas práticas democráticas, dentre elas, exposição pública dos motivos que embasam as suas decisões, tanto para o controle das partes, como da sociedade em geral (as denominadas funções endoprocessual e extraprocessual²²⁰), então o seu valor passa a ser

²²⁰ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. p. 309. Em sentido diverso, Atienza e Alexy tratam da dimensão interna e externa, sob o ponto de vista da estrutura lógica do argumento jurídico, no

medido pelos resultados que são capazes de entregar. Como os magistrados gozam de imunidade legal e são, com raras exceções, juridicamente irresponsáveis pelas consequências de suas decisões (Lei Complementar 35/79, art. 41, 49; CPC, art. 143), a autoindulgência na cumprimento do dever de fundamentar - e o mascaramento ostensivo desse decisionismo por meio petições de princípio e apelos à própria jurisprudência - se transforma em ressentimento por parte do jurisdicionado, que vê seus direitos tolhidos por aquilo que, corretamente, percebe ser um procedimento autoritário e largamente insensível às suas angústias. Assim, pactos de não fundamentação que funcionam nessa escala reprodutiva resolvem problemas imediatos de gestão, mas seria um erro minimizar as tensões que criam no tecido social e a sua viabilidade no longo prazo.

2.3 O CASO DOS DISTRATOS IMOBILIÁRIOS²²¹

Entre os anos 2007 e 2013, o Brasil passou por um período de grande expansão imobiliária²²², o que alavancou os ganhos do setor de construção civil e em particular, das incorporadoras de condomínios verticais. Esse crescimento foi guiado pela facilitação do acesso ao crédito no período, o que favoreceu a aquisição de imóveis através de promessas de compra e venda, um modelo negocial característico do mercado brasileiro²²³.

No caso das aquisições de imóveis na planta, o acesso ao crédito é particularmente sensível, pois esses negócios são estruturados de forma a inserir o promitente comprador no ciclo financeiro de incorporação, diluindo as suas obrigações no tempo, com aportes periódicos

contexto de justificação, sendo a justificação interna a estruturação do silogismo jurídico e, a externa, a fundamentação das premissas que integram a justificação interna, em um contexto normativo mais amplo. Ambas as dimensões operam na estrutura argumentativa, independentemente de sua função endógena e exógena, no contexto aludido no texto. ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**. Madrid: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003. p. 25-26; ALEXI, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teria da fundamentação jurídica. São Paulo: Landy, 2005. p. 217-274.

²²¹ Parte da pesquisa apresentada neste tópico foi desenvolvida em outro trabalho: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro; BARROSO, Ramiro Freitas de Alencar. Do conflito ao julgado, do julgado à lei: o caso da corretagem e o papel do STJ na crise imobiliária. In: Ana Frazão; Ricardo Villas Bôas Cueva (org.). **Direito Privado: Estudos em homenagem ao Min. Paulo de Tarso Sanseverino**. São Paulo: Quartier Latin, 2024, v. 1, p. 475-501.

²²² Segundo o IBGE, enquanto o PIB brasileiro cresceu cerca de 17% entre 2008 e 2012, o valor adicionado da construção civil aumentou em 26% (Ver: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS. Guia: o ciclo da incorporação imobiliária. São Paulo: Abrainc, 2017. Epub). Somente em 2010, o PIB setorial da construção brasileira cresceu 13,1%. (ver: CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. Banco de dados. Belo Horizonte: CBIC, 2023. Disponível em: <http://www.cbicdados.com.br/menu/sala-de-imprensa/sala-de-imprensa>. Acesso em: 18 out. 2023).

²²³ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 520; REIS JÚNIOR, Antônio dos. **A promessa de compra e venda de imóveis**: os efeitos do inadimplemento em perspectiva civil-constitucional. São Paulo: Almedina, 2018. p. 37; ANTÔNIO JÚNIOR, Valter Farid. **Compromisso de compra e venda**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 4.

por todas as etapas do processo construtivo. Geralmente, as primeiras parcelas desses pagamentos são pagas diretamente à incorporadora, no curso de dois a três anos, e representam a menor parte do preço do imóvel. Contudo, concluída a edificação e a averbação do habite-se, surge a necessidade de liquidar o saldo remanescente do contrato para viabilizar a entrega do imóvel, a denominada “parcela das chaves”, em geral, um valor vultoso, que o promitente comprador não possui condições de arcar com recursos próprios. Para fazê-lo, contrai um mútuo com instituição bancária de sua escolha, ou com a própria financiadora da incorporação, gravando o próprio bem adquirido com pacto de alienação fiduciária em garantia, de propriedade plena, situação que perdurará por vários anos, até a conclusão do financiamento. Caso se torne inadimplente, o banco (agente fiduciário) poderá executar a garantia e consolidar para si a propriedade resolúvel do imóvel, submetendo-o a um processo de alienação descrito nos arts. 26 a 33 da Lei 9.514/97, que poderá alijar o comprador do bem adquirido para o pagamento da dívida.

Cuida-se, portanto, de uma operação de alto risco para o adquirente, cuja viabilidade está diretamente associada à oferta de crédito estável e com baixo custo, já que, ao firmar o compromisso de compra e venda com a incorporadora, está contraindo uma obrigação cuja satisfação final dependerá de sua capacidade de adquirir, em alguns anos, um financiamento bancário, com taxas razoáveis. E mesmo obtido o financiamento, o risco se agravará ainda mais, pois, a partir do pagamento da parcela das chaves, esse comprador não estará mais em uma relação de compra e venda com um fornecedor - na maior parte da vezes regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC – mas em uma operação de crédito com instituição financeira, regida por lei própria, e garantida pelo próprio imóvel recém-adquirido adquirido, cuja execução também é regulada por lei especial (Lei 9.514/97), sobre a qual não incidem diversas garantias consumeristas²²⁴. Em particular, caso a situação financeira desse consumidor deteriore, poderá não apenas perder o imóvel, cuja propriedade resolúvel fora constituída em favor do banco, como todo o dinheiro investido em sua aquisição.

Além da oferta de crédito estável, esse delicado equilíbrio que sustenta o complexo contratual em torno da aquisição de imóveis na planta também pressupõe a contínua valorização imobiliária, pois os cálculos de risco do adquirente serão impactados pelo valor do imóvel

²²⁴ A propósito, em 26/10/2022, o STJ julgou o Tema 1.095 da pauta de Recursos Repetitivos, firmando-se a seguinte tese: “Em contrato de compra e venda de imóvel com garantia de alienação fiduciária devidamente registrado em cartório, a resolução do pacto, na hipótese de inadimplemento do devedor, devidamente constituído em mora, deverá observar a forma prevista na Lei nº 9.514/97, por se tratar de legislação específica, afastando-se, por conseguinte, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor”. Com esse resultado, prevaleceu o entendimento de que a consolidação da propriedade em favor do banco não garante ao devedor o direito de pleitear as parcelas pagas para a aquisição do imóvel.

durante os diferentes estágios da promessa de compra e venda. Como se trata de um negócio de longa duração e de alto risco, a percepção de vantagem por se adquirir o bem logo no lançamento do empreendimento se torna um fator essencial na tomada de decisão.

Esse equilíbrio passa a se deteriorar rapidamente no período compreendido entre 2014 e 2016²²⁵, na esteira de uma crise econômica que tem impactos diretos na retração da poupança²²⁶, associada à queda dos preços dos imóveis²²⁷ e restrição das linhas de crédito²²⁸. Nessa conjuntura, além de enfrentar um ambiente econômico mais desafiador para a continuidade de suas obrigações financeiras, os promitentes compradores que haviam adquirido seus imóveis na planta, alguns anos antes, começaram a observar a queda vertiginosa do preços e o aumento do estoque das incorporadoras, gerando a desvalorização de seu patrimônio e a percepção de onerosidade relativa de seus contratos, cujas bases econômicas haviam sido estabelecidas quando o mercado estava aquecido, o que motivou a busca por soluções perante o Poder Judiciário. De fato, verificou-se, nesse interregno, uma intensa judicialização sobre diversas cláusulas dos compromissos de compra e venda. Indicativo dessa expansão contenciosa é o fato de que, de 2015 até 2019, o STJ afetou ou julgou, em regime de recursos respetivos, os temas 938, 939²²⁹ e 960²³⁰ (prescrição e legalidade da transferência da

²²⁵ SOLER JUNIOR, Mauricio; FALCÃO, Daniel Ferreira. **Distrato**: o mal que assombra o setor imobiliário. São Paulo: Latin American Real Estate Society, 2018. 18ª Conferência Internacional da Latin American Real Estate Society (LARES). Disponível em: <https://lares.architecturez.net/doc/oai-lares-id-lares-2018-paper-76-soler-ferreira>. Acesso em: 06 jan. 2023.

²²⁶ Ribeiro e Bertran assim sintetizam o contexto da crise: “A oferta de crédito imobiliário pouco rigorosa estruturou um mecanismo de transferência da poupança (e parte da renda) dos indivíduos para as incorporadoras ou para os bancos. Esse mecanismo sofre uma ruptura em 2014, momento em que a população deixa de ter poupança e renda a serem transferidas, pois expressivo volume de adquirentes perdeu renda (e/ou emprego). Sem renda, vários financiamentos imobiliários deixaram de ser pagos. As incorporadoras e os bancos também se prejudicaram. As incorporadoras tiveram que arcar com as despesas de ressarcimento envolvendo a ruptura dos contratos e lidar com o aumento de seus estoques. Os bancos tiveram que criar mecanismos para gerir o grande volume de imóveis retomados.” RIBEIRO, Iara Pereira; BERTRAN, Maria Paula Costa. Crise imobiliária brasileira: a transferência de renda pelos “distratos” e créditos podres. **Redes: Revista Eletrônica de Direito Social**, Canoas, v. 7, n. 1, p. 140, 2019. DOI: <https://doi.org/10.18316/redes.v7i1.5212>.

²²⁷ FOLHA DE SÃO PAULO. Setor Imobiliário do Rio entra em crise. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 21 nov. 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 6 jan. 2025; ZAP. O auge e a queda do mercado imobiliário em uma década. **G1**, Rio de Janeiro, 1 abr. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/especial-publicitario/zap/imoveis/noticia/2016/04/o-auge-e-queda-do-mercado-imobiliario-em-uma-decada.html>. Acesso em: 16 out. 2023; MEIRELES, Marina. Desemprego acentua aumento de pedidos de devolução de imóveis: sem fonte de renda fixa, compradores não conseguem arcar com parcelas. **G1 PE**, Recife, 13 maio 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/noticia/2016/05/desemprego-acentua-aumento-de-pedidos-de-devolucao-de-imoveis.html>. Acesso em: 17 out. 2023

²²⁸ FOLHA DE SÃO PAULO. Incorporadoras pressionam bancos para financiar imóveis na planta. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 29 ago. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 6 jan. 2025

²²⁹ STJ. REsp 1599511/SP, REsp 1551956/SP e REsp 1551968/SP. Julgados conjuntamente em 24/8/2016.

²³⁰ STJ. REsp 1601149/RS. Afetado em 20/9/2016, julgado em 13/6/2018

comissão de corretagem aos promitentes compradores), 970 e 971²³¹ (inversão da cláusula penal contra a incorporadora e a possibilidade de sua cumulação com lucros cessantes, em caso de atraso na entrega das chaves), 886²³² (responsabilidade pelo pagamento de dívidas condominiais anteriores ao registro da compra e venda) e 996²³³ (indenização pela privação de uso do imóvel e interrupção de correção monetária em caso de atraso, licitude dos “juros de obra” e outros encargos).

O desdobramento mais característico desse cenário de retração do mercado associada à judicialização em massa foi, certamente, a explosão descontrolada dos pedidos de resilição unilateral dos compromissos de compra e venda, denominados “distratos”²³⁴ no jargão popular. A princípio, pela regulamentação desses instrumentos contratuais pelo Decreto-Lei 58/37, Leis 6.766/79 (art. 25) e 4.591/64 (art. 32§ 2º) e pelo Código Civil (art. 1.417), esses seriam negócios jurídicos irretratáveis. Essa tecnicidade, todavia, adquiriu pouca aderência na prática judicial²³⁵, e menos ainda com a crise iniciada em 2014, com a jurisprudência tendente a garantir ao promitente comprador a faculdade de desistir do negócio²³⁶, muitas vezes confundindo as hipóteses de inadimplemento absoluto do contrato com o que seria um direito potestativo. Em 26/8/2015, de todo modo, o STJ aprovou o enunciado sumular 543²³⁷, em que consolidou, em termos gerais, a distribuição das responsabilidades pela resolução desses contratos, equiparando o arrependimento do comprador à hipótese de inadimplemento absoluto,

²³¹ STJ. REsp 1635428/SC, REsp 1498484/DF, REsp 1614721/DF, REsp 1631485/DF. Julgados conjuntamente em 22/5/2019.

²³² STJ. REsp 1345331/RS. Afetado em 23/9/2014, julgado em 8/4/2015.

²³³ STJ. REsp 1729593/SP. Julgado em 11/9/2019.

²³⁴ O termo é impróprio pois normalmente não se restringe ao acerto bilateral para o encerramento da relação contratual, mas a simples desistência da aquisição por parte do promitente-comprador, na maior parte das vezes veiculada judicialmente, através de uma demanda resolutiva.

²³⁵ O STJ, com fundamento nos arts. 51, II e 53 do CDC, já reconhecia, desde o início do século, que “(o) compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas” e que “(o) desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade”. STJ. EREsp n. 59.870/SP, relator Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, julgado em 10/4/2002, DJ de 9/12/2002, p. 281; REsp n. 188.951/DF, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 4/9/2003, DJ de 6/10/2003, p. 273.

²³⁶ Há discussão se a denominada “Lei dos Distratos” (Lei 13.748/18) não teria retomado a tese irretratabilidade dos compromissos de compra e venda. Sobre isso: MAIA, Roberta Mauro Medina. Irretratabilidade e inexecução das promessas de compra e venda diante da Lei no 13.786/2018 (Lei dos Distratos Imobiliários). *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 22, n. 4, p. 73, 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/503/329>. Acesso em: 16 out. 2023.

²³⁷ “Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.” STJ. SÚMULA 543, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015.

suscetível, portanto, à incidência da cláusula penal compensatória do instrumento, ficando exonerado desse pagamento, caso a resolução tenha sido motivada.

Os pedidos de devolução de imóveis adquiridos na planta inundaram os Tribunais de Justiça por todo o território nacional, criando-se uma pressão significativa sobre a atividade econômica das incorporadoras, o que desencadeou a denominada “crise dos distratos”²³⁸. As consequências financeiras e jurídicas do desfazimento dos compromissos de compra e venda passaram, então, a ser regulamentadas pelos Tribunais, muitas vezes em oposição direta aos termos escritos dos contratos, gerando decisões as mais diversas nos diferentes estados da federação. Entre esses, um tema de grande relevância era definição do valor atribuído à multa compensatória devida à parte inocente. De um lado, muitos consumidores, premidos por dificuldades econômicas ou desilusão, queriam uma saída daquela relação contratual sem a imposição de encargos tão pesados como os previstos nos instrumentos assinados, que previam perdas até de 75% das parcelas pagas, em favor da incorporadora. De outro, adquirentes impactados por falhas na prestação dos serviços (atraso na obra, demora na averbação do habite-se, vícios construtivos, embaraços no processo de financiamento etc.), além de buscar a resolução contratual sem ônus, tinham o interesse financeiro em postular a inversão da multa compensatória em seu favor, pois esses contratos, em geral, só previam a hipótese de inadimplemento absoluto do adquirente, sem estipulação de pena específica para a promitente vendedora.

Com a dispersão desses assuntos pelos Tribunais – e dada a natureza massificada dessas demandas, havia expectativa de que o STJ criasse parâmetros decisórios para esses julgamentos. De fato, mesmo antes da crise imobiliária se estabelecer, o STJ já possuía uma

²³⁸ Relatório da agência de risco Fitch, bastante comentado à época da “crise dos distratos”, informava que, entre janeiro e setembro de 2015, a cada 100 imóveis vendidos, 41 foram devolvidos às incorporadoras. No mesmo sentido, dados da Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINC, no acumulado entre março de 2016 e 2017, informam que o volume de “distratos” relativos a imóveis de médio e alto padrão foi de 46, 4% do total de vendas, enquanto, para os imóveis enquadrados no programa *minha casa minha vida*, o percentual foi de 18,3%. Fontes: OSCAR, Naiara. De cada 100 imóveis vendidos, 41 foram devolvidos em 2015. **Exame**, São Paulo, 11 jan. 2016. Disponível em: <https://exame.com/mercado-imobiliario/de-cada-100-imoveis-vendidos-41-foram-devolvidos-as-construtoras-em-2015/>. Acesso em: 16 out. 2023; ESTADÃO. De cada 100 imóveis vendidos, 41 foram devolvidos em 2015. **Época Negócios**, Rio de Janeiro, 11 jan. 2016. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Dinheiro/noticia/2016/01/de-cada-100-imoveis-vendidos-41-foram-devolvidos-as-construtoras-em-2015.html>. Acesso em: 15 out. 2023; CAMARGO, Sophia. Dá para comprar imóvel no meio dessa crise? **UOL**, São Paulo, 4 fev. 2016. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/financas-pessoais/noticias/redacao/2016/02/04/da-para-comprar-imovel-no-meio-dessa-crise-como-se-preparar.htm>. Acesso em: 15 out. 2023; ABRAINC. **Análise dos efeitos econômicos e financeiros dos distratos nas compras de imóveis residenciais na planta sobre as empresas incorporadoras**: Produto 2 - Relatório Técnico Final – 2ª Versão. 30/10/2017. São Paulo: ABRAINC, 2017. Disponível em <https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2018/05/1932-17-Produto-2.pdf>. Acesso em: 16 out. 2023.

espécie de entendimento básico sobre o assunto - e que se manteve relativamente estável o longo tempo - de que seriam lícitas as cláusulas penais compensatórias que estipulassem o direito de retenção entre 10 e 25% das parcelas pagas pelo promitente comprador²³⁹. Dentro de tais parâmetros, caberia aos Tribunais sopesar as circunstâncias concretas e promover a redução equitativa das multas. As raízes desse entendimento parametrizado, ironicamente, remontam a alguns julgados da primeira década dos anos 2000, que haviam promovido o agravamento do percentual de retenção para 25%, em contratos que estipulavam cláusulas penais baixas, de 10%, “a fim de melhor ressarcir as despesas administrativas e operacionais da empresa vendedora”²⁴⁰. Posteriormente, com o maior dinamismo da atividade imobiliária na segunda década do século XX, os contratos passaram a prever uma série de outras garantias às incorporadoras (retenção da comissão de corretagem, taxa SATI etc.), além do aumento significativo dos percentuais das cláusulas penais, de modo que esses precedentes passaram a ser utilizados para justificar a redução das multas, para mitigar os prejuízos de consumidores.

A partir dos critérios gerais estabelecidos pelo STJ, portanto, os Tribunais deveriam analisar as circunstâncias particulares dos casos e chegar a um entendimento justificado sobre a necessidade de revisar a cláusula penal do compromisso de compra e venda, dentro dessa faixa de 10 a 25% das parcelas pagas pelo promitente comprador. No entanto, um curioso fenômeno passou a ser observado na dinâmica de julgamento entre as instâncias ordinárias e extraordinárias. Para elucidá-lo, o primeiro aspecto a se considerar é o sinal interpretativo que o STJ oferecia sobre a questão de fundo. Na maioria dos julgados que tratavam desse tema, ao mesmo tempo em que se reforçava o entendimento básico sobre validade de cláusulas penais compensatórias entre 10% e 25%, era feita a ressalva de que o exame particular do percentual adequado de retenção, desde que respeitado esse intervalo, encontraria óbice nos enunciados

²³⁹ Para exemplificar: STJ. AgInt no AREsp 1200008/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 10/06/2019, DJe 14/06/2019; AgInt no REsp 1789656/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 10/06/2019, DJe 12/06/2019; AgInt no AREsp n. 1.313.870/DF, relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 1/4/2019, DJe de 3/4/2019 AgInt no REsp 1692346/DF, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018; AgRg no AREsp n. 600.887/PE, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 19/5/2015, DJe de 22/6/2015; AgRg no REsp n. 1.110.810/DF, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 3/9/2013, DJe de 6/9/2013; REsp n. 1.224.921/PR, relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 26/4/2011, DJe de 11/5/2011

²⁴⁰ STJ REsp n. 723.034/MG, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 9/5/2006, DJ de 12/6/2006, p. 489). Ver também: STJ. REsp n. 196.311/MG, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 23/4/2002, DJ de 19/8/2002, p. 168; REsp n. 218.032/MG, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 8/4/2003, DJ de 25/8/2003, p. 309.

5²⁴¹ e 7²⁴² daquela Corte, que vedam o manejo do recurso especial para o reexame de fatos, provas e para a reinterpretação de cláusulas contratuais. Ou seja, o STJ deixava expresso que não poderia apreciar o mérito desses recursos, alegando a impossibilidade de rever o entendimento dos Tribunais regionais, fora das hipóteses de violação objetiva dos percentuais limítrofes.

Essa constatação, por si só, já levanta o questionamento sobre como o STJ pode chegar à conclusão, *a priori*, de que multas entre 10% e 25% das parcelas pagas pelo consumidor seriam “razoáveis”, sem ter examinado os fatos, as provas e as cláusulas contratuais dos casos concretos que fomentaram, originalmente, tais entendimentos. Como aludido acima, as origens dessa jurisprudência estavam pautadas em intervenções diretas daquele Tribunal Superior em determinados casos, após a constatação de que a multa contratual deveria ser majorada para contemplar circunstâncias concretas da relação jurídica, como a necessidade de ressarcimento de despesas administrativas, comissão de corretagem e eventual fruição do imóvel, além de outras circunstâncias que capazes de comprometer a efetiva reparação pelos danos causados pelo inadimplemento. Desse modo, mesmo que o STJ tenha criado, posteriormente, esse bloqueio defensivo e delegado a análise dessas questões às instâncias ordinárias, remanesce a premissa subjacente aos seus próprios precedentes de que a revisão da multa deve ser um juízo específico a partir de circunstâncias concretas do caso, não se admitindo soluções generalizáveis.

Vale recordar, neste contexto, que, segundo razoável consenso doutrinário, a cláusula penal, no Direito Civil brasileiro, conjuga duas funções distintas: garantir o adimplemento da prestação principal e pré-estabelecer uma indenização pelo inadimplemento²⁴³. Trata-se, portanto, de desdobramento da autonomia privada, que confere estabilidade e previsibilidade às relações negociais, tanto que a sua implementação dispensa, inclusive, a prova do prejuízo (Código Civil, art. 416). Diante desse contexto, a intervenção judicial sobre essas penalidades, em princípio, só seria admitida em caso de nulidade absoluta, por violação direta da ordem jurídica (CC, art. 412) ou, por equidade, para corrigir eventuais abusividades e excessos (CC, art. 413, CDC, art. 6º, IV), mitigar a onerosidade excessiva superveniente (CDC art. 6º, V 51, § 1º, III), ou coibir o enriquecimento sem causa (CC, art. 884).

²⁴¹ “A simples interpretação de clausula contratual não enseja recurso especial.” STJ. SÚMULA 5, CORTE ESPECIAL, julgado em 10/05/1990, DJ 21/05/1990, p. 4407.

²⁴² “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” SÚMULA 7, CORTE ESPECIAL, julgado em 28/06/1990, DJ 03/07/1990, p. 6478.

²⁴³ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula penal**: a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 28; CASSETTARI, Christiano. **Multa contratual**: teoria e prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 61.

Ocorre que, a partir dos sinais emitidos pelo STJ, os Tribunais passaram a convencionar métodos de intervenção sobre esses contratos dissociados dos casos concretos, formando consensos sobre qual percentual de retenção seria adequado, dentro desse espectro de 10% a 25%. Estudando o histórico de julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF, percebe-se que o consenso formado foi de que, em regra, a retenção de 10% dos valores pagos seria o montante ideal²⁴⁴. Apoiado em jurisprudência relativamente antiga do Tribunal²⁴⁵, formada sobre contratos que previam a perda total das parcelas, ou de um percentual do valor do imóvel, com o agravamento da crise imobiliária, esse entendimento tornou-se gradativamente mais abstrato, com menções genéricas a conceitos como “razoabilidade” e “abusividade” ou remissões cíclicas à própria jurisprudência do Tribunal ou

²⁴⁴ TJDF. Acórdão n. 603657, 20080111458664APC, Relator: ANTONINHO LOPES, 4ª Turma Cível, julgado em 21/03/2012, DJ 18/07/2012 p. 120; Acórdão n.708020, 20100112327908APC, Relator: FÁTIMA RAFAEL, Revisor: CARMELITA BRASIL, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 28/08/2013, publicado no DJE: 03/09/2013. Pág.:96; Acórdão n.813037, 20120111673352APC, Relator: ANGELO CANDUCCI PASSARELI, Revisor: JOÃO EGMONT, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 20/08/2014, publicado no DJE: 25/08/2014. Pág.: 169; Acórdão n.812886, 20130111240503APC, Relator: SIMONE LUCINDO, Revisor: ALFEU MACHADO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 14/08/2014, publicado no DJE: 22/08/2014. Pág.:49; Acórdão n.824995, 20140110505038 APC, Relator: Des. Esdras Neves, Revisor: Des. Hector Valverde Santanna, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 08/10/2014, publicado no DJE: 14/10/2014. Pág.: 170; TJDF; Acórdão 987825, 20140710277176APC, Relator(a): JAIR SOARES, 6ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 14/12/2016, publicado no DJE: 24/1/2017. Pág.: 736/791; Acórdão 1065124, 20160110445537APC, Relator(a): MARIA DE LOURDES ABREU, 3ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 16/11/2017, publicado no DJE: 13/12/2017. Pág.: 215/223

²⁴⁵ TJDF. Acórdão 113953, ACJ74699, Relator(a): SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 1ª TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS DO DISTRITO FEDERAL, data de julgamento: 27/04/1999, publicado no DJe: 26/05/1999; Acórdão 196357, 20010110391384APC, Relator(a): DÁCIO VIEIRA, 5ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 20/10/2003, publicado no DJe: 19/08/2004, Acórdão 228756, 20030110721153APC, Relator(a): BENITO TIEZZI, 3ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 27/06/2005, publicado no DJe: 08/11/2005 Acórdão 204058, 19990110699014APC, Relator(a): CRUZ MACEDO, 4ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 08/11/2004, publicado no DJe: 02/12/2004; Acórdão 212339, 20040110875463APC, Relator(a): ANA MARIA AMARANTE, 6ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 11/04/2005, publicado no DJe: 05/05/2005; Acórdão 244150, 20050110291177APC, Relator(a): SANDRA DE SANTIS, 6ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 17/04/2006, publicado no DJe: 18/05/2006 Acórdão 286156, 20060111207445APC, Relator(a): HUMBERTO ULHÔA, 3ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 17/10/2007, publicado no DJe: 22/11/2007; Acórdão 334828, 20060110493314APC, Relator(a): CARMELITA BRASIL, 2ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 03/12/2008, publicado no DJe: 15/12/2008; Acórdão 339796, 20050110414272APC, Relator(a): Diva Lucy de Faria Pereira, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 29/10/2008, publicado no DJe: 04/02/2009.

do órgão fracionário²⁴⁶ Em outros²⁴⁷, alega-se que a incorporadora não demonstrou prejuízos para justificar a multa em valores mais elevados (em contradição direta ao texto do art. 416 do Código Civil). Por fim²⁴⁸, apontava-se como efeito mitigador dessa multa o fato de que a vendedora terá o imóvel restituído ao seu patrimônio, podendo revendê-lo (uma tautologia, pois a restituição das partes ao estado original é consequência necessária da resolução do negócio e não um benefício). Mesmo nos casos minoritários, em que percentuais mais altos eram arbitrados, a fundamentação tendia a referenciar o entendimento geral do STJ sobre o tema e não o regime jurídico próprio do instituto da cláusula penal ou as circunstâncias particulares do caso²⁴⁹.

No lugar de debates individuais sobre as bases econômicas e fáticas de cada contrato, desenvolveu-se, nos órgãos fracionários, uma espécie de regulamentação setorial sobre como devem ser escritas as cláusulas dos compromissos de compra e venda em incorporação imobiliária. Os parâmetros objetivos que subsidiam esse regramento não são aqueles definidos

²⁴⁶TJDF. Acórdão 673051, 20100710124629APC, Relator(a): J.J. Costa Carvalho, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 17/04/2013, publicado no DJe: 30/04/2013; Acórdão 658278, 20110111335592APC, Relator(a): João Egmont, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 27/02/2013, publicado no DJe: 06/03/2013; Acórdão 773787, 20130110394297APC, Relator(a): Gislene Pinheiro De Oliveira, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 26/03/2014, publicado no DJe: 31/03/2014; Acórdão 842374, 20140610022710ACJ, Relator(a): Marília De Avila E Silva Sampaio, 2ª Turma Recursal Dos Juizados Especiais Do Distrito Federal, data de julgamento: 16/12/2014, publicado no DJe: 21/01/2015; Acórdão 854966, 20140110565968APC, Relator(a): Gislene Pinheiro De Oliveira, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 11/03/2015, publicado no DJe: 17/03/2015; Acórdão 876829, 20140110879374APC, Relator(a): Leila Arlanch, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 17/06/2015, publicado no DJe: 01/07/2015; Acórdão 898935, 20140610141919ACJ, Relator(a): Robson Barbosa de Azevedo, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Do Distrito Federal, data de julgamento: 06/10/2015, publicado no DJe: 14/10/2015; Acórdão 913010, 20140111099106APC, Relator(a): Flavio Rostirola, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 16/12/2015, publicado no DJe: 01/02/2016; Acórdão 920538, 20140710330706APC, Relator(a): Ana Maria Amarante, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 17/02/2016, publicado no DJe: 23/02/2016; Acórdão 988892, 20160110784519APC, Relator(a): Ana Cantarino, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 14/12/2016, publicado no DJe: 24/01/2017; Acórdão 1085593, 20160710206026APC, Relator(a): Romulo de Araujo Mendes, Relator(a) Designado(a): Hector Valverde Santanna, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 07/03/2018, publicado no DJe: 03/04/2018 Acórdão n.1181548, 07024505620178070017. Relator: Esdras Neves 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 26/06/2019, publicado no DJE: 02/07/2019; Acórdão n.1180289, 07250395620188070001, Relator: Ângelo Passareli 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 20/06/2019, Publicado no DJE: 28/06/2019; Acórdão n.1176506, 07237179820188070001, Relator: Cesar Loyola 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 06/06/2019, Publicado no DJE: 13/06/2019; Acórdão 1215139, 0733930-66.2018.8.07.0001, Relator(a): Roberto Freitas Filho, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 13/11/2019, publicado no DJe: 21/11/2019;

²⁴⁷ Acórdão n.1181454, 07024233020188070020, Relator: Teófilo Caetano 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 26/06/2019, publicado no DJE: 08/07/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada; Acórdão n.1178649, 07100481220178070001, Relator: José Divino 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 13/06/2019, publicado no DJE: 21/06/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada; Acórdão n.1171343, 07172986220188070001, Relator: Fátima Rafael 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 16/05/2019, publicado no DJE: 22/05/2019.

²⁴⁸ TJDF. Acórdão 839515, 20130710015378APC, Relator(a): João Egmont, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 11/12/2014, publicado no DJe: 23/01/2015; Acórdão n.1176682, 00080844120168070007, Relator: Carlos Rodrigues 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 06/06/2019, publicado no DJE: 18/06/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.

²⁴⁹ TJDF. Acórdão n.1173072, 07097964920178070020, Relator: Rômulo de Araujo Mendes 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 22/05/2019, publicado no DJE: 30/05/2019

na Lei (p. ex, o art. 412 do CC), mas os constituídos no próprio histórico dos precedentes do Tribunal ou, em último caso, nos julgados do STJ, que são mencionados como espécie de Lei geral, um quadro de referência. Tal regulamentação é levada a cabo com base em generalidades, intuições dos magistrados, conceitos indeterminados, princípios do direito e referências gerais a uma alegada “jurisprudência”, que se autorreferencia nesse ciclo intervencionista. Provocados por embargos de declaração para que as alegações específicas e os elementos do caso concreto fossem enfrentados, esses Colegiados se valem das formas costumeiras de imunização de seu entendimento, sustentadas no livre convencimento motivado e na desnecessidade de enfrentar todas as alegações das partes.

O ciclo se fecha, então, quando os recursos especiais ou, como ocorre na maioria das vezes, os agravos contra a decisão denegatória de seguimento pela Presidência ou Vice-Presidência do Tribunal, chegam ao STJ. Ao invés de receberem a análise do mérito quanto à ausência de fundamentação adequada, esses recursos sofrem o tratamento defensivo dispensado a quase todos os apelos baseados em disputas sobre a revisão de contratos, com a aplicação dos enunciados 5 e 7 da Súmula daquela Corte Superior. Chega-se, assim, a um juízo de impossibilidade do reexame de fatos, provas e cláusulas de contrato que, na realidade, nunca foram verdadeiramente examinados nas instâncias ordinárias, a sedimentar um decisionismo fundado, primordialmente, na autoridade judicial sobre o que seria *a priori* justo, ou razoável naquele tipo de relação jurídica.

Por certa perspectiva, seria possível argumentar que o Tribunal de origem, ao criar uma moldura comunicativa que emula a análise concreta do caso e se remete, performaticamente, aos precedentes do STJ para justificar seus acórdãos, estaria ao menos cumprindo o papel estabilizador da jurisprudência, em obediência aos comandos do órgão hierarquicamente superior, o que tem se tornado um valor dominante no cenário contencioso do Brasil. Contudo, essa percepção esconde algumas nuances. Na realidade, o TJDF ignorava a *ratio decidendi* dos julgados do STJ, ao fixar a multa no patamar mínimo de 10%, estabelecendo espécie de padrão local de qualidade sobre a matéria. O que foi delegado às instâncias ordinárias não foi o poder arbitrar as suas próprias multas, mas o de examinar as circunstâncias excepcionais do caso e formar um juízo concreto de valores. Na ausência de circunstâncias específicas da relação jurídica analisada, não haveria razão para se alterar as cláusulas penais além do teto de 25% das parcelas pagas definido pela instância superior. O interessante desse histórico de julgados, portanto, é entender como o TJDF, no aspecto concreto da fundamentação, descumpria a jurisprudência do STJ, ao mesmo tempo em que lhe

prestava homenagens. O percentual de 10% já era o entendimento dominante no contexto local, pelo menos desde o início do século XX. Porém, com a intensificação dos litígios na segunda metade do século, impulsionado pela expansão da construção civil, também aumentou a pressão das incorporadoras para que os Tribunais respeitassem os contratos ou, ao menos, promovessem revisões menos drásticas de suas cláusulas, mais próximas do teto de 25% do STJ. O TJDF não cedeu e, ao revés, entrincheirou-se em sua posição, recusando-se a oferecer razões pelas quais o percentual da multa não poderia ser de 15%, 20% ou 25% das parcelas pagas. O que prevaleceu, portanto, foi a sua jurisprudência, não a do STJ.

No nível operacional, entretanto, essa recalcitrância funcionava, pois o STJ, em larga medida, dava poucas demonstrações de se incomodar com essa apropriação estratégica de seu corpo de julgados. O respeito performático das instâncias ordinárias às suas decisões lhe permitia manter a gestão do acervo processual em funcionamento, apoiado em sua jurisprudência defensiva, deixando sempre aberta a possibilidade de intervenção sobre os casos individuais, quando conveniente. Esse equilíbrio tênue, no entanto, começa a ser questionado a medida em que se agrava a crise imobiliária, com a conscientização sobre os impactos dos “distratos” judiciais no setor, criando-se pressão sobre o STJ para assumir uma posição mais ativa no controle das decisões estaduais. Mas a reação só começa a se manifestar com maior consistência após a promulgação da Lei 13.786/2018²⁵⁰, especialmente a partir de agosto 2019, quando a 2ª Seção julga o REsp 1.723.519/SP, de relatoria da Min. Isabel Gallotti. Nesse julgamento, prevaleceu, por maioria, a posição mais intervencionista defendida pela relatora, no sentido de que a cláusula penal deveria ser fixada no patamar rígido de 25% das parcelas pagas, a menos que o acórdão regional apresentasse circunstâncias excepcionais para justificar solução diversa. Esse entendimento mais inflexível foi retraçado a um precedente formado ainda em 2012, nos embargos de divergência EAG 1.138/PE²⁵¹:

(...) ausente qualquer peculiaridade, na apreciação da razoabilidade da cláusula penal estabelecida em contrato anterior à Lei 13.786/2018, deve prevalecer o parâmetro estabelecido pela Segunda Seção no julgamento dos EAG 1.138.183/PE, DJe 4.10.2012, sob a relatoria para o acórdão do Ministro Sidnei Beneti, a saber o

²⁵⁰ Esse diploma normativo, que recebi a alcunha de “Lei dos Distratos”, será analisado um pouco adiante.

²⁵¹ STJ. EAg n. 1.138.183/PE, relator Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 27/6/2012, DJe de 4/10/2012. Nesse caso, discutia-se a cláusula penal de 25% sobre as parcelas pagas deveria ser reduzida nas hipóteses em que o adquirente nunca tenha ocupado o imóvel. O relator, Min. Sidnei Beneti, entendeu, na ocasião, que a multa compensatória considera despesas gerais da incorporadora e não tem por pressuposto a ocupação irregular, de modo que o percentual de 25% deveria ser mantido como referência, pois a “redução do percentual, nesses casos, pode servir de incentivo à desistência de compradores incautos antes da entrega do imóvel”. Houve discussão sobre esse ponto, a partir da divergência do Min. Villas Boas Cuêva, para quem deveria ser assegurada alguma discricionariedade ao juiz. Porém, ao final, prevaleceu o voto do relator, fixando-se o percentual de 25%. Em que pese essa definição, como reconhece a Min. Gallotti no Resp 1.723.519/SP, o fato é ao longo dos anos 2010, prevaleceu a aplicação descontrolada de multas entre 10 e 20% das parcelas pagas, de acordo com as “jurisprudências” de cada Tribunal.

percentual de retenção de 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos pelos adquirentes, reiteradamente afirmado por esta Corte como adequado para indenizar o construtor das despesas gerais e desestimular o rompimento unilateral do contrato.²⁵²

No voto condutor, a relatora recupera a lógica jurídica subjacente à jurisprudência do STJ sobre a matéria, cuja carga normativa se perdeu no passar dos anos, dando lugar a um comportamento complacente em face das soluções dos Tribunais regionais. A ministra reconhece, em particular, a falha institucional do STJ em implementar seu precedente, muito em razão do uso indiscriminado de óbices sumulares para inviabilizar a subida dos recursos especiais, o que permitiu a dispersão de entendimentos pelo território nacional e a formação de bolsões regionais de jurisprudência:

A despeito de uniformizada a matéria pela Seção competente do STJ, e rejeitada a tese de que o percentual de 25% de retenção deve ser diminuído em caso de imóvel que não chegou a ser entregue ao consumidor desistente, há nos dias de hoje enorme dispersão na jurisprudência dos Tribunais Estaduais, havendo alguns deles fixado, como base, o percentual de retenção em apenas 10%, em atenção precisamente à circunstância – repelida para tal fim pela Segunda Seção – de que o imóvel não chegou a ser ocupado pelo desistente. Na maioria dos casos, o percentual de retenção é fixado pelo tribunal de origem de forma aleatória, em 10% 15% ou 20%, desprezando os termos do contrato, com base apenas na jurisprudência (na prática, tabelamento) de cada câmara, em atenção a supostas "circunstâncias da causa" não descritas, e sequer referidas, no acórdão.

Os recursos especiais sobre a questão não têm obtido acesso ao STJ, no mais das vezes enfrentando o óbice da Súmula 7, sob o argumento de que é compatível com a jurisprudência deste Tribunal o percentual de retenção entre 10 e 25%, e de que as circunstâncias de fato avaliadas na origem seriam insusceptíveis de reexame na via extraordinária.²⁵³

Após esse julgamento, criou-se maior convergência dos órgãos fracionários na aplicação prioritária do percentual de 25% sobre as parcelas pagas, como parâmetro ideal na fixação da cláusula penal compensatória²⁵⁴. Não obstante, ainda se observa quantidade

²⁵² STJ. REsp 1.723.519/SP, Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 28/8/2019, DJe de 2/10/2019.

²⁵³ Idem. Voto da relatora, Min. Maria Isabel Gallotti.

²⁵⁴ Apenas nos dois anos seguintes ao julgamento do REsp 1.723.519/SP: STJ. AgInt nos EDcl no REsp n. 1.903.896/DF, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 29/11/2021, DJe de 1/12/2021; AgInt no AREsp n. 1.934.898/MG, relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 22/11/2021, DJe de 25/11/2021; AgInt no AREsp n. 1.474.264/RJ, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 19/10/2021, DJe de 22/11/2021; AgInt no REsp n. 1.940.717/SP, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 26/10/2021, DJe de 4/11/2021; AgInt no AREsp n. 1.784.651/RJ, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 27/9/2021, DJe de 3/11/2021; AgInt no AREsp n. 1.868.091/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 27/9/2021, DJe de 3/11/2021; AgInt no AREsp n. 1.860.381/RJ, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 27/9/2021, DJe de 3/11/2021; AgInt no REsp n. 1.930.685/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 5/10/2021, DJe de 19/10/2021.; AgInt no AREsp n. 1.794.897/RJ, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 30/8/2021, DJe de 1/10/2021; AgInt no REsp n. 1.936.643/SP, relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 16/8/2021, DJe de 19/8/2021; AgInt no AREsp n. 1.665.705/MA, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 9/8/2021, DJe de 17/8/2021; AgInt nos EDcl no REsp n. 1.830.912/RJ, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/5/2021, DJe de 27/5/2021; AgInt no REsp n. 1.861.254/RJ, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 18/5/2021, DJe de 24/5/2021; AgInt no REsp n. 1.863.339/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/4/2021, DJe de 26/4/2021; REsp n. 1.863.007/SP, relatora Ministra Nancy Andrigli,

considerável de acórdãos dissonantes com esse entendimento, majoritariamente da Terceira Turma, nos quais continua a ser reproduzida a fórmula anterior, de impossibilidade de reexame do acórdão regional, quando este observa o intervalo entre 10% e 25²⁵⁵, fato que ressalta a baixa consistência do STJ na aplicação de seus próprios precedentes.

Terceira Turma, julgado em 23/3/2021, DJe de 26/3/2021; AgInt no AgInt no AREsp n. 1.655.204/GO, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 22/3/2021, DJe de 25/3/2021. AgInt no REsp n. 1.807.271/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 1/12/2020, DJe de 17/3/2021; AgInt no REsp n. 1.881.300/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 1/3/2021, DJe de 3/3/2021; AgInt no AREsp n. 1.453.487/RJ, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 9/2/2021, DJe de 12/2/2021; AgInt no REsp n. 1.777.117/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/11/2020, DJe de 2/12/2020; REsp n. 1.820.330/SP, relatora Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 24/11/2020, DJe de 1/12/2020; AgInt no AgInt no AREsp n. 1.397.224/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/10/2020, DJe de 26/10/2020; AgInt no AgInt no AREsp n. 1.643.864/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19/10/2020, DJe de 26/10/2020; AgInt no REsp n. 1.886.167/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 19/10/2020, DJe de 22/10/2020; AgInt no AgInt no REsp n. 1.825.662/AM, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 28/9/2020, DJe de 1/10/2020; AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.657.021/SP, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 21/9/2020, DJe de 24/9/2020. AgInt no AgInt no AREsp n. 1.644.843/DF, relatora Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 21/9/2020, DJe de 24/9/2020; AgInt no REsp n. 1.872.803/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/9/2020, DJe de 21/9/2020; AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.657.016/SP, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 31/8/2020, DJe de 4/9/2020; AgInt no AREsp n. 1.378.049/SE, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 10/8/2020, DJe de 26/8/2020; AgInt no REsp n. 1.830.612/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/8/2020, DJe de 13/8/2020; AgInt no AgInt no AREsp n. 1.584.963/RJ, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 22/6/2020, DJe de 1/7/2020; AgInt no AREsp n. 1.387.317/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 1/6/2020, DJe de 15/6/2020; AgInt no REsp n. 1.854.190/SP, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 30/3/2020, DJe de 2/4/2020; AgInt no AgInt no AREsp n. 1.449.188/GO, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 30/3/2020, DJe de 1/4/2020; AgInt no AgInt no AREsp n. 1.148.055/DF, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 30/3/2020, DJe de 1/4/2020; AgInt no AREsp n. 1.568.920/GO, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 3/3/2020, DJe de 25/3/2020; AgInt no AREsp n. 1.197.055/PA, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 18/2/2020, DJe de 26/2/2020; AgInt no REsp n. 1.829.372/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 26/11/2019, DJe de 19/12/2019; AgInt no AREsp n. 1.399.055/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 3/12/2019, DJe de 10/12/2019; AgInt no AREsp n. 1.154.972/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 29/10/2019, DJe de 5/11/2019; AgInt nos EDcl no AREsp n. 954.035/DF, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 14/10/2019, DJe de 22/10/2019; AgInt no AREsp n. 1.452.531/ES, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 24/9/2019, DJe de 11/10/2019

²⁵⁵ Nesse sentido, ilustrativamente: STJ. AgInt no AREsp n. 2.701.096/GO, relator Ministro Humberto Martins, Terceira Turma, julgado em 2/12/2024, DJe de 5/12/2024; AgInt no AREsp n. 2.649.414/RN, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/10/2024, DJe de 16/10/2024; AgInt no AREsp n. 2.579.263/RJ, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 2/9/2024, DJe de 4/9/2024; AgInt no AREsp n. 2.475.260/CE, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/6/2024, DJe de 26/6/2024; AgInt no AgInt no AREsp n. 1.658.108/RJ, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 16/10/2023, DJe de 18/10/2023; AgInt no REsp n. 2.049.633/SP, relator Ministro Humberto Martins, Terceira Turma, julgado em 9/10/2023, DJe de 16/10/2023; AgInt nos EDcl no AREsp n. 2.089.370/RJ, relator Ministro Humberto Martins, Terceira Turma, julgado em 18/9/2023, DJe de 20/9/2023; AgInt no AREsp n. 2.051.509/RJ, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 23/3/2023; AgInt no REsp n. 1.876.811/GO, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 15/8/2022, DJe de 17/8/2022; AgInt nos EDcl no REsp n. 1.987.597/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 13/6/2022, DJe de 15/6/2022; AgInt no AREsp n. 1.739.674/DF, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 22/11/2021, DJe de 25/11/2021; AgInt no REsp n. 1.947.665/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 4/10/2021, DJe de 6/10/2021; AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp n. 1.701.206/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 1/6/2021, DJe de

Todo esse arco narrativo do debate judicial em torno da cláusula penal compensatória em compromissos de compra e venda revela um processo de alinhamento dos Tribunais com uma lógica essencialmente gerencial da massa de processos que julgam. Ainda que a opinião da Min. Gallotti, no REsp 1.723.519/SP denuncie prática de tabelamento pelos Tribunais Estaduais como um dos motivos para justificar uma intervenção mais direta do STJ, o fato é que a solução encontrada pela Corte Superior compartilha dessa mesma técnica decisória. Assim como nos acórdãos estaduais, a autorreferida jurisprudência do STJ também se baseia na eleição arbitrária de um percentual tido por “razoável” para compensar a parte lesada pelo inadimplemento, sem um exame pormenorizado das circunstâncias fáticas e jurídicas extraordinárias ou imprevisíveis que autorizariam, em primeiro lugar, a própria a revisão da cláusula penal estabelecida no contrato e, em segundo lugar, o grau dessa revisão no caso concreto. As condições particulares geralmente discutidas nesses julgados (por exemplo, ter o comprador tomado posse, no EAG 1.138/PE) são elas mesmas convertidas em abstrações, parâmetros gerais a serem observados em decisões futuras, reproduzíveis em escala (por exemplo, que o mero fato de o comprador não ter tomado posse do imóvel não é suficiente para justificar a redução do percentual de 25%). Essa parametrização, em que pese estar motivada pelo legítimo interesse de combater os excessos dos Tribunais regionais, padece do mesmo problema que criou esse estado de coisas, que é desfiguração da natureza irredutivelmente concreta dos juízos de equidade sobre relações contratuais.

É claro que, dada a massificação desses contratos, poderia se argumentar que algum grau de abstração fosse inevitável, ainda mais no âmbito da jurisdição extraordinária do STJ. O problema é que existe uma distância entre a elaboração de critérios gerais de julgamento e aquilo que foi efetivamente implementado pelos Tribunais brasileiros, que é o fechamento decisório, ou a pré-decisão. Se o STJ tinha boas razões para estabelecer que as multas compensatórias deveriam ser fixadas em 25% das parcelas pagas, o TJDF também possuía argumentos razoáveis para defender os seus 10%. Em termos de consequências sociais, essas decisões podem ser boas ou más, a depender da perspectiva que se adote: a dos consumidores,

17/6/2021; AgInt no AREsp n. 1.476.440/RS, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/11/2020, DJe de 1/12/2020; AgInt no AREsp n. 1.674.588/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/8/2020, DJe de 27/8/2020; AgInt no REsp n. 1.806.095/CE, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 18/11/2019, DJe de 21/11/2019; gInt no REsp n. 1.822.638/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/11/2019, DJe de 20/11/2019; AgInt no REsp n. 1.804.123/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 9/9/2019, DJe de 11/9/2019. AgInt no REsp n. 2.067.736/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 4/9/2023, DJe de 6/9/2023; AgInt no AREsp n. 1.878.330/RJ, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 30/8/2021, DJe de 1/9/2021; AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp 1701206/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 01/06/2021, DJe 17/06/2021

inseridos em uma economia de superendividamento, que além de perderem o imóvel deverão pagar um alto preço pela saída do contrato, ou a dos incorporadores, prejudicados pelos pedidos de “distratos” em massa (incentivados pelos Tribunais), que geram efeitos em cascata por toda a cadeia produtiva da incorporação. Esse tipo de avaliação, no entanto, é largamente insensível à justiça do caso concreto e seria mais apropriada aos cálculos utilitários de gestores públicos e órgãos legislativos, que trabalham sob um tipo de racionalidade diversa daquela exigida do Poder Judiciário.

A tradição judicial que consolidou esse debate sobre as multas resolutivas em torno da fixação dos percentuais máximos e mínimos sobre as parcelas pagas inseriu os Tribunais em um processo anômalo de regulação do setor imobiliário, para o qual não estavam necessariamente equipados. Confrontados com um problema social em larga escala, que se reproduzia por todo o território nacional, os Tribunais passaram a gerenciar esses contratos em abstrato, em prejuízo da solução dos casos individuais, de modo a alcançar uma eficácia coletiva. Para preservar a aparência de julgamentos particulares, criaram-se dois pactos de não-fundamentação na gestão desses processos. O primeiro é o pacto interno ao Tribunal, no caso estudado, o TJDF, em que o apelo recursivo à própria jurisprudência fazia às vezes da fundamentação concreta, frequentemente associada a fórmulas de auto imunização, como “após detida análise dos autos (...)” e o uso de conceitos abstratos como “razoabilidade”, e “abusividade”, que tinham a função operativa de justificar a intervenção judicial no caso. O segundo pacto é entre o Tribunal e o STJ, sustentado pela jurisprudência defensiva de seus óbices sumulares. O STJ, assim, mantinha uma aparência de regulamentação geral da matéria, cumprindo, performaticamente, seu papel unificador da jurisprudência, e o Tribunal regional rendia homenagens ao entendimento superior, simulando aplicá-lo, quando, em verdade, o descumpria. Eventualmente, esse equilíbrio se quebra e o STJ passa exercer, em certa medida, autoridade direta sobre o assunto. Porém, as razões que levaram o STJ a abandonar a sua posição passiva tinham pouca relação com a sua repentina objeção aos métodos decisórios empregados pelos Tribunais estaduais, mas estavam relacionados com seus próprios cálculos utilitários.

Um desdobramento significativo desse período de gestão judicial dos contratos imobiliários foi a influência que os parâmetros criados nos Tribunais tiveram sobre o processo legislativo que culminou na edição da Lei 13.786/18, conhecida como “Lei dos Distratos”. O

Projeto de Lei iniciado na Câmara dos Deputados (PL 1.220/2015²⁵⁶), de autoria do Deputado Celso Russomano (PRB/SP), em sua concepção originária, era amplamente favorável aos consumidores e destacava, na ementa, o singelo objetivo de regulamentar “a desistência do contrato de incorporação imobiliária com a retenção de até 10 % (dez por cento) do valor pago por parte da incorporadora”. Na justificativa, o deputado afirmava que “(a) desistência de compra de imóveis na planta tem se tornado um tormento ao consumidor em face da ausência de norma legal que regule a questão”, reportando-se à jurisprudência dos “Tribunais de todo o País”, adverte:

Atualmente os Tribunais de todo o País e as Ações Cíveis Públicas propostas pelo Ministério Público vem estabelecendo como justa a possibilidade de retenção pelas incorporadoras do valor de 10 % (dez por cento) sob título de ressarcimento de custos, todavia, algumas empresas ofertam a devolução de quantias menores aos consumidores, obrigando-os a procurarem o judiciário.²⁵⁷

Essa concepção protecionista, entretanto, não resistiu às pressões de grupos de interesse que passaram a exercer influência sobre o Poder Legislativo, em razão das consequências econômicas da crise dos distratos, criando-se um forte lobby para que o projeto de lei fosse direcionado para controlar as ações dos Tribunais estaduais, invertendo-se, por completo, o sentido da proposta originária. Já na redação final do substitutivo aprovado pela Câmara dos Deputados, em 6 de junho de 2018, sob a relatoria do Deputado José Estédile (PSB/RS), o projeto se tornara mais analítico e afinado com os interesses das incorporadoras. O limite máximo da cláusula penal compensatória foi elevado para 25% das parcelas pagas, podendo chegar a 50%, nas hipóteses em que a incorporação estivesse submetida ao regime do patrimônio de afetação previsto da Lei 10.931/2004²⁵⁸, reiterando-se que, “(p)ara exigir a pena convencional, não é necessário que o incorporador alegue prejuízo”²⁵⁹.

Durante a tramitação do projeto no Senado Federal²⁶⁰, houve tímida reação de organizações da sociedade civil associadas à proteção dos consumidores. A Associação Brasileira dos Mutuários da Habitação – ABMH, em comunicação eletrônica de 8 de junho de

²⁵⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei (PL) n. 1220, de 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1214970>. Acesso em: 18 jan. 2025.

²⁵⁷ Idem. Inteiro teor do projeto original.

²⁵⁸ Além do agravamento da cláusula penal compensatória, a redação previa a dedução cumulativa da comissão de corretagem, na esteira da jurisprudência consolidada pelo STJ nos Temas 938 e 939, assim como o dever de pagar despesas condominiais, tributos e uma taxa de fruição, nas hipóteses em que chegasse a ocupar o imóvel, além de prazos específicos para que o incorporador providencia a restituição, a depender do regime tributário e da fase da construção. Havia, também, proteções ao consumidor, como o direito de arrependimento em 7 dias, quando adquirisse o bem em *stand* de vendas, o direito de se exonerar da multa compensatória quando encontrasse comprador substituto que o sub-rogasse em direitos e obrigações.

²⁵⁹ Idem. Redação Final aprovada pela Câmara dos Deputados, art. 2º.

²⁶⁰ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara (PLC) n. 68, de 2018. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133613>. Acesso em: 18 jan. 2025.

2018, manifestou apreensão com o projeto substitutivo aprovado pela Câmara, o qual teria o “claro condão de defender interesse de incorporadores e construtores em flagrante prejuízo ao consumidor”²⁶¹. Porém, havia à época significativa pressão para que o projeto fosse votado antes do início das campanhas eleitorais²⁶² ou, ao menos, ainda dentro daquela legislatura²⁶³, o que veio de fato a acontecer: o PLC 68/2018, com emendas, foi aprovado no plenário do Senado Federal em 21 de novembro de 2018 e a Lei nº 13.786/18 publicada em 28/12/2018. O texto final manteve as premissas básicas do substitutivo da Câmara e o resultado foi comemorado por representantes das incorporadoras e da construção civil²⁶⁴, sendo a regulamentação do distrato apresentada como “a principal reivindicação das incorporadoras”²⁶⁵.

Em seus aspectos técnicos, a Lei que terminou por ser aprovada (Lei n.º 13.786/2018), ainda que tenha surgido de uma pressão social para que o Congresso resolvesse um problema criado nos Tribunais de Justiça, em sua concepção, assim como ao longo de seu processo deliberativo e no resultado final, sempre esteve pautada pela forma com que esses assuntos vinham sendo tratados pelo Poder Judiciário, desde o prazo de carência para atrasos da obra, direito à restituição das comissões de corretagem, direito de arrependimento, responsabilidade por despesas condominiais, cumulação de encargos moratórios e rescisórios e, claro, percentuais de restituição das parcelas pagas. Muitos dos conceitos, vícios e erros analíticos que permearam o debate judicial sobre o tema foram trasmutados para o texto normativo, criando-se uma regulamentação confusa, de inspiração intervencionista e pouco consistente. A confusão conceitual chegou ao ponto de certos autores defenderem, à época da promulgação, que a tarifação da cláusula penal pela nova lei “afasta objetivamente a aplicação do artigo 413

²⁶¹ Idem. Correspondência da Associação Brasileira dos Mutuários da Habitação-ABMH, de 8 de junho de 2018.

²⁶² Edital da Folha de São Paulo, de 2 de agosto de 2018, já alertava que “(há) poucas semanas pela frente até que o início da campanha eleitoral paralise, na prática, as atividades do Congresso. Todos os esforços devem ser empreendidos para que se aprovelem nesse período três projetos importantes: o aperfeiçoamento do cadastro positivo, a duplicata eletrônica e as regras do distrato imobiliário” FOLHA DE SÃO PAULO. Temer sanciona multa maior para quem desiste de imóvel na planta. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 dez. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 18 jan. 2025.

²⁶³ FOLHA DE SÃO PAULO. Entidades tentam aprovar projetos antes de Bolsonaro. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 11 nov. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 18 jan. 2025.

²⁶⁴ CORREIO BRAZILIENSE. Desistir da compra de um imóvel pode custar até 50% do valor pago. **Correio Braziliense**, Brasília, 21 nov. 2018. Economia. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2018/11/21/internas_economia,720571/desistir-da-compra-de-um-imovel-pode-custar-ate-50-do-valor-pago.shtml. Acesso em: 29 dez. 2024; CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO (CBIC). **Regulamentação do distrato vai à sanção presidencial, tornando mais claros os direitos e deveres no mercado imobiliário**. 7 dez. 2018. Disponível em: <https://cbic.org.br/regulamentacao-do-distrato-vai-a-sancao-presidencial-tornando-mais-claros-os-direitos-e-deveres-no-mercado-imobiliario/>. Acesso em: 29 dez. 2024.

²⁶⁵ FOLHA DE SÃO PAULO. Temer sanciona multa maior para quem desiste de imóvel na planta. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 dez. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 18 jan. 2025.

do CC/2002”²⁶⁶, isto é, impossibilitaria o magistrado de redimensionar a penalidade diante de elementos do caso concreto. Essa concepção, embora certamente equivocada do ponto de vista dogmático, não deixa de ser reveladora do espírito de tabelamento que permeou a jurisprudência sobre a questão e que foi transportado para o texto legal.

Independentemente do mérito ou dos problemas dessa construção normativa e das interpretações jurídicas dela derivadas, o ponto que se pretende fazer é que o modo como os Tribunais de Justiça trataram as questões relativas à resolução dos compromissos de compra e venda, ao longo dos anos, induzindo a ação do Congresso no mesmo sentido, parece revelar como o sistemático descumprimento do dever de fundamentação e o afastamento voluntário do julgador das situações concretas deforma o papel Constitucional do Poder Judiciário como intérprete da ordem jurídica, colocando-o em uma posição regulatória para a qual não está preparado, em concorrência com outros Poderes da República e setores da sociedade civil, e em sacrifício dos institutos jurídicos e das garantias constitucionais.

A reconstrução desse histórico de julgamentos realça um Poder Judiciário que funciona perto da saturação de suas capacidades e que tem recorrido à criação de pactos de não fundamentação entre as instâncias ordinárias e extraordinárias, de modo a fazer prevalecer a sua autoridade “no atacado”, contra as pressões das partes dos processos por um contraditório qualificado. Essa forma de se imunizar institucionalmente tem sido vista como um desdobramento natural do papel cada vez mais atuante dos Tribunais na solução dos principais conflitos da sociedade e do volume galopante de processos com que precisam lidar, além das pressões por mais celeridade e segurança jurídica. Arrisca-se, nesse cenário, sacrificar a ideia de fundamentação como elemento de legitimidade decisória, em favor de um sistema de gestão de processos, em que o próprio Poder Judiciário passa a ser o principal destinatário da prestação jurisdicional, transformando o jurisdicionado, seus advogados e demais partícipes do processo expectadores passivos.

2.4 A TRANSFORMAÇÃO INDIRETA DA COMPETÊNCIA SOBRE AS RELAÇÕES DE EMPREGO

A prática de locação de mão de obra e a terceirização trabalhista são pontos de embate entre o setor produtivo brasileiro e a Justiça do Trabalho desde longa data. Na concepção tradicional do vínculo de emprego da CLT, em que se expressam os requisitos de onerosidade,

²⁶⁶ TERRA, Marcelo; RIBEIRO, Ana Paula. Compra e venda: a tarifação expressa da cláusula penal pela Lei do Distrato. **Conjur**, 14 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-14/opinio-tarifacao-expressa-clausula-penal-lei-distrato>. Acesso em: 6 out. 2024.

personalidade, subordinação e não eventualidade (art. 3º), a atividade produtiva terceirizada impõe desafios diretos à satisfação de pelo menos dois: a personalidade e a subordinação- e, possivelmente, à não eventualidade. Contudo, a ideia de que uma sociedade empresária possa tomar para si mão de obra por intermédio de terceiros, sem a constituição de vínculo de emprego direto, parece antagônica aos preceitos fundamentais do direito laboral.

Mesmo quando estruturada adequadamente em torno de suas funções determinantes, isto é, como a tomada de serviços através de uma pessoa jurídica intermediária, que responderá diretamente pelo vínculo de emprego, essa modalidade de organização do trabalho sempre foi vista com desconfiança por parte de juízes e da doutrina especializada. Maurício Godinho, tratado de sua incompatibilidade com o sistema de proteção das relações de emprego, afirma que “(e)mbora a terceirização trabalhista não seja, necessariamente, redutora de postos de trabalho, ela é, essencialmente, desorganizadora do sistema de garantias e direitos estipulados pelo clássico Direito do Trabalho”²⁶⁷. Em suas consequências materiais, a terceirização é associada à dissociação e perda de identidade por parte do trabalhador²⁶⁸, vista como indutora de um processo sistêmico de subaproveitamento, rotatividade e precarização das condições de trabalho.²⁶⁹ Outro problema identificado, na prática trabalhista é o fato de que, muitos empregadores visam à contratação de mão de obra por terceiros com o intuito exclusivo de reduzir encargos trabalhistas, caracterizando-se a fraude à relação de emprego²⁷⁰.

²⁶⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 45.

²⁶⁸ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A terceirização trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 128.

²⁶⁹ PEREIRA, Maria Érica Ribeiro; TASSIGNY, Mônica Mota; BIZARRIA, Fabiana Pinto de Almeida. A Terceirização e Precarização do Trabalho na Política Pública de Assistência Social. **Administração Pública e Gestão Social**, [S. l.], v. 1, n. 3, p. 171–183, 2017. DOI: 10.21118/apgs.v1i3.5138. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/apgs/article/view/5138>. Acesso em: 29 jan. 2025; MINAYO-GOMEZ, Carlos; THEDIM-COSTA, Sonia Maria da Fonseca. A construção do campo da saúde do trabalhador: percurso e dilemas. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 13, supl. 2, p. 21-32, 1997; JÚNIOR, Sérgio Dias Guimarães; FERREIRA, João Batista de Oliveira. Terceirização, saúde e resistências: provocações ético-políticas à psicologia social do trabalho em contexto de precarização subjetiva. **Cadernos de Psicologia Social do Trabalho**, [S. l.], v. 23, n. 2, p. 189–202, 2020. DOI: 10.11606/issn.1981-0490.v23i2p189-202. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cpst/article/view/168676>. Acesso em: 29 jan. 2025. SILVA, Luisa Aliboni de Toledo e; JÚNIOR, Edward Goulart; CAMARGO, Mário Lázaro. Terceirização é prejudicial à saúde: um estudo bibliográfico nacional sobre a precarização do trabalho. **Revista Labor**, [S. l.], v. 1, n. 21, p. 76–97, 2019. DOI: 10.29148/labor.v1i21.40801. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/labor/article/view/40801>. Acesso em: 29 jan. 2025.

²⁷⁰ Como aponta Sérgio Pinto Martins: “(a) terceirização legal ou lícita é que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da relação de emprego. A terceirização ilegal ou ilícita é a que se refere a locação permanente de mão de obra, que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízos aos trabalhadores”. MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 159.

Do ponto de vista normativo, até o segundo terço do século XX, prevaleceu essa posição hermética em relação à terceirização trabalhista²⁷¹. Contudo, a crescente industrialização e maior especialização da economia nacional geraram pressões significativas por maior flexibilização das modalidades de organização do trabalho. Na década 1970, foi promulgada a Lei 6.019/74, que admitiu a contratação de pessoas naturais para o exercício de trabalho temporário, definido como “aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços” (art. 2º, redação original²⁷²). Quase uma década depois, sobreveio a Lei 7.102/83, que regulamentou a prestação de serviços especializados de segurança para estabelecimentos financeiros, em caráter permanente, cujo escopo foi depois ampliado pela Lei 8.863/94. Essas inovações, entretanto, constituíam apenas nichos muito específicos de terceirização, que permaneceu proibida em geral, ao menos na dogmática jurídica.

Apesar das frequentes reclamações do empresariado brasileiro acerca de um exacerbado “ativismo” da Justiça do Trabalho, é digno de nota o papel exercido pelo TST na flexibilização dos processos de contratação de mão de obra terceirizada no país. Inicialmente, em 1986, seguindo a tônica legislativa dos anos anteriores, aquele Tribunal editou o enunciado 256 de sua Súmula, que possuía ainda conteúdo restritivo, no sentido de que, ressalvada as hipóteses das Leis 6.019/74 e 7.102/83, seria “ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços no sentido de que”²⁷³. Contudo, em 1993, na esteira de uma polêmica em torno da contratação de digitadores e de serviços de conservação e limpeza pelo Banco do Brasil²⁷⁴, foi proposta a revisão desse verbete sumular, gerando o Enunciado 331²⁷⁵, o qual, além de regulamentar

²⁷¹ Importante notar, no entanto, que, já na década de 60, no Âmbito da Administração Pública, o Decreto-Lei 200/67 previu a possibilidade de execução indireta, mediante contrato, como parte do processo de descentralização administrativa (art. 10). Mais adiante, pela Lei 5.645/70, estabeleceu-se que os serviços de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas seguiriam, preferencialmente, essa modalidade de contratação (art. 3º, parágrafo único).

²⁷² Posteriormente, a Lei nº 13.429, de 2017 alterou esse dispositivo à nova dinâmica das relações de terceirização, com a seguinte redação: “Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.”

²⁷³ TST. Súmula 256. Redação original - Res. 4/1986, DJ 30.09.1986, 01 e 02.10.1986: “Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis 6.019, de 03/01/74 e 7.102, de 20/06/83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.”

²⁷⁴ PEREIRA, Emmanoel. **Direitos Sociais trabalhistas: responsabilidade, flexibilização, sindicabilidade judicial e as relações negociadas**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 118.

²⁷⁵ A redação atual desse Enunciado decorre da Res. 174/2011 - DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011: “CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante

consequências pela contratação irregular de mão de obra por parte da Administração Pública, estabeleceu, no item III, que “(n)ão forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.”

Com a diretriz do Enunciado 331, o TST substituiu a concepção proibitiva, em abstrato, sobre a terceirização, ressalvadas as exceções taxativas previstas em lei, por um juízo de abertura condicional, que admite esse modo de contratação, desde que o serviço não constitua a atividade-fim da sociedade empresária e não estejam presentes requisitos materiais do vínculo de emprego. A partir de então, boa parte do debate sobre a legalidade da contratação de mão de obra terceirizada passa a ter uma feição profundamente concreta, ao menos no nível discursivo dos Tribunais. Caberia investigar, nas reclamações trabalhistas, se o serviço tomado é, de fato, atividade-meio ou atividade-fim e se não existe evidências de simulação para burlar direitos daquele empregado, travestido de prestador. Assim, o relaxamento acerca da terceirização foi acompanhado de uma espécie de reserva de competência da Justiça do Trabalho para realizar esse *discrímen*, que forma o núcleo duro das relações de trabalho, como bem salienta Emmanoel Pereira:

As duas regras básicas da relação de trabalho são o vínculo de emprego nas relações onerosas, pessoais, subordinadas e não eventuais e a anulação das relações jurídicas diversas tendentes a fraudar a lei, com conversão do vínculo contratual cível em vínculo de emprego, tal como preconizam os arts. 3º e 9º da CLT em sua relação cruzada.

Somem-se a essas regras os princípios matrizes da “primazia da realidade” e da “proteção ao trabalhador” e está esquematizado o ambiente hostil do direito do trabalho para as práticas tendentes a flexibilizar a relação de emprego. Entre elas está a locação de mão de obra, ou terceirização trabalhista (...)²⁷⁶

A experiência mostrou, no entanto, que a concepção jurisprudencial do problema não foi suficiente para contemplar os interesses dos empregadores e a aplicação do Enunciado 331

empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

²⁷⁶ PEREIRA, Emmanoel. **Direitos Sociais trabalhistas**: responsabilidade, flexibilização, sindicabilidade judicial e as relações negociadas. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 115-116.

nas duas décadas seguintes à sua edição, continuou a gerar controvérsias e demandas por maior flexibilidade. Essa disputa tem seus capítulos mais agudos com a promulgação da Lei 13.429/2017, conhecida como “Lei da Terceirização”, que alterou dispositivos da Lei 6.019/1974 e depois, da Lei 13.467/2017, chamada de “Reforma Trabalhista”, que consolidaram as possibilidades de terceirização em todas as etapas do processo produtivo, inclusive para as atividades-fim. A princípio, com a restrição acerca finalidade da tomada de serviço terceirizado sendo retirada da equação, remanesceria ao juiz trabalhista verificar, no caso concreto, a existência de contratação fraudulenta, como último bastião do sistema protetivo das relações de emprego, a partir do princípio da primazia da realidade²⁷⁷. Contudo, a preservação dessa competência, mesmo nessa forma residual, tem se mostrado problemática, especialmente com a entrada em cena do Supremo Tribunal Federal, que passou a assumir uma atuação abrangente e incisiva nas disputas sobre a terceirização nos últimos anos.

Em 30/08/2018, o Plenário do STF, ao julgar conjuntamente ADPF 324²⁷⁸ e o RE 958.252²⁷⁹ (Tema 725 da Repercussão Geral²⁸⁰), decidiu que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo. Estava em pauta, nesses julgamentos, justamente a constitucionalidade do Enunciado 331 da Súmula do TST²⁸¹. Embora o julgamento tenha ocorrido no calor da promulgação das Leis 13.429/17 e 13.467/2017, o corpo de decisões analisados era anterior a essas inovações legislativas, de modo que o entendimento firmado pelo STF atingia o próprio cerne da jurisprudência trabalhista, formado em torno da “dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio”, tida por “imprecisa, artificial incompatível com os atuais fluxos de produção empresarial”²⁸². O voto condutor do RE 958.252, do Min. Luiz Fux, em

²⁷⁷ Maurício Godinho aponta que “o princípio da primazia da realidade sobre a forma constitui poderoso instrumento para a pesquisa e encontro da verdade real em uma situação de litígio trabalhista” sendo um de seus desdobramentos a possibilidade de “descaracterização de uma pactuada relação civil de prestação de serviços, desde que no cumprimento do contrato despontem, concretamente, todos os elementos fáticos-jurídicos da relação de emprego (trabalho por pessoa física, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação)”. DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 155.

²⁷⁸ STF. ADPF 324, Relator(a): Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 30-08-2018, Processo Eletrônico DJe-194 Divulg 05-09-2019 Public 06-09-2019;

²⁷⁹ STF. RE 958252, Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30-08-2018, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-199 Divulg 12-09-2019 Public 13-09-2019;

²⁸⁰ STF. Tema 725 da Repercussão Geral. Tese: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.”

²⁸¹ A ADPF 324 discutia o conjunto de decisões proferidas pela Justiça do Trabalho com base no Enunciado 321 do TST, que impunham, segundo a arguição, restrições assistemáticas e contraditórias à terceirização. O objeto do RE 958.252 era um acórdão de um Tribunal regional, mantido pelo TST, que impediu sociedade empresária do ramo de celulose de terceirizar os serviços de reflorestamento e outras atividades relacionadas que constituiriam atividade-fim daquela pessoa jurídica. O julgamento se deu por maioria em ambos os casos, ficando vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

²⁸² STF. ADPF 324/RE 958252. Voto do Ministro Alexandre de Moraes, p. 3.

particular confronta o consenso interpretativo formado mesmo antes do Enunciado 331, no sentido de que a terceirização só seria admitida nas hipóteses especificamente autorizadas pela legislação infraconstitucional, o que segundo o Ministro, violaria os princípios constitucionais da reserva legal (CR/88, art. 5º, II) e da livre iniciativa (CF/88, arts. 1º, IV, 170):

Outro ponto a ser salientado é o de que a Lei nº 7.102/83 não estabelece qualquer vedação à terceirização nas hipóteses que não envolvam serviços de vigilância e de transporte de valores, sequer a contrario sensu. Seu artigo 3º se limita a preceituar que a vigilância ostensiva e o transporte de valores podem ser executados por empresa especializada contratada ou pelo próprio estabelecimento financeiro. De igual modo, não há óbice imposto pela Lei nº 6.019/74, que tão somente reconhece a legitimidade da prestação de serviços por uma empresa a outra para atender a necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços. Nada dispõe sobre os casos em que a divisão de tarefas entre as empresas é conveniente, de forma permanente ou não, para fins de eficiência do processo produtivo.²⁸³

Também se deriva, do teor desses julgamentos, uma forte desconfiança sobre a capacidade dos Tribunais trabalhistas de retrabalharem criticamente, as restrições à terceirização por eles mesmas impostas. No mencionado voto do Min. Fux, aponta-se que, ao invés de realizarem exames críticos das hipóteses, os juízes do trabalho se utilizam de princípios vagos para justificar preferências políticas, baseadas em uma suposta precarização inerentemente associada à mão de obra terceirizada que, em última análise, seriam incorretas:

Ressalte-se, derradeiramente, que o critério criado pela referida Súmula, baseado na divisão entre atividades-meio e fim, gera divergências entre os próprios juízes obreiros no que concerne às hipóteses de terceirização por eles autorizadas. (...) Por essas razões, além do déficit democrático e das deficiências nos fundamentos de fato invocados pelos órgãos a quo, a orientação proibitiva, ante a falta de parâmetros objetivos, gera nefasta insegurança jurídica para empresas e trabalhadores. Como proponente da regra proibitiva, competia à Corte de origem demonstrar inequivocamente as premissas empíricas por ela assumidas, não bastando o recurso meramente retórico a interpretações de cláusulas genéricas da Constituição, como a dignidade humana (art. 1º, III), o valor social do trabalho (art. 1º, IV), a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária (art. 7º, I) ou a busca do pleno emprego (art. 170, VIII). Não sendo a seara adequada para adoção de decisões puramente políticas, aquele Tribunal assume o ônus ainda maior de comprovar, com grau de certeza virtualmente insuperável, que a conduta por ele proibida causa danos a todos os trabalhadores, formais e informais, sem produzir qualquer benefício social em contrapartida. No entanto, apurações criteriosas, mediante técnicas universalmente aceitas pela comunidade científica, permitem concluir em sentido diametralmente oposto – longe de “precarizar”, “reificar” ou prejudicar os empregados, a terceirização está associada a inegáveis benefícios aos trabalhadores em geral, como a redução do desemprego, diminuição do turnover, crescimento econômico e aumento de salários

Essa crítica à ausência de critérios objetivos nos julgamentos trabalhistas também está refletida no voto do relator da ADPF 324, Min. Luís Roberto Barroso, ao afirmar que a Justiça do Trabalho, no tratamento dessa matéria, tem criado “extrema insegurança jurídica”, pois “trabalha-se com conceitos jurídicos indeterminados como atividade-meio, atividade-fim,

²⁸³ STF. RE 958252. Voto do Ministro Luiz Fux, p. 19.

atividade essencial, e, aí, cada um projeta nesses conceitos elásticos o que deseja”²⁸⁴. Em tom ainda mais ácido, o Min. Gilmar destaca essa incoerência por meio de exemplos questionáveis de enquadramento como atividade-fim em casos como o de ‘leiturista’ dos relógios de consumo de energia, em concessionárias de energia elétrica, vendedores de bilhetes, em companhias ferroviárias, instalador, reparador e cabista de linha telefônica e atendentes de *call center*, empresas de telefonia²⁸⁵, apontando que “o TST tem colocado sérios entraves a opções políticas chanceladas pelo Executivo e pelo Legislativo.”²⁸⁶

Em 15/4/2020, o STF aprofundou a sua posição no julgamento conjunto da ADC 48 e da ADI 3.961/DF²⁸⁷, no qual se afirmou a constitucionalidade da Lei 11.442/2007, que regulamenta a contratação de transportadores autônomos de carga por proprietários de carga e por empresas transportadoras de carga. Na tese proposta pelo relator, Min. Roberto Barroso, insistiu-se que a lei é constitucional “uma vez que a Constituição não veda a terceirização”²⁸⁸. Ponto de destaque, nesse julgamento, é o fato de que o diploma em questão prevê, em seu art. 5º, que as relações decorrentes do contrato de transporte de cargas disposto no art. 4º “são sempre de natureza comercial, não ensejando, em nenhuma hipótese, a caracterização de vínculo de emprego”. O alcance dessa previsão foi problematizado no voto divergente do Min. Luiz Edson Fachin, em seu potencial de esvaziamento da das garantias do direito do trabalho:

(...) a regulamentação infraconstitucional não pode, de forma abstrata e generalizada, impor natureza comercial ao vínculo decorrente do contrato de transporte rodoviário de cargas, excluindo, aprioristicamente, o regime de direitos fundamentais sociais trabalhistas preconizado pelo art. 7º da Constituição da República, se, nessa relação, estiverem presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego.²⁸⁹

A esse questionamento, o Min. Barroso afirmou não haver discordância, pois segundo seu entendimento, a Lei faria clara distinção entre o transportador autônomo e o empregado, de modo que o art. 5º não se aplicaria a esse último. A Min. Rosa Weber apontou fragilidades nessa justificativa, pois o referido dispositivo claramente estabelece uma qualificação *a priori* da relação contratual, favorecendo a ocorrência de fraudes. Apesar dessas ressalvas, prevaleceu o juízo de constitucionalidade do dispositivo.

A preocupação da divergência se mostrou premonitória. Em julgamentos subsequentes, a primeira turma do STF passou a entender que as disputas acerca do tipo vínculo entre o

²⁸⁴ STF. ADPF 324. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 11.

²⁸⁵ STF. ADPF 324/RE 958252. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 7-8.

²⁸⁶ Ibidem, p. 10

²⁸⁷ STF ADI 3961/ ADC 48. Relator(a): Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 15-04-2020, Processo Eletrônico DJe-140 Divulg 04-06-2020 Public 05-06-2020.

²⁸⁸ ADC 48/ ADI 3961. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 10.

²⁸⁹ ADC 48/ ADI 3961. Voto do Ministro Luiz Edson Fachin, p. 4.

prestador e o tomador do serviço de transportes deveriam ser dirimidas pela Justiça Comum, afastando a competência material da Justiça do Trabalho para reconhecer o vínculo de emprego, dada a natureza comercial dessa relação ²⁹⁰. A segunda turma resistiu a esse entendimento, por um tempo, sob o argumento de que “(a)pesar de a Lei 11.442/07 haver sido declarada constitucional, subsiste a competência da Justiça do Trabalho para o reconhecimento da existência de relação de emprego, tendo em vista o princípio da realidade”²⁹¹. Porém, em setembro de 2022, a Lei 14.440/22 acresceu ao art. 5º, § 3º da Lei 11.442/07 a previsão de que “(c)ompete à justiça comum o julgamento de ações oriundas dos contratos de transportes de cargas”. Atualmente, as duas turmas convergem no sentido da incompetência da justiça especializada para esse tipo de contrato.

Apesar dessa e outras hipóteses especiais²⁹², a competência da justiça do trabalho para reconhecer, em geral, a existência de relação de emprego subjacente aos contratos civis em ainda é respeitada pelo STF. Mas essa posição tem prevalecido sob protestos, especialmente por conta de uma percepção, difundida entre a maior parte dos ministros da Corte, de que a os tribunais trabalhistas se utilizam de expedientes defensivos para descumprir os precedentes vinculantes da Corte Suprema. Esse traço de desconfiança pode ser identificado, por exemplo, nos acórdãos da primeira turma que afirmam a possibilidade de se ultrapassar os óbices formais ao conhecimento de recurso de natureza extraordinária (pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal), quando a matéria de fundo estiver de acordo com tese fixada em regime de repercussão geral. Os itens 1 e 2 da ementa do acórdão da Rcl 46278, de relatoria da Min Rosa Weber, são didáticos para elucidar o constrangimento implícito nesse entendimento:

1. Na minha compreensão, o Tribunal Superior do Trabalho exerce sua própria competência ao negar seguimento ao recurso de revista em razão da ausência de dissídio jurisprudencial, requisito de admissibilidade previsto na Consolidação das Leis do Trabalho.

²⁹⁰ STF. Rcl 43544 AgR, Relator(a): Rosa Weber, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 17-02-2021, Processo Eletrônico DJe-039 Divulg 02-03-2021 Public 03-03-2021; Rcl 49101 AgR, Relator(a): Rosa Weber, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 11-11-2021, Processo Eletrônico DJe-040 Divulg 02-03-2022 Public 03-03-2022; Rcl 47524 ED-AgR, Relator(a): Roberto Barroso, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 06-12-2021, Processo Eletrônico DJe-097 Divulg 19-05-2022 Public 20-05-2022; Rcl 49188 AgR, Relator(a): Rosa Weber, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre De Moraes, Primeira Turma, julgado em 21-02-2022, Processo Eletrônico DJe-049 Divulg 14-03-2022 Public 15-03-2022; Rcl 51726 AgR, Relator(a): Alexandre De Moraes, Primeira Turma, julgado em 21-03-2022, Processo Eletrônico DJe-066 Divulg 04-04-2022 PUBLIC 05-04-2022)

²⁹¹ Rcl 50510 AgR, Relator(a): Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 13-06-2022, PROCESSO Eletrônico DJe-155 Divulg 04-08-2022 Public 05-08-2022.

²⁹² Menciona-se o Tema 550 da Repercussão Geral, que tratou dos representantes comerciais submetidos à Lei 4.886/65. A tese firmada foi: “Preenchidos os requisitos dispostos na Lei 4.886/65, compete à Justiça Comum o julgamento de processos envolvendo relação jurídica entre representante e representada comerciais, uma vez que não há relação de trabalho entre as partes”. STF. RE 606003, Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 28-09-2020, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-248 Divulg 13-10-2020 Public 14-10-2020.

2. Nos termos de precedente turmário, entretanto, é possível afastar a análise dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade dos recursos para enfrentar questões de fundo, em relação às quais exista tese de repercussão geral firmada por esta Suprema Corte, em observância ao princípio da primazia da solução de mérito (art. 4º do CPC). Ressalva de entendimento da Relatora. 3. Agravo interno conhecido e provido.²⁹³

Quando do julgamento da Reclamação 36.391, a respeito do mesmo tema, o Min. Dias Toffoli coloca luz sobre as razões de fundo desse entendimento, que tem a ver com a afirmação da autoridade do STF diante das ações estratégicas do TST:

Observo que a Corte Superior da Justiça do Trabalho reiteradamente tem se valido de requisitos de admissibilidade de recurso de revista para se furtar a conhecer de recursos de sua competência nos quais se controverte temática submetida à sistemática de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.

Não obstante o princípio da especialidade recomende a incidência da CLT no processo trabalhista, é certo que a sistemática de repercussão geral tem sua regulamentação no CPC e deve ser aplicada de maneira isonômica nos órgãos do Poder Judiciário nacional, por regulamentar a competência do STF para solucionar, como última instância, matéria constitucional dotada de repercussão geral, competindo aos demais órgãos do Poder Judiciário a concretização da tese caso a caso.²⁹⁴

Essa posição é referendada pelo Min. Alexandre de Moraes, ao complementar, em seu voto:

Parece-me que, constantemente, se coloca no TST um obstáculo para que o tema possa chegar ao Supremo Tribunal Federal e se aplique o tema de repercussão geral.

Antes, a questão era a transcendência - o TST negava o recurso de revista, em virtude da ausência de transcendência. A Turma, por várias e várias vezes, assim como a Segunda Turma também o fez, entendeu que se a questão de a terceirização ter repercussão geral, não poderia ser negada a transcendência.

(...)

Nós precisamos mudar a cultura da aplicação na observância dos precedentes. E o que ocorre em alguns casos, e neste me parece que também ocorreu? Não é possível a reclamação, o Supremo acaba não aceitando a reclamação da decisão do TRT, porque ainda falta o TST. O TRT julga contrário à repercussão geral fixada pelo Supremo Tribunal Federal. E o TST, por uma questão formal, acaba impossibilitando que chegue ao Supremo Tribunal Federal.²⁹⁵

No âmbito da segunda turma, em caso que discutia o reconhecimento de vínculo de emprego em escritório de advocacia, a reclamação contra acórdão regional foi rejeitada, pelo não esgotamento das instâncias ordinárias (CPC, art. 988, § 5º, II). Apesar do óbice formal, o Min Gilmar Mendes apresentou voto divergente para defender a incompetência da justiça do trabalho, em geral, para o reconhecimento de vínculo de emprego em relações civis, chamando atenção para “os entraves impostos pela Justiça do Trabalho à liberdade de organização

²⁹³ STF. Rcl 46278 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 03-08-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-163 DIVULG 16-08-2021 PUBLIC 17-08-2021

²⁹⁴ STF. Rcl 36391 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 04-05-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 15-10-2021 PUBLIC 18-10-2021. Voto do Ministro Dias Toffoli, p. 2;

²⁹⁵ STF. Rcl 36391. Voto do ministro Alexandre de Moraes. O trecho compõe duas partes separadas por uma intervenção do Min. Dias Toffoli.

produtiva dos cidadãos”²⁹⁶. Inicialmente, o ministro destacou o enorme volume de reclamações constitucionais julgados pelo STF, em razão da recalcitrância das Cortes trabalhistas em respeitar os precedentes vinculantes da casa e as inovações legislativas recentes:

Apenas para que tenhamos a devida dimensão da problemática, aponto que, segundo dados extraídos do portal Corte Aberta, entre 1º.1.2024 e 30.9.2024, foram distribuídas mais de 7.360 reclamações a todos os Ministros da Corte, das quais 4.440 reclamações foram classificadas pelos sistemas internos deste Tribunal nas categorias "Direito do Trabalho" e "Direito Processual Civil e do Trabalho". Em 9.10.2024, tramitavam 3.663 reclamações nesta Suprema Corte, sendo certo que 2.223 reclamações possuíam a mesma classificação. Não precisamos de métodos estatísticos elaborados ou de grandes matemáticos para chegarmos à conclusão de que parcela significativa das reclamações que tramitam nesta Corte envolvem a seara trabalhista.

Com efeito, no período compreendido entre 1º.8.2024 e 30.9.2024, foram apreciadas por ambas as Turmas mais de 180 reclamações e mais de 570 reclamações com decisões monocráticas, que tinham por objeto decisões da Justiça do Trabalho que, em maior ou menor medida, negavam a liberdade de organização produtiva. No primeiro semestre deste ano (1º.2.2024 a 1º.7.2024), foram julgadas colegiadamente mais de 460 reclamações com o mesmo objeto. Em termos de decisões monocráticas, nesse mesmo período, foram proferidas mais de 1.280 por todos os integrantes da Corte.

Os números assustam! Eles servem para demonstrar que essa quantidade infindável de reclamações sobre os mesmos temas trabalhistas têm dificultado o adequado exercício das funções constitucionais atribuídas a esta Corte. Tudo isso fruto de uma renitência da Justiça do Trabalho em dar efetivo cumprimento às deliberações desta Corte.²⁹⁷

Em seguida, fazendo um apanhado de precedentes em que o STF teria reconhecido a competência da justiça comum para dirimir controversas acerca da natureza civil ou trabalhista de determinados contratos²⁹⁸, afirmou a necessidade de evolução da jurisprudência para que se promova novo encaminhamento acerca do tema, propondo que:

(...)as causas que discutam a regularidade de contrato civil ou comercial devem ser apreciadas pela Justiça Comum e, caso seja verificada qualquer nulidade no negócio jurídico, nos termos do art. 166 e seguintes do Código Civil, caberá a remessa dos autos à Justiça do Trabalho para apuração de eventuais direitos trabalhistas.²⁹⁹

O Min. André Mendonça acompanhou parcialmente a divergência e destacou, também, seu espanto com a “absoluta indisposição, por parte da Justiça do Trabalho, em considerar qualquer opção que não seja a simples manutenção do *status quo ante*”³⁰⁰, mas não aderiu,

²⁹⁶ STF. Rcl 70660 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 06-11-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 18-12-2024 PUBLIC 19-12-2024. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 1-2.

²⁹⁷ *Ibidem*, p.1-2.

²⁹⁸ Quanto aos contratos de transporte submetidos à Lei 11.442/2007, ministro cita, além da ADC 48, a Reclamação 63.839-AgR, de relatoria do Min. Dias Toffoli e a Rcl 53.627-AgR-ED-ED, de sua relatoria. Quanto ao Tema 550, dos representantes comerciais, além do RE 606.003, menciona os acórdãos das Reclamações 69.421-AgR, de sua relatoria e 69.206-AgR, do Min. Dias Toffoli. Quanto aos contratos civis de associação para prestação de serviços advocatícios, menciona a reclamação 60.118-AgR, de relatoria Rel. Min. André Mendonça, na qual também se afirmou que “na esfera judicial, será da Justiça comum a competência para a solução desses litígios”.

²⁹⁹ STF. Rcl 70660 AgR. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 9.

³⁰⁰ *Idem*. Voto do Ministro André Mendonça, p. 2.

naquele momento, à tese forte de incompetência automática da Justiça do Trabalho. Contudo, seu argumento é puramente formal e se vale das limitações da via eleita (a reclamação) para veicular restrição tão ampla à jurisdição laboral, reconhecendo, por outro lado que “a fração nuclear dos precedentes atrelados à licitude da terceirização (...) admita um viés interpretativo que direcione para a competência da Justiça comum”³⁰¹, o que indicaria uma tendência do STF, que deveria ser consolidada em plenário.

Inobstante os aspectos mais especulativos desses embates, o fato é que, na prática, como detalhado pelo Min. Gilmar Mendes, o STF tem julgado um número superlativo de reclamações constitucionais contra acórdãos providos da Justiça do Trabalho. Notícia veiculada na mídia especializada no início de 2025 relata que, entre 2018 (primeiro ano após a reforma trabalhista) e 2024, o volume de reclamações aumentou em mais seis vezes e representa 42% do total de ações recebidas pela Corte, movimento impulsionado “‘boom’ de reclamações contra decisões da Justiça do Trabalho (...) sobre terceirização e pejetização”³⁰². Dados do acervo “Corte Aberta” do STF³⁰³ revelam que, nesse mesmo período, das 45.420 reclamações constitucionais recebidas, 12.132 versavam sobre direito material do trabalho, em contraste com 9.491 de direito administrativo e 1.593 de direito civil. Em um universo de 52.250 decisões finais proferidas, das quais 16.386 foram de procedência ou procedência em parte (31,36% de sucesso total ou parcial), 6.260 eram de direito material do trabalho (52,95% de sucesso), demonstrando uma taxa de êxito bem superior a observada em causas de direito administrativo (3157 decisões de procedência ou procedência parcial, 34,31%) e cíveis (177 decisões, 11, 36%).

Em muitas dessas ocasiões, a pretexto de fazer valer a autoridade de seus precedentes acerca da licitude da terceirização trabalhista, esse remédio processual tem sido utilizado para desconstituir acórdãos que, no caso concreto, reconheceram a existência de fraude à relação de emprego, sem rejeitar, *a priori*, a possibilidade de terceirização lícita. Muito desse volume é devido ao fato de que, no julgamento do Tema 725, o STF ampliou de tal modo o conceito de terceirização da atividade-fim, para albergar “qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas”, que terminou por validar o fenômeno mais complexo da “pejetização”³⁰⁴, largamente utilizado para operacionalizar fraudes a típicas relações de

³⁰¹ *Idem*. Voto do Ministro André Mendonça., p. 5.

³⁰² JOTA. Reclamações trabalhistas no STF em 2024 aumentam 65% e já é a área que mais demanda. JOTA, 29 jan. 2025. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/trabalho/reclamacoes-trabalhistas-no-stf-em-2024-aumentam-65-e-ja-e-a-area-que-mais-demanda>. Acesso em: 31 jan. 2025.

³⁰³ STF. Portal Corte Aberta. Disponível em <https://transparencia.stf.jus.br/>. Acesso em: 31 jan. 2025

³⁰⁴ STF. Rcl 53688 AgR, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Relator(a) p/ Acórdão: Nunes Marques, Segunda Turma, julgado em 17-10-2023, Processo Eletrônico DJe-s/n Divulg 11-12-2023 Public 12-12-2023; Rcl 54959 AgR, Relator(a): Nunes Marques, Relator(a) p/ Acórdão: Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 19-12-

emprego. Esse alcance exacerbado dado ao precedente dificulta a compreensão, no aspecto discursivo dos julgados subsequentes, das nuances que distinguem o trabalho efetivamente autônomo do trabalho subordinado disfarçado, a subverter, assim, o preceito da primazia da realidade, pois a forma civil do contrato passa a assumir uma prevalência validada *prima facie*³⁰⁵.

Esse problema foi ressaltado pela divergência formada no julgamento da Adin ADI 5625, que firmou a constitucionalidade da celebração de contrato civil de parceria entre salões de beleza e profissionais do setor, nos termos da Lei 13.352/16. Ainda que a tese firmada pelo Pleno faça a ressalva de ser “nulo o contrato civil de parceria referido, quando utilizado para dissimular relação de emprego de fato existente, a ser reconhecida sempre que se fizerem presentes seus elementos caracterizadores”³⁰⁶, a validação apriorística, consubstanciada em lei abstrata, sobre a natureza civil dessas “parcerias” obstaculiza a dimensão concreta em que os exames dessas relações jurídicas devem ser realizados. O voto da Min. Rosa Weber sintetiza o ponto:

A questão constitucional objeto desta ação de controle concentrado circunscreve-se ao mascaramento dos contornos do trabalho subordinado, observada a matriz constitucional humanista de proteção da dignidade da pessoa humana à luz do trabalho decente. Submete-se, portanto, ao princípio da primazia da realidade. Emerge essencialmente no jogo do poder de direção do contratante concretamente manifestado na execução diária do contrato pelo trabalhador, a ser analisado em cada caso. Há que se resguardar o direito do trabalhador de acessar o Poder Judiciário no

2023, Processo Eletrônico DJe-s/n Divulg 02-02-2024 Public 05-02-2024; Rcl 69672 AgR, Relator(a): Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 09-09-2024, Processo Eletrônico DJe-s/n Divulg 10-09-2024 Public 11-09-2024; Rcl 61583 AgR, Relator(a): Cármen Lúcia, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 18-09-2023, Processo Eletrônico DJe-s/n Divulg 20-09-2023 Public 21-09-2023; Rcl 69753 AgR, Relator(a): Flávio Dino, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 23-09-2024, Processo Eletrônico DJe-s/n Divulg 14-11-2024 Public 18-11-2024; Rcl 47843 AgR, Relator(a): Cármen Lúcia, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 08-02-2022, Processo Eletrônico DJe-068 Divulg 06-04-2022 Public 07-04-2022;

³⁰⁵ Recentemente, foi noticiado que o Min. Kassio Nunes Marques cassou oito acórdãos do TRT da 2ª Região em uma única reclamação. A engenharia processual foi elogiada por um advogado ouvido pela reportagem, afirmando que a sua importância “não está apenas na reafirmação da jurisprudência do STF, mas também na promoção de maior eficiência no sistema judiciário, ao permitir a resolução conjunta de múltiplos casos que compartilham a mesma questão jurídica.” JOTA. Com uma única decisão, Nunes Marques cassa 8 acórdãos sobre vínculo empregatício. **JOTA**, 2025. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/trabalho/com-uma-unica-decisao-nunes-marques-cassa-8-acordaos-sobre-vinculo-empregaticio>. Acesso em: 15 fev. 2025.

³⁰⁶ STF. ADI 5625, Relator(a): Edson Fachin, Relator(a) p/ Acórdão: Nunes Marques, Tribunal Pleno, julgado em 28-10-2021, Processo Eletrônico DJe-059 Divulg 28-03-2022 Public 29-03-2022. Tese firmada: “I - É constitucional a celebração de contrato civil de parceria entre salões de beleza e profissionais do setor, nos termos da Lei 13.352, de 27 de outubro de 2016; II - É nulo o contrato civil de parceria referido, quando utilizado para dissimular relação de emprego de fato existente, a ser reconhecida sempre que se fizerem presentes seus elementos caracterizadores”.

caso de controvérsia acerca da configuração do vínculo jurídico mantido entre as partes no cotidiano da prestação dos serviços.³⁰⁷

O Min. Edson Fachin tem ficado vencido, em algumas reclamações, para resguardar a posição de que o STF não deveria admitir o exame, por essa via processual estreita, da “análise fática levada a efeito pela Justiça do Trabalho quando conclui pela configuração de eventual fraude, com consequente reconhecimento de vínculo laboral”³⁰⁸, por ausência de estrita aderência ao precedente obrigatório do tema 725. De fato, a admissão abrangente de reclamações constitucionais colocou o STF na posição de revisor de decisões de mérito trabalhista, a princípio, intensivas em provas e juízos infraconstitucionais, esvaziando, indiretamente, a competência da Justiça do Trabalho para o exame dos fatos e provas do processo.

Ainda que se concorde com a percepção de muitos ministros de que os Tribunais do Trabalho têm se valido do aspecto concreto desses casos de forma meramente performática, para fazer prevalecer seus próprios entendimentos sobre o trabalho terceirizado, o problema é que, para atacar o problema de forma direta, o STF incorreu no mesmo comportamento estratégico e passou constitucionalizar, de maneira artificial, o conceito de subordinação, exame para o qual não está institucionalmente equipado. É nesse sentido que Cássio Casagrande denuncia que a Corte Suprema passou a “revisar provas (o que não é possível em sede de reclamação) de todo e qualquer processo trabalhista em que se invoca o art. 9º da CLT” e, assim, “virou a maior Vara do Trabalho do Brasil”³⁰⁹. Oscar Vilhena, ao denunciar essa prática, aponta que a maioria dos integrantes do STF tem tomado “por lei suas concepções econômicas” e que, “ao suprimir a competência da Justiça do Trabalho para aferir a existência de vínculo de emprego,(...) está contribuindo para a redução da capacidade de nosso sistema jurídico de detectar toda sorte de violações nas relações de trabalho”³¹⁰ Rodrigo Carelli, por sua vez, indica que as reclamações se tornaram “um super recurso”, uma “carta mágica” em que “instâncias são puladas, mas se escapa de toda a análise fática dos casos”.³¹¹

³⁰⁷ STF. ADI 5625, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: NUNES MARQUES, Tribunal Pleno, julgado em 28-10-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-059 DIVULG 28-03-2022 PUBLIC 29-03-2022, Voto da Ministra Rosa Weber, p. 24.

³⁰⁸ STF. Rel 68609 ED, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26-08-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-s/n DIVULG 04-10-2024 PUBLIC 07-10-2024. Voto do Ministro Edson Fachin, p. 20

³⁰⁹ CASAGRANDE, Cássio. Pejotização: **STF ultrapassou portal do inferno e não consegue retornar**. JOTA, 18 jun. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/>. Acesso em: 31 jan. 2025.

³¹⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Pessoa jurídica não tem direitos humanos, sexo ou cor**. Folha de S.Paulo, São Paulo, 23 mar. 2024. Disponível em: www1.folha.uol.com.br. Acesso em: 31 jan. 2025.

³¹¹ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. STF não está em conflito com Justiça do Trabalho; está em luta contra direitos humanos. **JOTA**, 31 out. 2023, Disponível em: : <https://www.jota.info/>. Acesso em: 31 jan. 2025

A reação crítica que parte da comunidade de juristas trabalhistas tem protagonizado discerne corretamente o problema criado pelo alcance excessivo que o STF tem dado ao seu precedente. Por outro lado, a defesa da competência da Justiça do Trabalho não será útil enquanto for veiculada como espécie de grito de resistência. Ao contrário do que afirmam os três autores acima citados, não foi o STF quem criou, sozinho, o problema que hoje o assombra. A solução de abrir as portas das reclamações pode não ter sido estrategicamente adequada, mas não se deve perder de vista o estado de coisas que levou a Corte Suprema a assumir a frente desse assunto em primeiro lugar, particularmente em relação à tendência histórica da justiça laboral em criar restrições artificiais às novas formas de organização do trabalho que não fossem aquelas admitidas pela CLT. O uso abusivo da distinção atividade-fim x atividade-meio foi corretamente diagnosticado nos julgamentos do STF. Aos exemplos dados pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento da ADPF 324, podem ser somar outros, como o trabalho de limpeza de faixas de servidão de linhas de transmissão da rede elétrica³¹², ou de *call center* ou telemarketing de bancos³¹³.

Destaca-se, também a título exemplificativo, a jurisprudência consolidada no TST acerca das horas extras devidas ao advogado associado, como consequência do reconhecimento de vínculo de emprego, a partir da redação do antigo art. 20 do Estatuto da OAB (Lei 8.906/94), posteriormente revogado pela Lei 14.365/22. À época, como o dispositivo previa que a jornada do advogado empregado seria de quatro horas, “salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva” a Corte trabalhista fixou o entendimento de que “a caracterização do regime de dedicação exclusiva, por consubstanciar situação excepcional, requer ajuste contratual expresso nesse sentido”³¹⁴. Como os advogados que pediam o reconhecimento de

³¹² Para esses casos, ver julgados do TRT da 5ª Região: ; 01264-2007-463-05-00-3-RO; 0059700-35.2008.5.05.0462RecOrd; 00231-2009-461-05-00-5-RecOrd; 01058-2007-462-05-00-7-RO

³¹³ TST. TST - RR: 0000003-26.2014.5.03.0140, Relator: Antonio Jose De Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 19/10/2016, 5ª Turma, Data de Publicação: 21/10/2016; RR: 17918920145030006, Data de Julgamento: 14/12/2015, Data de Publicação: DEJT 18/12/2015; TRT-3 - RO: 00119492320145030163 MG 0011949-23.2014.5.03.0163, Relator: Fernando Luiz G.Rios Neto, Data de Julgamento: 24/08/2016, Setima Turma, Data de Publicação: 25/08/2016; RO: 01434201411303009 MG 0001434-79.2014.5.03.0113, Relator: Milton V.Thibau de Almeida, Terceira Turma, Data de Publicação: 02/05/2016

³¹⁴ TST. E-RR-1606-53.2011.5.15.0093, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Redator Ministro João Oreste Dalazen, DEJT 06/09/2018; Ag-E-ED-Ag-ED-RR-919-64.2014.5.09.0020, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 24/02/2023; Ag-E-RR-977-51.2015.5.10.0102, SDI-1, Rel. Min. Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 25/6/2021, E-ED-RR-935-30.2012.5.04.0019, SDI-1, Rel. Min. Alexandre Luiz Ramos, DEJT 26/3/2021; Ag-E-ED-ARR-882-66.2013.5.03.0011, SDI-1, Rel. Min. Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 12/2/2021; E-RR-1606-53.2011.5.15.0093, SDI-1, Red. Min. João Oreste Dalazen, DEJT 6/9/2018; E-ED-RR-452-69.2010.5.09.0006, SDI-1, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, DEJT 11/5/2018; E-RR-59400-57.2006.5.02.0032, SDI-1, Rel. Min. Marcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 20/4/2018.

vínculo não tinham contrato de trabalho, pois ingressavam no escritório como associados (aderiam ao contrato social), os escritórios eram condenados a indenizar horas-extras após a quarta diária por todos os dias de trabalho durante o período não prescrito. Esse entendimento era aplicado independentemente do regime de trabalho estabelecido no contrato-realidade, sendo irrelevante que a prova dos autos revelasse arranjo distinto, como a jornada de 8 horas. Ou seja, para beneficiar esses profissionais e punir os escritórios em face de uma conduta tida por fraudulenta, a justiça trabalhista criou uma condição formalista impenetrável, abandonando a primazia da realidade, sempre alardeada como um de seus princípios estruturantes.

A simples acusação de interferência indevida do STF é inócua, portanto, se os integrantes do ecossistema trabalhista, juízes, advogados e promotores, não se dispuserem a uma reflexão crítica das razões que criaram tamanho esgarçamento entre a Justiça do Trabalho e os setores produtivos da sociedade, passando pelo poder legislativo e o próprio Tribunal de cúpula do sistema judicial em que estão inseridos.

O que emerge dessa disputa institucional, portanto, é que tanto a Justiça do Trabalho como STF perderam a dimensão concreta da fundamentação judicial, operacionalizando seus entendimentos através de grandes consensos temáticos. Por meios de pactos de não fundamentação internos à jurisdição trabalhista, as formas de organização do trabalho, em sua realidade fluída e dinâmica, foram sendo encapsuladas em padrões rígidos de uma jurisprudência cada vez mais recalcitrante e autorreferente. Como reação, o Supremo criou seus próprios pactos de não fundamentação, expandindo os limites constitucionais de suas decisões de forma artificial, para atingir, indiretamente, a própria competência da justiça trabalhista quanto ao reconhecimento, em concreto, de relações de emprego. Nesse mister, a pretexto de defender a autoridade de seus precedentes, passou a tutelar o próprio conceito de subordinação, priorizando a forma sobre o conteúdo, a esvaziar o sentido normativo dos arts. 3º e 9º da CLT. Ao se perder de vista a feição concreta da fundamentação judicial, os embates de entendimento se afastaram do discurso jurídico voltado para a realidade e deram lugar a um conflito de autoridades, em que o STF, por ser o órgão de Cúpula, tende a prevalecer, ainda que em detrimento do próprio sistema de proteção às relações de emprego. Afinal, como o próprio Min. Gilmar Mendes asseverou, no julgamento da ADPF 324:

a Justiça do Trabalho estará diante do grande desafio de coibir abusos, nomeadamente o uso ardiloso da terceirização como expediente de pulverização da cadeia produtiva com vistas a impedir, em qualquer altura do processo produtivo, que alguma empresa arque com os direitos trabalhistas envolvidos.³¹⁵

³¹⁵ STF. ADPF 324/RE 958252. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 18.

Se os tribunais não assumem a grandeza desse desafio, quem perde, invariavelmente, é jurisdicionado.

2.5 A NÃO FUNDAMENTAÇÃO COMO CORRUPÇÃO SISTÊMICA. O ENTRINCHEIRAMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL

Em todos os exemplos explorados acima, o dever de fundamentação é consumido por considerações exógenas dos juízes, para viabilizar estratégias decisórias que não podem ser justificadas internamente. A fundamentação exaustiva sobre as postulações das partes se torna um empecilho, seja porque tornaria o trabalho inviável, em razão do volume de processos, seja porque se tornaria um obstáculo a um resultado pré-determinado³¹⁶, tido por institucionalmente necessário, ou a combinação das duas coisas. Essa recalcitrância é não só mal disfarçada como muitas vezes admitida explicitamente pelos Tribunais. Em sua lógica interna, portanto, esses pactos são justificados a partir de uma retórica auto imunizadora, que naturaliza a não-fundamentação como uma de necessidade operativa do sistema, destinada a evitar que exigências vistas como irrealistas levem o funcionamento da Justiça ao colapso, aproximando-se, performativamente, da ideia de “ilegalidades úteis”³¹⁷ aludida por Luhmann na teoria das organizações.

O problema de se emprestar uma coloração estritamente pragmática a essas estratégias é que, em Luhman, a ilegalidade é útil na exata medida em que possa operar na penumbra das regras internas de uma organização, funcionando como uma “graxa”, mas sem contrapor a normatividade do próprio sistema. São “atalhos” criados por atores envolvidos na operação diária de subsistemas organizacionais, quando confrontados por controles ineficientes ou

³¹⁶ Jon Elster, aprofundando a alegoria de Ulisses (Odisseu) e as Sirenas, relembra que o herói, além de atar-se ao mastro do navio, também aplicou cera sobre os ouvidos de seus marinheiros, destacando que, em contextos estratégicos, em que os resultados dependam da coordenação entre os participantes, bloquear canais de comunicação pode se tornar útil, quando há o risco de que “receber a mensagem” possa racionalmente motivar comportamentos não desejados. ELSTER, Jon. **Ulysses unbound: studies in rationality, precommitment, and constraints**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 35.

³¹⁷ A partir desse conceito (“Brauchbare Illegalität”), Luhmann aglutina diversas práticas que operam na zona cinzenta entre a ilegalidade e a legalidade, sem, contudo, se ocupar de sua justificação jurídica. A intenção é demonstrar como sistemas estruturados sobre regras formais possuem uma orientação contraditória, em que um certo grau de ilegalidade torna-se inevitável. A necessidade de adaptação às circunstâncias ambientais e de atendimento a demandas externas produzem expectativas conflitantes, que não podem ser conciliadas apenas com recurso às normas internas. A especialização interna, em subsistemas, permite uma maior adaptabilidade organizacional, mas favorece a consolidação de práticas e sub-rotinas próprias e uma crescente ambiguidade em relação às normas gerais, que favorece a proliferação de ilegalidades úteis. Essas condutas devem ser vistas sob o prisma pragmático de quem usa e interpreta as regras no cotidiano da instituição, o que também envolve acomodações com base em hierarquia e prestígio de seus integrantes. Essas contradições acabam sendo abertamente institucionalizadas ou tacitamente aceitas, atingindo-se uma estabilidade adaptativa precária, que demanda o gerenciamento contínuo do limiar entre o aceitável e o inaceitável. LUHMANN, Niklas. **Funktionen und folgen formaler organisation**. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1999. p. 304-314.

contraprodutivos. Esses “desvios construtivos”, como tem sido chamado pela doutrina contemporânea, são definidos por Galperin como “comportamentos voluntários que violam regras organizacionais”³¹⁸ e funcionam na dimensão do “*soft law*”, podendo, inclusive, refletir a aderência a normas de gabarito mais elevado e revelar virtudes que seriam tolhidas pelos regulamentos existentes.³¹⁹ É no mínimo incerta a aplicabilidade dessas ideias às hipóteses de violação frontal e ostensiva das Leis do Estado³²⁰ e, muito menos, da própria Constituição, como as observadas nos pactos de não fundamentação.

Existe uma linha tênue a ser seguida, portanto, quando se analisa a lógica interna da não fundamentação pelo Poder Judiciário por essa chave interpretativas de “desvios úteis”, ainda mais quando se tem em conta que os fundamentos de uma decisão são condição de legitimidade constitucional do poder coercitivo exercido pelo juiz de direito. Isso não significa dizer que as razões internas aos pactos de não fundamentação devam ser rejeitadas peremptoriamente, por sua ilicitude. Isso seria um erro normativista. Quer-se dizer, apenas, que a complexidade do problema demanda uma análise séria de seus matizes normativos e estratégicos, que parecem, a princípio, se situar em dimensões irreconciliáveis. De um lado, esses comportamentos revelam uma patologia corrosiva das bases legitimadoras do sistema judicial, mas, ao mesmo tempo, são desdobramentos racionais e especializações até mesmo inevitáveis das escolhas institucionais realizadas pelos atores políticos brasileiros nos últimos 30 anos.

O olhar excessivamente normativo sobre a questão, focado apenas nas expectativas sobre os comportamentos individuais dos juízes e Tribunais diante dos deveres que a Lei lhes impõe, sem consideração sobre o contexto institucional em que essas práticas foram se especializando, pode significar uma miopia analítica pouco útil, que levará ao estado de perplexidade demonstrado por muitos observadores diante de um problema virtualmente insolúvel. Por outro lado, a perspectiva estritamente funcional, que se distancia dos pressupostos de legitimação democrática inerentes aos processos comunicativos entre o Poder Judiciário, seus operadores e a esfera pública, pode recair no realismo e na normalização desinteressada. Em ambos os cenários, perde-se o horizonte de soluções e de abordagem criativa.

³¹⁸ GALPERIN, Bella L. Can workplace deviance be constructive?. In: SAGIE, A.; STASHEVSKY, S.; KOSLOWSKY, M. (ed.). **Misbehaviour and dysfunctional attitudes in organizations**. Londres: Palgrave Macmillan, 2003. p. 155.

³¹⁹ VADERA, Abhijeet K.; PRATT, Michael. G.; MISHRA, Pooja. Constructive deviance in organizations: integrating and moving forward. **Journal of Management**, 39(5), 1221-1276.

³²⁰ SCHRÖDER, Thomas. Corporate crime, the lawmaker's options for corporate criminal laws and Luhmann's concept of “useful illegality”. **International Journal of Law, Crime and Justice**, v. 57, p. 121, 2019

Preferimos considerar o fenômeno dos pactos de não fundamentação a partir de uma ótica de “entrincheiramento institucional”, ocasionado por problemas de coordenação e cooperação graves entre o Poder Judiciário, seus órgãos de controle e a sociedade civil, caracterizando-se um estado de corrupção sistêmica. Essa abordagem nos permite enfrentar a questão de frente, afastando eufemismos que possam caracterizar esses atos como meros “desvios construtivos”, taxando-lhes pelo que são, isto é, práticas que infringem de forma ostensiva as leis do Estado, sem, contudo, perder de vista a complexa trama institucional em que possam ter se tornado “úteis” ao funcionamento dos Tribunais.

No contexto da teoria dos sistemas, Marcelo Neves identifica a corrupção sistêmica como falhas de interação no nível dos acoplamentos estruturais³²¹. Trata-se de uma patologia verificada quando o código binário de um sistema (p. ex: poder/não poder, no político) opera diretamente em outro (lícito/ilícito, no jurídico), impedindo a sua reprodução autônoma (p. ex., decisões judiciais são tomadas com base no código poder/não poder, perdendo a referência da distinção lícito/ilícito). O código binário do sistema corrompido sofre uma desdiferenciação de tal ordem que a expansão da racionalidade doméstica mais forte rompe os acoplamentos estruturais e coloniza o discurso vizinho. No caso do direito, isso se verifica quando, apesar da clareza do conteúdo jurídico válido, ainda assim, a ordem jurídica não consegue se impor, sem qualquer possibilidade de correção pelos instrumentos internos do sistema.

Para os fins deste trabalho, adotaremos, de acordo com essa concepção, um alcance mais abrangente do vocábulo “corrupção”, isto é, não restrito à aquisição de uma vantagem por incentivos econômicos, entendendo-a, antes, como a desnaturação do processo comunicativo interno às decisões judiciais, por uma racionalidade exógena. Contudo, queremos estudar esse fenômeno por sua própria racionalidade, ou seja, pela utilidade que tende a produzir no funcionamento da instituição. De fato, pesquisadores associados às teorias institucionais, assim como no campo da análise econômica e da escolha racional, têm estudado a “utilidade” da corrupção em cenários de disfuncionalidade sistêmica³²². A compreensão de que a corrupção

³²¹ Seguindo Luhmann, Neves entende que o traço característico das sociedades modernas foi ter colocado em ação um processo de diferenciação dos sistemas funcionais da sociedade (artes, economia, direito, esportes, religião etc.), permitindo a sua reprodução autônoma e livre da colonização por parte de sistemas mais fortes, como o político ou o moral-religioso. A interação desses sistemas funcionais é garantida por acoplamentos estruturais específicos (o contrato e a propriedade como acoplamentos entre o sistema econômico e o jurídico, por exemplo), que operam a tradução recíproca de seus códigos de referência. No nível do fechamento estrutural, observa-se a interação do sistema político com o jurídico, tendo a Constituição como acoplamento estrutural. Ver NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 22 – 37; *Idem*. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 95 -106.

³²² MÉON, Pierre-Guillaume; WEILL, Laurent. Is corruption an efficient grease? **World Development**, v. 38, n. 3, p. 244–259, 2010.

possa ser útil em circunstâncias específicas não preclui o seu desvalor em termos ético-normativos.

Essa dicotomia está no cerne das disputas acadêmicas em torno do conceito de corrupção e corrupção sistêmica, que contrapõem a teoria da agência (principal-agente) às perspectivas da ação coletiva³²³. Pelos fundamentos da teoria do principal-agente, a corrupção é um problema de assimetria de informação entre os principais, isto é, os titulares de interesse público, e os agentes, a quem a persecução desse interesse é funcionalmente delegada³²⁴. Essa relação pode se dar em várias dimensões de análise: entre o eleitorado e políticos, entre governantes e membros da burocracia, ou entre cidadãos e a elite dominante. De todo modo, assume-se a existência de um interesse legítimo do principal, que é tolhido por cálculos egoísticos de quem detém os meios e o conhecimento para a sua execução. Aponta-se que, pela teoria do principal-agente, as soluções ao problema da corrupção sistêmica dependem dos tipos de incentivos institucionais colocados, o que deposita acentuada confiança na capacidade de se modificar esses cálculos egoísticos por meio soluções legislativas (p. ex: aumento de sanções penais e administrativas), reformas institucionais³²⁵, e políticas destinadas a reduzir a discricionariedade, facilitar a *accountability* de agentes³²⁶ e promover a meritocracia³²⁷.

Por outro lado, análises fundadas na ação coletiva compreendem a corrupção como um problema de coordenação, de modo que os incentivos para a ação conforme as regras do jogo deriva muito mais das expectativas difusas acerca do comportamento do grupo do que das

³²³ POHLMANN, Markus. Systemic corruption: how to Analyze and Measure it. In: TROMBINI, Maria Eugenia; VALARINI, Elizangela; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; POHLMANN, Markus (ed.). **the fight against systemic corruption: lessons from Brazil (2013–2022)**. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden, 2024. p. 9–23.

³²⁴ Conforme esclarece Roberto Klitgaard: “The principal's problem grows difficult when, as is usually the case in the public sector, he has poor information about the agent's activities, either productive or corrupt. In real life the principal cannot tell how much of the outcomes he observes are due to the agent's activities on his behalf. And it is costly for the principal to find out more about what the agent is doing. The agent knows what she is doing, but the principal can't believe what she says. After all, the agent has incentives to mislead the principal into thinking she is working only on productive activities, never on corrupt ones. The principal understands this fundamental *asymmetry of information*. At the heart of the principal-agent problem are divergent incentives and asymmetric information; and these make the principal's problem difficult indeed.” KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. California: University of California Press, 1988, p. 70-71.

³²⁵ Rose-Ackerman aponta, em obra seminal sobre o tema: “Policy responses can take two basic forms: On the one hand, the criminal law or administrative sanctions may be used to discipline both bribers and bribees; on the other hand, bureaucratic structures may be reformed to lower the expected benefits of paying or accepting bribes. When neither organizational reform nor sanctions are efficacious, the system must rely on personal morality.” ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption: A Study in Political Economy**. New York: Academic Press, 1978, p. 12.

³²⁶ KLITGAARD, Robert, *op. cit.*, p. 88.

³²⁷ UGUR, Mehmet; DASGUPTA, Nandini. **Evidence on the economic growth impacts of corruption in low-income countries and beyond: a systematic review**. London: EPPI-Centre, Social Science Research Unit, Institute of Education, University of London, 2011. Disponível em <https://eppi.ioe.ac.uk/cms/Portals/0/PDF%20reviews%20and%20summaries/Corruption%20impact%202011%20Ugur%20report.pdf?ver=2011-08-25-153146-490>. Acesso em 3/12/2024.

convicções pessoais do agente³²⁸. Se o comportamento corrupto é percebido como normal e é reproduzido regularmente pelos integrantes da instituição, os custos de uma ação individual desconforme à norma estabelecida se tornam excessivamente altos, assim como as possibilidades de cooperação para mudanças significativas, predominando os incentivos à preservação do *status quo*, uma vez que a ação individual recalcitrante, além de ineficaz, pode levar à quebra do equilíbrio subótimo em funcionamento³²⁹. Exatamente por isso, reformas pontuais, predicadas na existência de principais virtuosos dispostos a implementá-las, orientados primariamente pelo bem-comum, tendem a não apresentar resultados particularmente promissores. Sem uma repaginação completa desse espectro de percepções, é muito difícil que se consiga obter coordenação para ações conforme as regras do jogo³³⁰.

Marquette e Peiffer³³¹ indicam que, isoladas, ambas as perspectivas possuem pontos cegos, especialmente em sua dificuldade em identificar os benefícios sociais da corrupção em determinados contextos de precariedade institucional e de acesso limitado a bens e serviços, de modo que uma posição teórica conciliadora possa oferecer soluções práticas mais efetivas. Não nos parece, contudo, que a teoria da ação coletiva ignore a realidade da corrupção como um vetor de ascensão social e de soluções de problemas, como, aliás, indicam Persson e outros, em

³²⁸ Olson, em obra seminal sobre a ação coletiva, demonstra como os custos de coordenação tendem a aumentar de acordo com o tamanho das organizações/grupos. Paralelamente, os membros isolados tem poucos incentivos para ação individual, mesmo quando discordem dos rumos dados por sua cúpula, especialmente se recebem incentivos seletivos por seu conformismo, o que pode ocorrer, por exemplo, como um subproduto das ações políticas e de lobby exercidas por aquela organização. OLSON, Mancur. **The logic of collective action: public goods and the theory of groups**. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. 133. Falhas sistemáticas nos processos de cooperação tendem a formar equilíbrios em outros níveis subótimos, onde considerações individualistas se sobrepõem à racionalidade voltada para o bem comum, isto é, as pessoas, mesmo sendo capazes de identificar o que é moralmente correto, fazem o contrário, pois deixam de acreditar que a ação desinteressada, em prol do bem coletivo, surtirá efeitos benéficos. De acordo com Rothstein e Varraich: “*The reason why people, although condemning corruption, participate in corrupt practices seems to be that they understand the situation as a ‘collective action’ problem where it makes little sense to be ‘the only one’ who refrains from using or accepting bribes and other kickbacks[...]. As the Swedish economist Gunnar Myrdal stated [...] ‘Well, if everybody seems corrupt, why shouldn’t I be corrupt?’*” ROTHSTEIN, Bo; VARRAICH, Aiysha. **Making sense of corruption**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 49.

³²⁹ Em termos técnicos, o problema de coordenação observado em cenários de corrupção sistêmica se aproximaria dos jogos de múltiplos equilíbrios, nos quais não existe uma única estratégia dominante, como ocorre nos jogos de equilíbrio simples, como o dilema do prisioneiro. Nesses casos, a ação de um participante poderá ser orientada por suas expectativas de como os demais irão se comportar. ELSTER, Jon. **Sour Grapes: Studies in the subversion of rationality**. Cambridge: Cambridge University Press, 1983, p. 13. Em outro estudo, Elster aponta que o sucesso da ação coletiva é o resultado de “motivações misturadas” e depende de indivíduos não estritamente movidos por cálculos de custo/benefício. Do ponto de vista individual, não cooperar tende a ser uma estratégia vencedora, mas em determinados cenários, o engajamento coletivo pode cooptar até mesmo o utilitarista puro, se convencido de que a sua contribuição incrementará o benefício na média. ELSTER, Jon. **Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 393-399.

³³⁰ PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. Why anticorruption reforms fail—systemic corruption as a collective action problem. **Governance**, v. 26, 2013, p. 465.

³³¹ MARQUETTE, Heather; PEIFFER, Caryn. Grappling with the “real politics” of systemic corruption: Theoretical debates versus “real-world” functions. **Governance**, v. 31, n. 3, p. 499–514, 2018.

resposta a essa crítica³³². O ponto de distinção parece ser o de que, embora a manutenção de práticas corruptas possa ser benéfica no nível individual, em termos agregados, trata-se de uma patologia, que compromete, no logo prazo, outras funções sociais importantes.³³³ No entanto, parece-nos aconselhável aproveitar a intuição de Marquette e Peiffe de que é preciso compreender a racionalidade interna e a funcionalidade de um sistema corrupto, antes de se propor soluções de cooperação para boas práticas e reforma institucional:

In other words, changing peoples' mentalities or perceptions of their colleagues or wider society's behavior will not necessarily change the structural necessity for elites to use corruption as a mechanism to ensure political survival, for example, or for ordinary citizens to depend upon corrupt networks in order to access what services exist. In accepting the need to better understand this logic, especially in the case of systemically corrupt contexts, the combined challenges to control corruption admittedly become incredibly daunting [...]
*[...] Instead, the logical extension of our argument would imply that serious attempts to control corruption would have to start by trying to gain an understanding of what solutions corruption provides to those who engage in it, and then try to deal in the business of providing those solutions through other means.*³³⁴

Essa abordagem particularista nos beneficia no objeto do presente estudo, dadas as suas peculiaridades óbvias em relação aos tipos de fenômenos normalmente considerados em pesquisas sobre corrupção sistêmica. De fato, ao associarmos o que denominamos pactos de não fundamentação ao conceito de corrupção sistêmica, corremos o risco da inespecificidade, de modo que um tratamento meramente teórico do problema e das possíveis soluções, com base nos autores acima discutidos, geraria resultados pouco atrativos. Pode-se objetar, por exemplo, que esses pactos seriam melhor entendidos como meros “equilíbrios de coordenação”, isto é, convenções mais ou menos arbitrárias sobre padrões decisórios que possam ser compartilhadas entre os membros do Poder Judiciário, de modo a equalizar as expectativas sobre o que constitui uma fundamentação válida, evitando-se, assim, que o sistema seja tomado por um “pântano de subjetividades”, na expressão de Elster³³⁵. Em certo sentido, são exatamente isso, pois é inegável que o caos do sistema processual brasileiro, especialmente no processamento de

³³² PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. Getting the basic nature of systemic corruption right: A reply to Marquette and Peiffer. *Governance*. 2019; 32: 799–810

³³³ *Ibidem*, p.804.

³³⁴ MARQUETTE, Heather; PEIFFER, Caryn. Grappling with the "real politics" of systemic corruption: Theoretical debates versus "real-world" functions. *Governance*, v. 31, n. 3, p. 499–514, 2018. p 508-509.

³³⁵ Especificamente, a expressão é utilizada no contexto das convenções artísticas: “Art, like other forms of self-realization, requires competent judges; otherwise it becomes a ‘private language,’ a morass of subjectivity. If art varied very widely in form and subject matter, quality would be hard to evaluate and appreciate. Even if each artist worked under tight self-imposed constraints, intersubjective standards would be weak if different artists chose different constraints. However, if all artists work under the same constraints, their works can be compared and standards established by the community of artists and critics. Hence conventions in art possess both features of coordination equilibria.” ELSTER, Jon. *Ulysses unbound: studies in rationality, precommitment, and constraints*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 199.

recursos, impõe sérias constrições à capacidade de julgamento dos Tribunais, de modo que sacrifícios deverão ser feitos para se atingir algum grau de funcionalidade.

Mas por que então, associar esses acertos informais ao conceito de corrupção? A resposta, como nos parece já ter ficado claro, é que esse equilíbrio só pode ser atingido em contraposição direta ao direito positivo, algo que, por razões óbvias, cria problemas de legitimação do sistema como um todo. Trata-se de um equilíbrio degenerado, pois nascido da incapacidade dos agentes em atingir coordenação sem comprometer a normatividade do sistema. Como dito anteriormente, o que pretendemos, ao trazer esse debate à mesa, é posicionar as práticas judiciais mitigadoras do dever de fundamentar dentro de um contexto de inconstitucionalidade ostensiva, que se assemelha, por isso, ao processo de corrupção sistêmica acima tratado, na medida em que desnatura a racionalidade esperada da atividade judicial para atender a conveniências administrativas internas e considerações metajurídicas dos membros do Poder Judiciário, em particular, de suas cúpulas colegiadas.

Justificadas racionalmente ou não, tais práticas devem ser confrontadas em seu contexto de manifesta ilegalidade. Mas essa não parece ser a observação mais interessante. A pergunta que realmente deve ser feita é: como, então, o Poder Judiciário pode operar de forma ostensivamente ilícita sem maiores consequências? Uma sugestão inicial para entender as implicações desse fenômeno é o conceito entrenchment da ilegalidade, cunhado por David Lyons³³⁶, que se aplica quando um grupo de condutas e atos oficiais são claramente ilegais, mas por serem profundamente entrenchadas na prática normal, não encontram respostas efetivas dentro do sistema. Contudo, como argumenta o autor - que trabalha a partir de pressupostos do positivismo - uma característica desse problema é que essa recalcitrância arraigada não atinge a regra de reconhecimento, na medida em que os oficiais não rejeitam a validade da regra que descumprem e inclusive a usam como referência de direito válido para justificar as hipóteses de seu descumprimento. A forma como juízes brasileiros descumprem o dever de fundamentação afirmando cumpri-lo se amolda bem a essa hipótese.

Há um elemento adicional, no caso brasileiro, que é a previsão constitucional expressa do dever de fundamentação, como pressuposto de uma decisão válida, densificada, ainda, de forma expressa na legislação processual (CF/88, art. 93, IX; CPC, art. 489 § 1º). Uma carga normativa desse calibre deveria implicar, em tese, o constrangimento substantivo aos tipos de estratégias que sustentam os pactos de não fundamentação. Essa circunstância eleva a

³³⁶ LYONS, Davis. The legal entrenchment of illegality. In: KRAMER, Matthew H. *et al.* (ed.). **The legacy of H. L. A Hart**: legal, political and moral philosophy. New York: Oxford University Press, 2008.

recalcitrância judicial ao que pode ser definido como o entrincheiramento da inconstitucionalidade e, nesta posição, é necessário investigar por que um compromisso de grau normativo tão elevado tem falhado de forma tão retumbante na prática judiciária normal. Tratando da tendência à generalização da corrupção sistêmicas em sociedades periféricas, Marcelo Neves fornece pistas de como o um processo descontrolado de colonização do direito pela sociedade pode implicar desnaturação semântica dos textos jurídicos:

De fato, a emissão de textos constitucionais e legais no sentido da construção do Estado Democrático de Direito não resulta, na experiência dos países periféricos, em uma concretização normativa generalizada e relevante dentro dos parâmetros textuais. A concretização jurídica é violada por códigos de preferências os mais diversos. Sendo assim, os textos constitucionais e legais são degradados semanticamente por injunções particularistas e bloqueios de outros critérios sistêmicos, não se desenvolvendo no decorrer do processo concretizador suficiente força normativa nos termos textuais. Nesse sentido, é possível falar-se de uma tendência à desjuridicalização fática³³⁷.

Em sentido similar, um pressuposto básico, ao nosso ver, que é compartilhado por muitos teóricos que pensam compromissos constitucionais a partir de uma perspectiva da escolha racional, é que provisões normativas não criam as condições de sua estabilização e nem modificam, por si, práticas estabelecidas. Levinson³³⁸, por exemplo, aponta que o constitucionalismo formal não gera compromissos funcionais. Para funcionar, um sistema constitucional tem que gerar um acordo sociopolítico subjacente de se jogar pelas regras acordadas. Muito embora a Constituição crie processos decisórios que favoreçam a aderência a esse acerto, e as suas regras possam servir de “pontos focais”, na expressão de Weingast³³⁹, para a ação coordenada de diversos setores da sociedade, essas regras não se cumprem por si, e só geram o controle dos diversos braços de poder estatal se os políticos, agentes do estado e membros da sociedade civil tiverem incentivos para se vincularem aos seus pressupostos. Juliano Zaiden também adverte que pré-compromissos não são garantias monolíticas e não moldam o futuro magicamente, pois dependem de acertos políticos prosaicos³⁴⁰. Esses acertos implicam constantes concessões ao longo do tempo, algo que uma posição normativista incondicional não estaria disposta a aceitar.

³³⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 241.

³³⁸ LEVINSON, Daryl. J. **Parchment and politics**: the positive puzzle of constitutional commitment. 124 Harv. L. Rev. 657 2010-2011, p. 698.

³³⁹ WEINGAST, Barry R. Designing constitutional stability. In: CONGLETON, Roger D.; SWEDENBORG, Birgitta. **Democratic constitutional design and public policy**: analysis and evidence. Cambridge: MIT Press, 2014. ProQuest ebrary. p. 352.

³⁴⁰ BENVINDO, Juliano Zaiden. **The seeds of change**: popular protests as constitutional moments, 99 Marq. L. Rev. 363 (2015). Available at: <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol99/iss2/5>.

Weingast³⁴¹, aliás, comentando sobre as condições com que democracias podem se estabilizar, diante de pressões autoritárias e interesses conflitantes, demonstra como é essencial que as elites detentoras do poder de fato sejam contempladas nos arranjos político-constitucionais, de modo a ser-lhes mais vantajoso se vincularem às regras do que desestabilizar o sistema. É claro que esse autor se refere a processos de criação e transição de regimes, com altos custos políticos em jogo. Mas a ideia claramente se aplica às modificações estruturais das práticas internas de instituições arraigadas, como o Poder Judiciário, ainda mais se considerarmos, como aponta Levinson, as dificuldades inerentes que instituições entrenchadas possuem para lidar com a obsolescência, o que leva a um paradoxo: ao mesmo tempo em que se tornam mais estáveis, tendem a se tornar mais disfuncionais³⁴².

É difícil imaginar, portanto, que juízes possam ser compelidos ao cumprimento do dever de fundamentar por meios coercitivos institucionais. O controle externo da atividade jurisdicional, realizado pelo CNJ, possui funções essencialmente operativas e atua em termos numéricos-quantitativos, sendo raras as ocasiões em que magistrados são punidos por atos decisórios, com exceção de caso absolutamente aberrantes de perseguição, quebra de decoro ou questões criminais. Os pactos de fundamentação são arranjos transversais entre as Cortes, sendo operados e sustentados pelas cúpulas judiciárias, cujos membros, aliás, integram o CNJ, de modo que a sua desarticulação por atos de controle seria, no máximo, uma fantasia. É bem possível associar a situação ao paradoxo da onipotência, discutido por Jon Elster³⁴³, quando este ressalta que “o conflito entre pré-compromisso e democracia surge quando os agentes que exercitam as funções do pré-compromisso estão insulados do controle democrático”³⁴⁴.

A questão que devemos nos fazer, então, é muito menos se a prática da fundamentação judicial por atacado no Brasil, com os seus excessos de expedientes defensivos, a desconsideração pelos argumentos concretos das partes, o desdém pela participação direta de advogados e o decisionismo em escala seriam incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. É claro que são. A tarefa que se apresenta é como convencer o Poder Judiciário a efetivamente cooperar com a mudança desse paradigma. De que forma as paixões, interesses e razões de juízes, desembargadores e ministros estão contemplados para que se possa demandar

³⁴¹ BENVINDO, Juliano Zaiden. **The seeds of change**: popular protests as constitutional moments, 99 Marq. L. Rev. 363 (2015). Available at: <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol99/iss2/5>. p. 346

³⁴² LEVINSON, Daryl. J. **Parchment and politics**: the positive puzzle of constitutional commitment. 124 Harv. L. Rev. 657 2010-2011, p. 714.

³⁴³ ELSTER, Jon. **Ulysses unbound**: studies in rationality, precommitment, and constraints. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 147.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 165. Tradução livre. No original: “the conflict between precommitment and democracy arises when the agents that exercise the precommitment functions are insulated from democratic control.”

uma maior cooperação e aderência a um modelo de fundamentação distinto? Quais são os canais institucionais capazes de gerar *feedbacks* positivos e negativos reais, com recompensas e punições efetivas, para que decisões bem fundamentadas sejam normalizadas? Mais ainda, de que forma podemos engajar as cúpulas judiciais, comandadas por autoridades com enorme autoridade e que não possuem quaisquer incentivos para renunciar a esse poder, nesses processos de mudança?

Se pensarmos em incentivos básicos, relacionados à carga de trabalho dos magistrados, por exemplo, podemos tomar como referência o argumento intuitivo, tratado anteriormente, de que o esforço para promover a fundamentação exauriente das postulações das partes diminuiria os recursos e, por consequência, o nível de trabalho agregado no longo prazo. Trata-se de uma proposição racional, ainda que pendente de uma prova empírica. Contudo, esse tipo de intuição esbarra em dois problemas imediatos. O primeiro é que ela não considera que juízes, assim como todas as pessoas, não são perfeitamente racionais e tendem a fazer descontos hiperbólicos do tempo³⁴⁵, isto é, costumam valorizar muito mais a recompensa imediata do que a utilidade futura. Atualmente, o sistema “funciona” em nível performático. Os Tribunais estão cada vez mais proficientes em suas capacidades de gerir processos e prolatar lotes robustos de decisões no atacado. O refluxo dessas capacidades instaladas para um método decisório mais artesanal implicaria sérias consequências no curto prazo, como o congestionamento da demanda e a demora na solução dos casos, o que por si só trará previsível descontentamento social. Sem mencionar que todo esse movimento significaria o aumento imediato da carga de trabalho desses magistrados, que já é exaustiva nos padrões atuais³⁴⁶.

Pensem melhor esse ponto: quais são os mecanismos de controle que, de fato, exercem alguma constrição sobre os magistrados, pelo CNJ³⁴⁷ e pelos Tribunais? Essencialmente, são metas quantitativas de processos julgados, taxa de congestionamento, resolução de processos antigos, aumento das conciliações, prioridade de julgamentos coletivos e repetitivos, estímulos à inovação e novas tecnologias etc. Existem, é verdade, seleções temáticas para algumas metas, como, por exemplo impulsionar processos relacionados a

³⁴⁵ ELSTER, Jon. **Ulysses unbound**: studies in rationality, precommitment, and constraints. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 24.

³⁴⁶ Recente Censo realizado pelo CNJ, em 2023, revelou queda vertiginosa da satisfação dos magistrados em relação à escolha profissional (de 92%, em 2013, para 71,4%). Parte explicativa desse fenômeno, segundo o próprio CNJ, é a percepção sobre o volume de trabalho, tipo por inadequado por 79,3% dos entrevistados. Ver: CONSELHO NACIONAL DE JUSTICA. **2º censo do Poder Judiciário 2023**: relatório. Brasília: CNJ, 2024, p. 127-128. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/censo-do-poder-judiciario/>. Acesso em 8.dez. 2024

³⁴⁷ *Idem*. **Metas Nacionais 2024**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/12/metas-nacionais-aprovadas-no-17o-enpj-1.pdf>. Acesso em 8.dez. 2024

direitos ambientais, questões indígenas, violência contra mulher e crianças, porém, esses recortes se estabelecem em termos puramente numéricos, ou seja, para que se aumente a resolutividade desses casos. Não se verificam incentivos consistentes, com base em reputação e recompensas, para que os juízes tentem aumentar a sua carga de trabalho fundamentando melhor, para, depois, colher hipotéticos benefícios agregados, como a redução recursal no longo prazo. Pelo contrário, os incentivos colocados são para que façam justamente o oposto, pois constrangidos pelas metas árduas dos órgãos de controle, devem produzir muito e em pouco tempo, de forma a manter a máquina decisória em funcionamento, gerando a aparência de qualidade da prestação do serviço.

O segundo ponto de dificuldade da objeção intuitiva de que seria do interesse dos juízes fundamentarem melhor é que ela não considera que o estado atual de ilegalidade é um problema de coordenação não apenas entre os órgãos judiciais, mas, também, entre esses e os diversos atores que participam do sistema, na condição de partes, interessados e profissionais do direito, de maneira que a percepção sobre os comportamentos desses agentes também tem influência direta sobre a aderência dos magistrados à qualquer prognóstico de mudança. Aprofundando essa questão, poderíamos indagar sobre os incentivos negativos e positivos, assim como estratégias de cooperação e coordenação, advindos de outros atores e entidades da sociedade civil, capazes de influenciar diretamente o processo decisório nos Tribunais, tais como as associações empresariais, grandes litigantes, sindicatos, federações, grupos de *advocacy* e, principalmente, a OAB e a academia.

Os grandes litigantes e associações representativas de empresas com forte atuação judicial, como visto, tendem a ser utilitaristas com relação à justiça, estando mais interessados na melhoria de sua relação com o Poder Judiciário, na condição de clientes privilegiados. A satisfação de seus interesses não depende, necessariamente, da qualidade das decisões, mas, antes, da previsibilidade do sistema e dos meios de redução de custos com a adjudicação das disputas. Por serem litigantes recorrentes e detentores de vastos recursos, possuem alta capacidade de adaptação a novos padrões decisórios, desde que o sistema seja suficientemente estável para comportar o planejamento e estratégias de longo prazo. As suas preferências se mostram claramente no tipo de investimentos que realizam para influenciar juízes, dominado pelo que se chama hoje em dia de “lobby jurídico”. Em sua conformação mais republicana, são rodadas de conversas, congressos, encontros temáticos e palestras voltados para assuntos do interesse empresarial. São focados nos tribunais onde o assunto se desdobra e necessariamente envolve a participação de magistrados e ministros como convidados especiais e palestrantes.

Por vezes, são celebrados no próprio Tribunal, mediante parcerias institucionais. Há conformações eticamente mais problemáticas desses eventos, como os famosos convescotes de alto gabarito realizados em resorts de luxo e até mesmo em países estrangeiros³⁴⁸, em que os meios de financiamento tendem a ser pouco transparentes³⁴⁹, além de custosos para o erário³⁵⁰. De todo modo, esses investimentos, em geral, não tencionam criar incentivos para a melhoria qualitativa das decisões, mas, antes, gerar conhecimento sobre assuntos de interesse setorial e efetivar pressão, seja por convencimento ou influência, para a mudança decisória em favor das empresas que os patrocinam.

Lógica similar se aplica às organizações sindicais de diferentes graus, patronais ou de trabalhadores, que exercem influência particular sobre a Justiça do Trabalho, mas quase sempre na defesa imediata dos interesses de seus representados ou em favor teses jurídicas que beneficiem a categoria em geral. Destaca-se ainda a polarização característica do contencioso trabalhista, que opõe juristas “pró empregado” a “pró empregadores”, agravada após a reforma trabalhista de 2017³⁵¹. Essa dicotomia entre a ideologia protecionista tradicional e o novo jusliberalismo que ganha terreno é reforçada pelo entorno de atores que postulam seus direitos

³⁴⁸ ABREU, Allan de. Um poder político extraordinário: como a FGV enterrou investigações de corrupção de seus diretores – e os investigadores acabaram sendo investigados. **Revista Piauí**, edição 210, março de 2024. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/como-a-fgv-enterrou-investigacoes-de-corrupcao-de-seus-diretores/>. Acesso em 8.dez.2024

³⁴⁹ Conrado Hubner, em seu estilo ácido característico denuncia: “[n]em todo juiz pertence à *gran famiglia* ou quer ser um magistocrata. Os usos e costumes judiciais, contudo, deixam-se governar por essa cúpula hegemônica. Ministros de cortes superiores colocam-se acima da Lei Orgânica da Magistratura, palpitam sobre a decisão de colegas e de legisladores, expressam seu juízo de conjuntura ao primeiro microfone; dão palestras fechadas em bancos e corporações (sem revelar remuneração), concedem entrada privilegiada em seus gabinetes a advogados amigos, recomendam filhos advogados para grandes cargos públicos. Não faz muito tempo que associações de juizes organizavam congressos em resorts patrocinados por empresas cobradas na justiça.” MENDES, Conrado Hübner. **Fiat lex! (o fiat lux de Sergio Moro)**. In: O discreto charme da magistocracia: Vícios e disfarces do judiciário brasileiro. São Paulo: Editora XYZ, 2023.

³⁵⁰ Lorran, Tácio; Shalders, André. 'Gilmarpalooza': viagens de autoridades e servidores já custaram R\$ 1,3 milhão em dinheiro público. **O Estado de S. Paulo**, 28 jun. 2024. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/gilmarpalooza-diarias-de-autoridades-e-servidores-ja-consumiram-r-13-milhao-de-dinheiro-publico/>.

³⁵¹ Em obra aptamente denominada “Resistência”, cujo primeiro tomo foi publicado no mesmo mês em que Lei 13.467/2017 entrou em vigor, os coordenadores, dois juizes do trabalho, assim anunciam sua visão sobre a novidade legislativa: “A Lei 13.467/17 tem pretensão de culpabilizar os direitos dos trabalhadores pelos desajustes políticos e econômicos e se a legislação do trabalho não é suficiente para corrigir todos os problemas de um modelo de sociedade concentrador de renda e capaz de destruir os recursos naturais necessários à sobrevivência, ao menos serve para impedir maiores sofrimentos pelo exercício do trabalho alienado. O desmanche dos direitos trabalhistas serve, unicamente, aos interesses de grandes conglomerados econômicos, que, contando com o consumo de seus produtos em outras localidades do globo, atuam de modo predatório no processo produtivo, valendo-se de legislações flexíveis nos países de capitalismo dependente, contando, também, com as quebras institucionais que dificultam a efetivação dos poucos direitos sociais existentes. Há um movimento de destruição dos pequenos avanços experimentados na realidade brasileira desde o advento da Constituição de 1988, no aspecto da efetivação de direitos sociais e de práticas democráticas. Resistir não é uma opção, é uma obrigação para quem aposta na condição humana e na essência do ser social.” SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO Valdete Souto (coord.). **Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista**. São Paulo: Expressão Popular, 2017. p. 11-12.

perante as varas especializadas, tornando-se uma força antagônica à perspectiva de fundamentação racional das decisões judiciais. Advogados, associações e sindicatos de empregados exigem decisões que afirmem direitos laborais e, se possível, silenciem sobre as posições contrárias, ao passo que representantes das empresas querem justamente o oposto. E frequentemente recebem exatamente o que pedem: decisões unilaterais, que refletem as ideologias monolíticas de juízes e órgãos fracionários encastelados nessa disputa, que ultrapassa (por vezes, atropela) o caso concreto.

Grupos de *advocacy*, fundações e associações com vocações temáticas, de proteção à direitos difusos e representativas de profissões liberais podem, em alguns casos, causar impactos indiretos sobre os padrões de fundamentação judicial, especialmente quando as disputas subjacentes colocam a desnudo a tensão entre as autonomias pública e privada, gerando intenso interesse social sobre como os juízes decidem. Isso ocorreu, por exemplo, na complexa relação entre a gestão pública de saúde e o Poder Judiciário, no tema judicialização para a entrega de medicamentos, pelo SUS, para o tratamento doenças raras, que transformou os Tribunais brasileiros em um campo de batalha sobre a dimensão prestacional do direito à saúde, contrapondo a demanda por concretização individual do art. 6º da Constituição às capacidades reais de atendimento pelo Estado, orientadas por uma racionalidade da escassez, com sérias constrições orçamentárias. Ao longo dos últimos 15 anos, essas disputas despertaram enorme preocupação da sociedade com o “ativismo judicial” e incentivaram a coordenação entre Tribunais estaduais, o CNJ e Tribunais Superiores, através de inúmeras regulamentos, cooperações institucionais e criação de precedentes, para a racionalização dos processos decisórios, com maior apuro técnico e controle de resultados³⁵².

De modo geral, no entanto, esses grupos possuem interesses de nicho, muito especializados em resultados específicos, para se ocuparem do problema da fundamentação em seus aspectos sistêmicos, não se esperando deles que se engajem em estratégias de cooperação e coordenação para solucionar problemas que as afetam apenas indiretamente. Um caso particular são as associações de advogados e, particularmente, a OAB, estas sim entidades representativas com vocação constitucional para a defesa da correta administração da justiça, conforme o art. 133 da CF/88, cuja menção honrosa aos advogados é frequentemente

³⁵² DANTAS, Marcelo Ribeiro Navarro; BARROSO, Ramiro Freitas de Alencar. Em defesa da judicialização: doenças raras e o equilíbrio das dimensões público e privada na complexidade social. In: RIBEIRO, Paulo Dias de Moura; TOMELIN, Georghio Alessandro, KIM, Ricchard Pae (coord.). **Direito humano e fundamental à saúde: estudos em homenagem ao Ministro Lewandowski**. Belo Horizonte: Fórum, 2023. v.1, p. 265 - 286.

relembrada por causídicos a quem quer que duvide do alcance de suas prerrogativas³⁵³. Além disso, os advogados são diretamente afetados pelo estado de automação decisória e resolução em massa de conflitos, vendo a cada dia a importância de suas petições desaparecerem na avalanche judicativa que vem dos tribunais, assim como as chances de serem ouvidos em sustentações orais ou recebidos por juízes e desembargadores para despachos em seus gabinetes.

Em que pese o interesse sensível desses profissionais no jogo da fundamentação, o que se verifica é um estado de apatia da OAB, que parece sempre caminhar a linha tênue entre a defesa de prerrogativas de seus associados e a preservação das boas relações com os Tribunais, particularmente importante para a advocacia de elite e para os representantes do Conselho Federal, a quem cabe decidir sobre as listas sêxtuplas para o TST, STJ e Tribunais Federais (CF/88, arts. 94, 104, 107, 111-A).

Bonelli³⁵⁴ relembra que está no DNA da entidade, desde a sua criação, em 1930, a busca de um equilíbrio entre as missões profissional e institucional, tendo como fator de coesão comunitária – ainda que com altos e baixos³⁵⁵ - a defesa do ordenamento jurídico, o que gerou frutos para a sua legitimidade, especialmente após a redemocratização. O estado de deterioração do ambiente contencioso que se agrava diariamente ameaça a autonomia profissional do advogado e a ordem jurídica de forma indissociável, o que constitui um chamado para a recuperação do espírito de luta da OAB. A insistência nos instrumentos tradicionais de

³⁵³ De fato, a OAB, um ator político importante na história recente do país, teve suas prerrogativas significativamente ampliadas com a redemocratização, tendo se valido de suas capacidades especiais para se consolidar, nas últimas décadas, como um canalizador de demandas sociais e baluarte da cidadania. Contudo, cabe ponderar que essa legitimação extraordinária encerra problemas de *accountability*, pois, em que pese atuar, na prática, como instituição de controle dos poderes estatais, o Conselho Federal da OAB, uma corporação paraestatal, não está inserido propriamente nos sistemas de freios e contrapesos republicanos, o que facilita a apropriação desse prestígio social conquistado para atender a estratégias corporativas e os interesses da elite de advogados que o compõem. Sobre isso: CARVALHO, Ernani; BARBOSA, Luis Felipe Andrade; GOMES NETO, José Mário Wanderley. OAB e as prerrogativas atípicas na arena política da revisão judicial. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 69-98, jan./jun. 2014; ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de (2010). **A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da Justiça no Brasil**. *op cit.*, p. 202- 2010.

³⁵⁴ BONELLI, Maria da Glória **Profissionalismo e política no mundo do direito: as relações dos advogados, desembargadores, procuradores de justiça e delegados de polícia com o Estado**. São Carlos, Sumaré/Edufscar/Fapesp, 2002, p. 75-78.

³⁵⁵ Não pode ser esquecida a complacência inicial da OAB nos primeiros momentos da ditadura de 1964, motivada pela crença ingênua ou conformista de muitos seus quadros de que os militares restituiriam o governo aos civis. Merece destaque o discurso celebratório do então presidente, Povina Cavalcanti, laudando a erradicação do “mal das conjunturas comuno-sindicalistas (...) sob a égide intocável do Estado de Direito” (Ata da 1115ª Sessão do Conselho Federal, de 7 de abril de 1964. Disponível em https://www.oab.org.br/historiaoab/links_internos/estexcec_declpovina.htm. Acesso em: 15 fev. 2025). Ver, também: MOTTA, Rodrigo Patto Sá. Contra as reformas e o comunismo: a atuação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) no governo Goulart. **Estudos Históricos** (Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, v. 25, n. 49, p. 203-222, jun. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/eh/a/ZgdzzYLyKMsh5zcsfC6yXWS/?lang=pt>. Acesso em: 15 fev. 2025;

desagravo ou denúncias em corregedorias e perante o CNJ sobre violações pontuais são inapropriados para gerar resultados sistêmicos.

Além disso, é pertinente a crítica de que a OAB contribui, por omissão, para o aumento da litigância predatória que assola o Poder Judiciário e que, por consequência, contribui para a piora do ambiente argumentativo do processo. Observa-se uma recalcitrância corporativa, nos âmbitos da seccionais, em fiscalizar e punir advogados com má técnica processual, litigantes abusivos e que praticam condutas antiéticas nos processos³⁵⁶. Parece irrealista acreditar que juízes irão assumir o ônus de melhorar as suas decisões quando a classe mais diretamente afetada pelo estado de coisas atual também se acanha quanto ao dever de promover melhores práticas processuais em seus próprios quadros³⁵⁷.

Políticas abrangentes de conscientização e qualificação profissional, reformulação do processo seletivo para licenciamento profissional (hoje visto como excessivamente tecnicista e pouco analítico³⁵⁸), medidas como avaliações periódicas para renovação de licença, ou até mesmo a criação de autorizações especiais para atuação em Tribunais Superiores, por exemplo, poderiam sinalizar o interesse legítimo da OAB em influenciar de forma positiva as mudanças institucionais que precisam ser implementadas para a melhoria da prestação jurisdicional, gerando pontos focais de cooperação com Poder Judiciário e, principalmente, reclamando legitimidade para exigir soluções efetivas aos demais integrantes do sistema judicial³⁵⁹.

³⁵⁶ Bonelli, analisando os programas de ensino superior e o trabalho do Tribunal de Ética da OAB/SP, indica como a ética profissional da advocacia ainda é concebida e operacionalizada sob uma perspectiva tecnicista, típica do “profissionalismo cívico”, fundada em uma ideologia da neutralidade legalista e refratária a reflexões mais abrangentes sobre a conduta dos advogados na sociedade. BONELLI, Maria da Glória. **Ecologia das profissões jurídicas, diversificação da composição das carreiras e os embates em torno da erosão democrática no Brasil**. Scielo Preprints, 2023. Disponível em: <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/6807>. Acesso em: 22 dez. 2024.

³⁵⁷ Em caso curioso recentemente noticiado, o TRF de São Paulo rejeitou pedido formulado pelo Conselho Feral da OAB, para o sítio eletrônico Reclame Aqui fosse obrigado a suprimir as queixas formuladas por clientes de advogados. O argumento era de que a relação entre cliente e advogado não é de consumo e que caberia à OAB exercer o controle ético da profissão. Em reprimenda a essa pretensão, o relator disparou: “Se a OAB está preocupada em exercer o seu exclusivo mister de fiscalizar os advogados, em vez de intentar a censura prévia, poderia firmar um convênio com o site Reclame Aqui para, então, instituir mais um canal para que possa aferir a qualidade da prestação de serviço de seus filiados”. GENTILE, Rogério. Justiça rejeita pedido da OAB para censurar reclamações contra advogados. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 22 dez. 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/rogeriogentile/2024/12/justica-rejeita-pedido-da-oab-para-censurar-reclamacoes-contra-advogados.shtml>. Acesso em: 22 dez. 2024.

³⁵⁸ Nesse sentido, apontando como o processo seletivo da Ordem e o treinamento ético profissional dos advogados ainda falham em incutir nesses profissionais uma compreensão mais abrangente sobre direitos humanos e acesso à justiça, assim como a aderência a preceitos éticos substantivos, privilegiando, ao revés, capacidades de memorização de regras e a mimetização de discursos heroicos sobre a profissão, direcionados à afirmação do status profissional: ECONOMIDES, Kim; ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. Bar exams, legal ethics and the fight against corruption: lessons from Brazil. **Legal Ethics**, v. 23, n. 3, p. 1-17, 2020. Disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/1460728x.2020.1822098>. Acesso 20 dez. 2024.

³⁵⁹ Como bem salientam Marcelo Mello e Márcia Barroso: “Tem, assim, a Ordem dos Advogados um trabalho de construção das bases de sua legitimidade para a ação política que tem que repercutir duplamente, para dentro

Por fim, quanto à academia, destaca-se a sua capacidade de gerar *feedbacks* efetivos através do que Lênio Streck denominou “constrangimentos epistemológicos”³⁶⁰, que envolvem a integração entre os meios de comunicação e informação e a produção acadêmica. Atualmente, é possível reconhecer um crescente interesse pela argumentação jurídica, que tem ganhado até mesmo os grandes jornais. Comentaristas como o próprio Streck, ou Conrado Hübner Mendes, nomes oriundos dos meios universitários, tem tido espaço para falar ao grande público, o que certamente gera incentivos à melhoria da prestação jurisdicional, ainda que de forma restrita. Contudo, o alcance desses canais comunicativos é ainda muito limitado.

É preciso ressaltar, também, a prevalência, no Brasil, de um debate jurídico laudatório, especialmente quando autoridades judiciais estão envolvidas, sendo raras as ocasiões em que juízes, desembargadores ou ministros são realmente confrontados, em eventos acadêmicos ou mesmo em entrevistas ou programas jornalísticos, pelas qualidades de suas decisões e pelas práticas abusivas dos Tribunais. Frederico Almeida³⁶¹ discute a forma com que práticas corriqueiras como as produções acadêmicas em tom de apologia a pessoas ou instituições, livros e revistas em homenagem a autoridades públicas, prefaciamento de obras por juristas consagrados, na forma de “unção” a um novo despontante, exercem o papel de empregar o discurso técnico como meio de comunicação de um sentido de prestígio e nobreza das elites jurídicas. Há certamente espaços para se ampliarem os meios de coordenação entre intelectuais de diversos ramos de atividades para o exercício crítico e demanda por prestação de contas das decisões judiciais, em termos qualitativos.

Em conclusão, a crise discursiva do ambiente processual brasileiro, tão intensamente exemplificada pelos pactos de não-fundamentação, não é um fenômeno restrito à magistratura. Os Tribunais, em sua organização estratificada, são vitimados, sim, por escolhas internas de seus magistrados e órgãos de cúpula, que apostam, ainda, na entrega jurisdicional como uma atividade privativa de uma elite privilegiada, pouco interessada em abrir os salões das Cortes

e para fora. Para dentro, no sentido de que sua existência como entidade classista e suas fortes prerrogativas de controle profissional só podem persistir no tempo se ela consegue o respeito junto aos seus filiados para os seus critérios de credenciamento. Para fora, a sua legitimidade para cobrar das demais instituições políticas comportamento moralizante e equânime depende do reconhecimento público de sua atuação na fiscalização do comportamento e desempenho profissional de seus filiados.” MELLO, Marcelo Pereira de; BARROSO, Márcia Regina C. Profissão e corporação: limites éticos da atuação do advogado. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 13, n. 28, p. 346-369, set./dez. 2011.

³⁶⁰ STRECK, Lênio, *op. cit.*, 2013, p. 133.

³⁶¹ ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da Justiça no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 50-61. doi:10.11606/T.8.2010.tde-08102010-143600. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-08102010-143600/pt-br.php>. Acesso em: 15 fev. 2025.

para se transformar em uma repartição pública descentralizada, com as dimensões a capilaridade e o alcance que a extensa demanda processual exige. A sua forma de ver as próprias atribuições, cujo horizonte de alternativas se torna cada vez mais restrito, também são consequência de opções políticas e desenhos institucionais específicos, para os quais as elites judiciais concorreram de forma direta, contribuindo para a criação de sistema de julgamentos cada vez mais concentrador, que gere demandas mais do que as julga, pautado por uma ética quantitativa que sufoca a reflexão em nome do resultado e que sacrifica a qualidade da decisão individual para obter ganhos em escala, o que força juízes e órgãos Colegiados a criarem filtros seletivos cada vez mais arbitrários sobre aquilo que merece ser, de fato, julgado e aquilo que deve ser jogado ao moedor de processos da máquina burocrática judiciária e virar estatística.

Por outro lado, esse estado de virtual colapso sistêmico não é uma produção autônoma e muito menos se sustenta pela vontade unilateral do Poder Judiciário. As estratégias argumentativas e os expedientes decisórios discutidos acima são especializações ocorridas ao longo de muitos anos de funcionamento dos Tribunais, cujas complexidades não são redutíveis, em termos causais, a simplificações do contexto político e às opções normativas passadas, embora não se discuta a sua importância explicativa. São como adaptações de um organismo vivo, que é o funcionamento da justiça, a partir de incentivos concretos e necessidades difusas que se apresentam de modo mais ou menos caótico no dia a dia da prestação jurisdicional. Os atores políticos, servidores, clientes, jurisdicionados, advogados, a imprensa, a academia, todos os participantes e interessados no funcionamento da Justiça, enfim, integram essa composição, que pinta um cenário já reconhecidamente pernicioso para todos, inclusive para seus principais atores, os juízes, assoberbados por uma dinâmica de trabalho alienante e pouco recompensadora.

Se nos encontrássemos no ponto de equilíbrio, provavelmente todos concordariam sobre a necessidade de mudar e coordenar para construirmos um sistema melhor, pois trilhamos um caminho insustentável. A pergunta é “como?”. E aí reside a falha de coordenação generalizada que nos trouxe até aqui. Estamos tão afundados nesse modo de perceber e operar o contencioso judicial, tão encapsulados por uma realidade opaca de julgamentos em massa, de demandas efêmeras e repetitivas, de erros e injustiças perdidas no mar de processos e de uma ética decisória resultadista, que as soluções não se apresentam, a não ser pela intensificação das mesmas políticas e metas que sempre orientaram as nossas práticas reformistas, como acontece com o precedentalismo, passando sobre a inconstitucionalidade latente do nosso processo decisório um verniz de eficiência técnica, profissionalismo e vanguarda tecnológica.

O horizonte além dessa névoa também não será atingido pelo normativismo excessivo da perspectiva judicativa. Há uma dimensão prática do problema que extravasa o contexto interno de justificação das decisões judiciais, cuja transgressão à ordem jurídica é tão patente que dilui querelas acadêmicas e deveria congrega pensadores das mais diversas escolas. Para enfrentar essa tensão de forma produtiva, pesquisadores e profissionais do Direito precisam abandonar feudos teóricos e encontrar na Constituição os pontos focais de coordenação e divisar, assim, soluções conjuntas com o Poder Judiciário. É preciso se sensibilizar com a realidade dos juizes, escutar suas exclamações e entender o que dizem diretamente ou nas entrelinhas de suas decisões, considerar seus interesses, paixões e discutir estratégias que, antes de exigir, ofereçam alternativas reais para as constrições práticas que sustentam a sua forma de operar, de modo a engajá-los no projeto de reconstrução do processo decisório democrático.

3 NÃO FUNDAMENTAR É “FAZER SUA A LIDE”. OS PERIGOS DA INSTRUMENTALIZAÇÃO DA VIRTUDE JUDICIAL

No direito romano, o instituto do *iudex qui litem suam facit* admitia a responsabilidade civil do juiz (*iudex*), incluída na categoria dos *quasi-delitos*³⁶². A expressão “tornar sua a lide” denota que o ato passível de reparação seria o de abusar dos poderes a ele encarregados ou descumprir as regras procedimentais, de modo a comprometer a eficácia ou a isonomia do julgamento³⁶³. João Costa-Neto aponta as similitudes entre a função do juiz e a do tutor na Roma Antiga, ambos espécies de garantidores: o tutor, dos interesses do tutelado e, o juiz, da equidade do julgamento³⁶⁴. A sua responsabilidade decorreria da quebra dessa confiança³⁶⁵.

No período clássico, entretanto, caracterizado pelo processo formulário³⁶⁶, o *iudex* tinha um papel bastante diferente do juiz contemporâneo e funcionava mais como um jurado³⁶⁷, ou um árbitro³⁶⁸, embora não remunerado, sendo escolhido pelas partes ou selecionado dentre os nomes de uma lista. Esse cidadão leigo atuava na segunda fase do processo (*apud iudicem*), onde deveria apreciar as provas produzidas e decidir a lide conforme uma fórmula preparada, na primeira fase (*in iure*), por um pretor ou outro magistrado efetivamente encarregado de

³⁶² BIRKS, Peter; MCLEOD, Grant. **Justinian’s Institutes**. New York: Cornell University Press, 1987. p. 129. É objeto de controvérsia os motivos da aglutinação da *litem suam facit* com os demais *quasi-delitos* (responsabilidade por objetos arremessados ou caídos de um edifício, por coisas posicionadas ou penduradas em local de passagem de pessoas, furto ou fraude ocorridos em navios, estalagens e estábulo, ver: J.IV,5). Peter Birks avança a explicação de que o direito das obrigações seria dividido entre as consequências aceitas voluntariamente e aquelas decorrentes de uma situação especial. Assim, para os eventos lícitos, teríamos os contratos como fonte de obrigações voluntariamente assumidas e os *quasi-contratos*, como fonte de obrigações sobre as quais não se exige uma aceitação voluntária. Para os ilícitos, os delitos seriam decorrentes de atos passíveis de serem cometidos por qualquer um, ao passo que os *quasi-delitos* imporiam ao agente consequências não aceitas voluntariamente, mas decorrentes de uma posição jurídica ocupada. Nesta hipótese, o *litem suam facit* seria um caso especial de responsabilidade que vincula o juiz pelas obrigações inerentes à função assumida. BIRKS, Peter. **The Roman Law of Obligations**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 263.

³⁶³ Para maiores discussões, inclusive sobre qual seria o critério de imputação para aferir essa responsabilidade, ver: BIRKS, Peter. A New Argument for a Narrow View of Litem Suam Facere. **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis**. Vol. 52. Issue 4, p. 373–387, 1984; D’ORS, Alvaro. Litem Suam Facere. **Studia et Documenta Historiae et Iuris**. Vol. 48, p. 368, 1982; MACCORMICK, Donal Neil. Iudex Qui Litem Suam Fecit. **Acta Juridica**. Vol. 149, 1977, p. 151.

³⁶⁴ COSTA-NETO, João. **Iudex qui litem suam facit: responsabilidade civil objetiva em Roma**. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmica, 2016. p. 16.

³⁶⁵ Importante contextualizar que a possibilidade de reforma das sentenças por recurso a outro juiz ou Tribunal só passa a existir no período da *cognitio extraordinaria*, de modo que o dano provocado pelo mau juiz, no processo formulário, era permanente. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *Ebook*, cap. XX, item 133.

³⁶⁶ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. cap. XIX.

³⁶⁷ COSTA-NETO, João, *op. cit.*, p. 17.

³⁶⁸ Posteriormente, com a intensificação da burocracia do império, o funcionamento da justiça passou a assumir as feições de um serviço público, com magistrados de carreira com poderes delegados para decidir os litígios de forma profissional. JUNIOR, Jaime Meira do Nascimento. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 96, p. 103–118, 2001. Disponível em: <https://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67496..> Acesso em: 1 fev. 2025. p. 106

delimitar os contornos jurídicos da lide. Por isso, a responsabilidade *iudex* se limitaria às hipóteses de erro procedimental grave ou flagrante desvio da fórmula pretoriana e não pelo acerto do raciocínio jurídico. Mesmo que as sentenças fossem escritas, sua redação seria muito simples, sem a transcrição das razões jurídicas³⁶⁹, de modo que “sequer seria possível responsabilizar o *iudex* por erros de fato ou de direito.”³⁷⁰. Ademais, como aponta Birks³⁷¹, essa possibilidade tornaria o ofício muito perigoso para o incumbente e seria pouco prática, pois a parte derrotada sempre poderia relitigar o caso processando o juiz, quando deste discordasse.

Nos sistemas jurídicos atuais, também não é usual que o juiz seja responsabilizado pelo erro ou acerto de suas decisões, mas por motivos diferentes. No Brasil, esses profissionais fazem parte de uma carreira estatal, acessível por concurso público, e os danos decorrentes de suas decisões, quando indenizáveis, são primariamente imputáveis ao Estado, que responsabilizará o juiz pela via regressiva, em caso de dolo, fraude ou recusa injustificável à prática de ato oficial (CF/88, arts. 5º LXXV, 37, § 6º; CPC, art. 143; LCp 35/79, 49), reforçando-se que o magistrado possui imunidade, no exercício da função, pelas opiniões que expressar ou pelo teor das decisões que proferir (LCp 35/79, art. 41). O STF³⁷² tem decidido, aliás, que o Estado não responde pelo ato jurisdicional, exceto nas hipóteses especificamente previstas em lei, configurando-se exceção à teoria do risco administrativo. A ideia é que o erro judiciário seja corrigido internamente, pelo sistema recursal ou, ainda, pela causa rescisória, quando a decisão tiver transitado em julgado. Fora dessas hipóteses, as vicissitudes do litígio deverão ser suportadas pela sociedade. Corretamente, Caio Mário destaca que, “na processualística moderna, o juiz não é mero espectador de uma contenda entre litigantes”³⁷³, sendo-lhe delegado amplo poder diretivo sobre o processo, de modo que certa complacência com o erro deve ser admitida, tanto pela preservação da independência do julgador, como pela eficiência do sistema como um todo, que precisa produzir soluções ágeis e definitivas.

É evidente que a proteção especial concedida aos juízes contrasta com o poder diretivo que exercem sobre o ambiente discursivo do processo e com a alcance cada vez maior do Poder

³⁶⁹ COSTA-NETO, João. **Iudex qui litem suam facit**: responsabilidade civil objetiva em Roma. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmica, 2016. p. 36

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 32

³⁷¹ BIRKS, Peter. **The roman law of obligations**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 257.

³⁷² STF. ARE 1317701 AgR, Relator(a): LUIZ FUX (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 21-06-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-129 DIVULG 30-06-2021 PUBLIC 01-07-2021); RE 505393, Relator(a): Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 26-06-2007, DJe-117 Divulg 04-10-2007 Public 05-10-2007 DJ 05-10-2007 PP-00025 Ement VOL-02292-04 PP-00717 Lexstf v. 29, n. 346, 2007, p. 296-310 RT v. 97, n. 868, 2008, p. 161-168 Rddp n. 57, 2007, p. 112-119)

³⁷³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. p. 273.

Judiciário nos assuntos políticos e sociais. São agentes públicos dotados de grande poder, encastelados em arranjos institucionais altamente impermeáveis, o que gera preocupações acerca do controle democrático dessa profissão. Por isso, o exercício da atividade jurisdicional funciona dentro de uma complexa rede de confiança, muito predicada na capacidade técnica excepcional desses agentes públicos e no cumprimento estrito de deveres éticos associados à atividade. A quebra sistemática dessa confiança é corrosiva para a legitimação dessa autoridade. Por isso, espera-se do juiz de direito atributos analíticos e morais extraordinários, como condição de possibilidade para o exercício adequado da profissão de acordo com as expectativas sociais difusas, isto é, de forma condizente com a reponsabilidade e prestígio outorgados a esses profissionais.

A alegoria do juiz Hércules³⁷⁴, de Dworkin, apesar das controvérsias e incompreensões a respeito, simboliza bem a dimensão dos desafios enfrentados pelo magistrado no dever de justificar, democraticamente, decisões que retiram ou concedem direitos às pessoas. Parece exceder a capacidade humana a ideia de que o juiz singular, ao decidir uma demanda complexa, deva elaborar ao jurisdicionado uma teoria política coerente, que arranje e ressignifique os materiais normativos aplicáveis, a partir de suas expressões canônicas, assim como revisitar a história institucional, a partir dos precedentes organizados de forma hierárquica e coerente, a extrair os seus princípios de julgamento, fazendo, ainda, a seleção de hipóteses em que a incidência desses materiais e julgados, no caso concreto, constituam erros, a justificar a sua distinção, ou superação. E de fato, como reconheceria Dworkin, seria esse o caso, se cada sentença fosse uma tábula rasa. Mas o Direito é atividade prática em movimento compartilhada entre as gerações de juristas, uma narrativa interpretativa contínua, como um “romance em cadeia”³⁷⁵, no qual cada decisão judicial representa um novo capítulo que deve dialogar coerentemente com os anteriores. É dever do juiz, sob pena de tomar para si uma responsabilidade cujo peso não pode suportar, encontrar-se como integrante dessa história compartilhada na hora de proferir a sentença.

A imagem hercúlea, portanto, não é apenas uma exaltação ao heroísmo técnico do juiz individual, embora destaque, sim, as habilidades intelectivas envolvidas no ato de julgar. A alegoria também coloca em relevo os atributos morais que o julgador deve possuir, em face da comunidade de atores jurídicos que orbitam a sua prática, quando chega o momento de proferir a decisão, e são esses atributos que informam o modo com que o juiz irá se posicionar perante

³⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Bloomsbury, 2013. p. 183 – 207.

³⁷⁵ Idem. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 275.

a comunidade e, conseqüentemente, o tipo de influência que exercerá sobre a obra coletiva do Direito

A partir dessas constatações preliminares, entendemos que o estudo das virtudes judiciais seja um campo proveitoso de análise sobre a influência do caráter do juiz sobre os tipos de decisão que profere e como essa conexão se reflete nas expectativas sociais em torno da profissão, especialmente em um cenário de crise, como o investigado nesta pesquisa. Tentaremos apresentar uma leitura da ética das virtudes que seja compatível com a ideia normativa de direito como integridade de Dworkin, de modo a demonstrar que a falha percebida em torno dos deveres essenciais de fundamentação constitui um problema de legitimidade do Poder Judiciário e uma quebra de confiança grave acerca das expectativas formadas sobre o caráter de seus integrantes.

3.1 A ÉTICA DAS VIRTUDES DE MCINTYRE E O CONSTITUCIONALISMO DO DISSENSO NA REVOLTA CAMPONESA DE TROMBAS E FORMOSO

As teorias das virtudes jurídicas tentam capturar a dimensão da atividade jurisdicional a partir de uma moldura da ética das virtudes³⁷⁶. Antes de investigar os desdobramentos específicos dessa doutrina para a prática judicial, faremos uma recuperação de suas bases filosóficas, a partir da obra seminal “*After Virtue*”, de Alasdair MacIntyre³⁷⁷, com o intuito de deduzir algumas questões importantes sobre o papel do constitucionalismo, que julgamos importantes para o desenvolvimento do debate que será travado no tópico seguinte.

Na obra em questão, MacIntyre propõe uma reconstrução da ética aristotélica em consonância com os pressupostos secularistas da modernidade avançada³⁷⁸. Notou o filósofo que o pensamento ético pós-iluminista, fundado no monismo da razão naturalista, criou um vazio moral involuntário, pela quebra do dualismo homem-natureza que permeava duas tradições de pensamento ético que se interpenetraram durante a idade média: a) a ética das atividades de Aristóteles, estruturada a partir de uma razão metafísica que fundamenta a ação do homem em referência ao seu *telos* e b) a ética de princípios da teologia cristã, fundada em virtudes reveladas e na ideia de salvação. Aponta MacIntyre que a ética naturalista rejeitou

³⁷⁶ Para uma visão geral: AMAYA, Amalia; HO, Hock Lai (ed.). **Law, Virtue and Justice**. Oxford: Hart Publishing, 2013; BROSNAN, Donald F. **Virtue Ethics in a Perfectionist Theory of Law and Justice**. Cardozo Law Review, v. 11, p. 335, 1989. Disponível em: <https://larc.cardozo.yu.edu/clr/vol11/iss2/4>. Acesso em: 28 mar. 2025; FARRELLY, Colin; SOLUM, Lawrence B. (ed.). **Virtue Jurisprudence**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2008;

³⁷⁷ MACINTYRE, Alasdair. **After Virtue**. London: Duckworth, 1981.

³⁷⁸ Para outra abordagem sobre o tema, também influente, ver: FOOT, Philippa. **Virtues and vices and other essays in moral philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 2002.

esses pressupostos metafísicos, mas sem abandonar a pretensão à normatividade, propondo, no lugar, um arremedo de “fragmentos incoerentes”³⁷⁹ do sistema anterior, tratados como regras morais a serem obedecidas, mas que não podiam ser retraçadas a uma racionalidade teleológica ou a uma fonte autoritativa que lhes dessem sustentação.

MacIntyre, propõe, então, uma revisão dos elementos constitutivos da ética aristotélica e tomista³⁸⁰, de forma a adaptá-los à complexidade contemporânea, para resgatar uma ética direcionada à busca pela “boa vida”³⁸¹, cujos pressupostos não serão descobertos na reclusão de gabinetes universitários, através de grandes sistemas dedutivos, mas nas práticas concretas de pessoas, que revelam uma visão do “*telos* da vida humana implícito em sua forma cotidiana”³⁸². A identidade moral do indivíduo é construída nas diversas dinâmicas de sua vida pessoal, como um pai, ou mãe, um amigo ou vizinho, e profissional, como um atleta, médico ou jurista. Ao exercer essas funções em busca da excelência, isto é, em prol dos bens comuns que as tornam valorosas e que as justificam, as pessoas engajadas nessas atividades conseguem divisar as condutas que avançam esses bens e as que os esvaziam e, assim, pautarem a sua conduta e julgarem a de outros. Porém, a sobreposição de virtudes relacionadas às mais diversas atividades exercidas por qualquer indivíduo na vida moderna poderia forçar compromissos não ideais, motivados por emoções ou preferências egoísticas, dada a impossibilidade de se dedicar totalmente a cada uma delas. Por isso, para MacIntyre, uma ética das virtudes nunca poderia se justificar na complexidade da vida contemporânea sem o compartilhamento de um *telos* que transcenda os bens limitados das práticas, tomadas isoladamente, e constitua o bem da vida humana em sua unidade, cuja virtude representativa é a integridade³⁸³. Assim, a boa vida é caracterizada como aquela vivida em função da conquista e aperfeiçoamento de bens comuns sem os quais o fim último da existência humana não pode ser atingido³⁸⁴.

MacIntyre, assim como Dworkin, chega à virtude da integridade como um elemento central de coesão de uma doutrina ética que precisa funcionar em uma modernidade multifacetada, pluralista e altamente desagregadora. Contudo, em seu tratamento específico da ideia de Justiça, o autor escocês descarta o conceito de integridade no direito de Dworkin como sendo excessivamente otimista com relação às práticas dos Tribunais. Ele desenvolve a sua visão cética a partir de uma reconstrução das teorias da justiça como equidade, de Rawls e como

³⁷⁹ MACINTYRE, Alasdair. **After Virtue**. London: Duckworth, 1981, p. 53.

³⁸⁰ *Ibidem*. Ver prólogo, X, em que o autor professa ser mais tomista do que propriamente aristotélico.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 201.

³⁸² *Ibidem*, p. 243

³⁸³ *Ibidem*, p. 203.

³⁸⁴ *Ibidem*, prólogo, xiv.

“*entitlement*”, de Nozick, apresentando-as como construtos teóricos artificiais e incapazes de oferecer bases confiáveis para o equacionamento dos desacordos morais no seio da sociedade, dado o profundo individualismo de seus pressupostos, o que as torna impermeáveis à qualquer possibilidade de reconciliação em torno de valores e objetivos comunitários, que poderiam emergir de concepção de justiça como “merecimento” (desert)³⁸⁵, propiciada pela ética das virtudes. Seu objetivo é demonstrar que as concepções de justiça modernas refletem os mesmos ideais fragmentários e incompatíveis que estão encrustados nas instituições políticas, afundadas em uma retórica pluralista que serve apenas para mascarar os conflitos estruturais incommensuráveis³⁸⁶.

A sua ressalva a Dworkin, portanto, se insere na impossibilidade de uma teoria da interpretação baseada em integridade ser minimamente explicativa do que os Tribunais fazem quando resolvem assuntos de dimensão constitucional. Ele ressalta como muitas das decisões da Suprema Corte não satisfazem ao conceito de integridade dworkiniano, no sentido de invocar, de forma coerente, princípios compartilhados pela comunidade jurídica e, assim, revelar um sentido de unidade do direito. Ao revés, demonstram a propensão de um Tribunal mais interessado em se posicionar como árbitro imparcial, que negocia uma saída pacificadora para os conflitos, renunciando a qualquer resíduo de consistência formal de seus julgamentos e varrendo para debaixo do tapete os desentendimentos irreconciliáveis que originaram a disputa em primeiro lugar.³⁸⁷ Por isso, para MacIntyre, o sistema de justiça funcionaria, no máximo, como um meio governamental de supressão de conflitos³⁸⁸, reflexo de uma sociedade incapaz de se reconciliar em torno de princípios morais fundacionais.

Parece-nos que MacIntyre, nesse ponto, erra o alvo. Na tentativa apressada de rechaçar qualquer possibilidade de reconciliação social a partir de instituições políticas modernas, o autor perde a dimensão do constitucionalismo como ponto focal de coordenação para lutas por reconhecimento e afirmação de direitos provindas das mais diversas perspectivas concorrentes sobre o sentido de justiça. Mesmo em conflitos sociais extremos, em que grupos humanos inteiros são alijados de bens e serviços básicos da cidadania, as constituições democráticas oferecem um horizonte normativo de reconhecimento e inclusão, a partir de princípios

³⁸⁵ MACINTYRE, Alasdair. **After Virtue**. London: Duckworth, 1981 p. 251.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 253.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 253.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 254.

compartilhados, que subsidiavam a luta por direitos, ainda que a práxis jurídica esteja inteiramente aparelhada para rejeitá-los³⁸⁹.

Janaína Amado³⁹⁰ descreve esse processo perfeitamente quando reflete sobre o seu contato com sobreviventes da revolta camponesa de Trombas e Formoso, ocorrida no norte de Goiás ao longo dos anos 50, até o golpe militar de 1964³⁹¹. Esse conflito agrário se origina no contexto da "Marcha para o Oeste", um projeto de integração territorial lançado no período do Estado novo³⁹² que, apesar de ter mobilizado grandes massas populacionais, dado o seu apelo simbólico de libertação pela terra, foi estruturado em torno de uma política agrária insipiente, que funcionava sob “um arranjo precário”, na expressão de Linhares e Freitas³⁹³ e que impunha restrições jurídicas à incorporação do trabalhador rural nos mesmos moldes do operário urbano, funcionando mais como um modelo de “ação política imaginária”³⁹⁴. Os camponeses que formam a comunidade de Trombas e Formoso eram rejeitos da Colônia Agrícola Nacional de Goiás (CANG), fundada em 1941, na região de Ceres, expelidos pelos controles burocráticos

³⁸⁹ Conforme salientam Menelick de Carvalho Netto e Marcus Bastos: “Uma Constituição é muito mais do que um texto. A Constituição institui uma comunidade viva e atual fundada sobre princípios – e esse compromisso fundacional passa a estar sempre disponível para ser relido e ressignificado, sendo precisamente essa a dinâmica que caracteriza a democracia como um processo de constante aprendizado institucional. Por isso, “não podemos desacreditar na Constituição (...) enquanto possibilidade de permanente luta por direitos.” CARVALHO NETTO, Menelick; BASTOS, Marcus Vinícios Fernandes. O tempo da transição: notas sobre a relação entre legitimidade, tempo e direito no contexto do processo de emergência da ordem constitucional de 1988. In: MARTINS, Argemiro; ROESLER, Cláudia; PAIXÃO, Cristiano (org.). *Os tempos do direito: diacronias, crise, historicidade*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2020. p. 145.

³⁹⁰ AMADO, Janaína. **Eu quero ser uma pessoa: revolta camponesa e política no Brasil**. Resgate n. 5, Centro de Memória da UNICAMP, Campinas, 1993, pp 47-59. Movimentos sociais no campo (1948-1964). Pipsa, 1980

³⁹¹ Sobre a dinâmica detalhada do conflito, ver: MAIA, Cláudio Lopes. **Os donos da Terra: A disputa pela propriedade e pelo destino da fronteira – A luta dos posseiros em Trombas e Formoso 1950/1960**. Tese (Doutorado em História) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2008; CARNEIRO, Maria Esperança Fernandes. **A Revolta camponesa de Formoso e Trombas**. Goiânia: Editora UFG, 1988; CARNEIRO, Ana; CIOCARI, Marta. **Retrato da Repressão Política no Campo – Brasil 1962-1985 – Camponeses torturados, mortos e desaparecidos**. Brasília: MDA, 2011; CUNHA, Paulo Ribeiro Rodrigues. **Aconteceu longe demais: a luta pela terra dos posseiros de Formoso e Trombas e a Revolução Brasileira**. São Paulo: Editora UNESP, 2007; DOURADO, Maiara; Campos. A luta de Trombas e Formoso: uma ruptura narrativa no contexto da ditadura militar. In: Campos - **Revista de Antropologia**; v. 15, n. 2 (2014); ESTEVES, Carlos Leandro da Silva. **Nas trincheiras: luta pela terra dos posseiros de Formoso e Trombas (1948-1964)**. Dissertação Universidade Federal Fluminense. Niterói 2007; GUIMARÃES, Maria Tereza Canesin. **Formas de Organização Camponesa em Goiás (1954-1964)**. 2.ed. – Goiânia: Editora UFG, 2014;

³⁹² José Murilo de Carvalho aponta que a intensa transformação da sociedade civil durante o Estado Novo inverteu a ordem dos direitos prescrita por Marshall, na medida em que a expansão dos direitos sociais veio à frente dos políticos. Para os trabalhadores rurais, nem isso. A revolução trabalhista e sindical operada no período, deixou de fora a maior massa de trabalho do país, um suposto “esquecimento” que perpassou a retomada democrática e perdurou até o fim do governo JK, a ressaltar não apenas aspectos estruturais da aliança entre indústria e latifúndio no plano de desenvolvimento nacional, mas também as enormes dificuldades políticas de se enfrentar as tradicionais elites fundiárias em seu elemento natural, o domínio das terras. Ver: CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 128-139.

³⁹³ LINHARES, Maria Yedda LEITE; FREITAS, Francisco Carlos Teixeira da Silva. **Terra Prometida: uma história da questão agrária no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 130.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 111.

de seu primeiro administrador, Bernardo Sayão, e por limitações próprias do modelo de colonização implementado, que dependia do investimento e controle do Estado³⁹⁵. Diante das dificuldades encontradas, muitos camponeses passaram a ocupar terras férteis vizinhas, o que atraiu milhares de famílias, principalmente de migrantes nordestinos e de outras partes de Goiás e Minas Gerais. A chegada desses migrantes criou um embate com elites locais, que reivindicavam a propriedade das terras com base em títulos de propriedade muitas vezes fraudulentos. O resultado foi um conflito de grileiros contra posseiros que se sustentou por mais de uma década, alternando períodos de intensa violência e de lutas por reconhecimento legal das posses.

Amado relata como esses posseiros se uniram na sua condição de destituídos. Eram majoritariamente analfabetos, provindos do meio rural e que trabalhavam sob alguma forma de parceria, sendo que a maioria, quase 70%, já havia migrado ao menos uma vez, criando, em sua solidariedade, uma consciência de “estar mudando”³⁹⁶, condição que ajudaria a explicar aspectos identitários do conflito. Aponta a historiadora que esses posseiros, na consolidação de sua vida comunitária forjaram um senso de identidade e pertencimento sintetizado na condição de “ser uma pessoa”, que os permitiu sobreviver por todas as fases do conflito sem nunca abrir mão da via da “legalidade”, muita embora as instituições judiciárias tenham se fechado para eles a cada etapa do caminho e a sua luta por reconhecimento tenha sido violentamente reprimida.

Seria errôneo caracterizar esse processo apenas como um conflito travado num plano extralegal, dada a incapacidade do sistema jurídico em gerar soluções que conciliassem proposições de justiça tão díspares quanto as ostentadas por latifundiários abastados, grileiros e posseiros destituídos. Tanto o uso abusivo e corrupto das instituições, para atender a interesses privatistas de especuladores, quanto a resistência violenta dos camponeses, com o cometimento de crimes de sangue, são estratégias que flutuavam no limiar das estruturas jurídicas e caracterizavam uma disputa por modelos concorrentes de sociedade e de formas de vida que, apesar de operar às margens da lei, tinha sempre o direito como referência. A busca dos camponeses era a reforma agrária, o reconhecimento da posse legítima, a igualdade e liberdade materiais, a autonomia para o trabalho e o desenvolvimento de formas de vida livres de cooptação ou da instrumentalização pelo Estado. Essas eram pautas que estavam no horizonte

³⁹⁵ MAIA, Cláudio Lopes. **Os donos da terra**: A disputa pela propriedade e pelo destino da fronteira – A luta dos posseiros em Trombas e Formoso 1950/1960. Tese (Doutorado em História) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2008. p. 54.

³⁹⁶ AMADO, Janaína. **Eu quero ser uma pessoa**: revolta camponesa e política no Brasil. Resgate n. 5 Campinas: Centro de Memória da UNICAMP, 1993. p. 54.

político-constitucional da época, muitas em fase embrionária no Brasil³⁹⁷, e de concretização improvável, dado o arranjo institucional então vigente. Mas ainda funcionavam como referencial de uma legalidade possível, criadora de uma impressionante energia social.

Se as demandas dos camponeses de Trombas e Formoso podiam ser vistas como incompatíveis com a prática jurídica normal ou mesmo com as estratégias políticas clientelistas da época, essa circunstância não os colocava para fora do direito, mas, pelo contrário, os incluía justamente por esse fechamento, na forma de luta pela afirmação de sua identidade constitucional. É nesse sentido que Janaína Amado afirma que os posseiros “compreenderam que ser camponês e cidadão brasileiro são faces da mesma moeda”³⁹⁸. O fechamento da sociedade os forçou a realizar o projeto camponês na fronteira, mas nessa luta também se descobriram humanos³⁹⁹.

Esse senso de unidade comunitária e de identidade que emerge do conflito e do dissenso estrutural se perde na visão pessimista apresentada por McIntyre sobre o direito constitucional. Talvez por suas influências admitidamente marxistas, que o direcionam a uma desconfiança da capacidade de as instituições modernas servirem a algo além do que a validação de estruturas de dominação e poder, ou talvez por seu comunitarismo ser profundamente tributário da filosofia política da antiguidade, gravitacionando o seu olhar para as instituições políticas do passado com , o fato é que a sua visão de Justiça falha em reconhecer o constitucionalismo como essa obra em andamento, cuja linha mestra são as demandas por coerência e integridade em face dos direitos fundamentais e que, como aponta Dworkin, pede uma dose de otimismo em relação ao seu processo:

O otimismo do direito é, nesse sentido, conceitual; as declarações do direito são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza. Esse otimismo pode estar deslocado: a prática jurídica pode terminar por não ceder a nada além de uma interpretação profundamente cética. Mas isso não é inevitável somente porque a história de uma comunidade é feita de grandes conflitos e transformações. Uma interpretação imaginativa pode ser elaborada sobre terreno moralmente complicada, ou mesmo ambíguo.⁴⁰⁰

³⁹⁷ Bercovici destaca, sobre o período, que as constituições de 1934 e 1946 eram vistas como constituições de compromisso, vacilantes e repletas de disposições contraditórias sobre as suas principais diretrizes. Essa alcinha servia para reduzir o asseguramento de direitos sociais a meras recomendações, afastando a sua possibilidade de incorporação de disputas sociais constitucionalizáveis, o que foi especialmente verdadeiro nas questões agrárias. O autor, ressalta, contudo, que quando as tensões sociais efervesceram ao ponto de ameaçar esse bloqueio formalista aos direitos constitucionais, apelou-se para o golpe. BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964). In: **História do Direito em Perspectiva: do antigo regime à modernidade**. Org: Ricardo Marcelo Fonseca e Airton Cerqueira Leite Seelaender. Curitiba: Juruá, 2009.

³⁹⁸ AMADO, Janaína. Op. Cit. (1993), p. 66.

³⁹⁹ MARTINS, José de Souza. **Fronteiras: a degradação do outro nos confins do humano**. São Paulo: Contexto, 2009.

⁴⁰⁰ DWORKIN, Ronald. Op. Cit. (2003), p. 275.

A capacidade de o constitucionalismo gerar demandas normativas orientadas por princípios comuns, mesmo em uma modernidade fragmentária, é um fator que coloca em relevo o potencial do Poder Judiciário para exercer um papel social transformador, desde que equipado com ferramentas institucionais adequadas. Mais importante para os esforços deste trabalho, as reticências de MacIntyre o impediram de desenvolver uma compreensão mais aprofundada das virtudes judiciais, em compasso como uma teoria da constituição que contemple a importância do sistema judicial no processo contínuo de afirmação de direitos, cujo *telos* é a construção de uma sociedade justa.

3.2 A ÉTICA DA VIRTUDE JUDICIAL EM SOLUM, A FUNDAMENTAÇÃO COMO MEIO E A DECISÃO CORRETA COM FIM

No presente tópico, faremos uma exposição crítica do tratamento de Lawrence B. Solum ao tema das virtudes judiciais no artigo intitulado “*Virtue jurisprudence: a virtue-centered theory of judging*”⁴⁰¹. A partir dessa análise, tentaremos tirar conclusões sobre o grau de compatibilidade de uma teoria da decisão focada em virtudes com a concepção de integridade no Direito em Dworkin, situando o papel da fundamentação judicial na prática cotidiana do juiz virtuoso.

O primeiro ponto a se destacar, na abordagem de Solum é que a aplicação da ética das virtudes à filosofia do direito (*virtue jurisprudence*) não se reduz à virtude judicial, isto é, à investigação sobre o que é decidir um caso com respeito às virtudes, e o que faz um juiz ser virtuoso⁴⁰². Na verdade, uma abordagem exaustiva demandaria que fossem contempladas as virtudes de legisladores, dos advogados e de outros atores jurídicos⁴⁰³, cujos papéis na busca pelos bens jurídicos comuns não podem ser mitigados - aliás, são todos partes de um ecossistema interdependente, como chegamos a discutir no capítulo anterior. Solum argumenta, no entanto, que o ato de julgar ocupa uma proeminência nas teorias do direito contemporâneas, sendo o presente trabalho, aliás, um exemplo disso.

Um segundo ponto a ser feito é que o autor apresenta a sua teoria da decisão centrada em virtudes (*virtue-centered theory of judging*) como parte de uma teoria da ética judicial mais

⁴⁰¹ SOLUM, Lawrence B. *Virtue jurisprudence: a virtue-centered theory of judging*. **Metaphilosophy**, v. 34, n. 2, p. 178-213, 2003. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/880>. Acesso em: 6 fev.2025.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 182.

⁴⁰³ Para uma discussão sobre as virtudes dos advogados a partir de uma ética das virtudes: ARAÚJO, Robert. The Virtuous Lawyer: Paradigm and Possibility. **SMU Law Review**, v. 50, n. 2, p. 433-470, 1997. NICOLAIDES, Angelo; VETTORI, Stella. The Duty of Lawyers: Virtue Ethics and Pursuing a Hopeless Legal Case. **Athens Journal of Law**, v. 5, n. 2, p. 149-164, abr. 2019. Disponível <https://www.athensjournals.gr/law/2019-5-2-4-Nicolaides.pdf>. Acesso em 28 mar. 2025.

abrangente, que opera em grau de abstração acima das teorias da decisão no mercado, denominadas “teorias estreitas”. Essa maior abrangência implica duas consequências. A primeira é que uma teoria da decisão centrada em virtudes não se ocupa apenas de estudar em que se constitui a boa decisão, mas, também, na elaboração das forças de caráter que formam um juiz virtuoso. A segunda consequência é que o foco na ética das virtudes permite compatibilizar teorias concorrentes da decisão em um mesmo quadro analítico, abrigando-as em módulos que fornecem perspectivas sobre as diversas virtudes associadas ao ato de julgar, de acordo com suas respectivas concepções de justiça. Por exemplo, a integridade no direito de Dworkin é vista como um caso de teoria da argumentação jurídica, que descreve comportamentos constitutivos de uma boa decisão judicial, os quais podem ser retraçados, em um grau de abstração acima, às virtudes intelectuais das sabedorias teórica e prática. O mesmo valeria para os elementos essenciais de uma teoria da decisão com bases utilitaristas. Isso seria possível, segundo o autor, porque uma teoria centrada em virtudes não precisa reduzir o ato de julgar apenas às virtudes essenciais do juiz, sendo capaz de considerar, também, outros elementos explicativos de uma decisão correta, sem perder a sua identidade. A contribuição dessa doutrina seria, portanto, oferecer uma teoria que explique a relação entre o ato de julgar bem e o caráter do bom juiz ⁴⁰⁴.

Quanto às virtudes de caráter, o autor opõe as virtudes negativas frequentemente associadas aos maus juízes - corrupção (avarice), covardia cívica, intemperança, incompetência e insensatez (*foolishness*) àquelas virtudes práticas e intelectuais aristotélicas – temperança, coragem, sabedoria teórica e sabedoria prática. Quanto às virtudes práticas, o juiz equilibrado é descrito como aquele capaz de evitar os extremos da avarice e do excesso de indulgência, o corajoso encara seus deveres cívicos com seriedade, mas sem cometer os excessos da temeridade e sabe preservar sua reputação sem transformá-la em um fim em si mesmo, deixando-se condicionar pelo prestígio e vaidade. Já o juiz com bom temperamento equilibra-se entre a irascibilidade e a complacência. Com relação às virtudes intelectuais, o juiz inteligente consegue apreender conceitos complexos do direito e associá-los aos fatos do processo, assim como conjugá-los aos demais conhecimentos técnicos e científicos que informam os aspectos determinantes da lide. O juiz sábio possui a perspicácia para decisões práticas e é capaz de exercer o bom senso na apreensão daquilo que é essencial e o que é dispensável na condução de um bom julgamento, tomando providências cautelares, por

⁴⁰⁴ SOLUM, Lawrence B. Virtue jurisprudence: a virtue-centered theory of judging. **Metaphilosophy**, v. 34, n. 2, p. 178-213, 2003. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/880>. Acesso em: 6 fev.2025. p. 182-185.

exemplo, que evitem o comprometimento do resultado por algum vício ou erro de instrução no curso do processo⁴⁰⁵.

De pouca valia será ostentar essas virtudes, no entanto, se faltar ao juiz um senso de justiça, a virtude central e unificadora de todas as outras⁴⁰⁶. Para demonstrar o que significa postular justiça com uma virtude do juiz, Solum tem que superar o caráter elusivo do conceito em primeiro lugar. Afinal, a justiça não é facilmente associada a um sentimento ou a uma disposição de caráter. Então pode ser que a justiça seja a capacidade de reconhecer o que é justo, como uma disposição à equidade, por exemplo. Mas disso poderia decorrer que a justiça é algo que está na decisão justa e, por isso, do ponto de vista lógico, existiria antes do atributo da pessoa que a profere. Solum não quer aceitar esse resultado, pois significaria que as suas virtudes cardinais seriam meios para um fim (“ser virtuoso me ajuda a reconhecer a decisão justa”), estando apenas contingencialmente associadas ao que define a justiça da decisão, o que seria antitético à sua proposição de uma teoria da decisão centrada em virtudes.⁴⁰⁷

Para fugir desse problema, Solum, compartimenta as características que estariam associadas à ideia de justiça como sendo uma disposição para a equidade. Ele menciona a imparcialidade, a empatia e mais importante, recobra o conceito de integridade de Dworkin, como um interesse por preservar a coerência do direito, sendo fiel aos seus materiais normativos, o que é associado, por fim, a uma habilidade denominada “visão legal”, cuja formulação merece ser reproduzida:

Finally, a sense of justice requires the ability to perceive the salient features of particular situations. In the context of judging, we can use Karl Llewellyn's phrase situation sense or, by way of analogy to the phrase moral vision, we can say that a sense of justice requires “legal vision,” the ability to size up a case and discern which aspects are legally important. This requires an intellectual grasp of the content of the law, an understanding of the underlying purposes the law serves, and an ability to pick out the features of particular cases that are important for those rules and purposes. Because the virtue of justice requires legal vision, it is closely tied to the virtue of judicial wisdom⁴⁰⁸.

Essas três características se combinam na virtude justiça como unidade, um resultado que é maior do que a soma de suas partes, como os “ingredientes de um bolo”⁴⁰⁹, de modo que um juiz que possua essa virtude sabe que a imparcialidade e empatia com situação das partes são instrumentais para uma visão do direito como integridade, que por sua vez é indispensável

⁴⁰⁵ SOLUM, Lawrence B. Virtue jurisprudence: a virtue-centered theory of judging. *Metaphilosophy*, v. 34, n. 2, p. 178-213, 2003. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/880>. Acesso em: 6 fev.2025. p. 186-194

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 195.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 196

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 197

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 198.

para se tenha a visão legal sobre quais leis, princípios de justiça e precedentes são relevantes para a solução do caso, quais não se aplicam, quais devem ser distinguidos ou superados. O mesmo ponto é estendido às demais virtudes, que também se tornam indissociáveis a partir do papel unificador da sabedoria judicial. Assim, ele pode oferecer as principais conclusões de sua teoria da decisão centrada em virtudes:

- *A judicial virtue* is a naturally possible disposition of mind or will that when present with the other judicial virtues reliably disposes its possessor to make just decisions. The judicial virtues include but are not limited to temperance, courage, good temper, intelligence, wisdom, and justice.
- *A virtuous judge* is a judge who possesses the judicial virtues.
- *A virtuous decision* is a decision made by a virtuous judge acting from the judicial virtues in the circumstances that are relevant to the decision.
- *A lawful decision* is a decision that would characteristically be made by a virtuous judge in the circumstances that are relevant to the decision.
- The phrase *legally correct* is synonymous with the word *lawful* in this context.
- *A just decision* is identical to a *virtuous decision*.⁴¹⁰

Esse grupo de conclusões, entretanto, revelam alguns problemas internos na articulação de uma concepção de virtude em suas bases teleológicas. A principal dificuldade encontra-se na tentativa, de Solum, de compatibilizar sua teoria da decisão centrada em virtudes com as demais teorias “estreitas” em voga nos EUA, especialmente as que aceitam a ideia de uma discricionariedade forte e rejeitam a concepção de única decisão correta, o que o leva a postular a diferença conceitual entre decisão virtuosa e decisão correta. Esse problema se torna saliente quando Solum distingue os cenários em que o resultado de uma decisão conforme o direito corresponderia ao senso de equidade (*justice as lawfulness*), e os casos em que isso não ocorre (*justice as fairness*), nos quais a sabedoria prática e a visão legal do juiz entrarão em cena para excepcionar a regra jurídica no caso concreto, impedindo uma injustiça⁴¹¹.

Para explicar como pode haver desacordo entre juízes virtuosos sobre a decisão correta mesmo nas hipóteses de *justice as lawfulness*, em que há acordo subjacente sobre o direito aplicável, Solum se vê obrigado a rejeitar a tese de unicidade da decisão correta⁴¹², aceitando, erroneamente, que não fazer essa concessão prejudicaria as capacidades explicativas de sua teoria das virtudes judiciais. O erro está em pressupor como eticamente relevante uma concepção estática de “decisão correta”, que demandaria critérios de aferição distintos das decisões virtuosas. Por essa perspectiva, a virtuosidade da decisão se revelaria na prática do juiz virtuoso, um critério dinâmico, apreendido na experiência. Mas a sua correção, por outro

⁴¹⁰ SOLUM, Lawrence B. Virtue jurisprudence: a virtue-centered theory of judging. *Metaphilosophy*, v. 34, n. 2, p. 178-213, 2003. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/880>. Acesso em: 6 fev.2025. p. 198. Grifos do original.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 200;

⁴¹² *Ibidem*, p. 203

lado, seria aferida por uma suposta aderência objetiva ao ordenamento jurídico vigente, um critério estático, analítico. É nosso entendimento que, ao tentar provar a utilidade geral de sua teoria, acomodando concepções sobre o sentido da prática judicial em outras concepções de justiça, Solum acaba renunciando à dimensão teleológica de uma ética centrada em virtudes e o próprio sentido de integridade que pretende defender.

Para deixar esse ponto claro, vale analisar os três exemplos por ele utilizados para demonstrar a utilidade de sua separação entre decisão virtuosa e decisão correta. O primeiro é que a distinção permitiria explicar a evidência fática de decisões corretas tomadas pelas razões erradas, como no caso de um juiz que aceita propina para proferir uma decisão que, apesar disso, seria idêntica à que um juiz virtuoso tomaria, nas mesmas circunstâncias⁴¹³. A concepção em si de que uma decisão comprada possa ser considerada “juridicamente correta” já sinaliza um problema conceitual profundo acerca do que se entende por esse termo. Parece-nos pouco controverso afirmar que, na maioria dos sistemas jurídicos, uma sentença proferida mediante suborno, além de sua óbvia imoralidade⁴¹⁴, seria tecnicamente nula de pleno direito, ou, ao menos, implicaria a responsabilidade civil e criminal do juiz. Seria o caso de se indagar, portanto, como um provimento judicial passível nulificação ou de gerar o dever de reparar os danos causados, possa ser visto, pela perspectiva de Solum, como uma decisão correta. A concepção subjacente, como adiantado logo acima, parece ser a de que a correção seja uma qualidade técnica da decisão em face do ordenamento jurídico, em uma relação estática. Apesar de motivada por suborno, a decisão diz o direito conforme a sua melhor interpretação. Ou seja, ainda que o suborno venha à tona e a decisão seja reformada posteriormente, o será por outras razões jurídicas distintas, relacionadas às regras que governam a lisura do processo, mas não por seus erros técnicos intrínsecos. A decisão é correta, mesmo que ilícita.

O segundo exemplo de Solum se refere aos desacordos entre Tribunais de circuitos distintos sobre uma determinada interpretação do direito. Em diversas dessas ocasiões, as respectivas Cortes possuem razões plausíveis para afirmar seus entendimentos⁴¹⁵. Assim, até que a Suprema Corte unifique a questão, o que pode nunca acontecer, permanecerá a situação

⁴¹³ SOLUM, Lawrence B. Virtue jurisprudence: a virtue-centered theory of judging. **Metaphilosophy**, v. 34, n. 2, p. 178-213, 2003. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/880>. Acesso em: 6 fev.2025 p. 199. Nota de rodapé 66.

⁴¹⁴ Relembra-se a imagem gráfica, relatada por Heródoto, da execução do juiz corrupto Sisamnes, pelo rei Cambises II, da Pérsia. Para pagar pelo crime de suborno, o magistrado foi degolado, esfolado e o couro de sua pele foi utilizado para adornar a cadeira em que pronunciava os julgamentos. Posteriormente, o monarca nomeou o próprio filho de Sisamnes para substituí-lo no ofício, instruindo-o a sempre se lembrar, quando fosse proferir uma sentença, do que era feita a cadeira em que se sentava. HERÓDOTO. **História**. Brasília: Editora Universidade de Brasília (UnB), 1985, p. 264.

⁴¹⁵ SOLUM, Lawrence B. Op. Cit (2003), p. 203.

de decisões inconciliáveis no mesmo sistema jurídico, sendo que nenhuma possa ser categoricamente considerada incorreta. Aqui, parece emergir um aspecto autoritativo da pragmática jurídica. Se os dois Tribunais emitem posições defensáveis, isto é, nenhuma delas é claramente fundada em premissas equivocadas, então as duas deverão ser tidas como corretas até que sobrevenha um entendimento hierarquicamente superior. Parece problemático que a possibilidade de a Suprema Corte resolver a questão seja vista apenas como uma contingência e não como uma evidência de que a resolutividade sobre o assunto é um pressuposto do sistema. Novamente, o que parece estar em jogo é uma concepção estritamente estática de correção, mas com um elemento adicional, que é o estado da arte da interpretação em um determinado momento da cultura judiciária. Neste caso, uma correção é aferida pela ausência de outros meios autoritativos de validação de uma opinião melhor.

Por fim, Solum cita as hipóteses processuais em que é dado ao juiz ampla discricionariedade para influir na “mecânica” do julgamento⁴¹⁶, fazendo ajustes procedimentais que não estão regulados por regras específicas e que dependem, em larga medida, da experiência e senso de oportunidade do juiz. O controle de legalidade dessas decisões é feito pelo conceito de “abuso de discricionariedade”, sendo admitido que, fora dessa hipótese, decisões diferentes são tidas como corretas. Poderia se questionar, de início, se existe mesmo discricionariedade quando o próprio sistema prescreve os meios de controle desses atos de instrução. Por mais que se insista que o critério seja abrangente e conceda muita margem de manobra ao juiz, esse critério existe e está fundado em compreensões compartilhadas, baseadas em princípios do direito, sobre o que é certo ou não. Porém, pode-se aceitar o ponto de que, dentro desses limites abrangentes, há certa discricionariedade instrumental. Mesmo assim, o exemplo não funciona, pois a regra jurídica relevante, nesses casos, é a que garante essa autoridade ao juiz. Se ele a exerce conforme exige o direito, ou seja, se não abusa da autoridade outorgada, então a decisão é correta. É irrelevante para o Direito – por definição da lei processual – o formato específico com que tal ou qual juiz organizou uma determinada audiência ou instrumentalizou um ato processual qualquer. Se os juízes exercem essa prerrogativa dentro dos limites da discricionariedade que lhes foi outorgada, então não existe diferença juridicamente relevante entre um formato ou outro.

Especialmente quanto aos dois primeiros exemplos, no entanto, fica claro que Solum admite como válida uma ideia de decisão correta que é antitética aos pressupostos fundamentais

⁴¹⁶ SOLUM, Lawrence B. Virtue jurisprudence: a virtue-centered theory of judging. *Metaphilosophy*, v. 34, n. 2, p. 178-213, 2003. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/880>. Acesso em: 6 fev.2025. p. 203-204.

da teoria que pretende defender. O autor parece se esquecer, no meio do caminho, que a ética das virtudes é uma ética das atividades. A decisão virtuosa é a prática de um juiz virtuoso. Ela está inserida em um processo contínuo de aprimoramento em busca da excelência, cujo fim é concretizar um ideal de justiça, o *telos* daquela atividade. Não há por que submeter a decisão correta a outro parâmetro analítico. A decisão correta é a prática do juiz correto, que procura a verdade no direito, que pretender refletir, em cada decisão, a teoria jurídica que informa os princípios e direitos fundamentais daquela comunidade jurídica, o juiz Hércules. Na prática social do direito, que é dinâmica, a decisão correta é um processo, uma narrativa em construção, um ideal normativo ao qual todo juiz que busca dizer a verdade sobre a aplicação do direito deve seguir. A unicidade da justiça é a unicidade da decisão correta, ambas se resolvem pela integridade e coerência com fins últimos da vida humana conforme os princípios compartilhados por uma comunidade jurídica. Em verdade, é possível afirmar que o *telos* da decisão judicial virtuosa é proferir a decisão correta. O juiz Hércules e o juiz virtuoso - podemos chamá-lo de juiz Heitor, encontram-se na dimensão teleológica do direito.

Isso fica claro quando se nota como são próximas as descrições de Solum sobre a virtude da justiça e da sabedoria prática e a descrição de integridade no direito de Dworkin. Especialmente com narrativa empreendida no capítulo 4 de *Taking Rights Seriously*, mas adaptada aos pressupostos filosóficos explícitos da ética das virtudes⁴¹⁷. Embora Solum possa concordar que a noção de direito como integridade não seja incompatível com uma ética das virtudes, o ponto que queremos fazer é que essa compatibilidade é mais estrutural do que o jurista parece disposto a admitir.

Em nossa visão, Solum superdimensiona a neutralidade de sua teoria em relação às demais teorias estreitas da decisão. Como bem diagnosticou MacIntyre, o utilitarismo e o liberalismo são doutrinas profundamente fincadas no individualismo moderno, o que torna as

⁴¹⁷ Em outro artigo, Solum elabora as bases de sua discordância com Dworkin a partir de seu conceito de equidade, descrita, em termos gerais, como a prática do juiz sábio de excepcionar a lei sem violar o estado de direito (*rule of law*). Em nossa visão, Solum possui uma compreensão equivocada da função interpretativa dos princípios, em Dworkin, tratados como se fossem um tipo especial de regra. Isso o faz enquadrar Dworkin em uma posição formalista de que o Direito é uma questão de regras, entrincheirando-se na posição, igualmente incorreta, que associa equidade à discricionariedade, na determinação dos fatos particulares da lide. O trecho a seguir resume o ponto de Solum: (...) Dworkin has simply eliminated the idea of equity altogether, by arguing for an expansive concept of the complete set of legal rules in which every case should be decided according to the rules and principles. Dworkin emphasizes coherence in the law as a whole as the basis for decision in particular cases. This emphasis suggests that our second interpretation, that Dworkin's theory does not allow for equity, is in accord with the conception of equity specified in this essay. This conception of equity makes sensitivity to the facts of the particular case constitutive of the practice of equity. In a limited sense, Dworkin agrees with the formalist that law is all a matter of rules (broadly understood to include a coherence metarule) and that all discretion (and hence equity) is illegitimate." SOLUM, Lawrence B. **A Virtue-Centered Account of Equity and the Rule of Law**. In: FARRELLY, Colin; SOLUM, Lawrence B. (ed.). Op. Cit (2008), p. 152.

suas bases incompatíveis com uma doutrina da ação conforme fins últimos de uma vida humana orientada pela busca da excelência em suas práticas. Para a perspectiva utilitarista, por exemplo, virtudes clássicas como a coragem, a temperança ou sabedoria prática somente seriam informativas de uma escolha moral de forma contingente, na medida em que o agir conforme essas virtudes conduzissem à máxima utilidade da ação. Isso valeria para outras formas de consequencialismo que se apliquem a uma teoria da decisão judicial. Ainda que se entenda que o juiz deva se atentar para as consequências de suas decisões (o que, no Brasil, é um dever legal, inclusive⁴¹⁸), decidir conforme essas consequências nunca poderá ser *telos* da decisão conforme uma ética das virtudes, pois antes de observar o resultado material que irá resultar daquele julgamento, o juiz deverá se certificar, antes, que a solução dada seja capaz de revelar um sentido do direito compatível com bens jurídicos fundamentais para aquela comunidade jurídica. A coincidência entre as duas coisas, portanto, só pode ser eventual. A doutrina de Dworkin não confronta essas premissas justamente por ser uma teoria do direito como uma prática social, com respeito a fins, cuja linha condutora é a integridade. Assim, mesmo que se enxergue a possibilidade de coexistência de diversas teorias na perspectiva “modular” proposta por Solum, chegará o momento em que uma teoria da decisão judicial centrada em virtudes deverá decidir se a decisão virtuosa se justifica pelos princípios de justiça que revela ou pelas políticas públicas que viabiliza.

Essa escolha está clara no papel unificador atribuído por Solum à virtude de justiça, sem a qual as demais virtudes teriam a mesma serventia de um catálogo de condutas apensado à porta de um clube de cavalheiros. Qual seria a utilidade, para uma teoria da decisão judicial, em descrever a possibilidade de existir, conceitualmente, um juiz inteligente, perspicaz, corajoso, equilibrado, de bom temperamento, mas incapaz de proferir boas decisões? Essas virtudes aristotélicas, por mais informativas que sejam da excepcional exigência que a sociedade faz de seus juízes – consequências, aliás, seu enorme prestígio e poder – ao final pouco interessariam se não refletissem, ao final, em que consiste a excelência do ato de julgar. O passo seguinte, que Solum não quis dar, seria inevitável. O juiz virtuoso não busca a virtude em partes, mas no todo, que, no Direito, é a verdade do caso. Quando decide, não irá se portar como se a sua fosse apenas uma opinião dentre outras tantas válidas, pois um tal agir admitiria tacitamente o caráter fragmentário da justiça. O juiz virtuoso busca unidade no direito, o sentido último de ser juiz, que é de onde ele deduz a finalidade de seu ofício, o seu *telos*. O ideal

⁴¹⁸ Por exemplo, nos arts. 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42).

unificador da justiça, do qual o sentido de integridade no direito é parte estruturante, obriga o juiz ético a só admitir uma solução correta para cada caso.

Deveria ser trivial, portanto, sob uma perspectiva da ética das virtudes, que em determinado momento, para um determinado Tribunal, a concepção do que é o direito em determinada situação jurídica possa ser diferente da defendida por outro, ou que juízes divirjam sobre qual procedimento é melhor para determinado fim instrumental do processo. Mesmo que esses desacertos sejam estruturais, parece-nos artificial explicá-los como opiniões igualmente certas sobre o direito. Primeiro, porque o aspecto normativo do direito como integridade ficaria enfraquecido como um todo. Segundo, porque não parece uma descrição realista de como a interpretação jurídica, de fato, funciona, especialmente quando o papel do intérprete é, por definição, solucionar um problema⁴¹⁹. Assim, a incorporação *ad hoc* da diferenciação entre decisão virtuosa e decisão correta, apenas para cumprir uma suposta capacidade descritiva da teoria, nos parece tanto equivocada, quanto desnecessária. Uma teoria da decisão centrada em virtudes judiciais estará mais bem situada quando se concentrar no aspecto dinâmico da decisão judicial correta, como uma prática em constante movimento.

Neste ponto, gostaríamos de avançar um pouco a discussão para sugerir que a fundamentação judicial ocupa um lugar central de uma concepção dinâmica da decisão judicial que conjugue a ética das virtudes com a integridade no direito e a ideia de única decisão correta. O horizonte de excelência da atividade judicial é o agir conforme os princípios de justiça da comunidade jurídica. Como parte determinante desse agir está o dever de proferir boas decisões, que avancem a aquisição dos bens jurídicos fundamentais pressupostos por esses ideais. Como a decisão, em si, não encerra a virtude do juiz, mas é apenas parte de um processo, de um caminho em busca da excelência, a forma como o juiz expressa as suas escolhas é determinante. Pela fundamentação, o juiz fornece a narrativa de suas virtudes, que se materializam na decisão. Ainda que o juiz seja o veículo, é a decisão fundamentada que expressa, publicamente, o seu senso de justiça na linguagem do direito. O fundamento da decisão, portanto, constitui o meio pelo qual a sua virtuosidade pode ser aferida e criticada publicamente. Solum parece sustentar, ao menos em parte, conclusão parecida quando afirma:

Indeed, a virtue-centred account allows us to appreciate the fact that explanations or justifications of legal decisions play more than one role. In some cases, when a judge explains a decision, the intention is to lay bare the premises and reasoning that moved the judge from accepted premises about the law and the facts to some conclusion about what result is legally correct. There are other cases, however, where

⁴¹⁹ Por exemplo, o juiz pode conceder que há doutrina ou entendimentos judiciais respeitáveis em dois ou mais sentidos e que nenhuma dessas posições encerre injustiças evidentes. Ainda assim, o juiz, ao final, irá optar pelo caminho que reputa o mais justo, o mais correto, o mais equitativo, entre as opções disponíveis.

*explanations play a different role. When the decision of a case is based on legal vision or situation sense – that is, when the decision is based on the virtue of judicial wisdom of phronesis – then the point of an explanation is to enable others to come to see the relevant features of the case. Such explanations do not recreate a decision procedure; rather, they are aimed at enabling others to acquire practical wisdom. Thus, Bernard Williams's (1980) claim that the notion of a just decision "is prior to that of a fair or just person" is at best partially correct. Even when judges simply apply the rules to the facts, the notion of a just decision cannot be untangled from the notion of a virtuous judge grasping the salient features of the case. Virtue, in particular the virtue of phronesis or judicial wisdom, is a central and ineliminable part of the story.*⁴²⁰

O ponto que fazemos não é desprovido de controvérsias. Amalia Amaya⁴²¹ afirma, por exemplo, que todo o ponto de uma teoria da decisão com base em virtudes é inverter o foco do exame dos argumentos racionais e deveres justificativos da decisão para as virtudes que produzem bons juízes, inclusive os aspectos emocionais que entram em jogo na análise dos casos e a forma como o julgador organiza os fatos antes de decidir. Assim, o foco na fundamentação formal seria retroceder a um cognitivismo que uma teoria focada em virtudes pretende evitar.

Insistimos, contudo, nessa abordagem por duas razões. A primeira é que a distinção metodológica de Amaya pressupõe que um juiz virtuoso irá se engajar em um processo de justificação adequado no curso da prática judicial. Ao longo deste trabalho, entretanto, tentamos provar que problemas de coordenação, design institucional e contingências práticas podem inviabilizar esse pressuposto, mesmo para juízes ciosos de seus deveres⁴²². Problemas sistêmicos de fundamentação judicial trazem à tona o fato de que as virtudes judiciais não podem ser retraçadas ao caráter do juiz virtuoso se as decisões são tomadas de maneira performática e pouco analítica, para atender a outros interesses e objetivos estratégicos dos Tribunais entrincheirados em posições defensivas. Amaya propõe, aliás, que educação jurídica incorpore, em seus programas, estudo crítico de juristas exemplares⁴²³. Esse estudo seria muito limitado sem o exame dos argumentos e teses criadas por esses modelos de virtude na solução

⁴²⁰ **Ibidem**, p. 202.

⁴²¹ AMAYA, Amalia. Reasoning in Character: Virtue, Legal Argumentation, and Judicial Ethics. **Ethical Theory and Moral Practice**, 2023, p. 3-7. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10677-023-10414-z>. Acesso em: 08 fev. 2025.

⁴²² Poderia se falar, na linguagem conceitual dessa autora, que os pactos de não-fundamentação exemplificam o funcionamento de uma instituição “anti-exemplar”. Mesmo em suas consequências perniciosas para a formação do caráter dos agentes nela envolvidos, o seu estudo crítico fornece oportunidades de educação cívica e revela aspectos centrais da normatividade aceita, permitindo refinar e tornar mais complexa a compreensão do vício na esfera pública. AMAYA, Amalia. **Vícios Públicos**. 2022. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/363279646_Vicios_Publicos. Acesso em: 09 fev. 2025

⁴²³ **Ibidem**, p. 14.

de problemas jurídicos⁴²⁴. Nesse aspecto, as condições formais em que esses argumentos podem ser desenvolvidos na prática judicial é relevante.

Mais importante, a segunda razão para se compreender a fundamentação como o veículo em que as virtudes do juiz se concretizam é que esta não é, em nossa proposta, uma proposição epistêmica sobre como as decisões devem ser justificadas. Ainda que a Amaya diferencie as teorias que reservam à virtude um papel epistêmico (acessório) na justificação, daquelas em que a virtude é constitutiva da decisão justificada (i.e.: justificada é a decisão que um juiz virtuoso tomaria), entendemos que essa distinção só tem relevo, conceitualmente, a partir de uma concepção formalista do direito como integridade, desidratando-a de seus pressupostos dinâmicos de uma prática interpretativa, uma caracterização com a qual discordamos⁴²⁵. O que se pretende aqui, portanto, é apenas constatar que a justificação é um elemento central da prática judiciária nas sociedades contemporâneas e, como tal, deverá ser conduzida à excelência por um juiz virtuoso, pelo reconhecimento dos bens jurídicos intrínsecos que produz, especialmente como instrumento de legitimação do poder estatal nos estados democráticos de direito.

Em adição a esse último ponto, o papel central da fundamentação fornece ainda mais um argumento para a irrelevância, em uma ética das virtudes, da diferenciação entre decisão virtuosa e decisão correta, mesmo em sua acepção estática. Se a forma como o juiz justifica as suas razões reflete as suas virtudes e se a decisão virtuosa é a aquela que conjuga todas as virtudes envolvidas na formação daquele profissional, então, o juiz que bem fundamenta contribuirá para o fim último da justiça, ainda que erre. A fundamentação virtuosa é aquela que expõe o processo mental e as escolhas normativas que levaram o juiz a acolher determinada interpretação do direito e não outras concorrentes, dentre as apresentadas pelas partes e as sustentadas por outras fontes jurídicas. Essa exposição se dará sem subterfúgios, pois o fim buscado pelo juiz virtuoso é a justiça, não o próprio prestígio, a reputação do Tribunal ou qualquer razão externa que possa influenciá-lo a pensar estrategicamente. Ao assim proceder, o juiz fornece aos litigantes e ao mundo jurídico, bases argumentativas claras pelas quais sua

⁴²⁴ Em outro trabalho, a autora diferencia exemplarismo baseado em casos do exemplarismo baseado em agentes, situando seu interesse primordial no último. Temos dificuldades em realizar essa separação com maior nitidez se o exemplo biográfico é um juiz, alguém apreciação social imediata está predicada nas decisões que profere. AMAYA, Amalia. Exemplarism and Judicial Virtue. **Law and Literature**, v. 25, n. 3, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2489879>. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2489879>. Acesso em 09 fev. 2025.

⁴²⁵ A própria autora parece reconhecer esse ponto quando afirma que a teoria do direito como integridade em Dworkin “poderia ser interpretada” como uma proposta que atribui função epistêmica à virtude, mas, na nota de rodapé faz a seguinte ressalva: “Dworkin explicitly averts us against any interpretation of Hercules’ answer to legal problems as defining what law as integrity requires. Hercules merely illustrates how a judge approaching a legal problem as law as integrity demands would proceed, but his judgments are not meant to be constitutive of the truth of the answer at which he arrives.” AMAYA, Amalia. **The Role of Virtue in Legal Justification**. In: AMAYA, Amalia; HO, Hock Lai (ed.). Op. Cit. 2013, p. 53.

decisão poderá ser analisada, criticada e revista, se não no mesmo processo, em outros, quando questão jurídica similar voltar a ser debatida. Mesmo no erro, o juiz entregará à prática social do direito um instrumento para o seu aperfeiçoamento contínuo. É a virtuosidade do fundamento, portanto, não o resultado da decisão em si, que revela o juiz na excelência de sua função.

3.3 NÃO FUNDAMENTAR É FAZER SUA A LIDE

As reflexões acima nos ajudaram a situar a prática judiciária em uma concepção ética que associa as funções essenciais exercidas pelo juiz com as virtudes e capacidades extraordinárias que se esperam desses profissionais, no contexto desafiador das sociedades complexas contemporâneas. São agentes estatais, em geral não eleitos, dotados de excepcional autoridade, que não se esgota no aspecto mais evidente da adjudicação de direitos de forma definitiva, após a cognição exauriente do processo. Juízes, por exemplo, possuem ampla autoridade para determinar uma série de medidas de natureza provisória, como conceder tutelas de urgência e cautelares, que interferem imediatamente na vida das pessoas, por vezes tomadas sem a formação de um contraditório prévio. No Brasil, possuem significativa influência na instrução processual, sendo instrumentais na produção dos fatos jurídicos que depois serão objeto de julgamento. Destaca-se ainda, o alcance extraordinário que os Tribunais têm atingido sobre os mais variados assuntos da vida política nacional, com a competência para declarar nulos, excepcionar ou suspender atos normativos exarados por representantes eleitos, influir no funcionamento e decisões de agências reguladoras e dos órgãos de controle, interferir diretamente em processos eleitorais e até mesmo em deliberações legislativas.

Além de suas competências expansivas, juízes gozam de extensa proteção jurídica por suas opiniões e pelas consequências de seus atos decisórios, sendo virtualmente irresponsáveis pelas externalidades que possam causar no uso de seus poderes. A própria fiscalização de suas atividades é, também, uma questão complexa, pois a necessidade de se punir maus juízes deve ser contrabalançada com a premissa geral da independência do Poder Judiciário, que precisa ser defendida contra investidas de grupos políticos e práticas de silenciamento e intimidação. No Brasil, a conduta dos magistrados é primariamente regulada pelas corregedorias internas e, pelo CNJ, um órgão cuja arquitetura institucional é de controle externo, mas que, na prática, é dominado por interesses corporativos⁴²⁶.

⁴²⁶ Em estudo promovido por pesquisadores da FGV, que analisou o conteúdo de conteúdo de 303 resoluções do CNJ e 206 do CNMP, entre 2005 e 2019, concluiu-se que “mesmo trazendo avanços institucionais e aspectos

Esse grande poder constitui-se dentro de uma contabilidade social. Exige-se dos juízes um senso de responsabilidade condizente com a centralidade da função que exercem nos mais variados aspectos da vida cotidiana e política. Dessas expectativas, decorre que a seleção de juízes é feita com base em suas qualidades morais extraordinárias, além de excepcional competência técnica⁴²⁷, uma constatação que coloca a perspectiva da ética das virtudes em posição especial para compreender os traços de caráter constitutivos da imagem pública do juiz contemporâneo. No direito brasileiro, as virtudes judiciais estão normatizadas em deveres expressos, por exemplo, nos arts. 35 e 36 da LOMAN (LCp 35/79), no Código de Ética da Magistratura Nacional (Resolução CNJ 60/2008), arts. 139, 144 e 145 do CPC, e nos requisitos de “notável saber jurídico” e “reputação ilibada” em nomeação para Tribunais e órgãos colegiados de controle, constantes dos arts. 73, II (TCU), 94 (TRFs e TJs), 101 (STF), 103-B, XIII (CNJ), 104, parágrafo único (STJ), 111-A (TST) e art. 130-A, VI (CNMP) da Constituição.

Uma segunda constatação que emerge da perspectiva da ética das virtudes aplicada à prática judicial é a centralidade da virtude da “sabedoria prática” (*phronesis*), assim sintetizada por Amaya:

*The distinguishing feature of the virtuous person is that she has a ‘high order of situational appreciation’ -which is needed to take decisions that adequately respond to the specific features of the particular case. Thus, the virtuous legal decision-maker is well-positioned to determine whether a rule-based approach is adequate to solve the case or whether the case is such that a more substantive approach is required.*⁴²⁸

Essa perspectiva coloca em relevo o que, em nossa visão, é a principal capacidade operativa de um bom juiz, que é a de raciocinar por meio de exceções. Ainda que o caso jurídico seja de fácil resolução, a sua simplicidade não é constituída *a priori*, mas a partir de um exame exaustivo das exceções possíveis, sejam alegadas pelas partes ou derivadas, pelo julgador, da interpretação dos materiais normativos que regulam a matéria. Duarte D’almeida, partindo de uma concepção positivista do Direito, discute o estatuto lógico das exceções na proposição judicial, uma discussão que remonta, dentro daquela escola de pensamento, ao conceito de

positivos referentes a prazos, racionalização dos serviços e transparência, a atuação normativa dos Conselhos não se concretiza em controle efetivo sobre seus membros, como era a intenção primeira; ao contrário, tem resultado na expansão do poder dos integrantes do Judiciário e do MP, ampliando seus espaços de atuação em temas sensíveis para a democracia e ao Estado de Direito no país.” VIEGAS, Rafael Rodrigues; LOUREIRO, Maria Rita Garcia; ABRUCIO, Fernando Luiz. Do controle externo à simbiose com o sistema de justiça: a ação normativa do CNJ e do CNMP. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 37, n. 110, e3711005, 2022. Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>. Acesso em: 11 fev. 2025.

⁴²⁷ SHERRY, Suzanna. **Judges of Character**. In: FARRELLY, Colin; SOLUM, Lawrence B. (ed.). Op. Cit (2008),

⁴²⁸ AMAYA, Amalia. Reasoning in character: virtue, legal argumentation, and judicial ethics. **Ethical theory and moral practice**, 2023, p. 3-7. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10677-023-10414-z>. Acesso em: 8 fev. 2025. p. 4.

derrotabilidade inicialmente formulado por Hart⁴²⁹ e depois aperfeiçoado, dentre outros, por MacCormick⁴³⁰. D'almeida sugere, corretamente, que a derrotabilidade não é uma discussão conceitual sobre regras jurídicas, mas uma condição do julgamento correto⁴³¹. Isto é, para afirmar a aplicabilidade de uma regra, o juiz deverá se certificar sobre as condições materiais de sua aplicação em face de exceções explícitas ou implícitas que possam a ela se opor⁴³².

Em nossa perspectiva sobre a ética judicial, é a sabedoria prática do juiz e a sua visão legal, na expressão de Solum, conquistadas no aprendizado da atividade judicante em busca da excelência, que o capacitam para o julgamento correto do caso com respeito às exceções, garantindo a distribuição dos direitos conforme as circunstâncias particulares que emergem na instrução do processo. É nesse sentido que cada julgamento é único, ainda que reformule soluções já atingidas em casos anteriores, pois, independentemente do resultado, o processo argumentativo é invariavelmente concreto, sendo essa dinâmica o *locus* onde o juiz buscará integridade do sistema normativo.

Se os juízes fossem dispensados da sabedoria prática e do dever de adjudicar os casos com vistas à integridade, bastando-lhes reproduzir fórmulas de julgamento emanadas de tribunais superiores, ou postular a incidência de determinada regra jurídicas, seria difícil encontrar qualquer excepcionalidade naquilo que fazem. Se instruir o processo for fechar os espaços discursivos para as exceções e limitar o escopo cognitivo para que os fatos da lide caibam em uma caixa de soluções jurídicas pré-concebidas, então haveria poucas razões para conceder a esses agentes públicos poderes instrumentais tão vastos e prerrogativas tão amplas como as que ostentam. Por fim, se julgar o caso é apesar solucionar uma disputa, sem qualquer consideração sobre como aquela solução contribui para constante busca pelo sentido do direito na construção de uma sociedade justa, então pouca diferença haveria entre juízes e árbitros da justiça privada, o que poderia levar ao argumento de que os gastos extensos no serviço estatal da justiça seriam um desperdício de dinheiro público.

Frequentemente, vê-se nos meios de comunicação anúncios de investimentos da iniciativa privada em produtos de inteligência artificial capazes de executar as mais diversas atividades jurídicas. Em notícia recente, alardeou-se sobre um serviço totalmente automatizado de solução de disputas, capitaneado pela companhia *Fortuna Arbitration*, a qual garante ser seu produto mais previsível e capaz de gerar resultados mais consistente do que os atingidos por

⁴²⁹ HART, H.L.A. **The Ascription of Responsibility and Rights**. Proceedings of the Aristotelian Society, New Series, Vol. 49, 1948 – 1949.

⁴³⁰ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

⁴³¹ DUARTE D'ALMEIDA, Luís. Op. Cit (2015), p. 12.

⁴³² Ibidem, p. 153

árbitros humanos⁴³³. Evidentemente, iniciativas dessa natureza se limitam ao contexto da justiça privada, muito embora os Tribunais estejam cada vez mais equipados com produtos de inteligência artificial capazes de mitigar o volume de trabalho da gestão processual, o que tem sido particularmente saliente no Brasil. Isso nos leva à reflexão sobre o sistema de precedentes imaginado pelos precedentistas, em que os julgamentos da Corte de Cúpula fechariam o canal interpretativo das instâncias anteriores, simplificando a resolução de casos novos. Ou, ainda, sobre a forma como a noção de precedente é apropriada pelos Tribunais Superiores, como filtro de admissibilidade de recursos e não como reconstrução argumentativa de princípios de justiça. Até que ponto, então, esse modo de encarar o direito não tornaria a maioria dos juízes substituíveis por tecnologias baseadas em modelos de linguagem avançados, capazes de processar o volume de informações de forma muito mais competente?

Essa provocação leva a outro questionamento ainda mais pragmático. Foi discutido, nos tópicos anteriores, como o Poder Judiciário brasileiro é caro, apesar de sua baixa capilaridade. Na introdução, revelou-se o desafio do Min. Sebastião Alves dos Reis Júnior, pedindo alternativas para resolver a demanda excessiva do STJ, que não fossem, por exemplo, a ampliação substancial do número de ministros. Essa solução, segundo ele, é insustentável politicamente, dado o impacto no orçamento público. Não iremos, nesta pesquisa, adentrar os aspectos técnicos dessa discussão, mas a ressalva do ministro abre margem para uma reflexão importante: afinal, por que é tão custoso manter um Tribunal com 33 ministros, senão pela premissa de que se espera de sua atuação nada menos do que o extraordinário? Será que os amplos gabinetes, o exército de assessores, assistentes, secretariado, toda a estrutura institucional, motoristas, bibliotecas etc., é custeada pela sociedade brasileira para que se julgue o mérito de apenas 4% dos recursos que chegam ao Tribunal em forma de agravo?⁴³⁴ Será que o prestígio desses cargos está predicado naquilo que deveriam entregar à sociedade – julgamentos extraordinários, proferidos por juízes de notável saber jurídico e reputação ilibada - ou naquilo que, na prática, constitui a maior parte de sua atuação— gestão de volume, soluções pré-fabricadas e pactos de não-fundamentação?

Outro ministro do STJ, Antonio Herman Benjamin, escreveu, recentemente, para a folha de São Paulo, uma peça de opinião intitulada “Tribunal de precedentes com números sem

⁴³³ LAWNEXT. Legal tech startup to launch AI-powered arbitration service, promising reduced costs and consistent outcomes. LawNext, 2025. Disponível em: <https://www.lawnext.com/2025/01/legal-tech-startup-to-launch-ai-powered-arbitration-service-promising-reduced-costs-and-consistent-outcomes.html>. Acesso em: 11 fev. 2025.

⁴³⁴ VITAL, Danilo. STJ julga mérito de apenas 4% dos recursos que os tribunais não admitem. Consultor Jurídico, 20 dez. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-20/stj-julga-merito-de-apenas-4-dos-recursos-que-os-tribunais-nao-admitem>. Acesso em: 11 fev. 2025.

precedentes”. O título é apto, embora o autor reproduza a concepção precedentalista - e autocongratatória ao “Tribunal da Cidadania” - de que a sua função precípua da Corte seria a unificação da legislação federal “pela fixação de teses”. Apesar disso, o artigo releva uma acurada percepção do ministro sobre a gravidade da situação em que se encontram, como instituição, representada nos trechos abaixo:

Um caos numérico de 500 mil novos recursos nunca foi, nem será, caminho para assegurar justiça, pois, não obstante a maior atenção possível dos julgadores, zelo extremado algum conseguirá evitar a morosidade, imprevisibilidade e discrepância de decisões. E, sabemos, o direito definha em clima de acaso e de jogo de azar. Logo, não fechemos os olhos à inexequibilidade total —pura ficção ou delírio— de ministros do STJ proferirem uma decisão em quatro minutos e meio.

O ato de julgar, por natureza, abomina a precipitação e a superficialidade, exige estudo e ponderação. Numa palavra, oportunidade para pensar. O juiz não é um burocrata a mais, com um carimbo padronizado à mão, nem carrega varinha de condão para, do éter, colher uma decisão adequada.

(...)

A crise recursal do STJ prejudica o Brasil. Enfraquece a legitimidade do direito, desampara os cidadãos, afeta a economia e o ambiente dos negócios, corrói as contas públicas. Chegou a hora de acordar e tomar providências imediatas para afastar o risco de implosão do Tribunal da Cidadania.⁴³⁵

Como discutimos nos capítulos anteriores, a crise de fundamentação não é uma criação isolada do Poder Judiciário e não será resolvida nem pelo permissivismo da “hermenêutica” precedentalista, nem pelos excessos do normativismo incondicional da perspectiva judicativa, exigindo de todos os atores jurídicos um compromisso acentuado de cooperação para a construção de modelos institucionais alternativos e para a melhoria do ambiente discursivo dos processos. Porém, acreditamos que o presente capítulo deixe claro os motivos pelos quais a frustração social com as falhas da prestação jurisdicional atinge, diretamente, a percepção sobre a legitimidade do Poder Judiciário. E esse fato, por si só, deveria motivar juízes e Tribunais a se engajarem, com maior seriedade, na revisão de suas estruturas internas.

Quando juízes singulares e Colegiados se dedicam a fazer simulações performáticas daquilo que constitui um dos seus deveres primordiais, como é o dever de fundamentação, falham em entregar aos jurisdicionados o veículo comunicador de suas virtudes extraordinárias, colocando em seu lugar um artefato forjado, cuja falsidade é aparente para todos, leigos ou não. Ao assim procederem, é como se esses magistrados “tornassem sua a lide”, pois ferem âmago do arranjo social que lhes conferiu imunidade pelas decisões tomadas e legitimou os poderes que exercem, atraindo para si a responsabilidade moral pelo desvalor criado em razão do julgamento. Se estivermos corretos na exposição empreendida até aqui, tergiversar sobre o dever de fundamentação é o pecado capital do juiz contemporâneo. Ainda que não exista

⁴³⁵ BENJAMIN, Antonio Herman. Tribunal de precedentes com números sem precedentes. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 8 fev. 2025. Disponível em: www1.folha.uol.com.br. Acesso em: 12 fev. 2025.

hipótese correlata ao *iudex qui litem suam facit* em nosso sistema jurídico, a comparação subsiste como metáfora de uma dívida social que se acumula, cujos meios de cobrança não se resolvem internamente no Direito, o que é motivo de preocupações.

Existe um limite para o quanto a dívida social construída pelos Tribunais pode ser absorvida até que venha a cobrança. Estamos assistindo a olhos nus ataques contínuos às instituições democráticas e o Poder Judiciário é um dos alvos preferenciais de extremistas, que capitalizam e instrumentalizam as frustrações legítimas da população. Nas conversas com pessoas leigas, o cinismo em relação às intenções de juízes e a descrença com o sistema de justiça são sentimentos palpáveis e isso é muito perigoso para todos que acreditamos no papel da Justiça estatal como vetor de transformações sociais e de afirmação de Direitos.

A instrumentalização do processo, o uso estratégico de filtros recursais, por meio da jurisprudência defensiva, a proliferação de pactos de não-fundamentação e a insensibilidade geral com os casos particulares, em favor de uma lógica elitista de solução de grandes casos e construção de “grandes teses” aplicáveis a reboque, são elementos disruptivos da credibilidade do Poder Judiciário. Até o momento, o entrincheiramento inconstitucional dos Tribunais tem se mantido pelo exercício de sua extraordinária autoridade, um crédito simbólico mantido a muito custo pelo arranjo institucional vigente. Esse crédito possui uma contrapartida, que é a virtude judicial. A conta fica cada vez mais negativa. É preciso impedir a quebra da banca.

4 CONCLUSÕES: POR QUE E PARA QUEM OS JUÍZES JULGAM?

Uma pesquisa deve ser ao menos capaz de explicar o seu título por inteiro. O que são pactos de não-fundamentação, de acordo com a proposta aqui desenvolvida, acreditamos ter respondido suficientemente nos capítulos anteriores. Os erros conceituais que se possam identificar em nossa proposta são comissivos e não de insuficiência de exposição. Mas reconhecemos uma dívida analítica quanto ao subtítulo, em forma de pergunta: “por que e para quem os juízes julgam?”.

A locução “por que”, na superfície, atende à função interrogativa de pedir o motivo pelo qual os juízes julgam. E a resposta mais direta para essa pergunta seria: porque é o seu dever. Tentamos elaborar essa resposta em duas frentes. Em uma visão estrutural, o juiz exerce um papel determinante na burocracia do Estado. As democracias modernas funcionam em um jogo político dinâmico, que articula as autonomias público e privada em sociedades complexas, cujas interações entre seus participantes - cidadãos, empresas, instituições, entidades governamentais - são marcadas por assimetrias de informação, desigualdades estruturais e forças externas desestabilizadoras. Esse complexo social funciona através de uma profusão de regras jurídicas, de variadas hierarquias, que devem ser interpretadas conforme os princípios de direito estruturantes da comunidade jurídica e de acordo com um ideal de justiça compartilhado. É papel do juiz exercer seu poder decisório e integrar o Direito quando conflitos surgem sobre o sentido desse ideal de justiça em situações concretas, sejam elas de cunho econômico, social, político, material ou moral. Essa função, cuja importância e dificuldade não podem ser subestimadas, joga luz sob os compromissos éticos extraordinários assumidos por juízes ao vestirem a toga.

Ao longo da pesquisa, tentamos confrontar as racionalidades estratégicas circundantes aos pactos de não fundamentação com as demandas éticas que integram a carreira do magistrado, com o intuito de demonstrar que existe um momento em que o mundo do possível terá que acertar as contas com mundo do que é devido. Propusemos um abandono temporário de uma perspectiva normativa forte interna à doutrina do direito para compreender a dinâmica institucional em sua dimensão política, a partir da visão de seus integrantes e dos incentivos reais que exercem influência sobre a sua atividade. A intenção dessa análise era tanto compreender os mecanismos que permitem ao Poder Judiciário brasileiro operar de forma contrária à ordem jurídica constitucional, quanto explicar os motivos pelos quais a crítica normativa, principalmente incondicional, é incapaz de gerar mudanças apenas pela força de seus argumentos. Não há lei nova, reforma processual, protestos acadêmicos ou de grupos da

sociedade civil, que sejam capazes de mudar a cultura da prestação jurisdicional brasileira e alterar o estado de indigência qualitativa do nosso sistema processual, sem contar com o engajamento positivo do Poder Judiciário. Isto é, sem contemplar seus interesses, dores, exasperações e aspirações, de forma a criar soluções coordenadas, que envolvam compromissos transversais entre diversos setores da sociedade civil.

Mas há um sentido recôndito da expressão “por que”, que é o de indagar pelo meio, o caminho, ou, se quiserem, o veículo pelo qual os juízes julgam. Esse meio, defendemos, é a fundamentação adequada, racionalmente justificada, que contemple, de forma séria, as objeções, exceções e impugnações das partes, que analise a prova do caso e as circunstâncias da lide, em seu contexto social, e contemple, com respeito e consideração, as necessidades das pessoas à frente do julgador. A recuperação da ética das virtudes nos permitiu situar o papel da fundamentação judicial como esse meio condutor das virtudes judiciais: as virtudes relacionadas à prática de julgar conforme a excelência, em busca do bem último da profissão, que é a integridade da justiça. Ao retornarmos a essas bases filosóficas no capítulo 3, quisemos alertar que o pragmatismo do capítulo 2 nunca se tratou de indiferença. Entendemos as razões estratégicas que situaram o Poder Judiciário brasileiro em seu estado atual de indiferenciação quanto às suas funções judicativas e administrativas. Compreendemos as constrições reais que fazem dos pactos de não-fundamentação instrumentos efetivos de gestão processual. Mas a sociedade não esquece das injustiças sofridas. Pessoas reais, físicas ou jurídicas, são mutiladas pela máquina judiciária diariamente e a lembrança do descaso com seus processos individuais é persistente. Juízes e Tribunais devem pensar seriamente na dívida social que acumulam ao se fecharem em projeções meramente autoritativas de sua função, postulando o valor da jurisdição como premissa de um argumento já resolvido, e não como prática. Aqueles engajados em atuar sob uma justiça funcional precisam se ocupar da recuperação das virtudes dos juízes aos olhos de quem sofre as consequências de suas decisões. Mas esse é um trabalho que demandará muita imaginação institucional e, principalmente, muitos sacrifícios. É preciso convencer os juízes disso. E o tempo urge.

Assim como o “por que”, a locução “para quem” também pode ser desdobrada em dois sentidos possíveis, ou mais especificamente, em dois “quem”: a sociedade e os próprios juízes. Naturalmente, os aspectos estruturais e causais dos dois “porquês” se projetam nos destinatários desses dois “quem”. Afinal, juízes virtuosos, conscientes de seu papel central na estrutura do Estado, engajados na construção do sentido do direito, que exercitam suas virtudes na prática diária da judicatura, fundamentando as suas decisões e levando a sério a concretude dos casos,

julgarão, primariamente, para o bem da comunidade que integram. Isso não significa que o bom juiz deva desconsiderar questões corporativas e interesses institucionais, como se ilhado em um solipsismo epistemológico. Se assim fizesse, não seria capaz de julgar conforme a integridade no direito, muito menos de expressar uma teoria política funcional no momento de proferir suas decisões. Porém, o interesse da instituição é a excelência dos juízes, não a sua conveniência. Quando mandamentos institucionais passam a operar em primeiro plano, perde-se o horizonte normativo das decisões, e os juízes passam a julgar em causa própria. Não se deve compreender, com isso, que eles julgam apenas por interesses pessoais. Tomar para si a causa envolve, também, promover agendas e interesses externos ao fim último da prestação jurisdicional, o seu *o telos*. Quando isso ocorre, juízes e Tribunais se tornam incongruentes, suas razões de decidir se tornam mimetizações de argumentos jurídicos, que chamam de norma o que é mero autoritarismo e tomam como virtude o que é autoindulgência. Os pactos de não-fundamentação ilustram essa troca de prioridades de uma forma perceptível para a sociedade. Nada é mais nocivo para a legitimidade judicial do que a percepção difusa de que os juízes trabalham para manter seus próprios privilégios e os daqueles à sua volta. Mesmo os beneficiados por decisões injustas são incapazes de respeitar quem os beneficia. Não verdadeiramente.

No Digesto de Justiniano⁴³⁶, um excerto de Pomponius relata uma história contada por Quintus Mucius (Scaevola, o Pontifex) sobre um senador que costumava usar roupas femininas à mesa. Em um exercício mental, Scaevola indaga como seria se o senador legasse a alguma beneficiária, em seu testamento, as suas roupas de uso feminino. Como contextualiza Detlef Liebs “os trajes masculinos e femininos não se diferenciavam tão nitidamente como no Ocidente clássico” e “(p)ara completar, juridicamente pertencia a esse senador, como *pater familias*, o guarda-roupa feminino de suas parentes mulheres.”⁴³⁷ A conclusão foi a de que esse legado não poderia incluir as roupas utilizadas pelo próprio senador, pois deveria ser considerado o uso particular efetivamente dado às vestimentas, que contrastava com o seu uso comum. O que o testador queria legar eram artigos de seu guarda-roupas feminino, passíveis de serem usados por outras mulheres, não as próprias roupas, que, apesar de, no uso comum, serem

⁴³⁶ Pomponius. *4 ad Q Muc.* 34,2,33: *There is no difference between men's clothing and men's garments; but the intention of the testator makes for difficulty, if he himself had been in the habit of using certain clothing which is also suitable for women. And so, in the first place, it must be held that that clothing constitutes the legacy which the testator intended, not what is in fact female or male. For Quintus Titius also says that he knows that a certain senator was accustomed to use women's dinner dress, and if he were to leave women's clothing would not be regarded as having expressed an intention in respect of what he himself used as if it were men's clothing.* WATSON, A. **The Digest of Justinian**, Volume 3. Philadelphia: Pennsylvania University Press, 1985. p. 155.

⁴³⁷ LIEBS, Detlef. **Perante os juízes romanos: processos célebres da Roma antiga**. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: Linha direito comparado). *E-book*, Local 1041-1063 de 5065.

roupas apropriadas para mulheres, no caso concreto do senador, eram vestidas por um homem, como se masculinas fossem.

Como o juiz cumpridor de metas, aplicador de súmulas, que limita o material discursivo do processo de modo a enquadrá-lo em um modelo pré-formatado de julgamentos resolveria um problema jurídico similar? Provavelmente, reproduzindo senso comuns e platitudes consagradas em casos anteriores, vindicando uma visão do direito desprovida da sofisticação demonstrada por um jurista que viveu há mais de dois mil anos, em uma sociedade significativamente menos complexa. Esse juiz é substituível, seu trabalho pode ser suplantado por administradores diligentes, máquinas ou programas avançados de inteligência artificial, capazes de reproduzir, em escala, os consensos que formam o estado da arte do Direito e “aplicá-los” aos casos novos. Contudo, não foi pensando nesse juiz comum, mas no extraordinário, que o nosso sistema judicial foi constitucionalmente formatado.

Estamos diante de uma escolha, portanto, sobre como deve ser usada a toga dos magistrados. O uso a que nos acostumamos, do juiz ordinário, que se socorre dos pactos de não-fundamentação e de outras estratégias interpretativas para satisfazer, formalmente, as demandas de um serviço burocrático, ou o do juiz virtuoso, que faz de cada sentença um bloco a mais na construção do edifício sempre inacabado do Direito. A presente pesquisa tentou demonstrar que, verdadeiramente, só há uma opção sustentável.

REFERÊNCIAS

ABEL, Richard L. The contradictions of informal justice. *In*: ABEL, Richard L. (ed.). **The politics of informal justice**. New York: Academic Press, 1982. v. 1, p. 267-321.

ABRAINC. **Análise dos efeitos econômicos e financeiros dos distratos nas compras de imóveis residenciais na planta sobre as empresas incorporadoras**: Produto 2 - Relatório Técnico Final – 2ª Versão. 30/10/2017. São Paulo: ABRAINC, 2017. Disponível em <https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2018/05/1932-17-Produto-2.pdf>. Acesso em: 16 out. 2023.

ABREU, Allan de. Um poder político extraordinário: como a FGV enterrou investigações de corrupção de seus diretores – e os investigadores acabaram sendo investigados. **Revista Piauí**, São Paulo, n. 210, mar. 2024. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/como-a-fgv-enterrou-investigacoes-de-corrupcao-de-seus-diretores/>. Acesso em: 8. dez. 2024.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. São Paulo: Landy, 2005.

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da Justiça no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-08102010-143600/pt-br.php>. Acesso em: 22 dez. 2024.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *Ebook*.

AMADEO, Rodolfo; ROMANO, Gustavo. Nova legislação ajuda, mas ainda não soluciona questões antigas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 17 mar. 2015. Opinião. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 29 dez. 2024.

AMADO, Janaína. **Eu quero ser uma pessoa**: revolta camponesa e política no Brasil. Resgate n. 5 Campinas: Centro de Memória da UNICAMP, 1993.

AMAYA, Amalia. Exemplarism and Judicial Virtue. **Law and Literature**, v. 25, n. 3, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2489879>. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2489879>. Acesso em: 9 fev. 2025.

AMAYA, Amalia. Reasoning in character: virtue, legal argumentation, and judicial ethics. **Ethical Theory and Moral Practice**, 2023, p. 3-7. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10677-023-10414-z>. Acesso em: 8 fev. 2025.

AMAYA, Amalia. **The role of virtue in legal justification**. *In*: AMAYA, Amalia; HO, Hock Lai (ed.). **Law, virtue and justice**. Oxford: Hart Publishing, 2013.

AMAYA, Amalia. **Vícios públicos**. 2022. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/363279646_Vicios_Publicos. Acesso em: 9 fev. 2025.

AMAYA, Amalia; HO, Hock Lai (ed.). **Law, virtue and justice**. Oxford: Hart Publishing, 2013.

AMB, Anamatra e Ajufe pedem vetos ao novo CPC. Associação dos Magistrados Brasileiros, 3 mar. 2015. Disponível em: <https://www.amb.com.br/amb-anamatra-e-ajufe-pedem-vetos-ao-novo-cpc/>. Acesso em: 29 dez. 2024.

ANTÔNIO JÚNIOR, Valter Farid. **Compromisso de compra e venda**. São Paulo: Atlas, 2009.

APÓS trancar ação de furto de 4 reais, ministro do STJ se indigna com volume de processos. **Migalhas**, Ribeiro Preto, 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=znelI1RxxZ0>. Acesso em: 10 jun. 2024.

ARAÚJO, Robert. The virtuous lawyer: Paradigm and Possibility. **SMU Law Review**, v. 50, n. 2, p. 433-470, 1997.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS. **Guia**: o ciclo da incorporação imobiliária. São Paulo: Abrainc, 2017. Epub.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Livro Eletrônico, Capítulo 3 “Contexto de descoberta e contexto de justificação. Explicar e Justificar.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**: teorías de la argumentación jurídica. Madrid: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação per relationem. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 38, n. 122, abr./jun. 2002.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; PUGLIESE, William Soares. O *stare decisis* como técnica de redução da litigiosidade dos entes públicos no Brasil. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 5, n. 9, p. 269-296, jan./jun. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD**, [S. l.], n. 21, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rfduerj/article/view/1794>. Acesso em: 12 out. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. E-book.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança. In: RETROSPECTIVA 2010: prudências, ousadas e mudanças necessárias no STF. **Consultor Jurídico**, 28 dez. 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadas-mudancas-necessarias-stf>. Acesso em: 6 out. 2024.

BARROSO, Ramiro Freitas de Alencar. **O princípio geral de inclusão como fundamento ontológico para a união entre pessoas do mesmo sexo**: crítica ao acórdão do Supremo Tribunal Federal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

BARROSO, Ramiro Freitas de Alencar; BARROSO, Vanessa Dumont Bonfim Santos; ROCHA, Claudio Jannotti da. O processo como vida e a Constituição como processo. O precedente que queremos ter. *In*: PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto; ROCHA, Claudio Jannotti da; SOUZA, Luiza Baleeiro Coelho (org.). **Sistema recursal e precedentes no processo do trabalho**. Belo Horizonte: RTM, 2020.

BENJAMIN, Antonio Herman. Tribunal de precedentes com números sem precedentes. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 8 fev. 2025. Disponível em: www1.folha.uol.com.br. Acesso em: 12 fev. 2025.

BENVINDO, Juliano Zaidem. **The rule of law in Brazil**: the legal construction of inequality. Londres: Hart Publishing, 2022.

BENVINDO, Juliano Zaidem. The forgotten people in Brazilian constitutionalism: Revisiting behavior strategic analyses of regime transitions. **International Journal of Constitutional Law**, v. 15, n. 2, p. 332-357, 2017.

BENVINDO, Juliano Zaidem. The seeds of change: popular protests as constitutional moments. **Marq. L. Rev.**, v. 99, n. 2, 2015. Disponível em: <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol99/iss2/5>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964). *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite (org.). **História do direito em perspectiva**: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2009.

BERNARDES, Felipe. **Manual de processo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2021.

BICUDO, Helio. Problemas da Reforma do Judiciário. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 10 ago. 1999, Opinião, p. 3

BIRKS, Peter. A new argument for a narrow view of litem suam facere. **Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis**, v. 52, n. 4, p. 373–387, 1984.

BIRKS, Peter. **The roman law of obligations**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

BIRKS, Peter; MCLEOD, Grant. **Justinian's Institutes**. New York: Cornell University Press, 1987.

BONELLI, Maria da Glória **Profissionalismo e política no mundo do direito**: as relações dos advogados, desembargadores, procuradores de justiça e delegados de polícia com o Estado. São Carlos: Edufscar; Fapesp, 2002.

BONELLI, Maria da Glória. Ecologia das profissões jurídicas, diversificação da composição das carreiras e os embates em torno da erosão democrática no Brasil. **SciELO Preprints**, 2023. Disponível em: <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/6807>. Acesso em: 22 dez. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Audiência Pública da Com. Esp. do PL 6025/05 realizada em 6/12/2011**. Arquivo Sonoro. Disponível em <https://imagem.camara.leg.br/internet/audio/Resultado.asp?txtCodigo=39987>. Acesso em 4 jan. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Audiência Pública da Com. Esp. do PL 6025/05 realizada em 23/11/2011.** Arquivo Sonoro. Disponível em <https://imagem.camara.leg.br/internet/audio/Resultado.asp?txtCodigo=39987>. Acesso em 4 jan. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei (PL) n. 1220, de 2015. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1214970>. Acesso em: 18 jan. 2025.

BRASIL. **Código de Processo Civil e normas correlatas.** 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. **Despesa por função do governo geral: classificação COFOG – Classification of Functions of Government.** Brasília: Ministério da Fazenda, 2024. Disponível em: <http://www.tesourotransparente.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Correspondência Eletrônica anexada ao PLS 166/2010.** Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249>. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. Senado Federal. **Ofício 191/2010/AJUFE.** Documento anexado ao PLS 166/2010. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249>. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara (PLC) n. 68, de 2018.** Brasília: Senado Federal, 2018. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133613>. Acesso em: 18 jan. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em teses:** nulidades no processo penal. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, edição nº 69, 03 nov. 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/jt.jsp>. Acesso em: 23 jan. 2025.

BROSNAN, Donald F. Virtue ethics in a perfectionist theory of law and justice. **Cardozo Law Review**, v. 11, p. 335, 1989. Disponível em: <https://larc.cardozo.yu.edu/clr/vol11/iss2/4>. Acesso em: 28 mar. 2025;

CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. **Banco de dados.** Belo Horizonte: CBIC, 2023. Disponível em: <http://www.cbicdados.com.br/menu/sala-de-imprensa/sala-de-imprensa>. Acesso em: 18 out. 2023.

CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. **Regulamentação do distrato vai à sanção presidencial, tornando mais claros os direitos e deveres no mercado imobiliário.** Belo Horizonte: CBIC, 7 dez. 2018. Disponível em: <https://cbic.org.br/regulamentacao-do-distrato-vai-a-sancao-presidencial-tornando-mais-claros-os-direitos-e-deveres-no-mercado-imobiliario/>. Acesso em: 29 dez. 2024.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Necessária superação da Súmula 83 do STJ. **Consultor Jurídico (Conjur)**, 6 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-06/volpe-camargo-necessaria-superacao-sumula-83-stj>. Acesso em: 6 out. 2024.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; LEGALE, Siddharta. O microssistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015. *In*: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CAMARGO, Sophia. Dá pra comprar imóvel no meio dessa crise? **UOL**, São Paulo, 4 fev. 2016. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/financas-pessoais/noticias/redacao/2016/02/04/da-para-comprar-imovel-no-meio-dessa-crise-como-se-preparar.htm>. Acesso em: 15 out. 2023.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 91.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Por Alegre: Fabris, 1988.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. STF não está em conflito com Justiça do Trabalho; está em luta contra direitos humanos. **JOTA**, 31 out. 2023, Disponível em: <https://www.jota.info/>. Acesso em: 31 jan. 2025.

CARNEIRO, Ana; CIOCARI, Marta. **Retrato da Repressão Política no Campo – Brasil 1962-1985 – Camponeses torturados, mortos e desaparecidos**. Brasília: MDA, 2011.

CARNEIRO, Maria Esperança Fernandes. **A revolta camponesa de Formoso e Trombas**. Goiânia: Editora UFG, 1988.

CARVALHO NETTO, Menelick; BASTOS, Marcus Vinícios Fernandes. O tempo da transição: notas sobre a relação entre legitimidade, tempo e direito no contexto do processo de emergência da ordem constitucional de 1988. *In*: MARTINS, Argemiro; ROESLER, Cláudia; PAIXÃO, Cristiano (org.). **Os tempos do direito**: diacronias, crise, historicidade. São Paulo: Max Limonad, 2020.

CARVALHO, Ernani; BARBOSA, Luis Felipe Andrade; GOMES NETO, José Mário Wanderley. OAB e as prerrogativas atípicas na arena política da revisão judicial. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 69-98, jan./jun. 2014.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CASAGRANDE, Cássio. Pejotização: STF ultrapassou portal do inferno e não consegue retornar. **JOTA**, 18 jun. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/>. Acesso em: 31 jan. 2025.

CASSETTARI, Christiano. **Multa contratual**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CASTELLIANO, Caio; GUIMARAES, Tomas Aquino. Court Disposition Time in Brazil and European Countries. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 19, e2302, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202302>.

CASTELLO BRANCO, Luíza. **Administração pública gerencial**: as metas do Conselho Nacional de Justiça. *Práticas de Administração Pública*, 1(3), 2018, 4-23. DOI: <https://doi.org/10.5902/2526629230645>.

CONJUR. Fux revoga auxílio-moradia de juízes após reajuste para STF. **Consultor Jurídico**, 26 nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-26/fux-revoga-auxilio-moradia-juizes-reajuste-stf>. Acesso em: 6 out. 2024.

CONJUR. Juízes pedem veto a artigo do novo CPC que exige fundamentação. **Consultor Jurídico**, 4 mar. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao/>. Acesso em: 29 dez. 2024.

CONJUR. Legislador não deve restringir conceito de fundamentação, diz Anamatra. **Consultor Jurídico**, 9 mar. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-09/legislador-nao-restringir-conceito-fundamentacao-anamatra/>. Acesso em: 29 dez. 2025.

CONJUR. Magistratura defende celeridade, mas sem reduzir trabalho, afirma AMB. **Consultor Jurídico**, 4 mar. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-04/magistratura-celeridade-nao-reduzir-trabalho-amb/>. Acesso em: 29 dez. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **2º censo do Poder Judiciário 2023**: relatório. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/censo-do-poder-judiciario/>. Acesso em: 8.dez. 2024

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Grandes litigantes**. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-litigantes/>. Acesso em: 26 out. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2024**. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf> . Acesso em: 24 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Metas Nacionais 2024**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/12/metas-nacionais-aprovadas-no-17o-enpj-1.pdf>. Acesso em 8.dez. 2024

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pesquisa sobre percepção e avaliação do poder judiciário brasileiro**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/04/sumarioexecutivo-pesquisa-percepcao-e-avaliacao-do-pjb.pdf>. Acesso em 29/6/2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013**. Brasília: CNJ, 2013.

CONSULTOR JURÍDICO. **Em sessão com 47 sustentações orais, ministro implora por consciência sistêmica**. São Paulo: Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-13/sessao-47-sustentacoes-ministro-stj-consciencia/> . Acesso em: 10 fev. 2024;

CORREIO BRAZILIENSE. Desistir da compra de um imóvel pode custar até 50% do valor pago. **Correio Braziliense**, Brasília, 21 nov. 2018. Economia. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2018/11/21/internas_economia,720571/desistir-da-compra-de-um-imovel-pode-custar-ate-50-do-valor-pago.shtml. Acesso em: 29 dez. 2024.

COSTA-NETO, João. **Iudex qui litem suam facit**: responsabilidade civil objetiva em Roma. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmica, 2016.

CUNHA, Maurício. Direito fundamental à prova, cognição e fundamentação per relationem: para onde caminhamos? **Revista EJEJF**, v. 1, n. 2, 2024. DOI: 10.70982/rejef.v1i2.18.

CUNHA, Paulo Ribeiro Rodrigues. **Aconteceu longe demais: a luta pela terra dos posseiros de Formoso e Trombas e a Revolução Brasileira**. São Paulo: Editora UNESP, 2007;

D'ORS, Alvaro. Litem Suam Facere. **Studia et Documenta Historiae et Iuris**, v. 48, p. 368, 1982.

D'ALMEIDA, Duarte. **Allowing for exceptions**: a theory of defences and defeasibility in law. Oxford: Oxford University Press, 2015.

D'ALMEIDA, Duarte. The grounds of Law. In: WALUCHOW, W; SCIARAFFA, S (ed.). **The legacy of Ronald Dworkin**. Oxford University Press, 2016.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro; BARROSO, Ramiro Freitas de Alencar. Do conflito ao julgado, do julgado à lei: o caso da corretagem e o papel do STJ na crise imobiliária. In: Ana Frazão; Ricardo Villas Bôas Cueva (org.). **Direito privado**: estudos em homenagem ao Min. Paulo de Tarso Sanseverino. São Paulo: Quartier Latin, 2024. v. 1, p. 475-501.

DANTAS, Marcelo Ribeiro Navarro; BARROSO, Ramiro Freitas de Alencar. Em defesa da judicialização: doenças raras e o equilíbrio das dimensões público e privada na complexidade social. In: RIBEIRO, Paulo Dias de Moura; TOMELIN, Georghio Alessandro, KIM, Ricchard Pae (coord.). **Direito humano e fundamental à saúde**: estudos em homenagem ao Ministro Lewandowski. Belo Horizonte: Fórum, 2023. v.1, p. 265-286.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DIAS, M. S.; LORENTINO, S. A. P. Falhas nos serviços de telefonia brasileira e o papel jurisdicional na tutela dos consumidores. **Scientiam Juris**, v. 8, n. 2, p. 1-13, 2020. DOI: <http://doi.org/10.6008/CBPC2318-3039.2020.002.0001>. Acesso em: 6 jul. 2024.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DOURADO, Maiara; Campos. A luta de Trombas e Formoso: uma ruptura narrativa no contexto da ditadura militar. **Campos: Revista de Antropologia**; v. 15, n. 2, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: The Belknap press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Bloomsbury, 2013. *E-book*.

ECONOMIDES, Kim; ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. Bar exams, legal ethics and the fight against corruption: lessons from Brazil. **Legal Ethics**, v. 23, n. 3, p. 1-17, 2020. Disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/1460728x.2020.1822098>. Acesso: 20 dez. 2024.

ELIAS, Cristiano; MARQUES, Bruno Henrique Moreira. A fundamentação *per relationem*: uma mitigação do princípio da motivação das decisões judiciais no processo penal. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales**, v. 1, n. 8, p. 396-405, out./dez. 2021, p. 404. DOI: 10.51896/CCS/RPWK4321.

ELSTER, Jon. **Explaining social behavior**: more nuts and bolts for the social sciences. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

ELSTER, Jon. **Sour grapes**: studies in the subversion of rationality. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

ELSTER, Jon. **Ulysses unbound**: studies in rationality, precommitment, and constraints. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

ESTADÃO. De cada 100 imóveis vendidos, 41 foram devolvidos em 2015. **Época Negócios**, Rio de Janeiro, 11 jan. 2016. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Dinheiro/noticia/2016/01/de-cada-100-imoveis-vendidos-41-foram-devolvidos-as-construtoras-em-2015.html>. Acesso em: 15 out. 2023;

ESTEVEZ, Carlos Leandro da Silva. **Nas trincheiras**: luta pela terra dos posseiros de Formoso e Trombas (1948-1964). Dissertação Universidade Federal Fluminense. Niterói 2007.

FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça no século XXI**: A crise da Justiça no Brasil. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2003. Texto apresentado no seminário "Direito e Justiça no Século XXI", de 29 de maio a 1º de junho de 2003. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2025.

FARRELLY, Colin; SOLUM, Lawrence B. (ed.). **Virtue jurisprudence**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2008.

FERRAZ, Leslie Shérída. Acesso à justiça e processamento de demandas de telefonia: o dilema dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. **Revista CNJ**, 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/259/1/Acesso%20%C3%A0%20Justi%C3%A7a%20e%20processamento%20de%20demandas%20de.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2024.

FOLHA DE SÃO PAULO. Editorial: Processo Esperado. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 mar. 2015. Editorial. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 29 dez. 2024.

FOLHA DE SÃO PAULO. Entidades tentam aprovar projetos antes de Bolsonaro. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 11 nov. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 18 jan. 2025.

FOLHA DE SÃO PAULO. Incorporadoras pressionam bancos para financiar imóveis na planta. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 29 ago. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 6 jan. 2025

FOLHA DE SÃO PAULO. Setor imobiliário do Rio entra em crise. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 21 nov. 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 6 jan. 2025.

FOLHA DE SÃO PAULO. Temer sanciona multa maior para quem desiste de imóvel na planta. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 dez. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 18 jan. 2025.

FOOT, Philippa. **Virtues and vices and other essays in moral philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 2002.

FRANCO, Alexandre Gustavo Melo; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI n. 4.277 – Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 65-92, jan./jun. 2013, p. 68. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/20890>. Acesso em: 23 out. 2024.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Direito Como Problema, Constitucionalismo, Democracia e a Efetivação Dos Direitos Fundamentais. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 20., 2011, Vitória. **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI** [Recurso eletrônico]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. v. 1.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Precedente vinculativo e persuasivo e a ratio decidendi. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-13/diario-classe-precedente-vinculativo-persuasivo-ratio-decidenti>. Acesso em: 12 fev. 2025.

GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a possibilidade de mudança. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 6, n. 3, set./dez. 2019. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/download/312/199/1294>. Acesso em: 2 jul. 2024.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método, v. I**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005.

GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law and Society Review**, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3053023>. Acesso em 30/6/2024.

GALPERIN, Bella L. Can workplace deviance be constructive?. In: SAGIE, A.; STASHEVSKY, S.; KOSLOWSKY, M. (ed.). **Misbehaviour and dysfunctional attitudes in organizations**. Londres: Palgrave Macmillan, 2003.

GALVÃO, Danyelle da Silva; PEIXOTO JUNIOR, Hélio; LOBO, Ricardo. O artigo 489 do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e suas implicações no Direito Processual Penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 971, set. 2016.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. **Judicial reputation: a comparative theory**. Chicago: University of Chicago Press, 2015.

GENTILE, Rogério. Justiça rejeita pedido da OAB para censurar reclamações contra advogados. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 22 dez. 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/rogeriogentile/2024/12/justica-rejeita-pedido-da-oab-para-censurar-reclamacoes-contra-advogados.shtml>. Acesso em: 22 dez. 2024.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUIMARÃES JUNIOR, Sérgio Dias; FERREIRA, João Batista de Oliveira. Terceirização, saúde e resistências: provocações ético-políticas à psicologia social do trabalho em contexto de precarização subjetiva. **Cadernos de Psicologia Social do Trabalho**, [S. l.], v. 23, n. 2, p. 189–202, 2020. DOI: 10.11606/issn.1981-0490.v23i2p189-202. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cpst/article/view/168676>. Acesso em: 29 jan. 2025.

GUIMARÃES, Maria Tereza Canesin. **Formas de organização camponesa em Goiás (1954-1964)**. 2. ed. Goiânia: Editora UFG, 2014.

GURAK, Adelina Maria; PARFIENIUK, Silvana Maria. Razoável duração do processo: a efetividade do direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva e a possibilidade fática. **Revista Esmat**, 1(1), 7-25, 2017. <https://doi.org/10.34060/reemat.v1i1.172>.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1-2.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen.. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HAJEL FILHO, Ricardo Antonio Bittar. **O Tribunal Superior do Trabalho como corte de vértice**. 2021. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. Acesso em: 6 out. 2024.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HART, H.L.A. The ascription of responsibility and rights. **Proceedings of the Aristotelian Society**, New Series, v. 49, 1948–1949.

HERÓDOTO. **História**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

HIMMA, Kenneth Einar. **Morality and the nature of law**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

HIRSCHL, Ran. The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide, **75 Fordham L. Rev.**, 721, p. 728-753, 2006.

JOTA. Reclamações trabalhistas no STF em 2024 aumentam 65% e já é a área que mais demanda. **JOTA**, 29 jan. 2025. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/trabalho/reclamacoes-trabalhistas-no-stf-em-2024-aumentam-65-e-ja-e-a-area-que-mais-demanda>. Acesso em: 31 jan. 2025.

JOTA. Com uma única decisão, Nunes Marques cassa 8 acórdãos sobre vínculo empregatício. **JOTA**, 14 fev. 2025. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/trabalho/com-uma-unica-decisao-nunes-marques-cassa-8-acordaos-sobre-vinculo-empregaticio>. Acesso em: 15 fev. 2025.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KLEIN, Cidiclei Veiga; OLIVEIRA, Francisco Cardozo. O alcance da colaboração no dever de fundamentação das decisões judiciais – análise do art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 20, n. 2, 2019. DOI: 10.12957/redp.2019.37502. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/37502>. Acesso em: 2 jan. 2025.

KLITGAARD, Robert. **Controlling corruption**. California: University of California Press, 1988.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARREIRA, Karen Sakalauska. Dez anos de racionalização da gestão judicial no Brasil: efeitos e perspectivas = Ten years of rationalization of judicial management in Brazil: effects and perspectives. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 6, n. 3, p. 326–364, 2015. DOI: 10.12957/dep.2015.18009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/18009>. Acesso em: 2 jul. 2024.

LAWNEX. Legal tech startup to launch AI-powered arbitration service, promising reduced costs and consistent outcomes. **LawNext**, 2025. Disponível em: <https://www.lawnext.com/2025/01/legal-tech-startup-to-launch-ai-powered-arbitration-service-promising-reduced-costs-and-consistent-outcomes.html>. Acesso em: 11 fev. 2025.

LEGALE, Siddharta. Superprecedentes. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 3, 2016. Disponível em <https://www.academia.edu/>. Acesso em: 13 jan. 2021.

LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. **American Journal of Jurisprudence**, v. 48, n. 21, 2003.

LEVINSON, Daryl J. Parchment and politics: the positive puzzle of constitutional commitment. **124 Harv. L. Rev.**, 657, 2010-2011.

LIEBS, Detlef. **Perante os juízes romanos**: processos célebres da Roma antiga. São Paulo: Saraiva, 2017.

LINHARES, Maria Yedda LEITE; FREITAS, Francisco Carlos Teixeira da Silva. **Terra prometida**: uma história da questão agrária no Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

LÔBO, Paulo. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. [S. l.]: Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), 23 mar. 2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/128/Entidades+familiares+constitucionalizadas:+para+al%2525252525C3%25252525A9m+do+numerus+clausus>. Acesso em: 6 out. 2024.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LORRAN, Tácio; Shalders, André. 'Gilmarpalooza': viagens de autoridades e servidores já custaram R\$ 1,3 milhão em dinheiro público. **O Estado de S. Paulo**, 28 jun. 2024. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/gilmarpalooza-diarias-de-autoridades-e-servidores-ja-consumiram-r-13-milhao-de-dinheiro-publico/>.

LUHMANN, Niklas. **Funktionen und folgen formaler organisation**. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

LYONS, Davis. The legal entrenchment of illegality. In: KRAMER, Matthew H. *et al.* (ed.). **The legacy of H. L. A Hart**: legal, political and moral philosophy. New York: Oxford University Press, 2008.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). **Interpreting precedents**: a comparative study. New York: Routledge, 2016.

MACCORMICK, D. Neil. Iudex Qui Litem Suam Fecit. **Acta Juridica**, v. 149, 1977.

MACCORMICK, D. Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. On method and methodology. In: **INTERPRETING Statutes**. New York: Routledge, 2016.

MACINTYRE, Alasdair. **After virtue**. London: Duckworth, 1981.

MAIA, Cláudio Lopes. **Os donos da terra**: A disputa pela propriedade e pelo destino da fronteira – A luta dos posseiros em Trombas e Formoso 1950/1960. Tese (Doutorado em História) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2008.

MAIA, Roberta Mauro Medina. Irretratabilidade e inexecução das promessas de compra e venda diante da Lei no 13.786/2018 (Lei dos Distratos Imobiliários). **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 22, n. 4, p. 73, 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/503/329>. Acesso em: 16 out. 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**. 3. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUETTE, Heather; PEIFFER, Caryn. Grappling with the "real politics" of systemic corruption: Theoretical debates versus "real-world" functions. **Governance**, v. 31, n. 3, p. 499–514, 2018.

MARTINS, José de Souza. **Fronteiras: a degradação do outro nos confins do humano**. São Paulo: Contexto, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MEIRELES, Marina. Desemprego acentua aumento de pedidos de devolução de imóveis: sem fonte de renda fixa, compradores não conseguem arcar com parcelas. **G1 PE**, Recife, 13 maio 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pe/noticia/2016/05/desemprego-acentua-aumento-de-pedidos-de-devolucao-de-imoveis.html>. Acesso em: 17 out. 2023

MELLO, Marcelo Pereira de; BARROSO, Márcia Regina C. Profissão e corporação: limites éticos da atuação do advogado. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 13, n. 28, p. 346-369, set./dez. 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-6732-1/>. Acesso em: 14 out. 2024.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal: um Tribunal de Teses. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, p. 443-467, set./dez. 2019, p. 456. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br>. Acesso em: 6 out. 2024.

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, jul./set. 2016.

MENDES, Conrado Hübner. **O discreto charme da magistocracia: Vícios e disfarces do judiciário brasileiro**. São Paulo: Editora XYZ, 2023.

MENEGUIN, F. B. As indenizações por danos morais nas relações de consumo sob a ótica da análise econômica do direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, 2012. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2012v61p255/227>. Acesso em: 06 jul. 2024.

MÉON, Pierre-Guillaume; WEILL, Laurent. Is corruption an efficient grease? **World Development**, v. 38, n. 3, p. 244–259, 2010.

MIGALHAS. Sebastião Reis critica excesso de processos: "como vamos julgar?". **Migalhas**, 2023. <https://www.migalhas.com.br/quentes/398861/sebastiao-reis-critica-excesso-de-processos--como-vamos-julgar>. Acesso em: 10 jun. 2024.

MINAYO-GOMEZ, Carlos; THEDIM-COSTA, Sonia Maria da Fonseca. A construção do campo da saúde do trabalhador: percurso e dilemas. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 13, supl. 2, p. 21-32, 1997;

MINISTRO Sebastião Reis se indigna com 45 sustentações em sessão e implora por consciência geral. **Migalhas**, Ribeiro Preto, 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=SjNdm7hHOI0> . Acesso em: 10 jun. 2024.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A terceirização trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: tomo 4. Rio de Janeiro: Forense. EPub.

MITIDIERO, Daniel **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023. E-book.

MORAES, Daniela Marques de; PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. C. O sistema recursal no código de processo civil brasileiro como mecanismo de (in)acesso à justiça. In: Virgínia Pardo Iranzo; Valter Moura do Carmo; Sérgio Henriques Zandoná Freitas (org.). **Processo, administração, acesso e jurisdição da justiça**. Florianópolis: CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020.

MORAES, Daniela Marques; COSTA, Alexandre Bernardino. O poder judiciário e sua imprescindível reforma como corolários do acesso à justiça. Abya-Yala: **Revista sobre Acesso à Justiça e Direitos nas Américas**. v. 1, 2017, p. 83. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/abya/article/view/46928>. Acesso em 14 fev. 2025.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. Contra as reformas e o comunismo: a atuação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) no governo Goulart. **Estudos Históricos** (Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, v. 25, n. 49, jun. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/eh/a/ZgdzzYLyKMsh5zcsfC6yXWS/?lang=pt>. Acesso em: 15 fev. 2025.

NASCIMENTO JUNIOR, Jaime Meira do. Considerações acerca do "Iudex qui litem suam fecit". **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 96, p. 103–118, 2001. Disponível em: <https://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67496>. Acesso em: 1 fev. 2025.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

NEVES, Marcelo. **Transtitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NICOLAIDES, Angelo; VETTORI, Stella. **The duty of lawyers**: virtue ethics and pursuing a hopeless legal case. *Athens Journal of Law*, v. 5, n. 2, p. 149-164, abr. 2019. Disponível <https://www.athensjournals.gr/law/2019-5-2-4-Nicolaides.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2025.

NIXON, David C.; HITT, Matthew P.; PARKER, Andrew J. Your Honor's Misdeeds: The Consequences of Judicial Scandal on Specific and Diffuse Support. **PS: Political Science & Politics**, v. 56, n. 1, p. 125-130, 2023. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/ps-political-science-and-politics/article/your-honors-misdeeds-the-consequences-of-judicial-scandal-on-specific-and-diffuse-support/5CDA6C8310E01A1E1FFCF66A60C05ADD>. Acesso em: 5 jul. 2024.

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

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. Os indicadores sobre o Judiciário brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1948, doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201948>;

OLSON, Mancur. **The logic of collective action**: public goods and the theory of groups. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

OSCAR, Naiara. De cada 100 imóveis vendidos, 41 foram devolvidos em 2015. **Exame**, São Paulo, 11 jan. 2016. Disponível em: <https://exame.com/mercado-imobiliario/de-cada-100-imoveis-vendidos-41-foram-devolvidos-as-construtoras-em-2015/>. Acesso em: 16 out. 2023;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book.

PEREIRA, Emmanoel. **Direitos sociais trabalhistas**: responsabilidade, flexibilização, sindicabilidade judicial e as relações negociadas. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PEREIRA, Fernanda Olsieski; CUNHA, Guilherme Antunes da; FAYET, Paulo. Aplicação do art. 489, §1º, do CPC, ao processo penal, fundamentação per relationem e o posicionamento dos tribunais. **Revista Eletrônica de Direito Processual, [S. l.]**, v. 22, n. 3, 2021, p. 377. DOI: 10.12957/redp.2021.62259. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/62259>. Acesso em: 19 jan. 2025.

PEREIRA, João Sergio dos Santos Soares. **Decisões judiciais e provimentos vinculantes na era da inteligência artificial**: filtro hermenêutico tecnológico. Londrina, PR: Thoth, 2024. *E-book*.

PEREIRA, Maria Érica Ribeiro; TASSIGNY, Mônica Mota; BIZARRIA, Fabiana Pinto de Almeida. A. Terceirização e Precarização do Trabalho na Política Pública de Assistência Social. **Administração Pública e Gestão Social, [S. l.]**, v. 1, n. 3, p. 171–183, 2017. DOI: 10.21118/apgs.v1i3.5138. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/apgs/article/view/5138>. Acesso em: 29 jan. 2025;

PEREZ VARGAS, Francisco. Mera discrepancia interpretativa ¿qué acepta la Corte cuando confirma? Comentario de sentencia Rol 147510-2022 de Corte Suprema de 05.05.2023. **Ius et Praxis**, Talca, v. 30, n. 1, p. 218-224, Apr. 2024. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122024000100218&lng=en&nrm=iso. Acesso em 19 Jan. 2025.

PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. Why anticorruption reforms fail: systemic Corruption as a Collective Action Problem. **Governance**, v. 26, 2013.

PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. Getting the basic nature of systemic corruption right: A reply to Marquette and Peiffer. **Governance**, v. 32, p. 799–810, 2019.

POHLMANN, Markus. Systemic corruption: how to Analyze and Measure it. *In*: TROMBINI, Maria Eugenia; VALARINI, Elizangela; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; POHLMANN, Markus (ed.). **the fight against systemic corruption: lessons from Brazil (2013–2022)**. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden, 2024.

RAMOS, Luciana de Oliveira; CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SAMPAIO, Joelson de Oliveira. **Relatório ICJBrasil 2021**. São Paulo: FGV Direito SP, 2021. Disponível em <https://repositorio.fgv.br/items/c50527f9-8183-46ae-b152-f3bb0737a03c>. Acesso em: 9 out. 2024.

RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

RAZ, Joseph. The argument from justice, or how not to reply to legal positivism. *In*: PAVLAKOS, George. **Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy**. Oxford: Hart, 2007.

REIS JÚNIOR, Antônio dos. **A promessa de compra e venda de imóveis: os efeitos do inadimplemento em perspectiva civil-constitucional**. São Paulo: Almedina, 2018. p. 37;

RIBEIRO, Iara Pereira; BERTRAN, Maria Paula Costa. Crise imobiliária brasileira: a transferência de renda pelos “distratos” e créditos podres. *Redes: Revista Eletrônica de Direito Social*, Canoas, v. 7, n. 1, p. 140, 2019. DOI: <https://doi.org/10.18316/redes.v7i1.5212>.

RIBEIRO, Ludmila. A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 465–492, jul./dez. 2008.

RIBEIRO, Marcelo. **Processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. *E-book*.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ROCHLITZ, Rainer (coord.). **Habermas: o uso público da razão**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; NOBRE, Marcos (coord.). **Processo legislativo e controle de constitucionalidade**. São Paulo/Brasília: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), Núcleo Direito e Democracia, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2010, p. 78. Disponível em: www.academia.edu. Acesso em: 6 out. 2024.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption: a study in political economy**. New York: Academic Press, 1978.

ROSENVALD, Nelson. **Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROSSI, Júlio César. A (des)motivação *per relationem*: uma espécie *non liquet* na era do processo tecnocrático. **Empório do Direito**. Coluna ABDPRO # 88,. 5 jun. 2019. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-88-a-des-motivacao-per-relationemuma-especie-non-liquet-na-era-do-processo-tecnocratico>. Acesso em: 19 jan. 2025.

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

ROTHSTEIN, Bo; VARRAICH, Aiysha. **Making sense of corruption**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 49.

SADEK, Maria Tereza Aina. Direitos e sua concretização: judicialização e meios extrajudiciais. **Cadernos FGV Projetos**, v. 30, p. 38-50, 2017.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: Perspectivas de Reforma. **Opinião Pública** (UNICAMP), Campinas, v. X, n.1, p. 1-62, 2004.

SADEK, Maria Tereza. A produção acadêmica sobre o sistema de justiça. **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 29-33;

SADEK, Maria Tereza. **O judiciário em debate**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. Disponível em <http://books.scielo.org>.

SADEK, Maria Tereza. **Reforma do judiciário**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/6kf82/pdf/sadek-9788579820335.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2024, p. 3.

SÁNCHEZ, Arianna, MAGALONI, Beatriz, and MAGAR, Eric Legalist versus Interpretativist: the Supreme Court and the democratic transition. In: MEXICO SÁNCHEZ; HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

SCHNEIDER, Henrique Cereser. Luz, câmera, ação: a espetacularização do Supremo Tribunal Federal produzida pelos mass media como porta de entrada ao populismo judicial. In: TYBUSCH, Francielle Benini Agne (org.). **Estudos interdisciplinares em direito**. Santa Maria: Arco, 2020.

SCHRÖDER, Thomas. Corporate crime, the lawmaker's options for corporate criminal laws and Luhmann's concept of "useful illegality". **International Journal of Law, Crime and Justice**, v. 57, 2019.

SCOTT, S. P. **The civil law**: Including the Twelve Tables, the Institutes of Gaius, the Rules of Ulpian, the Opinions of Paulus, the Enactments of Justinian, and the Constitutions of Leo. Volume 7. Cincinnati: Central Trust Co., 1932. Disponível em: <https://constitution.org/2-Authors/sps/sps.htm>. Acesso em 15 fev. 2025.

SILVA, Luisa Aliboni de Toledo e; JÚNIOR, Edward Goulart; CAMARGO, Mário Lázaro. Terceirização é prejudicial à saúde: um estudo bibliográfico nacional sobre a precarização do trabalho. **Revista Labor**, [S. l.], v. 1, n. 21, p. 76–97, 2019. DOI: 10.29148/labor.v1i21.40801. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/labor/article/view/40801>. Acesso em: 29 jan. 2025.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. **Revista de Processo**, v. 33, n. 158, p. 9–19, abr. 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **I•CON**, v. 11, n. 3, p. 557–584, 2011.

SOLER JUNIOR, Mauricio; FALCÃO, Daniel Ferreira. Distrato: o mal que assombra o setor imobiliário. São Paulo: Latin American Real Estate Society, 2018. 18ª Conferência Internacional da Latin American Real Estate Society (LARES). Disponível em: <https://lares.architecturez.net/doc/oai-lares-id-lares-2018-paper-76-soler-ferreira>. Acesso em: 6 jan. 2023.

SOLUM, Lawrence B. A Virtue-centered account of equity and the rule of law. In: FARRELLY, Colin; SOLUM, Lawrence B. (ed.). *Virtue jurisprudence*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2008.

SOLUM, Lawrence B. Virtue jurisprudence: a virtue-centered theory of judging. **Metaphilosophy**, v. 34, n. 2, p. 178-213, 2003. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/880>. Acesso em: 6 fev.2025.

SOPER, Philip. Legal theory and the obligation of a judge: The Hart/Dworkin Dispute, **75 MICH. L. REV.**, 473, 1977.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO Valdete Souto (coord.). **Resistência**: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. CNJ não tem poder de alterar o CPC e nem de criar regras de processo. **Consultor Jurídico**, 12 dez. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-dez-12/cnj-nao-tem-poder-de-alterar-o-cpc-e-nem-de-criar-regras-de-processo/>. Acesso em: 22 dez. 2024.

STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais de acordo com a Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria. do Advogado, 2014.

STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. O que é isto: A exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil? In: STRECK, Lênio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil**: coerência e integridade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: O sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Jus Podium, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2017. E-book.

TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

TARUFFO, Michele. Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. XIX, n. 23, p. 114-125, jan./dez. 2014. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/488/501>. Acesso em: 6 out. 2024.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. *civilistica.com*, v. 3, n. 2, p. 1-16, 10 dez. 2014. Disponível em <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/587>. Acesso em 13/10/2024, p. 14.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos, São Paulo: Marcial Pons. 2016.

TERRA, Marcelo; RIBEIRO, Ana Paula. Compra e venda: a tarifação expressa da cláusula penal pela Lei do Distrato. **Conjur**, 14 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-14/opiniaao-tarifacao-expressa-clausula-penal-lei-distrato>. Acesso em: 6 out. 2024.

TOMAZ, Mateus Rocha. **Fundamentação, precedentes e constituição**: panoramas e críticas sobre o Código de Processo Civil de 2015. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TRINDADE. André Karam. O controle das Decisões Judiciais e a Revolução Hermenêutica no Direito Processual Civil Brasileiro. *In*: Org: ALVIM, Eduardo A.; LEITE, George S.; STRECK, Lenio L. (org.). **Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil**: coerência e integridade. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2018. *E-book*.

UGUR, Mehmet; DASGUPTA, Nandini. **Evidence on the economic growth impacts of corruption in low-income countries and beyond**: a systematic review. London: EPPI-Centre, Social Science Research Unit, Institute of Education, University of London, 2011. Disponível em <https://eppi.ioe.ac.uk/cms/Portals/0/PDF%20reviews%20and%20summaries/Corruption%20impact%202011%20Ugur%20report.pdf?ver=2011-08-25-153146-490>. Acesso em: 3 dez. 2024.

VADERA, Abhijeet K.; PRATT, Michael. G.; MISHRA, Pooja. Constructive Deviance in Organizations: Integrating and Moving Forward. **Journal of Management**, 39(5), 1221-1276.

VIANA, Dierle; SOUZA, Antônio Aurélio de; **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense; Grupo GEN, 2017. E-book.

VIEGAS, Rafael Rodrigues; LOUREIRO, Maria Rita Garcia; ABRUCIO, Fernando Luiz. Do controle externo à simbiose com o sistema de justiça: a ação normativa do CNJ e do CNMP. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 37, n. 110, e3711005, 2022. Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>. Acesso em: 11 fev. 2025.

VIEIRA, Isabelle Almeida; JOBIM, Marco Félix. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015: breve apanhado histórico dos motivos que determinaram a edição dos Códigos de Processo Civil brasileiros. **Revista de Processo**, v. 327, p. 83-107, maio 2022. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/>. Acesso em: 29 dez. 2024.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Pessoa jurídica não tem direitos humanos, sexo ou cor. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 23 mar. 2024. Disponível em: www1.folha.uol.com.br. Acesso em: 31 jan. 2025.

VITAL, Danilo. STJ julga mérito de apenas 4% dos recursos que os tribunais não admitem. **Consultor Jurídico**, 20 dez. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-20/stj-julga-merito-de-apenas-4-dos-recursos-que-os-tribunais-nao-admitem>. Acesso em: 11 fev. 2025.

WALDRON, Jeremy. **Normative (or ethical) positivism**. In: COLEMAN Jules L. (ed.). **Hart's postscript: essays on the postscript to the concept of law**. New York: Oxford University Press, 2001.

WATANABE, Kazuo et al. **Juizado Especial de Pequenas Causas: filosofia e características básicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

WATSON, A. **The Digest of Justinian**, Volume 3. Philadelphia: Pennsylvania University Press, 1985.

WEINGAST, Barry R. Designing constitutional stability. In: CONGLETON, Roger D.; SWEDENBORG, Birgitta. **Democratic constitutional design and public policy: analysis and evidence**. Cambridge: MIT Press, 2014. ProQuest ebrary.

ZAP. O auge e a queda do mercado imobiliário em uma década. **G1**, Rio de Janeiro, 1 abr. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/especial-publicitario/zap/imoveis/noticia/2016/04/o-auge-e-queda-do-mercado-imobiliario-em-uma-decada.html>. Acesso em: 16 out. 2023.