

O SISTEMA PRECEDENTAL E O DÉFICIT CONVENCIONAL BRASILEIRO

THE PRECEDENTAL SYSTEM AND THE BRAZILIAN CONVENTIONAL DEFICIT

Geraldo Furtado de Araújo Neto

Juiz do Trabalho Substituto no TRT da 24ª Região

Mestre em Direitos Humanos - Universidade Federal do Mato Grosso do Sul

Doutorando em Direito do Trabalho e da Seguridade

Social – Universidade de São Paulo

RESUMO: O CPC/15 inaugurou um novo sistema de precedente vinculantes no país. De outro lado, sabe-se que o país subutiliza o controle de convencionalidade, instrumento apto a aferir a compatibilidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos com a legislação doméstica. O presente artigo tem como objetivo geral estudar o relacionamento do controle de convencionalidade com o sistema de precedentes brasileiro, mais especificamente quanto à decisão no RE 466.343/SP e formação e vinculação para os fins do art. 926 e 927 do CPC/15. Tem-se como problema da pesquisa se a omissão quanto ao controle de convencionalidade pelas Cortes brasileiras pode trazer problemas no âmbito interno, não só quanto ao dever de observância da decisão do RE 466.343/SP, mas também à formação e vinculação do precedente no futuro.

Palavras-chave: Precedentes. Controle de convencionalidade. Decisão *per incuriam*.

ABSTRACT: *The CPC/15 opened a new precedental system in Brazil. On the other hand, Brazil underuse the control of conventionality, instrument used to check the compatibility between the treats of Human Rights e the national legislation. This article has the goal to study the relationship of control of conventionality and the brazilian precedental system, specially the STF decision in RE 466.343/SP and for-*

mation and binding for the purposes of the articles 926 and 927 of CPC/15. The problem of the research is if the omission regarding the control of conventionality in the Brazilian Courts could bring internal problems, not only regarding the duty of respect for the decision in RE 466.343/SP, but also the formation and binding of precedent in the future.

Keywords: *Precedents. Control of conventionality. Decision per incuriam.*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O precedente é um velho conhecido do mundo anglo-saxão, no qual estão fincadas as raízes da *common law*. Por outro lado, é sabido que o Brasil adota uma tradição distinta. Na família *civil law* reza o primado da lei, cabendo ao magistrado apenas revelar o sentido da norma, sendo proibida a criação do Direito, em virtude da estrita separação de poderes.

Todavia, se em um primeiro momento foram criados no país mecanismos de uniformização da jurisprudência a fim de solucionar a questão do congestionamento do Judiciário, é inegável como o Brasil avançou para um sistema de precedentes vinculantes com o novo CPC/15.

De outro lado, é sabido como o controle de convencionalidade no país é esquecido ou ignorado, de modo que diversas situações que poderiam ser resolvidas à luz de um determinado tratado internacional de Direitos Humanos são solucionadas, apenas, com base na legislação nacional. Logo, pode-se falar em déficit convencional na jurisdição brasileira.

Nesse particular, é conhecida a decisão do STF no RE 466.343-SP, em que restou confirmado o *status* supralegal dos tratados internacionais em Direitos Humanos. Tal decisão tem caráter vinculante, conforme novo sistema precedental brasileiro.

O objetivo geral deste trabalho é estudar o relacionamento do controle de convencionalidade com o sistema de precedentes brasileiro, mais especificamente quanto à decisão no RE 466.343-SP e formação e vinculação para os fins do art. 926 e 927 do CPC/15.

Tem-se como problema da pesquisa, portanto: a omissão quanto ao controle de convencionalidade pelas Cortes brasileiras, além da possibilidade de responsabilização internacional, pode trazer problemas no âmbito interno, não só

quanto ao dever de observância da decisão do RE 466.343, mas também à formação e vinculação do precedente?

Para isso, far-se-á análise do atual CPC que, aparentemente, rompeu epistemologicamente com o antigo regime jurídico, tendo introduzido no país um sistema de precedentes inédito, em que se valoriza a fundamentação desenvolvida no julgado como vinculante.

Depois, será estudado o controle de convencionalidade, seus intentos, seu *status* de supralegalidade e maneira de aplicação segundo o princípio *pro homine*.

Por fim, será analisado o déficit convencional em face do sistema de precedente brasileiro, abordando não só o julgado no RE 466.343-SP, mas também como a omissão do controle de convencionalidade pode produzir desvinculação por se tratar de suposto erro *per incuriam*.

1. O LUGAR DO PRECEDENTE NO CPC/15

O artigo 476 do CPC/73 dispunha sobre a uniformização da jurisprudência, na ocasião de divergência entre os diversos órgãos do Tribunal. Em caso de julgamento pela maioria absoluta, frisava o artigo 479 que o julgamento seria objeto de súmula e constituiria “precedente na uniformização da jurisprudência” (BRASIL, 1973).

Contudo, a doutrina rechaçava qualquer vinculação dos juízes inferiores. Sobre o famigerado artigo 479 do CPC/73, mesmo que ocorresse formulação de súmula, a tese consagrada não vinculava, porquanto haveria possibilidade de sua revisão (MACHADO, 2014, p. 535). No mesmo sentido está Lopes Filho (2020, p. 143), para quem o CPC/73 se utilizava desse enunciado em sentido amplo, de simples padrão de consideração em julgamento futuro, sem maior detalhamento.

Na verdade, aquém de uma cultura precedental vinculante, a preocupação do legislador brasileiro, até então, estava mais atrelada à uniformização da jurisprudência e o julgamento de casos em massa, o que resultaria em um menor congestionamento do Judiciário.

Contudo, o atual CPC foi engendrado não só na expectativa de uniformizar a jurisprudência, mas também a fim de garantir a segurança jurídica. A exposição de motivos do Digesto já dizia:

Mas talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência.

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas.” (BRASIL, 2010)

Espera-se dos juízes como solucionadores imparciais das disputas entre cidadãos e entre estes e o Poder Público. Logra-se com esse sistema de precedentes que o Estado resolva os problemas jurídicos de acordo com o Direito e igualmente a todos, diluindo ou minimizando convicções pessoais de juízes, sejam de ordem moral, religiosa, política ou social (ARENHART; PEREIRA, p. 169)

O artigo 926 do atual CPC¹ inovou ao dispor que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (BRASIL, 2015). Didier Júnior (2018, p. 90) explica que o dever de uniformizar pressupõe que o Tribunal não pode ser omissivo diante de divergência interna, entre seus órgãos fracionários, sobre mesma questão de direito.

Ainda, a jurisprudência deve ser estável, porquanto qualquer mudança de entendimento deve ser justificada de modo amplo, sendo sugerida eventual modulação dos efeitos a fim de resguardar a segurança jurídica, conforme dicção do §4º do artigo 927 do CPC/15² (DIDIER JÚNIOR, 2018, p. 91).

Isso não quer dizer que se cria uma vedação completa para a modificação do entendimento consolidado, sob pena de indevido engessamento do Direito. Estável é a jurisprudência que não se muda frequentemente e, caso modificada, deve ser acompanhada de fundamentação específica e adequada (NEVES, 2022, p. 1.617)

1 Nesses termos: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015).

2 Nesses termos: “A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” (BRASIL, 2015).

Já a coerência se liga ao aspecto da consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si. Isto é, para casos idênticos, a solução deve ser a mesma (STRECK, 2021).

Este termo vai ao encontro do tratamento isonômico que deve ser dado às partes. Uma jurisprudência coerente impede que os sujeitos envolvidos em situações parecidas sejam tratados do modo diferente, evitando decisões solipsistas do juiz, formadas a partir de entendimentos pessoais, postura conhecida como voluntarismo judicial (NEVES, 2022, p. 1.618)

Quanto à integridade, diz respeito à unidade do direito, de modo que o juiz deve julgar conforme a lógica jurídica, a fim de evitar arbitrariedade no que toca à interpretação (STRECK, 2021). Portanto, uma decisão pode ser coerente, mas não íntegra e vice-versa.

Pode-se falar que a integridade se relaciona com a prudência no momento da interpretação, na medida em que exige dos Tribunais que o modo de se interpretar determinada norma ou fato não pode ser distinto daquele relacionado a outras questões de direito ou circunstâncias, salvo razão especial que justifique.

De todo modo, pode-se dizer que “a ideia nuclear da coerência e da integridade é a concretização da igualdade” (STRECK, 2021), razão pela qual os dois elementos, ainda que não sejam iguais, se comunicam em certa medida.

Com a nova proposta da legislação processual, passa-se a impor obrigatoriedade de algumas espécies de decisões no artigo 927 do CPC.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (BRASIL, 2015).

Houve, assim, a tentativa de densificação da segurança jurídica por meio da imposição do *stare decisis*, pelo qual os juízes inferiores têm de seguir precedentes superiores (PEIXOTO, 2018, p. 120), desde que se verifique se a decisão emanada da Corte encontra espeque no art. 927 do CPC/15 e se a *ratio decidendi* do caso precedente é compatível com o atual.

A vinculação oriunda do termo “observarão” não tem conotação de mero dever de levar em consideração. Não há qualquer necessidade de outros comandos normativos para que os casos do artigo 927 sejam tidos como vinculantes. Em um sistema que fortalece a jurisprudência (como faz transparecer o espírito do CPC, alinhado à Exposição de Motivos acima), não faz sentido interpretação restritiva do artigo mencionado. O próprio STF já considerava os precedentes originados de recurso extraordinário com repercussão geral vinculantes, ainda na vigência do CPC/73, como se vê na Reclamação 10.793 (Rel. min. Ellen Gracie, j. 13/04/2011), motivo pelo qual improcede qualquer regressão nesse momento (PEIXOTO, 2018, p. 122).

Didier Júnior (2018, p. 89) entende que o novo Código deu nova estruturação dogmática de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. No mesmo sentido está Zaneti Júnior (2018, 106), para quem o tema foi uma das maiores novidades do CPC/2015, revelando mudança geral no ordenamento jurídico pátrio, citando como núcleo os artigos 926, 927 e 489, §1º, V e VI.

O artigo 926, §2º do CPC/15³ consagra o respeito à *ratio decidendi* na edição de súmulas, razão pela qual o tribunal deverá considerar os fundamentos principais dos precedentes aplicáveis aos fatos considerados (NEVES, 2022, p. 1.615).

Tucci (2021, p. 115) entende que o conceito de *ratio*, no qual se ampara a *doctrine of binding precedent*, é a tese jurídica suficiente a decidir o caso concreto, e não a parte dispositiva da decisão, a qual produzirá eficácia vinculante e que deve nortear a interpretação judicial posterior.

Na família *common law*, o conceito de *ratio decidendi* sempre foi discutido, não havendo, até os dias de hoje, consenso sobre uma técnica exata para a extração dela.

3 Nesses termos: “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (BRASIL, 2015).

De todo modo, parece estar certo Macêdo (2017, p. 242) quando diz que a procura incessante por um método de extração da *ratio decidendi* precisa ser relativizada, a partir do reconhecimento de sua dimensão argumentativa, “sujeita às questões de princípio e às circunstâncias que alicerçam as razões do precedente”. Para ele “extrair a norma de um precedente judicial dependerá sempre do conjunto normativo como um todo, das razões que lhe subjazem e das circunstâncias apresentadas pelo novo caso”. Assim, definir a *ratio* se dá e se controla por meio da fundamentação.

Tudo que não for *ratio decidendi*, será tido como *obiter dictum*, isto é, fundamentos, hipóteses ou quaisquer elucubrações de forma escrita ou oralizada no julgamento, mas que são desimportantes para o deslinde do caso ou, ainda, não se transformaram em consenso por parte do Tribunal.

Como marca dessa “inovação legislativa” com o novo digesto, vale registrar que a menção a “precedente”, embora já houvesse no artigo 479 do CPC/73 (que, como visto, sua vinculação não era levada a sério), tornou-se comum somente com o atual código (LOPES FILHO, 2020, p. 143). Cite-se o disposto no artigo 489, §1º, V e VI, que explicita a fundamentação inadequada com o precedente, quando se faz referência a ele, mas sem perquirir sobre as razões de aproximação dos casos. Ainda, o disposto no artigo 926, §2º, que deixa certa a criação de súmulas, desde que relativas às circunstâncias fáticas e jurídicas dos precedentes que motivaram sua criação. Por fim, o artigo 927, §5º, que determina que os tribunais deverão dar publicidade aos precedentes, inclusive pela rede mundial de computadores (BRASIL, 2015).

Isto é, como marca desse apego ao precedente, vê-se que o CPC/15 dá não só prestígio à decisão em si, mas a seus fundamentos, lembrando ao intérprete que, mais do que olhar o resultado do julgamento, deve ser dada atenção à razão de decidir, que é o espírito do *stare decisis* anglo-saxão.

Em que pese toda essa mudança paradigmática, destaca-se que isso não leva o país à *common law*, pois o sistema de precedentes nossos é distinto, avalizado pela legislação, a qual escolheu somente alguns julgados como vinculantes. Porém, ainda que não seja uma aderência à *common law* (o que, de fato, soaria exagerado e descabido), um novo patamar foi alçado pelo CPC/15 na processualística brasileira, sendo razoável dizer em aproximação dos sistemas.

Logo, o CPC/2015 rompeu com o padrão epistemológico do antigo regime, criando um sistema que prestigia os padrões decisórios anteriores, não havendo falar apenas em precedente persuasivo, mas vinculante.

Muito além de uma cultura de uniformização da jurisprudência (o que já existia mesmo no CPC/73), o CPC/15 inaugurou uma cultura de precedentes sem igual, na medida em que exige que o juiz que se entenda vinculado a determinado precedente não se fixe em “enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente”, mas procure os reais “fundamentos determinantes”.

Vale destacar que os julgados relativos ao artigo 927 do CPC/15 vem sendo chamados de obrigatórios ou vinculantes pela doutrina. De todo modo, parece que o citado artigo deve ser analisado em conjunto com o 988 do CPC/15⁴, razão pela qual poder-se-ia falar em outros julgados de observância obrigatória.

Pritsch (2018, p. 82) prefere o uso do termo “vinculantes em sentido estrito” para aqueles que o artigo 988 do CPC atribuiu-lhes maior força cogente, sendo seu desrespeito reprimido pela corte prolatora via reclamação, como é o caso das súmulas vinculantes do STF e acórdãos do controle concentrado de constitucionalidade (art. 988, III, do CPC); os acórdãos em incidente de assunção de competência e

4 Nesses termos: “Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

§ 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

§ 3º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

§ 5º É inadmissível a reclamação:

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

§ 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação.”

resolução de demandas repetitivas (art. 988, IV, do CPC) e os acórdãos em recursos extraordinários e especiais repetitivos (art. 988, §5º, II, do CPC)⁵.

Ressalte-se também que, com a Lei 13.256/2016, a qual modificou o disposto no §5º do artigo 988, passou-se a admitir reclamação para os recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, e não só para os repetitivos, ainda que só após esgotadas as instâncias ordinárias (BRASIL, 2016)⁶⁷. Logo, pode-se dizer também de mais um caso de precedente “vinculante em sentido estrito”.

Por outro lado, “precedentes obrigatórios” seriam aqueles dos incisos IV e V do artigo 927 e que não desafiam reclamação, quais sejam, as súmulas de STF (em matéria constitucional) e STJ (em matéria infraconstitucional), bem como decisões do plenário ou órgão especial das cortes vinculantes hierarquicamente (PRITSCH, 2018, p. 84).

Neves tem entendimento um pouco distinto, fazendo a classificação dos precedentes conforme o grau de vinculação: grande, médio e pequeno.

Para ele, o julgamento em controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes, o IRDR e o incidente de assunção de competência têm eficácia vinculante grande, porque o desrespeito, independentemente do grau de jurisdição, é impugnável por reclamação (NEVES, 2022, p. 1.626).

Já o precedente em julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos e no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral tem eficácia média, uma vez que a reclamação exige exaurimento das instâncias ordinárias (NEVES, 2022, p. 1.626).

E os demais, como enunciados das súmulas dos Tribunais Superiores e a orientação do plenário ou órgão especial aos quais os juízes estão vinculados, tem

5 Nesse caso, há necessidade de se esgotar as instâncias ordinárias.

6 Neves (2022, p. 1.626) é crítico dessa postura do CPC, uma vez que essa possibilidade de reclamação em caso de decisão que desrespeite recursos especial ou extraordinário repetitivos apenas após esgotadas as instâncias ordinárias geraria uma incoerência com o disposto no artigo 928 do CPC/15, porquanto criaria diferença entre os diversos casos repetitivos, na medida em que sobre o julgado que desrespeita o IRDR já é possível a propositura de reclamação, sem necessidade de esgotar vias ordinárias.

7 A Lei 13.256/2016 retificou o disposto na antiga redação do artigo 988, III, além de ter inserido o inciso IV, e inciso II no §5º do mesmo artigo. Em resumo, retirou-se a possibilidade de reclamação sem esgotamento das vias ordinárias dos casos repetitivos, mas garantiu o instituto nos mesmos moldes para qualquer decisão que contrarie recurso extraordinário com recuperação geral reconhecida (BRASIL, 2016).

vinculação pequena, tendo em vista que descabe reclamação em qualquer caso (NEVES, 2022, p. 1.627).

Por fim, precedentes persuasivos seriam todos os julgados não elencados nos artigos 927 e 988 do CPC, principalmente os acórdãos de órgãos fracionários da Corte a qual o Juiz está subordinado, mas também acórdãos de outros Tribunais. Pritsch (2018, p. 85) também lembra que votos divergentes, vencidos, ou trechos não essenciais para a decisão que não integram os fundamentos determinantes e que constituem *obiter dictum*, também entram nessa seara.

De outro giro, Puoli (2016, p. 504) discorda da doutrina que afirma existirem diferentes níveis da vinculação (como forte, média e fraca), pois o uso do mesmo termo para ilustrar situações diversas pode dificultar o entendimento e boa compreensão do instituto. Assim, o traço distintivo para verificar se e quando uma decisão judicial é realmente vinculante é a possibilidade de uso da reclamação.

Para ele, há superioridade da Reclamação em relação ao recurso como meio de fomento do instituto, porque constrange o magistrado a seguir o precedente, resultando em novo trabalho a esse que vê uma decisão sua sendo cassada, o que difere da mera reforma por meio de recurso (PUOLI, 2016, p. 506).

Conclui, portanto:

Feitas tais considerações, tem-se, agora, condições de responder a questão proposto no título deste breve artigo, afirmando-se que, sendo certas as premissas acima adotadas, **apenas ter-se-á precedente vinculante, no sistema jurídico-processual brasileiro, nos casos em que houver autorização, constitucional e/ou legal, para pronta reação do interessado que, por intermédio do uso da reclamação** (grifou-se), possa desde logo solicitar a cassação da decisão judicial que tiver negado aplicação, ou tiver procedido com a indevida aplicação do ‘comando’ contido no precedente” (PUOLI, 2016, p. 507)

Independentemente da classificação a ser acolhida, uma coisa deve ser dita: o CPC/15 inovou com um sistema precedental nunca visto, em que há decisões classificadas no art. 927 que demandam uma observância necessária pelo Juiz ou Tribunal vinculado, que tem a missão de dialogar com seus fundamentos na resolução

do caso concreto, ainda que seja para dizer que embora seu caso seja parecido, com ele não se identifica por inteiro, por se tratar de uma distinção, ou quando identificar superação de entendimento.

2. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, O JULGAMENTO DO RE 466.343/SP E O DÉFICIT CONVENCIONAL BRASILEIRO

É notório o cenário mundial cada vez mais complexo, em que a globalização e a facilidade de locomoção de pessoas e mercadorias fazem com que os países se unam em prol do progresso. Dessa relação multilateral surgem diversos tratados internacionais, com o fito de buscarem a solução de problemas que são comuns a todos. Essas soluções são consubstanciadas em acordos, convenções ou tratados. Mais especificamente na seara dos Direitos Humanos, surgem os diversos tratados internacionais que aludem o artigo 5º, §§ 2º e 3º da CRFB/88⁸.

Assim como existe uma técnica em que se faz o cotejo entre a legislação ordinária e as normas constitucionais, a fim de realizar a adequação daquela com essas últimas, também existe uma técnica capaz de aferir a compatibilização das normas nacionais com os tratados internacionais de Direitos Humanos.

Enquanto no controle de constitucionalidade o paradigma de controle é a hierarquia, no qual a Constituição se encontra no topo e a legislação infraconstitucional deve obediência a seus termos, sob pena de invalidade, o controle de convencionalidade se dá com base em critério material.

O que difere o controle de convencionalidade do controle de constitucionalidade é exatamente o paradigma de controle. Se a partir da Constituição ou de outra norma nacional, incluindo os tratados internacionais de direitos humanos em sede nacional, não se está a falar em controle de convencionalidade, visto que se parte do critério hierárquico, baseado no pressuposto de supra ou infra ordenação do ordenamento jurídico nacional (CONCI, 2013, p. 17).

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

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 1988).

Verificada a divergência entre o tratado internacional de Direitos Humanos e o ordenamento jurídico local, passa-se para um segundo estágio, qual seja, saber quais instrumentos, nacional ou internacional, é mais protetivo aos direitos humanos envolvidos. Os critérios do controle de convencionalidade, assim, são de ordem material, não formal (CONCI, 2013, p. 17), com base no princípio *pro homine*.

Logo, sempre que uma lei interna for compatível com a Constituição, mas violar tratados internacionais de Direitos Humanos por ser menos benéfica que este, deve o julgador exercer o diálogo das fontes e aplicar o princípio *pro homine*. Isso fará que com as leis internas menos benéficas (que são ainda vigentes) permaneçam perambulando nos compêndios legislativos (MAZZUOLI, 2022, p. 165), mesmo que não aplicáveis por serem inválidas.

Assim como acontece com outras searas do Direito (no âmbito do Direito do trabalho existe o princípio *pro operario*), a regra da norma mais favorável à efetiva proteção dos direitos humanos é medida que se impõe no caso de conflitos entre direitos desta espécie (HENDERSON, 2004, p. 93).

A tradicional hierarquia das normas cede espaço a uma estrutura mais flexível, onde a rigidez e formalismo do Direito perdem importância em relação à norma mais protetiva.

Ademais, com base no artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, promulgada no Brasil por meio do decreto 7.030/2009, uma parte signatária não pode invocar as disposições de seu direito interno com a finalidade de justificar o inadimplemento de um tratado internacional (BRASIL, 2009).

Henderson (2004, p. 88) informa outras normas de Direito Internacional que possibilitam a aplicação do princípio. É o caso do artigo 31 da Convenção de Viena, segundo o qual um Tratado deve ser interpretado de boa-fé e conforme o objetivo e finalidade da norma. Segundo o professor, os Tratados sobre Direitos Humanos têm como objetivo e fim conferir direitos aos indivíduos frente ao Estado e não regular as relações entre os Estados, como acontece nos “direitos das gentes”, motivo pelo qual é imperativa a aplicação do princípio *pro homine* em casos envolvendo Direitos Humanos.

O autor ainda cita, como fonte de onde se extrai o princípio, o artigo 23 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, o artigo 41 da Convenção Sobre os Direitos das Crianças e artigo 1.2 da

Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis (HENDERSON, 2004, p. 90).

Portanto, o controle de convencionalidade é essencial para evitar responsabilidade internacional do Estado por descumprimento de tratados (MAZZUOLI, 2022, p. 185), motivo pelo qual a aplicação do instrumento garante não só a integridade do Direito, mas também a reputação brasileira no exterior.

No tocante ao Judiciário, Mazzuoli (2022, p. 37) deixa claro que esse Poder não pode deixar de aplicar um tratado a pretexto de não o conhecer ou não ter familiaridade com seus mandamentos, porquanto tanto a pesquisa das normas quanto da jurisprudência das Cortes Internacionais (intérpretes autênticas) são atividades de responsabilidade do juiz.

De outro lado, não se nega a existência do precedente do RE 466.343 do STF, em que a Corte entendeu pelo caráter supralegal dos tratados internacionais de Direitos Humanos, caso não votados como se emenda constitucionais fossem, nos termos do art. 5º, §3º, da CRFB/88.

A questão envolvida consistia na verificação da legalidade da prisão civil do depositário infiel, uma vez que enquanto o artigo 5º, inciso LXII, da CRFB/88º, possibilita a prisão civil no caso de depositário infiel, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 7º, item 7¹⁰, apenas admite a prisão civil em caso de inadimplemento de obrigação alimentar.

A referida norma internacional enquadrava-se na ótica do artigo 5º, §2º, da CRFB/88, pois assegurava um conjunto de direitos humanos além do previsto internamente. No entanto, a Convenção Americana não foi aprovada nos termos do artigo 5º, §3º, da CRFB/88, isto é, como se Emenda Constitucional fosse.

Ao final, duas teses se formaram na Suprema Corte. A primeira, capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, concedendo aos tratados e às convenções internacionais sobre direitos humanos a que o Brasil tenha aderido *status* supralegal, mas admitindo a hipótese de nível constitucional quando ratificadas pelo Congresso nos termos do

9 Nesses termos: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (BRASIL, 1988).

10 Nesses termos: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969)

parágrafo 3º, do artigo 5º, da CRFB/88. Com ele, votaram os ministros Menezes Direito, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Carmén Lúcia, sendo a tese vencedora. Por fim, defendendo o *status* constitucional desses tratados, ficaram vencidos os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie.

Assim, ao fim do julgamento do RE 466.343/SP, os tratados não ratificados como emendas constitucionais se incorporam ao ordenamento jurídico pátrio acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição, razão pela qual a mera denúncia por meio de decreto presidencial é insuficiente para retirá-la do mundo jurídico.

Nesse sentido é o voto do Min. Joaquim Barbosa relativo à ADI 1625 (até o momento oito ministros votaram e, após pedido de vistas do Min. Gilmar Mendes, o julgamento encontra-se suspenso) que trata da suposta inconstitucionalidade do Decreto 2.100/96 do Presidente Fernando Henrique Cardoso que “denunciou” a Convenção 158 da OIT:

Se se atribui o caráter supralegal aos tratados de direitos humanos e se se reconhece à Convenção 158 da OIT o status de tratado de direitos humanos, chega-se facilmente à conclusão de que o Poder Executivo não podia, sem a intervenção do Congresso, denunciar o referido tratado. Isso porque, estar-se-ia permitindo que uma norma de grau hierárquico bastante privilegiado pudesse ser retirada do mundo jurídico sem a intervenção de um órgão legislativo. Mais que isso, estar-se-ia permitindo que o Poder Executivo, por sua vontade exclusiva, reduzisse de maneira arbitrária o nível de proteção de direitos humanos garantido aos indivíduos no ordenamento jurídico nacional. Se já é inviável pensar que seja possível a revogação de um ato com força de lei por ação apenas do Executivo, o fato de estar-se diante de um ato com força supralegal agrava ainda mais a situação.

Por outro lado, não dá para confundir a integração das normas oriundas de tratados internacionais com o modo de aplicação, em caso de antinomias, quando o assunto é Direitos Humanos.

Vale destacar que não há qualquer incompatibilidade em dizer que os tratados internacionais de Direitos Humanos têm caráter supralegal, mas a aplicação segue a regra do princípio *pro homine*. Isso acontece porque se o tratado internacional

de Direitos Humanos for mais benéfico (como costuma acontecer) ele deverá ser aplicado. Caso contrário (o que seria raro), aplicar a norma nacional mais benéfica seria, no fim das contas, alcançar o intento do próprio tratado internacional de Direitos Humanos, o qual constitui patamar mínimo de proteção naquela matéria que trata.

Nesse sentido é Azevedo Neto (2021, p. 67) para quem as convenções e demais tratados aplicáveis ostentam natureza supralegal, conforme já decidido pelo STF. Contudo, esse critério é insuficiente para todos os casos, uma vez que uma norma interna pode ser mais benéfica, mesmo que isso seja mais difícil de acontecer. Considerando o princípio *pro homine*, deve prevalecer a norma mais favorável à pessoa humana.

Além disso, caso esse mesmo julgamento do STF sobre a prisão do depositário fiel fosse levado a ferro e fogo no que tange à hierarquia das normas, há a hipótese “quase cerebrina” de que fosse aprovado por emenda constitucional o conteúdo das normas que tratam o instituto da prisão civil do depositário infiel. Nesse caso, prevaleceria a norma constitucional em detrimento de norma de tratado mais benéfico aos direitos humanos (MAUÉS, 2013, p. 219)? Enfim, não faria sentido em vista da finalidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos¹¹.

Assim, no cotejo entre normas nacionais e internacionais em Direitos Humanos não há falar em hierarquia. Nesse diálogo de fontes, não prevalece uma submissão do ordenamento jurídico pátrio em relação ao internacional e vice-versa. O que importa é estabelecer a norma mais protetiva para a vítima ou vulnerável.

Entretanto, vale ressaltar que ainda se tem uma visão “soberanista”¹² entranhada no Direito brasileiro, razão pela qual o Brasil já descumpriu reiterados tratados de

11 Não custa lembrar que o controle de convencionalidade pode ser feito, inclusive, em relação ao próprio texto constitucional, a fim de compatibilizá-lo com os instrumentos internacionais de Direitos Humanos, como decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “A Última Tentação de Cristo vs. Chile”, em que restou certo que a responsabilidade internacional de um Estado pode decorrer de atos ou omissões de um dos seus poderes ou órgãos, independentemente da hierarquia, mesmo em se tratando de uma norma constitucional.

12 Expressão cunhada pela subprocuradora-geral da República Anamara Osório, em palestra proferida no curso de Cooperação Internacional em Matéria Cibernética (ESMPU, dezembro de 2020),

Direitos Humanos e, por tal motivo, foi condenado em 12 oportunidades¹³ pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Paes faz dura crítica nesse sentido:

Observa-se que, no Brasil, há uma resistência de parte da jurisdição em exercer o controle de convencionalidade, mormente quando os exames de convencionalidade e de constitucionalidade apontam em direções opostas com relação à validade da norma em questão. Diante de um conflito aparente nesse nível, a jurisprudência dos tribunais superiores ainda prefere guardar o resultado constitucional, relegando o controle de convencionalidade a segundo plano. No entanto, trata-se de controles distintos em sua natureza e não hierarquizados, e devem ambos ser realizados para que se conclua pela validade de uma norma legislativa interna.

(...)

Além disso, no Brasil observa-se ainda pouca interlocução e engajamento institucional por parte de autoridades como as pertencentes ao Executivo e autoridades administrativas ou congressistas, todas responsáveis (e assim devem ser reconhecidas) pela promoção da convencionalidade e respeito à jurisprudência interamericana, em seus respectivos âmbitos de atribuição (PAES, 2021, p. 35).

Ademais, aponta para a acepção que a jurisdição e os tribunais superiores brasileiros fazem do controle de convencionalidade, sub-hierarquizando essa técnica em relação ao controle de constitucionalidade, de modo a preservar este último, quando na verdade são procedimentos de funcionalidade paralela (PAES, 2021, p. 20).

13 1. Ximenes Lopes vs. Brasil, 4 de julho de 2006; 2. Nogueira de Carvalho e outros vs. Brasil, 28 de novembro de 2006; 3. Escher e outros vs. Brasil, 6 de julho de 2009; 4. Garibaldi vs. Brasil, 23 de setembro de 2009; 5. Gomes Lund e outros vs. Brasil, 24 nov. 2010; 6. Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, 20 de outubro de 2016; 7. Favela Nova Brasília vs. Brasil, 16 de fevereiro de 2017; 8. Povo Indígena Xucuru e seus membros vs Brasil, 5 de fev. de 2018; 9. Vladimir Herzog e outros vs. Brasil, 15 de março de 2018; 10. Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus vs Brasil, 15 de julho de 2020; 11. Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil, 07 de setembro de 2021; 12. Caso Sales Pimenta vs Brasil, 30 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm>. Acesso em: 01 mar. 2023.

Assim, não é difícil concluir que há no país uma falta de cultura em Direitos Humanos, que não afeta só o Judiciário, mas todos os Poderes da República. Paes (2021, p. 20) denuncia essa falta de engajamento e compromisso internacional das autoridades da República no Brasil, também no Executivo e Legislativo.

Não à toa, o CNJ editou a Recomendação 123 no início do ano de 2022, a qual exorta os magistrados de todo o Brasil à obediência aos tratados e convenções em Direitos Humanos, com o consequente controle de convencionalidade, bem como às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022).

Nos “Considerandos” da Recomendação, há clara menção à necessidade de juízes e juízas em “aplicar a norma mais benéfica à promoção dos direitos humanos” e também de que a Corte IDH já chamou a atenção sobre o dever dos países, inclusive nos casos em que o Estado Brasileiro foi condenado diretamente, “de controlar a convencionalidade pelo Poder Judiciário” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022), o que apenas evidencia que o próprio CNJ admite a insuficiente utilização do instituto no país, uma vez que não editaria norma desse naipe se o controle de convencionalidade estivesse sendo feito adequadamente no Brasil.

Por isso, é inegável que o controle de convencionalidade é subutilizado no país pelos tribunais e juízes, o que afeta, obviamente, a busca do devido processo legal na formação do precedente, uma vez que tratados internacionais de Direitos Humanos podem ser ignorados em casos em que sua aplicação geraria mudança da conclusão tomada pela Corte. Em vista dessa subutilização e falta de cultura em Direitos Humanos é que se autoriza falar em “déficit convencional brasileiro”.

3. O DÉFICIT CONVENCIONAL BRASILEIRO COMO PROBLEMA PARA A FORMAÇÃO DO PRECEDENTE

Preocupação pertinente diz respeito à qualidade da *ratio decidendi* no que toca ao cumprimento do controle de convencionalidade. Isso porque essas razões de decidir influenciarão os próximos julgados com efeito vinculante, motivo pelo qual é preciso analisar como se deu o desenvolvimento e debate para a formação da *ratio*.

Uma coisa é uma decisão proferida em determinado processo, envolvendo determinados litigantes, os quais terão participação na lide e serão chamados a

argumentar e provar, sofrendo a autoridade da coisa julgada, como alude a atual redação do art. 502 do CPC/15¹⁴, no caso concreto.

Outra coisa é o sistema do *stare decisis*, em que é reconhecida eficácia anexa que a torna fonte do direito, gerando norma jurídica aplicável aos demais jurisdicionados, desde que se enquadre nos critérios para produzir eficácia obrigatória (MACÊDO, 2022, p. 228).

Vale dizer, em um país onde o controle de convencionalidade é raro, preocupa a formação do precedente, na medida em que a decisão vincula, embora ignorando existência de tratado internacional de Direitos Humanos.

É como se a falha jurisdicional brasileira ou déficit convencional que se está a falar neste trabalho se perpetuasse, uma vez que determinada Corte nacional teria cristalizado um julgamento sem análise do tratado internacional de Direitos Humanos.

Ainda que o juiz ou tribunal inferior possa levantar em teoria a questão de distinção, ou superação do entendimento (como autoriza o artigo 489, §1º, inciso VI, do CPC/15¹⁵), haveria dificuldade argumentativa nesse sentido quando se falasse em desvinculação de uma decisão que ignorou tratado internacional de Direitos Humanos.

Duxbury (2008, p. 113) aduz que “distinguir” é o que fazem os juízes quando há distinção de fatos entre o precedente e o caso em julgamento. Para isso, a primeira coisa que deve ser feita é a separação da *ratio decidendi* do *obiter dictum*, separando os fatos relevantes dos irrelevantes para a decisão. Assim, deve ser demonstrado que a *ratio* do precedente não satisfaz para o caso em análise.

Se a analogia constitui método de aplicação do precedente, concluindo-se pela existência de pontos de aproximação entre o caso passado e caso presente, na distinção há uma contra-analogia, na qual se identificam padrões de distanciamento entre as situações (VIANA; NUNES, 2018, p. 383)

14 Nesses termos: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (BRASIL, 2015)

15 Nesses termos: “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

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” (BRASIL, 2015)

Por outro lado, o CPC atual não chegou a enunciar critérios dos quais dependeria a superação de uma tese, embora Pritsch (2018, p. 117) argumente, com base em aplicação analógica da Lei 13.015/2014 (modificando o disposto no §17º do artigo 896-C da CLT) que autorizou a revisão de tese firmada em julgamento de recursos repetitivos no processo do trabalho, que se aplique a dicção do legislador, isto é, pode ser considerada justificada a superação quando houver alteração da “situação econômica, social ou jurídica” (BRASIL, 2014).

Assim, um precedente que ignora norma não poderia, em tese, sofrer *distinguishing*, pois a situação fática é a mesma, nem mesmo ser superado, por não haver modificação da situação jurídica (levando em conta que o tratado internacional de Direitos Humanos já existia à época da geração do precedente).

Contudo, deve-se pensar em uma saída jurídica para não vinculação dos juízes e Tribunais inferiores em caso de omissão dos Tribunais na análise do controle de convencionalidade que, reitera-se, é de utilização obrigatória pelos juízes.

Cabe ressaltar que na literatura anglo-saxã o tema é trabalhado na perspectiva do chamado erro *per incuriam* ou *per ignorantia legis*.

Naqueles países, há doutrina antiga sobre a possibilidade de desvinculação do magistrado posterior em casos de erro de julgamento.

Uma decisão não faz autoridade em relação a quaisquer questões de direito que não tenham sido suscitadas ou apresentadas perante a Corte e que não tenham sido levadas em consideração e decididas por ela (grifou-se), ainda que estivessem logicamente presentes no caso e possam ter sido abordadas, ainda mais quando tais questões conduzissem a uma decisão diversa da que foi proferida, se houvessem sido apreciadas pela Corte (BLACK, 1912, p. 37, *apud* RE, 1994).

Uma decisão formal a respeito de uma questão de direito suscitada em qualquer processo torna-se paradigma para caso semelhante porque constitui-se na maior evidência que podemos ter do direito aplicável à hipótese e os juízes devem acompanhar tal decisão enquanto ela não for superada, **a menos que possa ser demonstrado que a lei foi mal compreendida ou mal**

aplicada naquele caso específico (grifou-se) (KENT, 1896, p. 475 *apud* RE, 1994).

Mais recentemente, o erro *per incuriam* é retratado por Cross e Harris (1991, p. 148-149) que o identificam quando uma decisão ignora precedente relevante ou determinada legislação (como no caso de um tratado internacional de Direitos Humanos), os quais se tivessem sido examinados, teriam mudado o rumo da decisão.

O julgamento *per incuriam* nada tem a ver com a não concordância das razões expostas no precedente, de maneira que o erro deve ser evidente, manifesto e facilmente perceptível (CROSS; HARRIS, 1991, p. 149).

No Reino Unido, Bankowski, MacCormick e Marshall (1997, p. 328) afirmam que entre os fatores determinantes de força normativa do precedente estão a escala hierárquica da Corte, a idade do precedente, bem como se esse precedente foi formado *per incuriam*, por descuido no trato da questão de fato ou apreciação do Direito.

Por isso, afirmam

Isso ilustra a grande importância nesses sistemas do dever do advogado garantir que um tribunal que decida uma questão de direito esteja totalmente ciente de toda a lei relevante, mesmo precedentes (e assim por diante) inúteis para o próprio caso do advogado¹⁶ (BANKOWSKI, MACCORMICK e MARSHALL, 1997, p. 170).

Mesmo no Brasil, há doutrina que admite o reconhecimento de não-vinculação, quando há ignorância da norma. Com esse entendimento, Streck, Raatz e Morbach (2019, p. 332) também afirmam que os Tribunais subsequentes (e por consequência óbvia, o próprio Tribunal emissor da decisão) não estão vinculados, desde que atendido o devido ônus argumentativo, a decisões proferidas que contradigam a legislação, isto é, *per incuriam*.

Vê-se, assim, que uma decisão errada deve ser muito menos tolerada na doutrina do *stare decisis* do que no âmbito das ações individuais. Um precedente vinculante

16 No original: “This illustrates the very great importance attached in these systems to the duty of a lawyer to ensure that a court deciding a question of law is made fully aware of all the relevant law, even precedents (and so on) ostensibly unhelpful to the lawyer’s own case”.

errado tem efeitos nefastos na vida de incontáveis pessoas e consequências político-jurídicas graves.

Como dizem Mello e Baqueiro:

É importante, contudo, desmistificar algumas preocupações. Como os casos examinados demonstram, precedentes vinculantes não se impõem, apenas, pela autoridade. Não calam as instâncias inferiores. Precisam convencer pelo argumento. Se o argumento é insuficiente, se os órgãos vinculados o percebem como errado, injusto, absurdo, há meios de buscar a redução da sua *ratio decidendi* e a ampliação das hipóteses de distinção, e as cortes vinculadas o farão. A aplicação do precedente não é automática. (...)

No entanto, como fica claro pelos casos examinados, o direito será o produto de uma contínua interação entre os tribunais. Os precedentes vinculantes não esvaziam as cortes vinculadas de poder. Ao contrário, em pelo menos dois dos três casos antes estudados, ao final, prevaleceu o entendimento das cortes vinculadas. No último, a conclusão do STF provavelmente será objeto de novos esclarecimentos. **Os precedentes vinculantes, portanto, não necessariamente encerram o debate entre as instâncias judiciais. O que fazem é alterar a forma como tal debate se dá e organizá-la, com base em ferramentas como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, associação e distinção entre casos, que favorecem a argumentação e a compreensão dos pontos de divergência (grifou-se).**

Os precedentes vinculantes tampouco cristalizam o direito ou comprometem seu desenvolvimento judicial. Em todos os casos examinados acima, o entendimento original do Supremo foi alterado em resposta à provocação das cortes vinculadas e dos jurisdicionados, em um padrão muito evidente, que indica que distinções inconsistentes e fuga em massa à aplicação dos precedentes vinculantes geralmente conduzem à sua revisão ou à superação (MELLO e BAQUEIRO, 2017, p. 686).

É bem verdade que o artigo 926 do CPC/15 deixa claro que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Isto é, os Tribunais devem se esforçar a fim de dirimir eventual cisão interna entre Turmas ou Câmaras a respeito de determinada matéria.

Contudo, mesmo que ela deva ser estável, ou seja, perdurar no tempo o máximo possível a fim de garantir segurança jurídica nas relações e negócios entre as pessoas, também deve ser íntegra e coerente.

Registre-se que o mandamento do art. 926 do CPC, nos aspectos da coerência e integridade, induz a pensar que as decisões do Judiciário brasileiro devem se formar como uma rede que conecta todas as Cortes. Logo, uma decisão de um Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal deve manter respeito não só às suas próprias decisões, mas também àquelas oriundas dos Tribunais Superiores, como o STJ e o STF, sob pena de rompimento dessa trama.

Ou ainda, pode-se pensar que a construção jurisprudencial forma uma cadeia discursiva, o que remete à famosa ideia de Dworkin, o qual é o protagonista teórico da convergência entre passado e presente reunida na famosa metáfora do romance em cadeia. Segundo sua célebre ideia, a história do Direito pode ser comparada a um romance redigido de modo coeso em que cada romancista posterior é desprovido de total liberdade criativa, uma vez que escreve sua obra em continuação aos outros autores que vieram antes dele (PRITSCH; JUNQUEIRA; MARANHÃO, 2020, p. 55). Logo, o novo autor fica preso ao passado, devendo levar em consideração toda uma história já narrada, de modo que ainda que seu caso conte nuances distintas e evoluções sociais e econômicas, a história que ele continuará contando mantém coerência com aquilo já foi dito (ou, no caso, julgado).

Ora, uma decisão que ignora um tratado internacional de Direitos Humanos se omite em relação a uma norma do próprio ordenamento jurídico pátrio, pois incorporada com *status* supralegal, como decidido pelo STF quando do julgamento do RE 466.343/SP, ou até mesmo constitucional, caso incorporada nos termos do art. 5º, §3º, da CRFB/88.

Nesse diapasão, essa mesma decisão com potencial de vinculação para tribunais e juízes inferiores estará desrespeitando uma decisão do STF (RE 466.343/SP) de observância obrigatória, uma vez que o Recurso Extraordinário está estampado no art. 927, inciso V, do CPC/15. Ainda, vale dizer que contradizer um precedente

desse naipe poderá gerar Reclamação para garantir observância de acórdão do RE 466.343/SP, conforme art. 988, §5º, II, do CPC/15.

O desrespeito à decisão exarada no RE 466.343-SP quebra a cadeia discursiva do romance aventado por Dworkin, ferindo a integridade e coerência tão almejadas pelo art. 926 do CPC/15.

Assim, as Cortes que tratam de questões envolvendo Direitos Humanos devem se atentar para a existência de eventual tratado internacional na área, a fim de evitar decisão conflitante com o próprio entendimento do STF. Caso se omitem no controle de convencionalidade, a formação do precedente será falha.

Por tudo isso, entende-se que o déficit convencional brasileiro produz problemas para além do risco de responsabilidade internacional pela inaplicabilidade de tratados internacionais de Direitos Humanos assumidos.

Isso porque a omissão no controle de convencionalidade também trará consequências no plano jurídico interno, que se relacionam com o sistema de precedentes brasileiro inaugurado com o CPC/15. Essa inação, portanto, gerará dois problemas: 1) formação falha de um precedente que deixou de analisar norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico pátrio, o que poderia levantar a questão do erro *per incuriam* e desvinculação dos demais Tribunais e juízes; e 2) desrespeito à decisão emanada pelo STF quando do julgamento do RE 466.343-SP, uma vez que os tratados internacionais de Direitos Humanos possuem *status* supralegal, quando não tem *status* constitucional, o que poderá redundar em Reclamação ao STF.

A partir desse momento, a confusão estará instalada, porquanto o juiz inferior vinculado não saberá, quando do enfrentamento de um caso concreto que possibilita a aplicação de um tratado internacional de Direitos Humanos, se deve obediência à decisão do STF no RE 466.343-SP ou se segue a decisão da Corte local à qual se encontra vinculado, mas que ignorou norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico pátrio.

Isso trará mais insegurança e cisão dentro do Judiciário brasileiro, motivo pelo qual a preocupação pelo uso efetivo do controle de convencionalidade no Brasil é muito pertinente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, viu-se que o CPC/15 inaugurou um sistema de precedentes sem igual na história brasileira, em que se exige a observância de determinadas decisões elencadas no art. 927 do CPC/15 pelo juiz ou tribunal vinculado.

Analisou-se que o sistema brasileiro atual, diferentemente do passado, prestigia a *ratio decidendi*, em vez do mero resultado do julgamento, o que evidencia a necessidade do operador do Direito em dialogar com a fundamentação da decisão. É a ela que ele estará vinculado, necessariamente.

De outro giro, o controle de convencionalidade se consubstancia na técnica que afere a compatibilidade das normas nacionais com aquelas oriundas dos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Em vista do caráter “soberanista” do Direito brasileiro, o controle de convencionalidade no Brasil é subutilizado, o que traz problemas não só no campo da responsabilidade internacional, mas também no plano do sistema de precedentes.

Foi estudado o chamado erro *per incuriam*, que se dá quando há um precedente que ignorou a aplicação de uma determinada norma, o que, segundo a doutrina apresentada, autorizaria a desvinculação do tribunal ou juiz inferior.

Viu-se que, pelo RE 466.343/SP, o STF declarou que os tratados internacionais de Direitos Humanos têm *status* supralegal, isto é, abaixo da Constituição e acima das leis ordinárias, quando não tem *status* constitucional, se incorporadas nos termos do art. 5º, §3º, da CRFB/88.

Por tudo isso, conclui-se que o déficit convencional brasileiro produz dois problemas jurídicos internos: 1) formação falha de um precedente que deixou de analisar norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico pátrio, o que poderia levantar a questão do erro *per incuriam* e desvinculação dos tribunais e juízes inferiores; e 2) desrespeito à decisão emanada pelo STF quando do julgamento do RE 466.343-SP, uma vez que os tratados internacionais de Direitos Humanos possuem *status* supralegal, quando não tem *status* constitucional, o que poderá redundar em Reclamação perante o STF.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedentes e Casos Repetitivos. Por que Não se Pode Confundir Precedentes com as Técnicas do CPC para Solução da Litigância de Massa. *In*: SARLET, Ingo; JOBIM, Marco (org). **Precedentes Judiciais: Diálogo Transnacionais**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Editora Venturoli, 2021.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. *In*: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). **Interpreting Precedents: A comparative study**. Vermont: Ashgate Publishing Company, 1997.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 22 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 27 fev. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil**. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 381.

BRASIL. **Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113015.htm. Acesso em: 02 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 27 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.256, de 04 de fevereiro de 2016.** Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=13256&ano=2016&ato=9b1MzZq50dZpWT0be>. Acesso em: 09 de jun. 2022.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Controle de convencionalidade e o Diálogo entre ordens internacionais e constitucionais comunicantes? Por uma abertura crítica do Direito brasileiro ao Sistema Interamericano de proteção de direitos humanos. *In*: COELHO, Marcus Vinicius Furtado. (Org.). **Reflexões sobre a Constituição: Uma homenagem da advocacia brasileira.** Brasília: Leya, 2013. v. 1. p. 200-230.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 123, de 7 de janeiro do 2022.** Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305>. Acesso em: 02 mar. 2023.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law.** 4ta edição. New York: Oxford University Press, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência. *In*: SARLET, Ingo; JOBIM, Marco (org). **Precedentes Judiciais: Diálogo Transnacionais.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno; la importancia del principio pro homine. **Revista IIDH.** Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, n. 39., 2004.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo.** 3ra edição. Salvador: JusPodivm, 2020.

MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes Judiciais e o Direitos Processual Civil.** São Paulo: JusPodivm, 2022.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado.** 13ra edição. Barueri: Manole, 2014.

MAUÉS, Antônio Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional,** Curitiba, v. 13, n. 52, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional de convencionalidade das leis.** 5ta edição. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MELO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paulo de Andrade. Distinção Inconsistente e Superação de Precedentes no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil Comentado**. 7ma edição. São Paulo: JusPodvum, 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Costa Rica, São José, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 06 mar. 2023.

PAES, Alan Salvador. Controle de convencionalidade e o papel das autoridades nacionais: estudo comparativo entre Brasil e França. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, v. 20, n. 57, jul./dez. 2021.

PEIXOTO, Ravi. A Reclamação como Remédio Jurídico Processual para a Superação de Precedentes. *In*: SARLET, Ingo; JOBIM, Marco (org). **Precedentes Judiciais: Diálogo Transnacionais**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

PRITSCH, César Zucatti. **Manual de Prática dos Precedentes no Processo Civil e do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2018.

PRITSCH Cesar Zucatti; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney. O Sistema de Precedentes no Código de Processo Civil de 2015: A Superação do Positivismo para a Garantia de Estabilidade e Isonomia nas Decisões Judiciais. *In*: PRITSCH, César; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; HIGA, Flávio da Costa; MARANHÃO, Ney (org.). **Precedentes no Processo do Trabalho**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PUOLI, José Carlos Baptista. O CPC depois da Lei 13.246/2016. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Processo em Jornadas**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

RE, Edward D. Stare decisis. Tradução: Ellen Gracie Nonhfleet. **Revista de Processo**, n. 73, jan./mar. 1994.

STRECK, Lenio. Por que juízes e advogados relutam em aplicar o artigo 926 do CPC? **Revista Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-11/senso-incomum-juizes-advogados-relutam-aplicar-artigo-926-cpc>. Acesso em: 02 mai 2022.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação na identificação da ratio decidendi: será mesmo que estamos a falar de precedentes no brasil? **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 01, n. 54, p. 317-341, 2019.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. 2da edição, rev. e atual. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O Modelo dos Precedentes no Código de Processo Civil Brasileiro. *In*: SARLET, Ingo; JOBIM, Marco (org). **Precedentes Judiciais: Diálogo Transnacionais**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.