

Data de recebimento: 03/10/2017

Data de aceitação: 30/11/2017

## ENGESSAMENTO HERMENÊUTICO E A VINCULAÇÃO SUBJETIVA DO MAGISTRADO BRASILEIRO

WILLIAM ARTUR PUSSI<sup>1</sup>

LUCIANE PUSSI<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** *INTRODUÇÃO. 2 INSTRUMENTOS JURÍDICOS QUE VINCULAM SUBJETIVAMENTE A DECISÃO JUDICIAL. 2.1 O efeito vinculativo e a interpretação da súmula vinculante. 2.2 O efeito vinculativo e o overruling, signaling e distinguishin. 3 O EFEITO VINCULATIVO E A “HIPÉRBOLE DO ABSURDO”. 3.1 Abuso de autoridade e o crime de hermenêutica. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.*

**RESUMO:** O texto faz uma análise da vinculação subjetiva das decisões judiciais via súmula vinculante e alguns novos institutos apresentados pelo Código de Processo Civil de 2015 como a uniformização de jurisprudência prevista no art. 926 do NCPC; o incidente de assunção de competência previsto no art. 947 do NCPC e o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto nos arts. 976 a 987 do CPC e o real alcance do chamado engessamento hermenêutico do juiz ao decidir. Por sua vez, também é analisado a eventual

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito-FADISP. Possui graduação em direito pela Universidade Estadual de Maringá (1988) e mestrado em direito civil pela Universidade Estadual de Maringá (2002). Atualmente é professor da Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Professor de Direito da Unicesumar- Maringá e professor da Faculdade Maringá. Juiz de Direito vinculado ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e lotado junto a 1º Vara de Família da Comarca de Maringá e Diretor do foro central da região metropolitana de Maringá-Pr. E-mail: wlpussi@gmail.com

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito-FADISP. Possui graduação em Bacharel em Direito pela Universidade Paranaense (2002), graduação em Letras pela Universidade Paranaense (1997) e mestrado em Ciências Jurídicas pelo Centro de Ensino Superior de Maringá (2012). Atualmente é professor universitário da Faculdade Maringá e professora do Centro de Ensino Superior de Maringá. Professora licenciada da Escola de Magistratura do Paraná-Núcleo de Maringá.

possibilidade de punição do magistrado que venha a interpretar e aplicar de forma divergente em sua decisão o conteúdo hermenêutico dos referidos institutos vinculantes. Tudo, dentro de novos parâmetros estabelecidos pelo legislador constitucional e pelo Conselho Nacional de Magistratura visando a construção de um novo modelo de juiz para o direito nacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Juiz. Hermenêutica. Vinculação. Abuso de Autoridade.

## **HERMENEUTICAL ENGAGEMENT AND THE SUBJECTIVE LINKAGE OF THE BRAZILIAN MAGISTRATE**

**ABSTRACT:** The text makes an analysis of the subjective linkage of judicial decisions via binding summary and some new institutes presented by the Code of Civil Procedure of 2015 as the uniformization of jurisprudence provided in art. 926 of the NCPC; the incident of assumption of jurisdiction provided for in art. 947 of the NCPC and the incident of resolution of repetitive demands foreseen in arts. 976 to 987 of the CPC and the real scope of the so-called hermeneutic call of the judge when deciding. In turn, it is also analyzed the possible possibility of punishment of the magistrate who will interpret and apply in a divergent way in its decision the hermeneutic content of the said binding institutes. All, within new parameters established by the constitutional legislator and by the National Judicial Council aiming at the construction of a new model of judge for national law.

**KEYWORDS:** Judge. Hermeneutics. Linking. Abuse of authority.

### **INTRODUÇÃO**

Entre as políticas públicas direcionadas ao Poder Judiciário, a segurança jurídica merece evidente destaque, a ponto de o legislador pátrio direcionar fatores pontuais relativos a este aspecto. Assim, se é certo que o princípio da segurança jurídica não está fixado em nossa Constituição Federal de forma expressa, mas sim de forma implícita, tendo em vista que não há uma norma no texto constitucional que menciona expressamente a segurança jurídica, pode-se, entretanto, extrair algumas passagens constitucionais do art. 5.º da Constituição Federal de 1988 ligadas à segurança jurídica.

Isso porque é impossível distanciar segurança jurídica, por exemplo, de expressões previstas nos incisos II (princípio da legalidade), XXXVI (inviolabilidade do direito

adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito), XXXIX (princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal) e XL (irretroatividade da lei penal desfavorável).

Por sua vez, diversos institutos jurídicos foram sendo elaborados e vinculados ao sistema jurídico nacional, refletindo a preocupação do legislador pátrio com relação à segurança jurídica, e tais institutos foram especificamente direcionados ao conteúdo das decisões proferidas pelos magistrados nacionais, o que promoveu verdadeira vinculação subjetiva nas decisões.

Por outro lado, é importante questionar as consequências para o magistrado na hipótese de este não seguir as vinculações subjetivas das súmulas e dos precedentes quando na função do ato de decidir, notadamente quanto aos efeitos funcionais e administrativos.

## **2 INSTRUMENTOS JURÍDICOS QUE VINCULAM SUBJETIVAMENTE A DECISÃO JUDICIAL**

Com o objetivo de vincular subjetivamente o magistrado, foram adotados e incorporados pelo legislador pátrio ao sistema jurídico vigente alguns institutos jurídicos direcionados, os quais permitem que, em determinados assuntos, as decisões a serem proferidas pelos magistrados, quer de primeiro grau ou até mesmo de segundo grau, ficassem restritas ao conteúdo hermenêutico, previamente delineado.

Seguindo tal linha, Michele Taruffo observa que a organização do Poder Judiciário está interligada ao uso do precedente. Esta dimensão institucional classifica a decisão judicial como: (a) precedente vertical; (b) precedente horizontal; e (c) autprecedente.<sup>3</sup>

O precedente vertical pressupõe uma hierarquia de autoridade entre órgãos judiciais. Assim, as decisões judiciais são hierarquicamente distintas, em virtude do órgão prolator; por isso, aquelas prolatadas por órgão superiores vinculam os juízos inferiores, assim como

---

<sup>3</sup> TARUFFO, Michele. Dimensione del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Padova, v. 48, n. 2, p. 411-430, 1994.

expõe Taruffo: “O fenômeno do precedente aparece como um reflexo – mais claro ou mais nebuloso, conforme o caso – da organização hierárquica das Cortes ou Tribunais, nos vários ordenamentos.”<sup>4</sup>

O precedente horizontal, por sua vez, relaciona-se com a influência de uma decisão sobre outras de mesmo nível hierárquico. Dessa forma, decisões prolatadas por órgãos jurisdicionais de mesma hierarquia, somente possuem o poder de persuasão, e não o dever de vincular.

Por seu turno, o autprecedente remete à ideia de que o juiz deve ter coerência e universalidade em sua tomada de decisão, para que dessa maneira seja concretizado o direito fundamental de igualdade entre os jurisdicionados, bem como o direito à imparcialidade do magistrado.

No Brasil, é possível destacar que a vinculação hermenêutica é promovida no sistema jurídico pátrio, a princípio, pelos seguintes institutos jurídicos que foram incorporados, paulatinamente, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004:

- (a) Súmula vinculante prevista no artigo 103-A da Constituição Federal;
- (b) Uniformização de jurisprudência prevista no art. 926 do NCPC;
- (c) Incidente de assunção de competência previsto no art. 947 do NCPC;
- (d) Incidente de resolução de demandas repetitivas previsto nos arts. 976 a 987 do CPC.

Também é possível destacar alguns pontos específicos do Código de Processo Civil de 2015, que direcionam a vinculação subjetiva das decisões, como no art. 947 §3º, revelador do efeito vinculativo da decisão pacificadora da jurisprudência; e no art. 985-I e II impondo

---

<sup>4</sup> Ibid., p. 416. Ainda na mesma obra, é importante destacar que Taruffo escalonou que os precedentes possuem cinco diferentes graus de eficácia, iniciando-se pelo grau máximo de eficácia. Assim, no grau máximo, verifica-se a vinculação absoluta ao precedente, para todos os casos sucessivos e semelhantes. Nos graus intermediários, em níveis descendentes estariam: o *binding* precedente, o qual deve ser seguido, salvo exceções expressamente previstas em lei; o *defeasibly binding*, que deve ser seguido, mas o juiz de modo fundamentado pode não segui-lo; e *weakly binding*, que, em tese, deve ser seguido. No último grau de eficácia, vislumbrar-se-iam as situações em que o juiz é completamente livre para seguir ou não o precedente, não possuindo qualquer vinculação em relação à decisão anterior, tampouco a obrigação de justificar sua opção, caso adote posição contrária.

que a tese jurídica adotada deve ser aplicada a todos os processos individuais ou coletivos, inclusive aos casos futuros que versarem idêntica questão, inclusive aplicando-se o instituto da reclamação previsto no artigo 988 do mesmo código, caso não aplicado pelos magistrados ou tribunais.

Nesta esteira, o novo CPC estabelece de forma expressa que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926); de maneira que os tribunais não devem permitir divergências internas sobre questões jurídicas idênticas, mantendo-se a homogeneidade das decisões entre cada juiz, desembargador ou turma julgadora.<sup>5</sup>

Por sua vez, com relação à própria súmula vinculante e também com relação aos demais institutos, a força vinculativa é estabelecida no art. 927 do CPC, determinando que os juízes e os tribunais deverão observar as decisões proferidas nos institutos jurídicos anteriormente citados, vinculando subjetivamente as decisões futuras dos magistrados, quer sejam estas de primeiro grau ou perante demandas levadas aos tribunais.

Assim, visualiza-se perfeitamente uma crescente legislativa iniciada com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e firmada ordinariamente com a Lei nº 13105/15, no sentido de concretizar uma vinculação subjetiva nas decisões judiciais.

Entretanto, é de fundamental importância destacar que a adoção de instrumentos jurídicos direcionadores para a certeza quanto ao conteúdo decisório proferido pelos magistrados, vinculando-os a certos entendimentos decisórios em matérias específicas, está

---

<sup>5</sup> A uniformização, para além da simples edição de enunciados de súmulas, pressupõe a adequada referência aos fatos dos precedentes que formaram a sua criação (§§1º e 2º). A exigência de estabilidade está ligada ao dever de respeito aos precedentes já firmados e a necessidade de fundamentação adequada para a sua distinção e/ou superação. As noções de integridade e coerência, por sua vez, evidenciam que casos semelhantes devem ser decididos sob o prisma da igualdade, com respeito aos princípios que foram aplicados nas decisões anteriores. Em resumo, deve existir um processo interpretativo que leve em conta a força normativa da Constituição e a ideia de unidade do direito, afastando o voluntarismo e ativismo judicial pernicioso e arbitrário. (GARCIA, André Luis Bitar de Lima. *Sistema de precedentes do novo CPC terá impacto em empresas*. In: Consultor Jurídico, 22 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-22/sistema-precedentes-cpc-impacto-empresas>>. Acesso em: 04 out. 2016).

adstrito à segurança jurídica e também ao cumprimento do princípio da duração do processo em um espaço de tempo razoável.

Dessa forma, é possível afirmar que a segurança jurídica pode ser vista como subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito, promovendo a estabilidade e continuidade da ordem jurídica, além da previsibilidade acerca das consequências jurídicas.<sup>6</sup> Afinal, tratam-se de instrumentos idealizadores para o alcance das políticas públicas previamente estabelecidas como metas do Poder Judiciário. Ou seja, não se deve partir do princípio de que as restrições subjetivas impostas ao magistrado quanto a certas e específicas decisões não objetivaram promover um eventual cerco ideológico à liberdade julgadora do juiz.

Todavia, e tal fato não pode ser negado e tão pouco deixar de ser enfrentado, quando se fala em limitação subjetiva ou, como costumeiramente é referido na doutrina, engessamento hermenêutico, é certa a existência de uma tênue linha que pode levar à tentação peculiar de ser promovido um cerco ideológico às decisões judiciais, quando se impõe limitações à ampla liberdade de julgar, como bem expõe Lênio Luiz Streck:

Os argumentos utilizados para justificar essa verdadeira ‘cruzada’ na busca de mecanismos engessadores das manifestações das instâncias inferiores da justiça são sempre os mesmos: desafogar (sic) as prateleiras dos tribunais superiores, que estão assoberbados de recursos dos mais variados. Ou seja, busca-se uma ‘efetividade (meramente) quantitativa’. Talvez os articuladores de tais teses estejam demasiadamente preocupados com a solução do problema de funcionalidade do sistema, deixando de lado a discussão dos problemas da solução, que certamente passam, também, por uma análise estrutural e por uma compreensão crítica do imaginário dos operadores jurídicos, ainda atrelados aos paradigmas objetificantes

---

<sup>6</sup> CAMINKER, Evan H. *Why must inferior courts obey superior court precedents?* *Stanford Law Review*, Stanford, v. 46, abr. 1994, *apud* GUILHERME, Marinono Luiz. *Da corte que declara o “sentido exato da lei” para a corte que institui precedentes*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 103, n. 950, p. 165-198, dez. 2014. p. 165.

aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, em um plano, e, em outro - embora tais plano não sejam separáveis - ainda mergulhados na crise de paradigma liberal-individualista-normativista.<sup>7</sup>

Entretanto, pelo menos neste momento, existe uma outra matriz determinante quando se objetiva engessar hermeneuticamente o magistrado em suas decisões ou, ao menos, em determinadas situações. Tenta-se evitar a expansão de decisões divergentes em certas e restritas questões levadas ao Poder Judicial.

A matriz determinante, como dito, não pode ser entendida (ao menos pretende o legislador transmitir esta ideia), como uma tentativa de cerceamento da magistratura ou como limitativa da função criadora do juiz. Esta matriz deve ser visualizada como tentativa de se evitar que assuntos reiteradamente levados aos tribunais sejam julgados de forma não homogêneas ou de formas díspares, promovendo verdadeiras avalanches de recursos e demandas de maneira a estender de modo desproporcional a solução de lides que, ao final de longo percurso, seriam julgadas de modo uniforme nos Tribunais superiores ou até mesmo no Supremo Tribunal Federal.

## **2.1 O efeito vinculativo e a interpretação da súmula vinculante**

No presente tópico, uma questão de extrema importância é abordada: a imposição da vinculação do magistrado às decisões dos tribunais via precedentes ou súmulas é a possibilidade, ou não, de ocorrer por parte dos magistrados ou dos tribunais inferiores uma interpretação das decisões do Supremo Tribunal Federal?

---

<sup>7</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

A súmula vinculante apresenta-se como uma importante solução para o problema da segurança jurídica em situações de reiterada controvérsia jurisprudencial. Do mesmo modo que a lei escrita resolveu, no século XVIII, o problema da multijurisdicionalidade da Europa Medieval, a súmula vinculante pretende, hoje, resolver o problema da segurança jurídica por meio da afirmação jurisdicional de uma espécie de “interpretação correta” (isso ainda não está muito claro na própria concepção da súmula vinculante) de casos reiteradamente controvertidos na jurisprudência.<sup>8</sup>

Assim, a princípio, ao contrário da lei ordinária, as súmulas vinculantes ganham status diferenciador, impossibilitando qualquer tipo de interpretação, ou seja, o magistrado de primeiro grau pode interpretar a lei ordinária e mesmo a norma constitucional, mas não poderia insurgir-se contra a súmula vinculante. Entretanto, existem opiniões divergentes que abrem possibilidades de interpretação da súmula vinculante:

Deve-se notar, ademais, que a própria súmula vinculante, antes de sua aplicação ao caso concreto, deverá ser, inevitavelmente, interpretada e que essa interpretação, assim como a que é feita em relação à lei ou à Constituição, será também criativa. A súmula, assim como a lei, é produto do trabalho humano e é expressa em palavras. Nessas condições, o seu enunciado poderá não ser claro o bastante, de modo que possam surgir, assim como ocorre com a lei, duas ou mais interpretações razoáveis em relação à mesma súmula vinculante. A súmula será, portanto, interpretada e há de se esperar que algumas delas comportem mais de uma interpretação razoável (ainda que não seja este o objetivo da súmula, repito, a interpretação e a sua carga criativa são imprescindíveis para a aplicação de uma norma geral e abstrata a um caso concreto). Não poderá o juiz, todavia,

---

<sup>8</sup> SIMIONI, Rafael. *Nem as súmulas vinculantes escapam de interpretação*. In: Consultor Jurídico, 2 mar. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-mar-02/interpretar-exigencia-nao-interpretacao-sumulas-vinculantes>>. Acesso em: 10 out. 2016.



por considerá-la errada, injusta, ou inconstitucional, deixar de aplicá-la ao caso concreto. A exemplo do que ocorre na *common-law*, os juízes deverão aplicar a súmula vinculante ao caso e, se desejarem, em observações paralelas, poderão expressar a sua irresignação, sob pena de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal.<sup>9</sup>

Portanto, neste ponto, é possível discutir a possibilidade do controle de constitucionalidade com relação à súmula vinculante. A matéria ganha pertinência justamente quando se discute a atuação discricionária do magistrado e o alcance obtido pelas súmulas vinculantes, como salienta André Ramos Tavares:

O alcance conferido à realização da súmula foi impressionante, extrapolando a mera validade e interpretação da Constituição e das leis (em face da Constituição) para alcançar a eficácia de ‘atos normativos’. Para ficar mais claro: acresceu-se a possibilidade de (i) dispor sobre eficácia, e (ii) ter como objeto qualquer ato normativo, e não apenas a lei ou a Constituição.<sup>10</sup>

Por sua vez, como defende Rodolfo de Camargo Mancuso, as súmulas vinculantes apresentam um caráter normativo e, deste modo, estão sujeitas ao controle de constitucionalidade. Entretanto, limitam este controle unicamente ao modelo concentrado e não difuso, ou seja, restringindo tal controle unicamente ao Supremo Tribunal Federal. “Por fim, considere-se que até mesmo norma inserida pelo constituinte revisor pode vir a ter sua

---

<sup>9</sup> JANSEN, Rodrigo. *A súmula vinculante como norma jurídica*. In: R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, v. 240 p. 225-264, abr./jun. 2005, p. 250.

<sup>10</sup> TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 41.

constitucionalidade sindicada (STF: RDA 191/214; 198/123), de sorte que não poderia a súmula vinculante constituir-se em exceção isolada do contexto geral<sup>11</sup>”.

Mas a limitação imposta ao controle difuso de constitucionalidade não se apresenta razoável e também, a princípio, não encontra resquício de legalidade. Afinal, como impor o silêncio ao magistrado de primeiro grau ou de algum tribunal superior, com óbvia exceção ao Supremo Tribunal Federal, que visualize na súmula vinculante fortes e justificáveis vínculos de inconstitucionalidade?

E mais, como bem lecionam Nelson Nery e Georges Abboud, o controle difuso de constitucionalidade como um direito fundamental do cidadão e não como prerrogativa de julgamento de magistrado.

Neste sentido, asseveramos que a *judicial review* (controle difuso de constitucionalidade) possui a natureza de direito fundamental. Do contrário, ter-se-ia que admitir a existência de situações em que o cidadão ficaria obrigado a submeter-se a situações e atos formalmente legais, mas em desconformidade com o que está previsto na Constituição Federal. Assim, se a Constituição Federal consagra rol de direitos e garantias fundamentais ao cidadão, por consequência, faz-se necessário garantir ao particular todos os meios para fazer vales seus constitucionalmente previstos. Desse modo, diante de restrições aos direitos fundamentais do cidadão por algum ato do Poder Público formalmente legal, somente por meio da *judicial review* seria possível ao particular corrigir a ilegalidade e preservar seu direito fundamental. Ou seja, sem a existência da *judicial review*, o direito de ação (acesso justiça) fica seriamente prejudicado. É mister frisar que a atribuição de status de direito fundamental à *judicial review* tem por escopo, impedir que essa garantia fundamental do cidadão (controle difuso de constitucionalidade) seja suplantada pelo próprio

---

<sup>11</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 369.

Judiciário, principalmente pelo recrudescimento das decisões do efeito vinculante do STF.<sup>12</sup>

Portanto, o controle difuso de constitucionalidade representaria, antes de tudo, uma garantia ao jurisdicionado, devendo o magistrado, entretanto, atuar com extrema cautela e sempre de forma fundamentado na norma jurídica.

## 2.2 O efeito vinculativo e o *overruling*, *signaling* e *distinguishin*

Ainda, em sede de súmula vinculante, poderá o magistrado utilizar-se do instituto do *distinguishing* (que será melhor analisado ainda neste tópico), devendo demonstrar que o caso a ele submetido é peculiar, alegando a singularidade do mesmo e, de forma fundamentada, indicar qual a norma jurídica aplicável ao caso. Com efeito, Rodolfo de Camargo Mancuso assevera:

Parecendo ao juiz que determinada súmula vinculativa não rege ou não abrange o objeto litigioso do processo, poderá, ‘fundamentadamente’, deixar de aplicá-la, em processo exegético, portanto, semelhante ao que ocorre quando uma norma legal é invocada nos autos, mas em verdade não se aplica ao caso vertente. De resto, mesmo no regime da ‘*common law*’, pode o juiz demonstrar que o caso concreto não é ‘*precisely similar*’ ao precedente judiciário (a técnica do ‘*distinguishing*’, que pode autorizar o ‘*overruling*’, ou seja, o descarte do precedente jurisprudencial).<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, p. 635.

<sup>13</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 354.

Neste mesmo sentido, manifestam-se Nelson Nery e Georges Abboud, assegurando a aplicabilidade de referido instituto como meio de controlar a constitucionalidade da súmula vinculante:

Ou seja, mediante o controle difuso, o juiz não está revogando a súmula em abstrato ou desrespeitando a competência do STF, ele simplesmente estará desaplicando a súmula vinculante daquele caso concreto porque sua incidência está propiciando uma inconstitucionalidade. Somente para referido caso concreto, o juiz se *afastaria* da súmula para se aproximar da Constituição.<sup>14</sup>

A discussão assume aspectos ainda mais relevantes, visto que o art. 988 da Lei nº 13.105/2015 prevê cabimento de reclamação para, entre outros, garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, além de garantir a observância de enunciado de súmulas vinculantes e de precedentes proferidos em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

Ou seja, o legislador ordinário atuou ratificando o modelo adotado pelo legislador constitucional e optou para este momento, *Zeitgeist*, em vincular e engessar hermeneuticamente a decisão judicial em certos e determinados assuntos, tentando restringir, ao máximo, a atuação, ainda que fundamentada, do magistrado.

E mais ainda, o mesmo legislador do Código de Processo Civil de 2015 foi determinante, ao asseverar que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, se, nos termos do inc. V do §1º do art. 489, “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”; e, de acordo com o inc. VI do mesmo dispositivo, “deixar de seguir enunciado de súmula,

---

<sup>14</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, p. 749.

jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (grifo nosso).

Por sua vez, discute-se a possibilidade do magistrado deixar de aplicar os precedentes e desvincular-se do mencionado engessamento, aplicando-se, então, os mecanismos de superação dos precedentes.

Este mecanismo de superação denomina-se *overruling*, técnica pela qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído por outro precedente<sup>15</sup>, podendo ser prospectivo quando possuir eficácia ex nunc ou retrospectivo quando possuir eficácia ex tunc.<sup>16</sup> A respeito, em conferência pronunciada na Universidade de Cambridge, nos idos de 1922, Roscoe Pound já se manifestava nos seguintes termos:

*Por ello toda meditación sobre el Derec/zo ha de pretender conciliar dos necesidades contradictorias, una de estabilidad y ofra de transformación, porque el problema capital dei Derec/zo estriba en hallar una fórmula que permita reconciliar Ull cuerpo de Derecho fijo, que no deje márgen ai capricho individual.*<sup>17, 18</sup>

Entretanto, salienta-se que o magistrado não escapa da aplicação do precedente, apenas substitui um por outro; isso porque uma eventual nova situação será regida de acordo

---

<sup>15</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013, v. 2, p. 456.

<sup>16</sup> O Regimento Interno do STF, por exemplo, prevê o *overruling*, no art. 103, ao dizer que “qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário”. O Regimento Interno do STJ, de seu turno, também prevê hipótese de *overruling*, no art. 125, *caput*, e parágrafos

<sup>17</sup> *Las Grandes Tendencias dei Pensamiento Jurídico*. Tradução de Puio Brutau. Barcelona: Ariel, 1950, p. 5, *apud* VÁSQUEZ SOTELO, José Luis. *A Jurisprudência Vinculante na Common Law e na Civil Law*. In: CAMON FILHO, Petrônio; BELTRAME, Adriana. *Temas atuais de direito processual ibero-americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 379.

<sup>18</sup> Em tradução livre: Portanto, toda meditação sobre o Direito tem a pretensão de conciliar duas necessidades contraditórias, uma de estabilidade e outra de transformação, porque o problema capital do Direito é encontrar uma fórmula que permita reconciliar o corpo do direito estabelecido, que não de margens a capricho individual.

com o novo precedente, não atingindo situações pretéritas, como forma de proteger a confiança. Se o precedente é recente, ainda a ser consolidado, é possível falar em *overruling* retrospectivo, ou seja, uma superação que produz efeitos retroativos.

E mais, cita-se a lição de Neil Duxbury, o qual afirma que no *overruling* os fatos são iguais, mas o precedente não é aplicado, devendo outra regra ser seguida<sup>19</sup>, motivo pelo qual é corrente comparar o *overruling* com a revogação de uma lei por outra, por implicar na substituição de um precedente judicial por outro, mediante decisão do próprio órgão jurisdicional que estabeleceu o precedente substituído.<sup>20</sup>

Significa que, ocorrendo mudança na valoração das circunstâncias relevantes de casos similares, o julgador está autorizado a adotar entendimento diverso, desde que assumida a devida carga de fundamentação.<sup>21</sup>

Também, é importante citar outros dois pontos oriundos do *overruling*, ao remeter a figura do *transformation*, entendendo-se este como uma reconfiguração ou remodelação do precedente sem, no entanto, revogá-lo, atribuindo-lhe apenas uma nova configuração ou repaginando o seu entendimento.

Segundo o *prospective overruling*, entendido quando o precedente substituído poderá ser aplicado aos casos ocorridos antes da substituição, de maneira que o novo precedente somente se aplica aos casos futuros. Trata-se de instituto desenvolvido nos Estados Unidos.<sup>22</sup>

Todavia, em qualquer que seja a hipótese, o magistrado não se desvincula dos precedentes, mas apenas substitui um por outro, mantendo-se ainda engessado e vinculado,

---

<sup>19</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Estados Unidos: Cambridge, 2008, p. 117.

<sup>20</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 149.

<sup>21</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 281.

<sup>22</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 419-421.

asseverando-se a tese de que o modelo adotado pelo legislador pátrio nesta célula formadora foi o de vincular o magistrado em certos e determinados assuntos, entendido e destacado como fundamental pelo próprio Poder Judiciário.

Mais ainda, dois outros institutos merecem destaque neste aspecto envolvendo a vinculação obrigatória do magistrado, a saber: o *Signaling* e o *Distinguishing*.

O primeiro deles, o *signaling*, significa que, às vezes, os Tribunais não fazem o *overruling*, mas apontam para *signaling*, ou seja, dá sinais de que a jurisprudência será alterada ou seguirá uma determinada orientação diferente da que está sendo utilizada.

O segundo é o *Distinguishing*, que consiste em confrontar, em que medida o seu caso concreto se assemelha ou não com o caso do precedente. Todo precedente judicial só pode ser aplicado após o *distinguishing*. É um método de comparação ou confronto entre o caso e o precedente. Isto é, o juiz está hermeneuticamente vinculado, pois, ao examinar o mérito da questão que lhe é submetida, parte de um processo mental indutivo e empírico, cotejando o caso a ser julgado com a *ratio decidendi* (entendida como a norma jurídica geral de uma decisão judicial)<sup>23</sup> de casos já solucionados, navegando do caso particular para o geral.

---

<sup>23</sup> Pierluigi Chiassoni apresenta as inúmeras definições que podem ser atribuídas à *ratio decidendi*, conceituando-a de acordo com o tipo de objeto designado e quanto ao grau de especificação do objeto designado. Na primeira classificação, leva-se em consideração o conteúdo da decisão, enquanto que na segunda classificação, considera-se a opinião do juiz que proferiu o precedente, do juiz sucessivo e da doutrina jurídica. Na primeira classificação, *ratio decidendi* pode significar: a) a norma jurídica geral que representa a regra, o critério, o princípio, a premissa normativa sobre a qual se funda a decisão do caso concreto (perspectiva normativa abstrata); b) a norma jurídica geral contextualizada, usada por um juiz para justificar a decisão de um caso concreto (perspectiva normativa concreta); c) elemento de argumentação criado pelo juiz para motivar a decisão. Na segunda classificação, *ratio decidendi* pode ser: a) elemento da motivação que é necessário para a decisão de um caso; b) princípio de direito que é suficiente para a decisão de um caso concreto; c) argumentação necessária e suficiente para decidir um julgamento; d) norma (regra ou princípio) que constitui, alternativamente, condição não necessária, mas suficiente, ou necessária, mas não suficiente de uma decisão; e) norma que o Tribunal tem efetivamente estabelecido ou seguido; f) norma que o Tribunal afirma expressamente ou acredita ter estabelecido ou seguido; g) norma tratada explícita ou implicitamente como necessária para a decisão do caso; h) norma que deve ser considerada pelo Tribunal para que decida adequadamente a controvérsia; i) norma que, segundo um juiz sucessivo, deveria ter sido estabelecida pelo julgador anterior; j) norma que, segundo um juiz sucessivo, foi, de fato, estabelecida pelo julgador anterior; l) norma que, segundo um juiz sucessivo, deve ser considerada como estabelecida pelo julgador anterior. (CHIASSONI, Pierluigi. Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto. 2004, p. 81-83 *apud* JESUS, Priscilla Silva de. *Teoria do Precedente Judicial e o Novo Código de Processo Civil*. Revista Direito UNIFACS, v. 170, 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3240/2321>>. Acesso em: 17 out. 2016).

Assim, o processo hermenêutico utilizado é vinculado, pois tem por escopo estabelecer se efetivamente os casos são análogos e, por via de consequência, se o precedente deve ser aplicado ou não. Ou seja, o precedente serve para demonstrar de forma precisa e clara, e não de forma ideal, como se deve julgar um determinado conjunto de fatos. Dessa forma, a princípio, não existiria uma alternativa em aplicar ou não o precedente, isso porque sendo os casos semelhantes, deve o juiz aplicar e somente escapa de justapor o caso concreto ao precedente, caso não ocorram as semelhanças.<sup>24</sup>

O *distinguishing* é absolutamente indispensável na aplicação dos precedentes, posto que a aplicação do próprio precedente não é automática, sendo necessário interpretá-la. A eficácia do precedente é erga omnes, qualquer um pode se valer do precedente, diferentemente da coisa julgada que só vincula as partes.

Na aplicação do precedente, é preciso, preliminarmente, verificar se há lugar para tanto, vale dizer, se o segundo caso comporta a alocação do dado precedente. Por isso, os juízes do *common law* exercem, em primeiro lugar, a técnica da distinção, ou *distinguishing*. Por essa técnica, o juiz deve aproximar os elementos objetivos dos casos em que se constituíram precedentes potencialmente aplicáveis e o caso objeto do precedente, ou mesmo, ampliá-lo.<sup>25</sup>

Portanto, é perceptivo que o *distinguishing* consiste no processo mental indutivo e empírico do magistrado, baseado no cotejo entre as circunstâncias fáticas e a *ratio decidendi* do caso a ser julgado, além das circunstâncias fáticas e a *ratio decidendi* dos casos julgados

---

<sup>24</sup> Aliás, a tese vem sendo constantemente aplicada em nossos tribunais, vejamos: Assim, necessário se faz a técnica hermenêutica do *distinguishing* para concluir pela inaplicabilidade do precedente consubstanciado no recurso especial nº 1.159.189/RS, pois os fundamentos fáticos ali destacados, que foram reconhecidos pelo Tribunal a quo, não estão presentes no acórdão ora recorrido. 6. Agravo regimental não provido. (STJ, AARESP 201202262460, MAURO CAMPBELL MARQUES - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:13/05/2013).

<sup>25</sup> SABINO, Marco Antônio da Costa. *O Precedente Jurisdicional Vinculante e sua Força no Brasil*. Revista Dialética de Direito Processual Civil (RDDP), n. 85, p. 51-72, abr. 2010.



em momento precedente. Ou seja, por meio do *distinguishing*, parte-se do particular para o geral.<sup>26</sup>

Contudo, em suma, neste modelo de juiz traçado para o direito nacional, a vinculação do magistrado ao precedente seria obrigatória, não sendo possível pensar na possibilidade de uma interpretação do precedente. Assim, cabe ao magistrado verificar se o caso a ser julgado se adequa ao precedente e, em caso positivo, deve obrigatoriamente aplicá-lo, sendo-lhe vedada a faculdade de aplicar ou não, ou mesmo de desvirtuar o entendimento do precedente.

O respeito e a credibilidade do Supremo Tribunal Federal e, por consequência, do Poder Judiciário, passam por um sistema de precedentes obrigatórios, nos moldes do *stare decisis* norte-americano. O sistema plural de controle de constitucionalidade presente em nosso país exige que as decisões do STF vinculem o próprio Tribunal (dimensão horizontal) e os demais juízes (dimensão vertical). Aliás, basta ler a redação do art. 102 (missão do STF de guarda da Constituição) e do art. 102, I, alínea “I” (previsão da reclamação constitucional) para perceber que o constituinte ampara esta tese (sistema de precedentes).<sup>27</sup>

Indaga-se, para tanto, caso o magistrado não venha a aplicar a efeito vinculativo do precedente ou então, mais ainda, não aplique a súmula vinculante ou altere a sua interpretação, poderá este ser punido?

### 3 O EFEITO VINCULATIVO E A “HIPÉRBOLE DO ABSURDO”

---

<sup>26</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 125.

<sup>27</sup> GARCIA, André Luis Bitar de Lima; REI, José Anijar Fragoso. *O distinguishing realizado pelo STF no julgamento da ADIN 3.421-PR*. Revista de informação legislativa, v. 49, n. 196, p. 311-325, out./dez. 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496630/000967072.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17 out. 2016.

É impossível pensarmos em Estado Democrático de Direito sem pensar em liberdade do juiz no exercício de sua função. Nesse sentido,

Um juiz independente, ou melhor, um juiz, simplesmente, não pode ser concebido em uma democracia moderna como um empregado do executivo ou do legislativo, mas nem pode ser um empregado da corte ou do supremo tribunal. Um poder judiciário não é hoje concebível como mais um ramo da administração e, portanto, não se pode conceber sua estrutura na forma hierarquizada de um exército. Um judiciário verticalmente militarizado é tão aberrante ou perigoso quanto um exército horizontalizado<sup>28</sup>.

De tal modo, questiona-se, de forma concreta, se no exercício regular de sua função o magistrado poderá sofrer algum tipo de sanção ou punição administrativa caso não venha a atender ou desvirtuar a aplicação de um precedente judicial ou súmula vinculante? Isso porque, historicamente, existem resquícios de punição no Brasil a magistrados que não seguiram as limitações hermenêuticas impostas pelos tribunais superiores.

O caso mais divulgado e consagrado quanto à interpretação vinculante imposta ao magistrado teve lugar no início da República, uma vez que o Presidente do Estado do Rio Grande do Sul, Júlio Prates de Castilhos, promulgou a Lei nº 10/1895, cujo art. 65 dispunha que as sentenças do júri eram proferidas pelo voto a descoberto e cujo art. 66 facultava a recusa de jurados somente se motivadas.

O juiz Alcides de Mendonça Lima, ex-constituente, ao abrir a sessão do 1º júri, aos 28 de março de 1896, declarou contrários à Constituição os dispositivos citados. O magistrado entendia que o voto secreto e as recusas peremptórias são características

---

<sup>28</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 88.

intrínsecas do instituto do júri, e que não poderiam ser revogadas ao bel prazer dos interesses políticos, sem subverter o estabelecido pelo art. 72 §31 da Constituição Federal.

Publicada a notícia em jornal, o juiz foi imediatamente interpelado pelo Chefe do Poder Executivo. Tendo o juiz confirmado a notícia, Júlio de Castilhos imediatamente dirigiu-se ao procurador-geral do Estado, solicitando-lhe o oferecimento de denúncia contra o juiz “delinquente e faccioso”<sup>29</sup>, o que logo foi feito, apontando-se o juiz como incurso no crime de prevaricação, por “julgar ou proceder contra literal disposição de lei”<sup>30</sup>. À época, Ruy Barbosa, indignado e com grande apoio popular, cunhou e deixou a famosa expressão de Crime de Hermenêutica: a “hipérbole do Absurdo”:

O juiz, sem liberdade de se moderar pelo seu livre-convencimento, converter-se-ia em um mero aplicador de súmulas editadas pelos Tribunais Superiores. Esta situação constitui, no mínimo, um retrocesso, vez que estaríamos muito próximos de reeditar no âmbito da magistratura o

---

<sup>29</sup> Interessante o teor da denúncia ofertada por ocasião da conduta do juiz: “A obediência à Lei - dir-se-ia - e o primeiro dever do cidadão e principalmente do cidadão juiz, investido de autoridade para executá-la e fazê-la executar [...] Não cabe ao Poder Judiciário e menos a um juiz singular e isolado opor embaraços a sua execução. O procedimento do denunciado é, portanto, criminoso. Indagando do pensamento que presidiu sua irregular conduta, vê-se que se movido por paixão partidária, interesse e ódio político, ousou o denunciado afrontar o regime constitucional do Estado e arvorar-se em supremo e original poder moderador para tardiamente oferecer seu veto à execução da Lei. Quando em forma correu a lei os tramites da publicidade, tendo o denunciado, como qualquer outro cidadão, em seu lar e no seu gabinete, uma partícula do Poder Legislativo podendo apresentar emendas, guardou silêncio e só agora na cadeira de presidente do Júri, com abuso flagrante de autoridade, veio dar o seu grito de sedição, obedecendo a interesses dos perturbadores da ordem. A gravidade do fato, a natureza do delito, demonstram a premeditação do denunciado; e a circunstância de escolher ele os auditórios de justiça para praga da sua rebelião contra a lei e todo o regime legal, acentua a necessidade de enérgica punição ao confessado crime tão caracterizado”. (LINGUAGEM Jurídica e Filosofia do Direito. Escolas Hermenêuticas: modernidade. 2012. Disponível em: <<http://linguagemjuridicaefilosofiadodireito.blogspot.com.br/2012/05/escolas-hermeneuticas-modernidade.html>>. Acesso em: 1 out. 2016.

<sup>30</sup> TESHEINER, José. *Episódio 42: o crime de hermenêutica*. 2016. Páginas de Direito: excelência em conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/especial/podcasts/269-serie-historia-do-processo-judicial/6639-hpj-42>>. Acesso em: 12 out. 2017.

chamado ‘crime de hermenêutica’, tão combatido pelo insigne Ruy Barbosa, nos princípios da República.<sup>31</sup>

Por acórdão de 7 de outubro de 1899, o Supremo Tribunal Federal absolveu o magistrado, de maneira que, ao menos naquele momento, ainda que tenha existido, a vontade em punir a atividade discricionária do magistrado brasileiro foi freada, apesar de não ser inteiramente sufocada; já que, recentemente, o tema voltou novamente a ser discutido no cenário político nacional.

### **3.1 Abuso de autoridade e o crime de hermenêutica**

Mais recentemente, muito em decorrência da atividade cada vez mais decisiva do Poder Judiciário, voltou a tramitar no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado nº 280/2016 que define os crimes de abuso de autoridade e dá outras providências, sendo que o art. 9º, § único, II, do PLS 280/2016, em sua redação original, estabelece que incorre nas penas do *caput* – de 1 a 4 anos de detenção e multa –, “quem deixa de conceder ao preso liberdade provisória, com ou sem fiança, quando assim admitir a lei e estiverem inequivocamente presentes seus requisitos”.

Por sua vez, o substitutivo apresentado pelo senador paranaense Roberto Requião inovou, ainda de forma mais incisiva, a punição da prática do chamado crime de hermenêutica e apresentou novas figuras penais a agentes do Poder Judiciário.

E mais, a judicialização da política, os reflexos da atuação efetiva do Poder Judiciário e, mesmo recentemente, os desdobramentos promovidos no cenário nacional pela

---

<sup>31</sup> GERUDE, Fernando Gomez. *Súmulas vinculantes e o engessamento do Juízo de primeiro grau*. Via Jus, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3694>>. Acesso em: 16 jul. 2011.

denominada Operação Lava Jato, levaram a se estruturar um modelo de juiz para o direito nacional. Aliás, fato já previsto por Francisco Pedro Jucá, ainda no ano de 2005, como se vê:

Por outro lado, deu-se inequívoca judicialização da política, com a acentuada ampliação do controle jurisdicional da administração pública em todos os níveis, e da acentuação do exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, de sorte que o Poder Judiciário ganhou papel realmente mais significativo no contexto do sistema de freios e contrapesos, o que resultou ao Poder Judiciário algo incômodo, tanto para o governo tanto para alguns segmentos expressivos da sociedade, tornando-o alvo de investidas frequentes com o objetivo implícito ou explícito de contê-lo, de esterilizar os controles que ele exerce, o mesmo acontecendo com relação ao Ministério Público.<sup>32</sup>

A situação se apresentou tão grave que a ministra Cármen Lúcia, na data de 29/11/2016, em Brasília, durante na abertura da 32ª Sessão Extraordinária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a qual preside junto com o Supremo Tribunal Federal (STF), manifestou-se severamente nos seguintes termos:

Juiz sem independência não é juiz; é carimbador de despachos, segundo interesses particulares, e não garante direitos fundamentais segundo a legislação vigente [...]. Se é desejável socialmente a democracia, é impossível – como demonstrado historicamente – recusar-se o Judiciário como estrutura autônoma e independente de poder do Estado nacional. Não há democracia sem Judiciário. E o Judiciário somente cumpre o seu papel constitucional numa democracia.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 19.

<sup>33</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Juízes viraram alvo de ataques e tentativas de cerceamento, acusa Cármen Lúcia*. Notícias, Brasília, 29 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84072->

Felizmente, a legislação nacional também apresenta mecanismo de proteção aos magistrados, isso porque, ainda que em vias de ser substituída por uma mais atual, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Brasil, LC nº 35/1979), estabelece que “a atividade censória de Tribunais e Conselhos é exercida com o resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado” (art. 40) e que, “salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir” (art. 41).

Todavia, neste modelo adotado em que se vincula cada vez mais o magistrado a decisões tomadas nos tribunais superiores, surge o receio de que o magistrado brasileiro possa vir a ser punido, caso fuja do engessamento proposto, notadamente quando apresentar a tendência de desvirtuar a aplicação de súmulas vinculantes.

Entretanto, mesmo nesse modelo, em que existe efetivamente uma vinculação às decisões firmadas pelos tribunais superiores, é impróprio pensar em qualquer tipo de punição ao magistrado brasileiro quando, no exercício de sua função jurisdicional, manifestar qualquer decisão divergente do direcionamento hermenêutico existente. Vale citar o ensinamento de Rui Barbosa, que apesar de distante em tempo, recai de forma extremamente atual:

Para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o Juiz os crimes de hermenêutica,

---

[juizes-viraram-alvo-de-ataques-e-tentativas-de-cerceamento-acusa-carmen-lucia?acm=247856\\_9420>](#).

Acesso em: 12 jul. 2016. Ainda, na mesma matéria: Sem citar nomes, a presidente do CNJ e do STF repudiou a imputação de “todas as mazelas a um corpo profissional da Justiça que, como todo humano, sujeita-se a erros, sim, mas não tem neles a sua marca dominante, que é hoje a do trabalho”. Cármen Lúcia vê nisso um objetivo: “Desmoraliza-se, enfim, a instituição e seus integrantes, para não se permitir que o juiz julgue, que as leis prevaleçam e que a veracidade de erros humanos seja apurada, julgada e punida, se for o caso”. Como exemplo, a ministra Cármen Lúcia citou a realização de 623.454 audiências de conciliação de conflitos, na semana passada, quando juízes e conciliadores trabalharam em três turnos, “até altas horas da noite para atender as demandas da sociedade e termos uma sociedade em paz”. A presidente do CNJ e do STF encerrou, com uma clara defesa da autonomia e independência dos poderes: “Todos nós estamos aqui trabalhando para um país mais justo, mais democrático para todos os brasileiros, e atuando rigorosamente segundo as leis do país, que juramos cumprir. Nós vamos continuar a agir dessa forma. E esperamos muito que todos os poderes da República atuem desse jeito, respeitando-nos uns aos outros e, principalmente, buscando um Brasil melhor para todo mundo”.

responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos. Esta hipérbole do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortes.<sup>34</sup>

Seguindo tal linha, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “O magistrado não pode ser censurado penalmente pela prática de atos jurisdicionais” (APn nº 441, de São Paulo, rel. Min. Peçanha Martins). Aqui, eventual censura somente poderia ocorrer, e ainda assim com grandes limitações pelo campo do Direito Administrativo, pois, em se tratando de decisão judicial, o magistrado deve ostentar plena garantia para interpretar e decidir:

A independência dos juízes para decidir e exercer a função jurisdicional com destemor é garantida pela imunidade e liberdade intelectual no respectivo exercício, especialmente quanto à interpretação da lei, não podendo ser punidos em seu desempenho, o que inegavelmente se estende (...) ao conteúdo ou teor das decisões que proferirem, desde que, evidentemente, não incorram em impropriedade ou excesso de linguagem.<sup>35</sup>

Todavia, o modelo nacional é limpo ao não violar as garantias constitucionais e legais que garantem a independência do magistrado no exercício de sua atividade jurisdicional, salvo, obviamente não apresentando qualquer violação, no caso de dolo, culpa e má-fé do exercício da função.

---

<sup>34</sup> BARBOSA, Rui; CÂMARA, José Gomes Bezerra. *Posse de direitos pessoais: o júri e a independência da magistratura*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976. (Obras completas de Rui Barbosa; v. 23, t. 3, 1896), p. 228.

<sup>35</sup> PELUSO, Vinicius de Toledo Piza; GONÇALVES, José Wilson. *Comentários à lei orgânica da magistratura nacional: Lei complementar 35/1979*. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010. p. 107.

Nesta hipótese, a violação ocorreria por parte do magistrado que estaria se desviando de sua função, sendo que a punição administrativa e criminal seria uma consequência justa e natural ao desvio praticado. Vale aqui salientar a manifestação do ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski, o qual ponderou que “[...] o descumprimento de uma súmula vinculante de forma infundada e sem justificação pode ensejar a responsabilização do magistrado, porque é um ato de insubordinação”<sup>36</sup>.

Portanto, o que se extrai é que, quando devidamente motivada, justificada e fundamentada, o entendimento contrário de súmula vinculante não gera qualquer fator punitivo ao magistrado. Isso porque, o magistrado que efetivamente praticar fraude, corrupção ou que venha a julgar com parcialidade para beneficiar qualquer uma das partes, evidentemente sofrerá sanções, quer administrativa, penal ou civilmente. A LOMAN, o Código Penal e o próprio Código Civil aplicam-se perfeitamente aos casos acima.

O que se discute é o ato de interpretar, o ato de julgar honestamente e com convicções jurídicas fundadas devidamente no ordenamento jurídico. Para este tipo de situação, não existe crime na legislação nacional. Aliás, esta é a sistemática do direito norte-americano que, emblematicamente firmado na teoria dos precedentes, não pune seus juízes ainda quando não aplicam os precedentes por interpretação divergente, como bem expõe José Luiz Vásquez Sotelo:

*Se ha observado que ningún Juez, ni en Inglaterra ni en los Estados Unidos, ha sido acusado y destituido (sometido al impeachment) por no seguir un precedente vinculante. En una determinada etapa (en Estados Unidos a partir de los tiempos dei Presidente dei Tribunal Supremo Warren, pera ya antes, a partir de la designación de Jueces por el Presidente Roosevelt) se ha producido el denominado activismo de la Corte Suprema mediante actuaciones e iniciativas de la Corte que ha conducido a que en varias mate*

---

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Turma propõe súmula para que STM aplique jurisprudência do STF*. Notícias, Brasília, DF, 13 set. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=188965>>. Acesso em: 16 nov. 2017.



*rias se hayan producido cambias de jurisprudencia, abriendo novos rwnbos que tienen después el efecto expansivo de que las nuevas directrices serán seguidas por todos los Jueces de la Unión. Esta técnica se lia utilizado especialmente en materia de derechos civiles, derechos políticos, prohibición de la segragación racial etc.*<sup>37</sup>

Em princípio, a única “sanção” aplicável ao juiz que dê interpretação à lei ou à súmula é a reforma ou anulação do julgado, por meio de recurso ou mesmo de reclamação. Ou seja, mesmo nesse modelo vinculativo, não se pode falar em punição ao magistrado que venha a decidir diferentemente do direcionado pelo precedente ou súmula.

Obviamente, poderia, a princípio, parecer incongruente permitir que num sistema em que a decisão do magistrado ou mesmo de um órgão colegiado viesse a afrontar a interpretação de um Tribunal superior. Todavia, a garantia do Estado Democrático de Direito impõe que jamais poderá o magistrado ser punido por uma decisão, isenta de dolo e culpa, devidamente fundamentada.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> VÁSQUEZ SOTELO, José Luis. *A Jurisprudência Vinculante na Common Law e na Civil Law*. In: CAMON FILHO, Petrônio; BELTRAME, Adriana. *Temas atuais de direito processual ibero-americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 381. Em tradução livre: Foi observado que nenhum juiz, nem na Inglaterra nem os Estados Unidos, foi acusado e despedido (sujeito a impeachment) por não seguir um precedente obrigatório. Em certa fase (nos Estados Unidos desde a época do presidente do Supremo Tribunal Warren, mas antes, após a nomeação de Juízes pelo presidente Roosevelt), tem havido o chamado ativismo da Suprema Corte através de ações e iniciativas da Corte. O que levou a mudanças na jurisprudência em vários campos, abrindo novas áreas que têm o efeito expansivo de que as novas orientações serão seguidas por todos os Juízes da União. Esta técnica é utilizada especialmente em matéria de direitos civis, direitos políticos, proibição de segregação racial etc.

<sup>38</sup> Magistrado. Descumprimento de dever funcional. Art. 35, I, da LOMAN. Inexistência. Regular exercício da atividade jurisdicional. Princípio do livre convencimento motivado. Error in judicando. O Juiz tem o dever legal de observar as suas obrigações, no que se inclui ‘cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício’ (LOMAN, art. 35, I). É-lhe assegurado, todavia, o exercício da função com liberdade de convencimento (CPC, art. 131) e independência, de modo a garantir, em última análise, a autonomia e independência do próprio Poder Judiciário (CF, art. 95). Constatado, no caso concreto, que, conquanto se possa considerar equivocada a decisão que condenou terceiro não integrante da relação processual, o ato em questão foi praticado no regular exercício da função e de acordo com a convicção do magistrado sobre a matéria. Não há falar, portanto, em descumprimento de dever funcional e de responsabilização do magistrado. Revisão Disciplinar de que se conhece e que se julga improcedente (CNJ, RD n. 200830000000760, rel. Cons. ALTINO PEDROZO DOS SANTOS, 80ª Sessão, j. 17.03.2009, in DJU 06.04.2009).

## CONCLUSÃO

O exercício da atividade jurisdicional no cenário nacional vem sofrendo profundas alterações nos últimos anos, notadamente a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 45/2004. Neste novo cenário, entre outros pontos, destaca-se uma crescente legislativa em vincular subjetivamente o juiz brasileiro em suas decisões judiciais.

Isto porque, novos institutos jurídicos foram acrescentados ao cenário nacional com o objetivo específico de vincular as decisões judiciais em certas e determinadas questões hermenêuticas em que o legislador, ou o próprio Poder Judiciário, entendam que deva existir o chamado engessamento hermenêutico, isto é, a decisão do juiz de primeiro grau e mesmo de certos tribunais ficam engessadas pelo entendimento oferecido pelos tribunais superiores ou mesmo pelo Supremo Tribunal Federal.

A súmula vinculante, apresentada no cenário nacional pela Emenda Constitucional nº 45/2004, inaugurou este cenário e posteriormente foi seguida pelo Código de Processo Civil de 2015, o qual apresentou novos institutos jurídicos, já mencionados, como a uniformização de jurisprudência prevista no art. 926 do NCPC; o incidente de assunção de competência previsto no art. 947 do NCPC e o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto nos arts. 976 a 987 do CPC, sempre aptos a vincular o juiz brasileiro em sua decisão.

A princípio, é possível afirmar que o objetivo primário desse engessamento não foi promover um cerco ideológico às decisões judiciais, o que representaria uma violação ao Estado Democrático de Direito, mas, como se extrai, garantir o cumprimento das políticas públicas que prezam pela celeridade processual e pela razoável duração do processo.

Entretanto, a questão de fundamental importância a ser discutida diz respeito às consequências impostas ao magistrado que, desvinculando-se deste engessamento, segue entendimento contrário em sua decisão judicial e promove interpretação judicial divergente da estabelecida pelos tribunais superiores. Assim, indaga-se de forma amplamente complexa,

quais as consequências para o magistrado que venha a fugir da vinculação hermenêutica estabelecida?

Evidentemente, diante de todo o contexto constitucional vigente, tendo como vértice o Estado Democrático de Direito e a independência do exercício da atividade jurisdicional, o magistrado brasileiro não pode ser punido penal ou administrativamente pelo ato de interpretar, e a reforma da decisão judicial deve ser encarada como única consequência possível para sua conduta decisória que tente abortar a vinculação subjetiva.

Efetivamente, ao não punir penal ou administrativamente o magistrado que de boa fé e de forma lícita não atenda a um entendimento hermenêutico superior, não se trata de violar ou quebrar as regras de um sistema, mas sim garantir uma independência funcional e a própria sobrevivência do Estado Democrático de Direito.

A punição pelo ato de decidir, quando elaborada de boa fé e de forma lícita e independente, representaria um absurdo, ou melhor, seguindo o ensinamento clássico de Rui Barbosa, seria mais que absurdo, seria a hipérbole do absurdo.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui; CÂMARA, José Gomes Bezerra. *Posse de direitos pessoais: o júri e a independência da magistratura*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976. (Obras completas de Rui Barbosa; v. 23, t. 3, 1896).

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Juízes viraram alvo de ataques e tentativas de cerceamento, acusa Cármen Lúcia*. Notícias, Brasília, 29 nov. 2016. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84072-juizes-viraram-alvo-de-ataques-e-tentativas-de-cerceamento-acusa-carmen-lucia?acm=247856\\_9420](http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84072-juizes-viraram-alvo-de-ataques-e-tentativas-de-cerceamento-acusa-carmen-lucia?acm=247856_9420)>. Acesso em: 12 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Turma propõe súmula para que STM aplique jurisprudência do STF*. Notícias, Brasília, DF, 13 set. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=188965>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 2.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Estados Unidos: Cambridge, 2008.

GARCIA, André Luis Bitar de Lima. *Sistema de precedentes do novo CPC terá impacto em empresas*. In: Consultor Jurídico, 22 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-22/sistema-precedentes-cpc-impacto-empresas>>. Acesso em: 04 out. 2016.

GARCIA, André Luis Bitar de Lima; REI, José Anijar Fragoso. *O distinguishing realizado pelo STF no julgamento da ADIN 3.421-PR*. Revista de informação legislativa, v. 49, n. 196, p. 311-325, out./dez. 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496630/000967072.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17 out. 2016.

GERUDE, Fernando Gomez. *Súmulas vinculantes e o engessamento do Juízo de primeiro grau*. Porto Alegre: Via Jus, 2006. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3694>>. Acesso em: 16 jul. 2011.

GUILHERME, Marinono Luiz. *Da corte que declara o “sentido exato da lei” para a corte que institui precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 103, n. 950, p. 165-198, dez. 2014.

JANSEN, Rodrigo. *A súmula vinculante como norma jurídica*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v. 240 p. 225-264, abr./jun. 2005.

JESUS, Priscilla Silva de. *Teoria do Precedente Judicial e o Novo Código de Processo Civil*. Revista Direito UNIFACS, v. 170, 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3240/2321>>. Acesso em: 17 out. 2016.

LINGUAGEM JURÍDICA E FILOSOFIA DO DIREITO. *Escolas Hermenêuticas: modernidade*. 2012. Disponível em: <<http://linguagemjuridicaefilosofiadodireito.blogspot.com.br/2012/05/escolas-hermeneuticas-modernidade.html>>. Acesso em: 1 out. 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza; GONÇALVES, José Wilson. *Comentários à lei orgânica da magistratura nacional: Lei complementar 35/1979*. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

SABINO, Marco Antônio da Costa, *O Precedente Jurisdicional Vinculante e sua Força no Brasil*. Revista Dialética de Direito Processual Civil (RDDP), n. 85, p. 51-72, abr. 2010.

SIMIONI, Rafael. *Nem as súmulas vinculantes escapam de interpretação*. In: Consultor Jurídico, 2 mar. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-mar-02/interpretar-exigencia-nao-interpretacao-sumulas-vinculantes>>. Acesso em: 10 out. 2016.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARUFFO, Michele. *Dimensione del precedente giudiziario*. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Padova, v. 48, n. 2, p. 411-430, 1994.

TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

TESHEINER, José. *Episódio 42: o crime de hermenêutica*. 2016. Páginas de Direito: excelência em conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/especial/podcasts/269-serie-historia-do-processo-judicial/6639-hpj-42>>. Acesso em: 12 out. 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

VÁSQUEZ SOTELO, José Luis. A Jurisprudência Vinculante na Common Law e na Civil Law. In: CAMON FILHO, Petrônio; BELTRAME, Adriana. *Temas atuais de direito processual ibero-americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.