CERTIFICADO – 60474

O Conselho Editorial do **WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR** certifica que o artigo de **CRISTIANO MEDINA DA ROCHA** foi aprovado e publicado na área de "**artigos**" e **Boletim**, conforme seguintes dados:

Artigo/Boletim	Links	Data
Os sistemas jurídicos e a segurança jurídica diante das decisões dos tribunais brasileiros	https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/60474/os-sistemas-jurdicos-e-a-segurana-jurdica-diante-das-decises-dos-tribunais-brasileiros	08/12/2022
Boletim Conteúdo Jurídico v. 1128 de 10/12/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454	https://conteudojuridico.com.br/consulta/Boletim%20Conte%C3%BAdo%20Jur%C3%ADdico%20-%20ISSN%20-%201984-0454/60513/boletim-contedo-jurdico-v-1128-de-10-12-2022-ano-xiv-issn-1984-0454	10/12/2022

Certificamos que o **Boletim Conteúdo Jurídico** é uma revista digital **interdisciplinar** de publicação semanal, gratuita e de circulação livre, estando registrada no IBCIT sob o **ISSN 1984-0454**[1] e estrato B4 junto à Qualis[2], que pode ser conferido no link: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/veiculoPublicacaoQualis/listaConsultaGeralPeriodicos.jsf .

Brasília – DF, 20 de setembro de 2023

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA: 31717136168

Digitally signed by VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:31717136168
DN: C=BR, O=ICP-Brasil, OU=Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, OU=RFB e-CPF A3, OU=VALID, OU=AR CERTDATA, OU=Presencial, OU=16986332000127, CN=VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:31717136168
Reason: I am the author of this document
Location: your signing location here
Date: 2023-09-20 17:02:16
Foxit PhantomPDF Version: 9.7.1

Coordenador do Conselho Editorial
Boletim Conteúdo Jurídico ISSN 1984-0454

Conselho Editorial
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (Coord.)
MARCELO FERNANDO BORSIO
FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO
RODRIGO LARIZZATTI
MARCELO FERREIRA DE SOUZA
KIYOSHI HARADA
SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO

[1] Confira: https://portal.issn.org/resource/ISSN/1984-0454
[2] Quadriênio 2013-2016, sendo que no quadriênio 2017-2022 apresentamos recurso junto à Comissão Qualis pelo fato de não exibir o Boletim na pesquisa.

OS SISTEMAS JURÍDICOS E A SEGURANÇA JURÍDICA DIANTE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

CRISTIANO MEDINA DA ROCHA: Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC; Mestrando em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Advogado.

RESUMO: A segurança jurídica no Brasil tem sido tema de constantes debates entre os operadores do direito, e espectadores dos diversos meios de comunicação, que comumente questionam até que ponto o Judiciário pode extrapolar suas funções típicas previstas na CR. O tema divide opiniões; para adeptos da teoria procedimentalista o ativismo judicial gera insegurança jurídica; já para os defensores da teoria substancialista, o Judiciário deve garantir e proteger os valores e direitos fundamentais, mesmo que extrapole suas funções típicas. O objetivo do presente estudo é por meio do método analítico-descritivo responder as indagações: (1) O Juiz que julga dando interpretação pessoal, contrariando o que está expresso no texto legal está sendo justo? (2) Ao julgar criando figuras jurídicas não previstas na legislação, está agindo em benefício da coletividade, ou ferindo o Estado Democrático de Direito, disseminando insegurança jurídica? Ao estudar a evolução dos sistemas jurídicos e seus reflexos nas decisões dos tribunais almeja-se, instigar a discussão sobre a segurança jurídica, já que, evidentemente o Estado deixou de ser a célula única da soberania, e a vontade do legislador deixou de ser uma proposição certa e inegável. Os Juízes sob o fundamento de proteção dos direitos invioláveis, passaram a legislar, pautando a legitimidade, em funções atípicas garantidas pela CR. A proposição que se faz é a reflexão sobre a sensação de insegurança jurídica diante das decisões dos tribunais, analisando o diálogo existente entre os sistemas, de forma a compreender a dimensão da Ordem Jurídica na era dos sistemas de rede.

Palavras-chaves: Sistemas Jurídicos. Segurança Jurídica. Ativismo Judicial. Civil Law. Common Law.

ABSTRACT: Legal certainty in Brazil has been the subject of constant debate among legal practitioners and viewers of the various media, who commonly question the extent to which the Judiciary can extrapolate its typical functions provided for in the CR. The theme divides opinions; for supporters of the procedural theory, judicial activism generates legal uncertainty; for the defenders of the substantialist theory, the Judiciary must guarantee and protect fundamental values and rights, even if it goes beyond its typical functions. The objective of the present study is to answer the questions through the analytical-descriptive method: (1) Is the judge who judges giving personal interpretation, contrary to what is expressed in the legal text, being fair? (2) By judging creating legal figures not provided for in the legislation, are you acting for the benefit of the community, or are you injuring the

Democratic State of Law, spreading legal uncertainty? By studying the evolution of legal systems and their reflections on court decisions, the aim is to instigate the discussion on legal certainty, since, evidently, the State is no longer the sole cell of sovereignty, and the will of the legislator is no longer a right and undeniable proposition. Judges, based on the protection of inviolable rights, began to legislate, basing legitimacy on atypical functions guaranteed by the CR. The proposition that is made is a reflection on the feeling of legal uncertainty in the face of court decisions, analyzing the existing dialogue between the systems, in order to understand the dimension of the Legal Order in the era of network systems.

Keywords: Legal Systems. Legal Certainty. Judicial Activism. Civil Law. Common Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Os diversos sistemas jurídicos presentes na comunidade internacional; 3. O sistema jurídico vigente no Brasil e a segurança jurídica diante das decisões dos tribunais pátrios; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A análise proposta dos sistemas jurídicos em consonância com a sensação de segurança ou insegurança da população diante das atuais decisões dos tribunais, onde Juízes julgam dando interpretações diversas do materializado nos textos legais - com base em convicções pessoais - que muitas vezes afrontam a legislação positivada, faz com que voltemos a consultar os clássicos pensadores, para que possamos ao final concluir se a atual postura do Judiciário brasileiro caminha na direção de uma evolução saudável à busca pela justiça, ou se está se consolidando um nefasto desequilíbrio entre os três Poderes da República.

Para iniciar a reflexão propomos as seguintes indagações:

1. O Juiz que julga dando interpretação pessoal no caso concreto, contrariando o que está expresso no texto legal está sendo justo?

2. Ao julgar criando figuras jurídicas não previstas na legislação, está agindo em benefício da coletividade, protegendo direitos fundamentais, ou ferindo o Estado Democrático de Direito, que materializou regras jurídicas onde a vontade popular é manifestada por meio de representantes eleitos dos Poderes Legislativo e Executivo?

3. O que é Justiça?

Para Kelsen, a ordem será justa quando o comportamento contentar a todos, e todos encontrarem sob ela felicidade, seguindo o raciocínio do saudoso filosofo e jurista é certo que:

> Se justiça é felicidade, então uma ordem social justa é impossível, enquanto justiça significar felicidade individual. Uma ordem social justa é impossível, mesmo diante da premissa de que ela procure proporcionar, senão a felicidade individual de cada um, pelo menos a maior felicidade possível ao maior número possível de pessoas. Essa é a famosa definição de justiça formulada pelo filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham. Mas também a formulação de Bentham não se aplica se entendermos felicidade como um valor subjetivo. É que indivíduos diferentes têm concepções bem diferentes daquilo que seja felicidade. A felicidade capaz de ser garantida por uma ordem social só o é num sentido objetivo-coletivo, nunca num sentido subjetivo individual. Isso significa que, por felicidade, somente poderemos entender a satisfação de certas necessidades reconhecidas como tais pela autoridade social - o legislador -, como a necessidade de alimentação, vestuário, moradia e equivalentes. É inquestionável que a satisfação de necessidades socialmente reconhecidas é algo totalmente diverso do sentido original da palavra, o qual, de acordo com sua natureza mais profunda, é altamente subjetivo. O anseio por justiça é tão elementar, está tão profundamente enraizado no coração do homem, justamente por exprimir um anseio indestrutível da própria felicidade subjetiva. (KELSEN, 2001, p. 03-04)

Em resposta a postura do Juiz que julga contrariando o texto legal e criando muitas vezes figuras jurídicas não previstas na legislação, Hans Kelsen faz a seguinte indagação: - Por que a lei deve ser obedecida?

> Uma resposta frequentemente aceita é que os homens devem obedecer ao Direito positivo porque e na medida em que ele se conforma aos princípios da moral. Os princípios morais que se referem às atividades humanas criadoras e aplicadoras de Direito constituem o ideal da justiça; segundo este ponto de vista, então, o motivo para a validade do Direito é a sua justiça. (KELSEN, 2001, p. 251-252)

Nos dizeres de José Afonso da Silva no tocante ao controle de constitucionalidade:

> [...] o Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério difuso por via de defesa com o critério concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando também, agora timidamente, a ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, a e III, e 103). A outra novidade está em ter reduzido a competência do Supremo

> Tribunal Federal à matéria constitucional. Isso não o converte em Corte Constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades. (SILVA, 2022, p. 554-555)

Malgrado o Brasil ter adotado o sistema misto de controle de constitucionalidade, podendo os Juízes no caso concreto fazer o controle difuso e a suprema corte o concentrado, por meio de ações ajuizadas pelos legitimados do artigo 103 da Constituição da República, é imprescindível se observar os limites constitucionais de cada um dos poderes, para que o desequilíbrio não cause instabilidade insanável.

2. OS DIVERSOS SISTEMAS JURÍDICOS PRESENTES NA COMUNIDADE INTERNACIONAL

O direito positivo é formado pelas regras obrigatórias que cada povo adota, sendo o espelho que melhor reflete o modo de viver e suas aspirações próprias, fixando seus momentos históricos. Os fatos que dão origem ao direito positivo, não são apenas mutáveis de civilização a civilização, mas também, dentro de cada povo, como manifestações das sucessivas fases de sua evolução social.

O sistema jurídico adotado por cada sujeito da comunidade internacional tem suas características próprias e reflete todo patrimônio histórico construído ao longo da formação da nação, de tal sorte que, a "crença na possibilidade de um só direito normativo, universal, isento de caracteres nacionais e específicos, é uma aspiração nobre, mas utópica.", (RÁO 1952, p. 98).

O consagrado autor ressalta que:

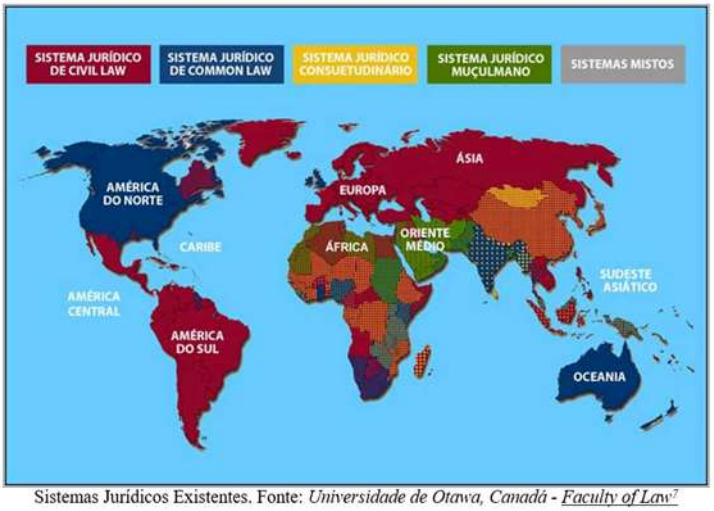
> Preciso seria, para tanto, que todas as comunidades nacionais, niveladas em suas necessidades e anseios e despojadas de suas peculiaridades, até mesmo daquelas contingentes próprias que estão fora e acima dos recursos humanos, acalcassem o mesmo modo de viver e de pensar, o mesmo grau de desenvolvimento;

> preciso seria conceber-se a existência de um só tipo humano, universal e uniforme. (...) o sentimento natural de independência e de liberdade, que anima todos os povos, sempre, afinal esfacela impérios e conquistas e, por toda parte, as leis impostas pelos conquistadores desaparecem sem deixar diretrizes substanciais, quando não correspondem aos sentimentos religiosos, morais, intelectuais e às peculiaridades contingências econômicas das nações que, pela força, estas leis padeceram. (RÁO, 1952, p. 98-99)

Apesar de o sistema jurídico de cada civilização trazer consigo a marca de suas conquistas e derrotas, seus princípios éticos e morais, suas tradições, ideologias e crenças religiosas, não é correto afirmar que inexistem afinidades entre os diversos sistemas positivos de direito.

> Ao contrário, quando se afirmam que os fatores de ordem racial, ideológica, histórica, religiosa, política, econômica e outros fatores sociais diferenciam os diversos povos, não se quer significar que cada um deles constitua uma unidade totalmente distinta, como que um compartimento estanque, pois, certos fatores podem ser comuns a vários povos e neles agir com uma equivalente intensidade; e, de mais a mais, outros elementos concorrem para criar uma aproximação entre as leis, usos e costumes das nações, tais a eventual origem comum, a identidade ou semelhança das respectivas necessidades, permitindo, ou reclamando, por vezes, a mesma solução e a mesma disciplina e, por fim, além de elementos outros, não há desprezar-se a contribuição do intercâmbio de homens e de interesses, do progresso das ciências e das artes, do desenvolvimento da civilização. Tanto assim é que as legislações civis, sem prejuízo de suas peculiaridades, podem ser racionalmente classificadas, por suas linhas gerais, em sistemas, como o romano, o germânico, o anglo-americano, o soviético, o muçulmano, o hindu, o israelita e outros mais. Sem sacrifício sua autonomia e de seus caracteres próprios, as legislações, na realidade, se interpenetram, embora se não possa inferir, deste fato, a possibilidade de se alcançar um dia, a realização de um só direito positivo, universal, a reger em todas as nações. (RÁO, 1952, p. 100)

Na atualidade, segundo estudo realizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Otawa, Canadá, como citado por Dellagnezze (2020), existem os seguintes sistemas jurídicos vigentes na comunidade internacional:



Sistemas Jurídicos Existentes. Fonte: *Universidade de Otawa, Canadá* - *Faculty of Law*[7]

Dellagnezze (2020), aponta que:

> Para o Professor Bruno Albergaria, Doutor em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Mestre pela FDMC, existem 9 (nove) Sistemas Jurídicos no mundo. Os Sistemas Jurídicos ou Família do Direito e sua suas respectivas fontes são:

Sistema Jurídico	**Fontes históricas**	**Fontes reais**	**Fontes formais**
Sistema Egípcio	Decretos dos faraós, costumes	Maat	Decretos, contratos
Sistema Indiano	Mitos, leis religiosas e estatais	Dharma	Código de Manu
Sistema Chinês	Estatutos Morais e leis estatais	Li	Analetos, I-Ching

Sistema Cuneiforme	Códigos prévios, costumes	Revelação do deus Shamash	Código de Hamurabi
Sistema Hebraico	Leis Mesopotâmicas, costumes	Revelação de Javé	Tanakh e Talmud
Sistema Romano	Leis, editos, costumes, jurisprudência	Faz (permitido)	Corpus Civilis
Sistema Romanista-Ocidentalizado	Códigos de Napoleão, Constituição Americana, Declaração dos Direitos dos Cidadãos	Contrato Social, Iluminismo, Direito	Constituição Federal, Código Civil
Sistema Common Law	Costumes, legislações (Carta Magna)	Contrato Social, Equity	Constituição Americana

Vicente Ráo, em sua obra O Direito e Vida dos Direitos, (1952), faz importante estudo sobre a influência do direito romano nos países latinos, abordando amplamente os sistemas jurídicos: (1) da França e sua influência nos países outrora ligados ao império; (2) da Itália e península ibérica e suas influências romanas; (3) da Espanha; (4) de Portugal, fortemente influenciado pelo direito romano; (5) do Brasil; (6) da Argentina; (7) do Uruguai; (8) do Chile; (9) do México; (10) da Bolívia; (11) da Bélgica; (12) da Suíça; (13) Luxemburgo; e (14) Principado de Mônaco.

Quanto a outras nações latino-americanas, o autor frisa que:

> Nos demais países centro ou sul-americanos, o início da codificação civil, que por toda parte obedeceu ao sistema romano restaurado pelo código de Napoleão, assinala-se pelas seguintes datas: 1825 no Haití, 1835 em São Domingos, 1852 no Perú, 1861 no Equador, 1867

> em Nicarágua, 1873-1887 na Colômbia, 1887 em Costa Rica, 1889 em Cuba, 1891 em Honduras e 1917 no Panamá. Em 1936 entrou em vigor, no Peru, um novo código civil. E finalmente, a Venezuela dispõe de um código datado de 1942. (RÁO, 1952, p. 123)

O sistema jurídico germânico é apontado pelo autor como distinto dos demais:

> Depois do sistema romano de legislações civis, destaca-se, com acentuados traços característicos, o sistema germânico. As seguintes fases, na Alemanha, antecederam à elaboração e à promulgação do código civil:
>
> a) - a da autonomia, ou fase do direito costumeiro, não escrito, que se substituiu às leis bárbaras;
>
> b) - a do direito costumeiro escrito, reunido em coletâneas, dentre as quais se destacaram o Sachsenspiegel e o Schwabenspiegel (as quais, a par do direito costumeiro, também compreendiam certas disposições de direito romano e de direito canônico). Nelas se inspiraram as compilações de outras regiões germânicas, tais as denominadas Deutschenspiegel, Rechtbuch de LUIZ DA BAVÁRIA (1346), Breslauer Landrecht (1356) e outras mais;
>
> c) a do direito romano, introduzido, como direito eserito, pelos imperadores. Documenta-se esta fase pelos Landrecht de Wurtemberg e da Bavária e, também, pelas Organizações Imperiais de caráter geral;
>
> d) a da reação e volta aos costumes germânicos, segundo revelam os Landrecht de Nuremberg (1555), da Bavária (1616), da Prússia (1592) e as Constituições do Eleitor de Saxe (1592);
>
> e) a da total unificação política, a partir da criação, em 1871, do Império da Alemanha.
>
> [...] São fontes do código germânico, como tais geralmente indicadas: o direito romano (como é ensinado na Pandectas de WINDSCHRID); o código Napoleão, o código civil austríaco de 1812, o código federal suíço das Obrigações de 1883, o direito prussiano, o ensaio de codificação conhecido como Projeto de Dresde (1866) e outros códigos regionais (como o de Saxe) que consagravam o direito costumeiro. (RÁO, 1952, p. 128-131)

RÁO (1952, p. 135), sustenta ainda que um terceiro sistema de legislações civis é constituído pelo direito anglo-americano, no qual se divide em: "o direito comum (*common law*), de origem costumeira e declarado pela jurisprudência; o direito estatutário (*statute law*) e o direito-equidade (*equity*)".

O sistema da *common law* nasceu nas ilhas inglesas e se apresenta formalmente como um direito jurisprudencial e substancialmente como direito costumeiro, consagrado pela jurisprudência. Foi incorporado por todos os territórios que se submeteram ao domínio dos ingleses, exceto a Escócia que adotou o sistema misto de direito romano e *common law*, e os territórios do Quebec e Ceilão que desenvolveu sistema jurídico predominantemente fundado no direito romano. A *common law*:

> corresponde a um sistema de princípios e de costumes observados desde tempos imemoriais e aceitos, tacitamente, ou expressamente, pelo poder legislativo, revestindo ora caráter geral, quando vigoram em todas as jurisdições, ora caráter especial, quando imperam em certas regiões tão somente. Sua prova resulta da jurisprudência, pois, ao julgarem os casos concretos, os juízes declaram o direito comum, que lhes é aplicável. Os julgados assim proferidos, registrados nos arquivos das Côrtes e publicados em coletâneas (reports), adquirem a força obrigatória de regras de precedentes (rule of precedents), para regerem os casos futuros; ademais, juízes e juristas deles extraem princípios e regras, que, subsequentemente, ampliam os limites da common law e, assim generalizados, propiciam a sua evolução. É profunda, portanto, a diferença que separa o valor da jurisprudência inglesa (e da norte-americana, por identidade de razão) do valor da jurisprudência nos demais países, porque, enquanto aquela se transforma em direito normativo, esta possui, exclusivamente, o caráter de elemento interpretativo da lei escrita. (RÁO, 1952, p. 136)

Devido a condição de colônia dos ingleses, os Estados Unidos da América filiaram-se à *common law*, contudo, com certas peculiaridades e adaptações oriundas de sua organização política e adoção de constituição escrita, que se posiciona hierarquicamente superior a todas as normas não escritas ou escritas.

Assim, após a independência americana, não foi abolido o direito inglês, sendo mantida todas as regras que não violassem o texto constitucional e legislações esparsas promulgadas a partir de então.

Sobre as distinções do sistema da *common law* norte-americana e do inglês preceitua Ráo:

> Nos Estados Unidos, a organização política e constitucional exerce acentuada influência sobre o direito privado, em consequência da adoção do regime de constituição escrita da resultante superioridade hierárquica das disposições constitucionais sobre todas as demais normas obrigatórias, escritas ou não escritas. O requisito fundamental (que sob pena de inaplicabilidade aos casos, em espécie, se exige) da constitucionalidade das leis, dos atos executivos e administrativos, das soluções da common law e da equity, restringe, não só a competência do juiz, como a do legislador e a do poder executivo, na elaboração das novas normas obrigatórias. Outro tanto não sucede na Inglaterra, onde, para a elaboração do direito estatutário, ampla é a competência do parlamento, que exerce, assim se poderia dizer, um poder constituinte permanente, apenas limitado pela força da tradição dos princípios políticos fundamentais aceitos e praticados; de tal sorte que, na Inglaterra, a lei nova revoga qualquer lei ou disposição anterior em contrário, sejam quais forem; e os juízes não estão adstritos senão às normas obrigatórias e ordinárias de direito escrito e aos precedentes judiciais. Além das consequências acenadas, outras também resultam da adoção, pelos Estados Unidos da América do Norte, do sistema político federal; sistema, este, que produz uma multiplicidade de graus, na hierarquia das normas obrigatórias. A escala hierárquica das normas obrigatórias, nos Estados Unidos, é a seguinte, em ordem decrescente da força de sua obrigatoriedade: Constituição Federal, Leis e Atos federais, Constituições Estaduais e Leis e Atos Estaduais, além das Leis e Atos Municipais, que dizem respeito, tão somente, aos peculiares interesses dos municípios. E, ainda em ordem decrescente de sua eficácia no espaço, observe-se que, enquanto a Constituição, as leis ordinárias e as demais normas obrigatórias federais, são aplicáveis em todo o território da União, as dos Estados só atingem os respectivos territórios, outro tanto sucedendo com as municipais. E, pois, que as normas de categoria inferior devem respeitar e sujeitar-se às de graus mais elevados, segue-se que ao princípio, ou requisito fundamental de constitucionalidade, outro princípio, ou requisito, se acrescenta, tal o da legalidade. (RÁO, 1952, p. 141-142)

O direito estatutário (statute law) nada mais é do que os textos legais incorporados no sistema, que deve ser analisado em consonância com o direito-equidade (equity),

> Tal qual sucede no direito inglês, a equity, no direito americano, inicialmente se revelou como um modo moralmente correto de solução dos conflitos, assim atenuando o rigor do direito comum.

> Mas, aos poucos e por via dos julgados e dos precedentes por este modo criados, a equity se transformou em um corpo específico de direito positivo, com conteúdo próprio. Seu objeto, ora recai sobre matéria não contemplada no direito comum, ora sobre matéria também por este direito e pela statute law regida, mas incidindo na equity sob aspecto diverso e fora da rigidez daquelas demais regras obrigatórias. (RÁO, p. 141-142)

A corrente doutrinaria predominante entre os tratadistas americanos, apontam os seguintes axiomas fundamentais quanto ao direito-equidade (RÁO, 1952):

1º. O direito-equidade não tolera agravo algum sem reparação;

2º. O direito-equidade aplica-se às pessoas e não às coisas;

3º. O direito-equidade presume já consumado aquilo que, de futuro, deve-se realizar-se;

4º. O direito-equidade se atém mais à essência do que à forma, com o que se visa suprir as omissões e injustiças resultantes do formalismo da common law;

5º. O direito-equidade presume, em cada qual, a intenção de cumprir a sua obrigação;

6. A igualdade é a equidade, a significar que, na falta de lei ou convenção, os direitos e obrigações devem ser aplicados de forma igualitária;

7º. O direito-equidade protege o diligente e não o negligente;

8º. Quem invoca a equidade, deve revelar uma consciência correta;

9º. Quem reclama a equidade, também com equidade deve proceder;

10º. Quando os princípios da equidade favorecerem ambas as partes, prevalece, então, a lei, em sentido estrito;

11º. Se os preceitos do direito-equidade favorecerem igualmente ambas as partes, dar-se-á preferência à primeira, em ordem de tempo, desde que não haja disposição legal que regule a matéria ou precedentes jurisprudenciais; e

12º. O direito-equidade deve respeitar a lei.

Fazendo uma análise comparativa dos sistemas estudados, observa-se que em sua fase embrionária, o direito romano, era composto por regras não escritas; com a evolução do tempo foram sendo materializadas em textos codificados, que evoluiu para o que hoje

chamamos de *civil law*, passando os costumes a ser tão somente fonte supletiva das legislações.

O Direito Romano teve início com fundação de Roma em 753 a.C. e perdurou até a morte de Justiniano em 565 da nossa era; perdurando, portanto, mais de mil anos, desde a Lei das Doze Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*; 449 a.C.) até a criação do *Corpus Juris Civilis*, (c. 530 d.C.), (DELLAGNEZZE, 2020).

> Embora o direito romano não se concretizasse em códigos propriamente ditos, apresentando-se, antes, reunido em coletâneas, ou corpos de leis ou de doutrina, contudo, sua forma escrita modelou os sistemas positivos que no direito romano se fundaram e aperfeiçoaram esta forma mediante a técnica da codificação.
>
> A forma escrita, nesses sistemas, mais tarde se tornou definitiva, em obediência a princípios de ordem política incorporados nas Constituições, que definiram e limitaram as funções do Estado, dividindo os seus poderes e discriminando-lhes as respectivas atribuições; assim se atribuiu privativamente ao Poder Legislativo a tarefa de elaborar as normas gerais de direito.
>
> Nesse sentido, merece destaque a penetração, nos países filiados ao sistema romano, da doutrina alemã do Direito e do Estado, criada em meados do séc. XIX por GERBDR e desenvolvida por LABAND, GIBRKD, JELLINDK e outros. (RÁO, 1952, p. 192)

É fato que os sistemas jurídicos positivos de direito escrito, classificados, como *civil law*, são diametralmente opostos ao sistema anglo-americano de direito comum, e ao direito de equidade, já que este último é pautado nos costumes e declarados pelas cortes de justiça, materializados pela jurisprudência.

Os defensores do sistema jurídico anglo-americano sustentam que tal modelo é mais solido e eficiente que o da *civil law* face a facilidade e constância com o que as legislações escritas são alteradas; fato que não ocorre na *common law*, já que goza da estabilidade do direito costumeiro que independe de vontade política.

Vicente Ráo (1952), cita em sua obra trecho do discurso do Ministro da Corte Suprema dos EUA, Rober H. Jackson, pronunciado em sessão da Associação Inter-Americana de Advogados (20/11/1942) em defesa do sistema jurídico anglo-americano:

> O progresso do direito civil, nos sistemas de direito escrito, depende mais da legislação do que das decisões jurisprudenciais. Seu método consiste em promulgar e, de tempo em tempo, reformar um código integral de leis. Dentro desse sistema, o juiz só possui uma pequena

> margem de discricionariedade; seu dever se reduz, meramente, a aplicar a regra legal ao caso específico. Ao fazê-lo, não cria um precedente que, a ele próprio e aos outros juízes, obrigue no futuro. No estudo e na aplicação do direito civil, atribui-se especial importância aos princípios e não ao caso particularmente considerado. Nos países de direito consuetudinário, porém, sucede exatamente o contrário. O grande corpo de nosso direito privado, desenvolveu-se sem ter sido objeto da consideração de nenhum legislador. Entre nós, atribui-se especial importância à lei consuetudinária declarada nas decisões judiciais, particularmente nas decisões dos Tribunais de última instância. Ao declarar, hoje, a lei aplicável a um caso concreto, o juiz do tribunal de direito consuetudinário declara, irrefutavelmente, o direito de amanhã. O precedente afeta esse direito num sentido de uniformidade, de estabilidade e de predição. Embora seja certo que, entre nós, o Legislativo crie muitas leis, e, também, que costumamos deixar aos nossos legisladores a solução do espinhoso problema das reformas jurídicas grandes demais para as condições limitadas dos juízes, menos certo não é que estes também tomam parte na reforma e na revisão dos preceitos de direito. (RÁO, 1952, p. 193-194)

Fazendo o contraponto, Ráo, descreve o posicionamento de Benjamin Cardozo – membro da Suprema Corte dos EUA, externado em sua obra: (A Natureza do Processo e a Evolução do Direito, p. 117):

> O direito de nossos dias depara-se com dupla necessidade: primeira, a de uma nova compilação (*restatement*) que nos traga certeza e ordem, livrando-nos da confusão dos precedentes judiciais, e esta tarefa incumbe à ciência legal; segunda, a de uma filosofia, que exerça uma função mediadora entre as exigências da estabilidade e as do progresso, ora em conflito, fornecendo-nos um princípio de evolução. Nosso direito é acusado de incerteza e nesta denúncia estão arrolados os nomes de importantes testemunhas. Se procurarmos, muitas causas encontraremos de semelhante situação. Delas, oito ou mais já foram apresentadas pelo Instituto Americano de Direito, na sessão em que se elaborou e aprovou, sobre este assunto, o relatório de uma comissão. Alude-se nesse relatório: à falta de acordo no tocante aos princípios fundamentais da "common law"; à falta de precisão no uso de termos legais; à existência de disposições legais colidentes e mal redigidas; às tentativas de distinção entre casos cujos fatos não oferecem disparidade alguma relativamente aos princípios legais aplicáveis; ao grande volume das

> decisões registradas; à ignorância dos. juízes e advogados; ao número e natureza das questões novas.
>
> De todas essas causas, a mais importante, ao meu ver, é a relativa à multiplicidade das decisões. A fecundidade de nosso direito consuetudinário atemorizaria Malthus. Para atenuar essa situação, o autor citado confia na ação do Instituto de Direito Americano, fundado em Washington em 1923 para combater o monstro da incerteza e destrui-lo. Do ponto de vista formal, pois, as legislações dos grupos romano e germânico, este com seus sub-grupos escandinavos, e, também, outros sistemas legislativos contemporâneos, como o japonês, o turco, o egípcio e outros mais, caracterizam-se pela forma escrita e codificada e pelo estudo principiológico do direito. Em contraposição, o sistema anglo-americano e os demais sistemas costumeiros, destacam-se pela declaração judicial do direito costumeiro e pelo estudo particularizado do direito, segundo os casos concretos. (RÁO, 1952, p. 193-194)

Malgrado os pontos divergentes entre os dois sistemas jurídicos, Vicente Ráo aponta as seguintes afinidades:

> Se, encarados do ponto de vista formal, esses sistemas se diferenciam, entretanto, examinados sua substância, apresentam sensíveis afinidades em suas diretrizes. De fato, os três sistemas, romano, germânico e anglo-americano, partem do pressuposto do respeito à personalidade humana e de sua consequente liberdade, dentro dos limites impostos pela comunhão social; nesses sistemas, nem a sociedade, nem o Estado, isolados do homem, constituem o supremo do direito. (RÁO, 1952, p. 193-194)

O pressuposto de respeito à dignidade da pessoa humana, os princípios de liberdade e respeito à vontade popular que unem os dois sistemas, limitando o poder estatal e de todos aqueles que cometem abusos em detrimento do direito coletivo, está estampado na Constituição da República do Brasil de 1988, em especial em seu preâmbulo:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução

> pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Fato incontroverso é que a segurança jurídica, consubstanciada na previsibilidade de resultados são objetos almejados pelo sistema da *civil law* e da *common law*, embora o primeiro sistema tenha suposto que tais elementos seriam obtidos por meio da lei, e da estrita aplicação desta pelos operadores do direito; e o segundo sistema é pautado na expectativa de que a justiça imparcial e igualitária será alcançada buscando a fundamentação das decisões nos costumes e tradições materializadas nos precedentes jurisprudenciais.

3. O SISTEMA JURÍDICO VIGENTE NO BRASIL E A SEGURANÇA JURÍDICA DIANTE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Após a independência do Brasil em 1822, as legislações portuguesas continuaram a produzir seus efeitos em solo brasileiro durante anos, sendo sucedidas paulatinamente por inúmeras leis pátrias que antecederam o código civil de 1916.

> Separado de Portugal em 1822, o Brasil, apesar de sua independência, manteve em vigor as leis civis portuguesas anteriores (Lei de 20 de outubro de 1823), as quais imperaram, com alterações trazidas por leis esparsas, até 1917. Antes da entrada em vigor do código civil, a 1º de janeiro de 1917, as leis civis brasileiras constituíam um estranho conjunto dos elementos os mais heterogêneos, tais os seguintes:
>
> 1º - As Ordenações Filipinas, em especial o seu livro IV, que eram, elas próprias, amálgama de direito romano, de direito canônico e de costumes ibero-lusitanos;
>
> 2º - As chamadas leis extravagantes, que compreendiam as leis propriamente ditas e, também, com força obrigatória, os alvarás, as cartas régias, os decretos, as resoluções das consultas, as provisões dos Tribunais, os avisos, as portarias, os Assentos da Casa da Suplicação, além das leis esparsas brasileiras;
>
> 3º - As fontes subsidiárias, constituídas: a) - pelos costumes; b) - novamente pelo direito romano (com preferência pelas opiniões de Acúrsio e Bártolo), desde que seus textos fossem conformes à boa razão, isto é, ao direito divino, natural e das gentes, segundo famosa lei de 18 de agosto de 1769, conhecida por lei da boa razão; c) - pelo direito canônico; d) - pela opinião dos jurisconsultos e pelos arestos dos tribunais; e) - e, finalmente, pelos princípios gerais de direito e pelas leis das nações modernas. (RÁO, 1952, p. 112-114)

O estudo para elaboração do código civil brasileiro iniciou-se com o esboço de Teixeira de Freitas, que não foi aprovado, mas serviu como parâmetro para codificações de outros países da américa do sul, devido a qualidade do trabalho.

Em 1873, José Nabuco de Araújo iniciou novo estudo do projeto do código civil brasileiro, entretanto, acabou falecendo antes da conclusão. Outros projetos foram apresentados e não aprovados, tais como o de Joaquim Felício dos Santos em 1881; Coelho Rodrigues em 1890 e do Visconde de Seabra, autor do código civil português. Devido o insucesso dos referidos autores, Clovis Bevilaqua foi convidado em 1899 para apresentar novo projeto, o que o fez em outubro do mesmo ano, sofrendo duras críticas de vários juristas, dentre eles Rui Barbosa e Inglez de Souza.

> Depois de longos debates e de novas e sensíveis alterações aprovadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, foi o Código sancionado a 1º de janeiro de 1916, entrando em vigor a 1º de janeiro de 1917. Apresentando o projeto primitivo, dizia o seu eminente autor: "não será um código adiantado demais, nem tão pouco uma simples consolidação do direito nacional vigente. E, fugindo ao dilema, escapa ao perigo de ficar alheio à alma nacional e de opor embaraços à reconstrução social, que se opera em nossos dias". No projeto primitivo, entretanto, transparecia uma acentuada penetração do direito alemão, a contrastar com a tradição latina do direito civil brasileiro, - o que, sem dúvida, resultou da circunstância de haver sido BEVILÁQUA, com TOBIAS BARRETO, SILVIO ROMERO e outros da escola de Recife, quem, no Brasil, imprimiu maior destaque aos estudos germânicos, filosóficos e jurídicos. (RÁO, 1952, p. 116)

Originariamente o Brasil adotou o sistema da *civil law,* já que este foi o sistema que deu origem a formação do direito português, sendo que, antes das Ordenações Afonsinas, "constituíam fontes jurídicas o direito romano representado pelo *Corpus Juri Civilis*, pela Glosa e pelos comentários e tratados dos bartolistas, e o direito canônico representado pelas Decretais de Gregório IX e pelas compilações posteriores." (RÁO, 1952, p.109-110)

Com a evolução legislativa brasileira, o sistema jurídico tem se aproximado em alguns aspectos ao da *commom law*, seja pelo fundamento das sentenças e acórdãos embasados na jurisprudência, na constante produção de sumulas dos diversos tribunais, pela edição de súmulas vinculantes pelo STF (art. 103-A da CR) e pela previsão legal da utilização dos costumes como fonte subsidiária do direito.

Seguindo essa linha de raciocínio, ao que parece, a aproximação do sistema jurídico brasileiro ao da *commom law* é mais característico àquele adotado pelos EUA do que o inglês, já que o Brasil tem no topo da pirâmide jurídica a Constituição da República, que

deve prevalecer às demais regras legislativas; cabendo aos juízes no caso concreto ou ao Supremo Tribunal Federal nas ações ajuizadas pelos legitimados do artigo 103 da CR, retirar do ordenamento jurídico as normas infra constitucionais que violarem o texto constitucional.

A previsão de que os costumes devem servir como fonte do direito brasileiro vem estampada no art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657/42 que assim dispõe: "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito", sendo comum, os juízes acrescentarem em suas decisões a doutrina e a jurisprudência, elementos característicos do sistema da *commom law.*

Com a reforma do texto constitucional pela EC nº. 45, e a edição da Lei nº 11.417/2006, o Supremo Tribunal Federal passou a ter o poder de aprovar súmulas que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A súmula vinculante, prevista no art. 103-A da CR, tem por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Caso a súmula vinculante seja contrariada, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida.

O ordenamento jurídico positivo no Brasil, tem criado mecanismos que possibilita ao judiciário exercer funções atípicas que originalmente caberia ao legislativo com a sanção do executivo, dando margem assim ao ativismo judicial.

A corrente mais radical sustenta que os magistrados adeptos ao ativismo judicial extrapolam a função típica constitucionalmente prevista ao judiciário, criando assim uma verdadeira "ditadura do poder judiciário"; contudo, há aqueles que defendem que Juiz atuante em um Estado Constitucional, formado pelos princípios do neoconstitucionalismo, deve no caso concreto, construir a norma jurídica quando o legislador deixou de atuar; assim, inexistindo a norma geral, ou quando esta estiver em dissonância com os princípios, direitos e garantias constitucionais, deve o magistrado julgar de acordo com suas convicções, mesmo que para tanto tenha que criar ou adequar a norma legal em vigência (MARINONI, 2008, p. 104).

Os Juízes e Desembargadores nos diversos Estados brasileiros, assim como, os Ministros dos tribunais superiores, de forma recorrente, estão dando interpretações extensivas à legislação positivada pelo processo legislativo, criando figuras inexistentes no sistema jurídico pátrio, gerando assim, para parte dos jurisdicionados insegurança jurídica.

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, já em 2009, manteve a concessão de medidas protetivas previstas na Lei nº. 11340/06 (Lei Maria da Penha) em benefício de um homem, contra sua ex-companheira, mesmo não havendo previsão legal, vejamos a ementa do acórdão:

> HABEAS CÓRPUS. MEDIDAS PROTETIVAS, COM BASE NA LEI No. 11.340/2006, A CHAMADA LEIMARIA DA PENHA, EM FAVOR DO COMPANHEIRO DA PACIENTE. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ANALOGIA IN BONAM PARTEM. AFASTAMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS E TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PEDIDOS DENEGADOS, SEJA PORQUE OS ATOS DA PACIENTE SÃO REPROVÁVEIS, POIS QUE CONTRÁRIOS AO ORDENAMENTO JURÍDICO, SEJA POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM DENEGADA. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL. Louve-se a coragem cívica do autor da representação, em procurar resolver a questão que lhe aflige, na justiça; louve-se o nobre advogado que teve o necessário discernimento para buscar na Lei Maria da penha, arrimado no princípio da analogia, a proteção de seu constituinte, mesmo quando todas as evidências indicavam que a referida Lei não poderia ser invocada para proteger o homem, haja vista que esta norma veio e em boa hora, para a proteção da mulher; louve-se, por fim, o diligente e probo magistrado que ousou desafiar a Lei. Com sua atitude, o magistrado apontado como autoridade coatora, não só pôs fim às agruras do ex companheiro da paciente, como, de resto e reflexamente, acabou por aplicar a Lei em favor da mesma. O raciocínio tem sua lógica, levando-se em conta que, em um dado momento, cansado das investidas, o autor da representação poderia revidar e, em assim agindo, poderia colocar em risco a incolumidade física da paciente. Da análise de todo o processado, não vislumbrei possibilidade de atender aos reclamos dos impetrantes, em favor da paciente, seja para afastar as medidas protetivas em favor do seu ex-companheiro, (afinal as atitudes da beneficiária do HC são reprováveis, posto que contra o ordenamento jurídico); seja para determinar o trancamento da ação penal. (lembremos que ao tempo da impetração não havia ação penal instaurada e mesmo que houvesse, não foi demonstrada a justa causa para tal). (TJMT. HC 6313/2008. Segunda Turma Recursal. Relator Des. Sebastião Barbosa Farias; Julgado em: 09/06/2009)

O juiz Mário Roberto Kono de Oliveira, titular do Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá (MT), aplicou a Lei Maria da Penha para proteger também pessoas do sexo masculino. Na decisão escreveu o magistrado o seguinte:

[...] Embora em número consideravelmente menor, existem casos em que o homem é quem vem a ser vítima da mulher tomada por sentimentos de posse e de fúria que levam a todos os tipos de violência, diga-se: física, psicológica, moral e financeira. No entanto, como bem destacado pelo douto causídico, para estes casos não existe previsão legal de prevenção à violência, pelo que requer a aplicação da lei em comento por analogia. Tal aplicação é possível? A resposta me parece positiva. Vejamos: É certo que não podemos aplicar a lei penal por analogia quando se trata de norma incriminadora, porquanto fere o princípio da reserva legal, firmemente encabeçando os artigos de nosso Código Penal: "Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal." Se não podemos aplicar a analogia in malam partem, não quer dizer que não podemos aplicá-la in bonam partem, ou seja, em favor do réu quando não se trata de norma incriminadora, como prega a boa doutrina: "Entre nós, são favoráveis ao emprego da analogia in bonam partem: José Frederico Marques, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Costa e Silva, Oscar Stevenson e Narcélio de Queiróz" (DAMÁSIO DE JESUS – Direito Penal - Parte Geral – 10a Ed. pag. 48) Ora, se podemos aplicar a analogia para favorecer o réu, é óbvio que tal aplicação é perfeitamente válida quando o favorecido é a própria vítima de um crime. Por algumas vezes me deparei com casos em que o homem era vítima do descontrole emocional de uma mulher que não media esforços em praticar todo o tipo de agressão possível contra o homem. Já fui obrigado a decretar a custódia preventiva de mulheres "à beira de um ataque de nervos", que chegaram a tentar contra a vida de seu ex-consorte, por pura e simplesmente não concordar com o fim de um relacionamento amoroso. Não é vergonha nenhuma o homem se socorrer ao Pode Judiciário para fazer cessar as agressões da qual vem sendo vítima. Também não é ato de covardia. É sim, ato de sensatez, já que não procura o homem/vítima se utilizar de atos também violentos como demonstração de força ou de vingança. E compete à Justiça fazer o seu papel de envidar todos os esforços em busca de uma solução de conflitos, em busca de uma paz social. No presente caso, há elementos probantes mais do que suficientes para demonstrar a necessidade de se deferir a medidas protetivas de urgência requeridas, pelo que defiro o pedido e determino à autora do fato o seguinte: 1. que se abstenha de se aproximar da vítima, a uma distância inferior a 500 metros, incluindo sua moradia e local de trabalho; 2. que se abstenha de manter qualquer contato com a vítima, seja por telefonema, e- mail, ou

> qualquer outro meio direto ou indireto. Expeça-se o competente mandado e consigne-se no mesmo a advertência de que o descumprimento desta decisão poderá importar em crime de desobediência e até em prisão." I.C (CONSULTOR JURÍDICO, 2008).

Outra decisão que merece destaque é o julgamento do Mandado de Injunção no 58-DF, de relatoria do Min. Celso de Mello que versa sobre o processo de discriminação da igualdade, onde, de forma expressa limita a atuação do legislativo, vejamos:

> Princípio da igualdade e proibição da discriminação. Igualdade. Princípio. Proibição. O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do poder público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejam tratamento seletivo ou discriminatório. A Eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. (STF; MI no 58-DF; Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em: 14/12/1990)

Ainda como decisão polemica, que aparentemente afrontou o texto expresso da Constituição, foi o julgamento da Presidente Dilma Vana Rousseff - ocorrido em 31 de agosto de 2016 - em que foi condenada pelo Senado por crime de responsabilidade por ter contratado operações de crédito com instituição financeira controlada pela União e editado decretos de crédito suplementar sem autorização do Congresso Nacional; não tendo sofrido por consequência, a pena de inabilitação para o exercício de cargo público.

O procedimento de desmembramento da votação adotado pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, não está previsto como possível no texto da Constituição da República[1].

A divisão da votação se deu face a requerimento formulado pelo Senador Humberto Costa, do Partido dos Trabalhadores, no sentido de que o julgamento fosse dividido em duas partes; sendo a primeira para análise da prática do crime de responsabilidade que teria por consequência a perda do cargo, e a segunda sobre a inabilitação para o exercício das funções públicas por oito anos.

Na ocasião, o Min. Ricardo Lewandowski, deferiu a divisão, sem que houvesse previsão constitucional expressa nesse sentido, como se observa:

> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
>
> I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;
>
> [...]
>
> Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis[2].

O texto constitucional é expresso no sentido de que havendo a condenação por crime de responsabilidade praticado pelo Presidente da República, a consequência da condenação é à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, não existindo assim, aparentemente, possibilidade de desmembramento do julgamento; sendo, portanto, mais um exemplo de ativismo judicial, que cria na população insegurança jurídica.

Outro exemplo clássico de que o Poder Judiciário está excedendo suas atribuições típicas previstas no texto constitucional é o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo Ministro Edson Fachin, que entenderam que

---

1 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Processo Legislativo nº 1, Impeachment Dilma Rousseff/ https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/08/31/veja-a-sentenca-de-impeachment-contra-dilma-rousseff/view

2 Constituição Federal, 1988, art. 52, inc. I, parágrafo único.

houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia, enquadrando assim, tais tipos como crimes de racismo:

> Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine"); ADI nº 26 /DF. Relator: Ministro Celso de Mello.)

Assim, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, serão enquadradas nos crimes previstos na Lei 7.716/2018 e, no caso de homicídio doloso, será qualificado por motivo torpe, sem que haja previsão legal nesse sentido. Os Ministros firmaram o entendimento de o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis.

Outra decisão que merece destaque é a prolatada pela Juíza Cynthia Maria Sabino Bezerra Camurri, titular da 8ª Vara Criminal da Capital/SP, nos autos da ação penal nº. 1530134-14.2022.8.26.0050 - c. 2022/001064, que indeferiu requerimento formulado pela defesa de um dos acusados, no sentido de acostar ao processo, inquérito policial que apura crimes praticados pelas supostas vítimas; no mesmo ato, intimou as defesas para que sob pena de preclusão, justificassem a pertinência das oitivas das testemunhas arroladas, prejulgando a causa ao consignar que "[...] testemunhas das alegadas ameaças de morte por ele sofridas não contribuirão em nada para a elucidação dos fatos e por isso suas oitivas são impertinentes e inoportunas. [...]". A magistrada na referida decisão, consignou ainda que "[...] Caso sejam deferidas as oitivas das testemunhas, oportunamente, deverão as Defesas efetuar o recolhimento e juntada aos autos das respectivas custas de diligência do Oficial de Justiça. [...].".

O Desembargador Heitor Donizete de Oliveira, relator do Habeas Corpus nº. 2243354-91.2022.8.26.0000, em tramite perante a 12ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, concedeu ordem liminar parcial nos seguintes termos:

> [...] para se evitar futuras alegações de nulidade por cerceamento de defesa, e em atenção ao princípio da busca pela verdade, necessária

a concessão parcial da liminar, para determinar a juntada dos autos de nº 1503896-55.2022.8.26.0050, bem como deferir a oitiva das testemunhas de defesa, as quais deverão ser intimadas independente do recolhimento de custas processuais e de diligências dos Oficiais de Justiça. Não cabe à defesa detalhar o conteúdo dos depoimentos das testemunhas para que seja deferida a oitiva, tampouco antecipar todas as estratégias e teses que pretende utilizar e suscitar na defesa de seu representado. Mesmo assim, a defesa do paciente foi clara: pleiteou acesso ao processo nº 1503896-55.2022.8.26.0050, e a juntada aos autos originários, pois afirma que o paciente na realidade foi vítima dos ofendidos. Antes da ocorrência da instrução criminal, com oitiva das vítimas, testemunhas e réus, não há como se afirmar, categoricamente, que não exista correlação entre os feitos. [...] Finda a instrução, competirá à magistrada analisar todo o arcabouço probatório, as alegações ministeriais e defensivas, e prolatar sentença, eventualmente afastando a tese defensiva de que o paciente teria sido vítima, e não algoz. Tolher a defesa de produzir as provas que entende cabíveis acarreta em flagrante cerceamento de defesa, sendo que o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa são assegurados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Por fim, indevido determinar o recolhimento de custas de diligência de Oficial de Justiça para intimação das testemunhas arroladas pela defesa, pois não há previsão legal para tal determinação. Na esfera penal, há, apenas, a previsão de recolhimento de taxa judiciária ao final, pelo réu, se condenado, conforme consta do artigo 4º da Lei Estadual nº 11.608/2003: § 9º - Nas ações penais, salvo aquelas de competência do Juizado Especial Criminal - JECRIM, em primeiro grau de jurisdição, o recolhimento da taxa judiciária será feito da seguinte forma: a) nas ações penais, em geral, o valor equivalente a 100 (cem) UFESPs, será pago, a final, pelo réu, se condenado; Assim, indevido determinar o recolhimento de custas processuais e de

diligência de Oficial de Justiça para intimação das testemunhas de defesa, como determinado na decisão impugnada. Diante disso, concedo parcialmente a liminar pleiteada, determinando-se se a juntada dos autos de nº 1503896-55.2022.8.26.0050, [...] além de deferir a oitiva das testemunhas de defesa arroladas tempestivamente nas respostas à acusação, as quais deverão ser intimadas independente do recolhimento de custas processuais e de diligências dos Oficiais de Justiça. Oficie-se ao juízo de origem para que, com urgência, dê cumprimento à presente decisão. Requisitem-se informações pormenorizadas à autoridade coatora, sobre o

> andamento do feito, o cumprimento da liminar e eventual redesignação da audiência de instrução, debates e julgamento, a fim de viabilizar a intimação de todas as testemunhas e a juntada do inquérito policial nº 1503896-55.2022.8.26.0050 em prazo razoável para análise anterior à audiência em questão, pois apesar da não obrigatoriedade da diligência, reputo necessária para melhor análise da presente impetração. Após, encaminhem-se os autos à douta Procuradoria Geral de Justiça, e tornem conclusos. São Paulo, 13 de outubro de 2022. HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA – Relator".

A decisão da magistrada, em desarmonia com o texto legal, evidentemente afrontou o devido processo legal e os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, já que, "Não cabe à defesa detalhar o conteúdo dos depoimentos das testemunhas para que seja deferida a oitiva, tampouco antecipar todas as estratégias e teses que pretende utilizar e suscitar na defesa de seu representado."[3] (SANTOS, 2022), vez que:

> "Tolher a defesa de produzir as provas que entende cabíveis acarreta em flagrante cerceamento de defesa, sendo que o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa são assegurados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal", resumiu o julgador. O acusado foi representado pelo advogado Cristiano Medina da Rocha."

No artigo "A aplicação da *common law* no Brasil: diferenças e afinidades", o autor sustenta que:

> Observa-se ainda que a justificativa para que se interponha o entendimento jurisdicional ao ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, em um misto de características do sistema da Civil Law e da Commom Law, a figura do 'stare decisis', ainda que de forma não vinculante entre os tribunais, decorre da aproximação destes dois sistemas no âmbito da jurisdição constitucional, onde a constitucionalidade das leis, e mais ainda, a tutela de Direitos, não requer a presença de normas positivadas, e, tampouco, a existência de uma Constituição rígida e positivada, mas sim, a presença de limites materiais que se fundamentam nos direitos e garantias fundamentalmente presentes no seio da sociedade humana, e, sobretudo, da sociedade em que se insere; assim como uma leitura moral da Constituição e do Direito. Ao se analisar as afinidades presentes entre a Common law e a Civil Law de um modo geral, é preciso atentar para o fato de que uma afinidade, para fins de

[3] https://www.conjur.com.br/2022-out-18/defesa-nao-justificar-pertinencia-testemunha-tj-sp

comparação útil entre sistemas jurídicos, só existe caso eles possuam uma base ideológica comum, como colocado por Barak (2006, p. 198). Esta base ideológica é extraída do controle de constitucionalidade material das leis, denominada, na Common Law como 'judicial review', que se pauta pelos direitos e garantias instituídas no texto constitucional, e nos direitos humanos. O papel dos costumes é, também, outro ponto inalienável no considerar das afinidades da Common Law e da Civil Law no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que os costumes também atuam como elemento de sumária importância, a exemplo do cheque pós-datado, que não tem respaldo legal, sendo seu uso e aceitação um fruto dos costumes que perduram desde 1912. Prova da importância dos costumes, é o acolhimento jurisprudencial destes, uma vez que a Lei nº 7.357/85 determina que o pagamento do cheque seja efetuado na data de sua apresentação – desde que este seja válido – a entidade bancária se vê obrigada a realizar o pagamento; mas, tendo o emitente e o tomador convencionado o uso de cheque pós-datado, caso a apresentação deste se dê antes do prazo livremente convencionado pelo arbítrio da vontade privada, poderá, a parte lesada, exigir indenização do beneficiário com o qual havia convencionado a apresentação para pagamento em data futura, mesmo com a ausência de norma positivada neste sentido; como evidenciado pela jurisdição, que tutela este costume, mesmo ante o silêncio legislativo, "Indenização – Dano Moral – Cheque pós-datado. A apresentação prematura de cheque a estabelecimento bancário, resultando em encerramento de conta da conta do emitente, acarreta ao responsável a obrigação indenizatória por dano moral, que deve ser fixada de acordo com a gravidade da lesão, intensidade de culpa ou dolo do agente e condições sócio econômicas das partes" (TAMG, 5ª Câm. Cível, Ap. 190931-9, BH, Rel. Juiz Aloysio Nogueira – v. U., j. 27.04.95, DJ 09/08/95, in Revista Consulex, Ano IV, nº 43, julho/2000) - "Indenização – Dano Moral – Pessoa Jurídica. Perfeitamente admissível o deferimento de indenização a título de dano moral em favor de pessoa jurídica, e decorrente de protesto tirado indevidamente, bem como de abalo de confiança resultante de apresentação antecipada de cheque pré-datado" (TAMG, Ap. 230244-5, 3ª Câm. Cível, BH, Rel Juiz. Kildare Carvalho, v. U. J. 19.03.97, in Revista Consulex, julho/2000), - "Indenização – Dano Moral – Cheque pré-datado – Apresentação prematura pelo estabelecimento comercial. Importa dano moral o comportamento do estabelecimento comercial que, descumprindo acordo firmado com o consumidor, apresenta para saque cheque

> pré-datado cujo pagamento estava programado para data posterior"(TAMG, Ap. 233417-0, 3ª Câm. Cív., BH, Rel. Juiz Dorival Guimarães Pereira, v. U. J. 02.04.97, in Revista Consulex, julho/2000). Ao se cravar um escrutínio sobre as diferenças da Civil Law e da Common Law no ordenamento jurídico brasileiro, constata-se, ab initio, que o valorizar das normas positivadas é um elemento diferenciador, mas que tem apresentado uma perca valorativa após a implementação do Neoconstitucionalismo como corrente de pensamento jurídico sob a qual se erige a hermenêutica legal, constitucional e principiológica. Outra disparidade constatada é o não obedecer aos precedentes instituídos pelos tribunais, como ocorre na Common Law. (Martins, 2014)[4]

Diante do evoluir dos sistemas jurídicos e dos atuais sistemas do direito em rede, onde o Estado deixou de ser o foco único da soberania e a vontade do legislador a fonte absoluta do direito; em que Juízes se transformaram em co-autores da lei, e os sistemas normativos se enredam; é atual a indagação de Tércio Sampaio Ferraz Jr., - Por que ler Kelsen, hoje? (O Estado de São Paulo, 1 de novembro de 1981, pp. 12 a 13):

> Assim, a ciência jurídica não é uma ciência do "ser" (Sein) e não descreve fatos, mas é uma ciência que prescreve normas através do princípio da imputação. A ciência jurídica prescreve um tipo especial de normas: as que têm caráter coercitivo. Sob esta perspectiva, já no começo aparecem destacadas as análises dos conceitos: ato, sentido do ato, validade e valor. Para descrever seu objeto, a ciência jurídica fórmula regras de direito. Uma regra afirma, por exemplo: "Se um indivíduo cometeu um crime, deve ser castigado"; ou, de uma maneira geral, "se se há cometido um ato ilícito deve ser aplicada uma sanção". Da mesma forma que a lei natural, a regra jurídica estabelece uma relação entre dois fatos, mas enquanto na lei natural existe uma relação de causa e efeito, a causalidade não intervém na regra jurídica. O crime não é causa da sanção; a sanção não é o efeito do ato ilícito. A relação que existe entre os dois resulta de uma norma que prescreve ou autoriza uma conduta determinada. Esta norma é o sentido que se dá a um ou a muitos atos que os homens cumprem no espaço e no tempo aos quais se denomina costume, lei, sentença ou ato administrativo" (SANTOS, 1992, p. 43)

[4] Martins, J. (2014). A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades. Fonte: Jus Brasil: https://joaomartinspositivado.jusbrasil.com.br/artigos/156274770/a-aplicacao-da-common-law-no-brasil-diferencas-e-afinidades

Os ensinamentos de Kelsen, ainda influenciam decisões de inúmeros magistrados brasileiros, que se fundam no sistema jurídico como estrutura hierarquizada das normas, como se pode observar nos seguintes julgados:

> [...] Cita-se, por oportuno a lição de Hans Kelsen, quanto à hierarquia de normas, impondo a estreita abrangência da norma inferior, face ao conteúdo e comando de norma superior, de forma a permitir a normatização harmônica da situação jurídica que se pretenda ordenar (...) Ainda que a prestação de serviços do nutricionista permita o enquadramento das refeições servidas aos trabalhadores às normas de segurança alimentar e nutricional da legislação vigente, a exigência não encontra respaldo legal, merecendo ser provido o apelo no ponto. Ante o exposto, voto por dar provimento ao apelo. (Recurso Especial - 122108 de 03 de fevereiro de 2011- Superior Tribunal de Justiça).

> [...] Com base no dogma da hierarquia normativa, cujas raízes lógicas e axiológicas remontam aos célebres trabalhos do notável jurista austríaco HANS KELSEN (1881−1973), os Juristas afirmam, sem discrepâncias de tomo, que a produção normatizadora da vida jurídica e social do País se faz por meio de autêntica escala de instrumentos reguladores, em sentido decrescente, a partir da Constituição: as emendas constitucionais, as leis complementares, as leis ordinárias, as medidas provisórias e dos decretos legislativos (art. 59 da CF). (REsp 926011 / DF RECURSO ESPECIAL 2007/0032125−0. Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128). Data da Publicação/Fonte DJe 09/12/2008).

> [...] Julgados plúrimos, do Egrégio STJ, em cuja esteira houve vários outros, nesta Corte, no sentido de que tais portarias, que guardam menor hierarquia no cotejo dos Decretos-Lei 2283 e 2284/1986, não poderiam ter excepcionado a regra do citado plano econômico que visou o alcance da estabilidade monetária. Pirâmide das normas, que Jurisprudência/STJ - Decisões Monocráticas aqui se recorda, no precioso escólio de Hans Kelsen. Ilegalidade manifesta, como também inconstitucionalidade, das normas de hierarquia mais baixa, tanto à luz da Carta de 1988, quanto da que vigorava naquele tempo; de 1967/1969 (Processo REsp 1087093. Data da Publicação DJe 04/03/2009).

> [...] Em outros termos, o comando normativo encontra validade exclusivamente quando apreciado como fração de sistema, relacionado a este, conforme lecionam Hans Kelsen e Norberto

Bobbio, entre outros mestres" (STJ. Processo REsp 1095537. Data da Publicação DJe 16/12/2009;.

O atual sistema jurídico brasileiro deve ser estudado ainda por meio dos ensinamentos de Ronald Dworkin – um dos maiores teóricos e jusfilósofos do século XX - com clássicas obras a respeito da Escola Moralista do Direito, por meio da qual, inserido no contexto da *common law*, afasta o cético positivismo sem abrir mão da positividade do direito, submetendo sua identificação à observância dos níveis de integridade e coerência ao conjunto valorativo presente em dada comunidade; e de Niklas Luhmann que incorporou às ciências sociais, os conceitos de autopoiese e de alopoiese, os quais se revelam de grande utilidade para a descrição do direito brasileiro, no qual a interferência de outros subsistemas sociais no jurídico é evidente.

Para alguns, o Brasil atualmente adota o sistema misto - *civil law* e *common law* -, todavia, em ambos os sistemas o magistrado obedece de certa forma o direito positivado - seja o texto constitucional, ou o sistema de princípios e de costumes consagrados há tempos imemoriais; mas em nenhum dos dois sistemas o Juiz por sua livre e deliberada convicção cria regras que afrontem os textos legais e os princípios de liberdade consagrados naquela nação.

O que se tem observado no Brasil não é aplicação da teoria dos precedentes originária do sistema da *common law* norte-americano, em que o Juiz pacífica entendimentos jurídicos que servem como regra matriz aos casos supervenientes, uniformizando a jurisprudência; pelo contrário, a postura adotada por alguns magistrados brasileiros em contrariar a CR, e as mais diversas regras positivadas, com base em suas convicções pessoais, está causando um colapso nos pilares da justiça, vez que, ao invés de se consolidar a segurança jurídica, isonomia, imparcialidade e legalidade, os jurisdicionados estão vivendo momentos de insegurança jurídica.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Voltemos às reflexões propostas no início do texto:

1. O Juiz que julga dando interpretação pessoal no caso concreto, contrariando o que está expresso no texto legal está sendo justo?

2. Ao julgar criando figuras jurídicas não previstas na legislação, está agindo em benefício da coletividade, protegendo direitos fundamentais, ou ferindo o Estado Democrático de Direito, que materializou regras jurídicas onde a vontade popular é manifestada por meio de representantes eleitos dos Poderes Legislativo e Executivo?

3. O que é justiça?

Para Hans Kelsen,

> A justiça é, antes de tudo, uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social. Como virtude do homem, encontra-se em segundo plano, pois um homem é justo quando seu comportamento corresponde a uma ordem dada como justa. Mas o que significa uma ordem ser justa? Significa essa ordem regular o comportamento dos homens de modo a contentar a todos, e todos encontrarem sob ela felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social. Nesse sentido Platão identifica justiça a felicidade, quando afirma que só o justo é feliz e o injusto, infeliz. (KELSEN, 2001, p. 02)

Não é possível responder as indagações 1 e 2 de forma técnica e satisfatória, isento de convicções pessoais e ideológicas, sem incorrer no mesmo equívoco dos magistrados que não respeitam as disposições legais; entretanto, ao que parece, as posturas dos referidos Juízes são causadoras da disseminação da sensação de insegurança jurídica que assombra os jurisdicionados brasileiros.

As constantes alterações das regras formais e substanciais do sistema jurídico, pelo Poder Judiciário, sem qualquer uniformização das decisões, nos afastam do conceito de justiça apresentado por Kelsen, já que a insegurança jurídica impossibilita aos brasileiros de modo geral gozarem do sentimento de "felicidade social".

Os operadores do direito, sejam eles, Advogados e/ou Promotores de Justiça, muitas vezes se veem desejando que suas demandas sejam distribuídas para este ou aquele Juiz, ou para determinada câmara ou turma dos tribunais; por ser público e notório os posicionamentos garantistas ou punitivistas de cada órgão jurisdicional; ficando, assim, hialino que não há uniformização jurisprudencial no Brasil. E pior, muitas das decisões são prolatadas à margem da Constituição da República, de forma a contaminar o sistema jurídico brasileiro com a nefasta insegurança jurídica.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. In Los fundamentos de los derechos fundamentales, Madrid, Trotta, 2001.

ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo; ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Los derechos en la Revolución inglesa, in Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: Trânsito a la modernidade, Siglos XVI y XVII. Madrid: Dykinson, 2003.

BARABÁSI, Albert-László. Network Science. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

BARAK, Aharon. The judge in a Democracy. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da 2011 aproximação dos sistemas de common law e civil law. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2011BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, v. 65, n. 4, out./dez., 2007.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BERNARDES, Juliano Taveira, Ferreira, ALVES, Olavo Augusto. Direito Constitucional: Tomo II – Direito Constitucional Positivo. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

BLACKSTONE, William. Commentaries on the law of England (fac-símile da 1ª edição, de 1765). Chicago: The University of Chicago Press, 1979, v.1.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Processo Legislativo nº 1, Impeachment Dilma Rousseff/ https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/08/31/veja-a-sentenca-de-impeachment-contra-dilma-rousseff/view

BRASIL. (Constituição (1988)). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ constituicao/ constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. (CPC). Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. (CPP). Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível emhttp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 11 nov. 2022.

BRASIL. 8ª Vara Criminal da Capital/SP, Juíza Titular Cynthia Maria Sabino Bezerra Camurri, Ação Penal nº. 1530134-14.2022.8.26.0050 - c. 2022/001064.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988._

BRASIL. Lei nº12.594 de 18 de janeiro de 2012.Brasília: Presidente da República, 2012. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm. Acesso em 12 de nov. de 2022.

BRASIL. Lei nº13.431 de 04 de abril de 2017.Brasília: Presidente da República, 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em 12 de nov. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo REsp 1087093. Data da Publicação DJe 04/03/2009

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo REsp 1095537. Data da Publicação DJe 16/12/2009

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial - 122108 de 03 de fevereiro de 2011- Superior Tribunal de Justiça

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 12ª Câmara de Direito Criminal, Relator Heitor Donizete de Oliveira, Habeas Corpus nº. 2243354-91.2022.8.26.0000

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,12ª Câmara Criminal, Relator Heitor Donizete de Oliveira, Habeas Corpus nº. 2243354-91.2022.8.26.0000.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte: Mandamentos, v. 3, 2001.

CARVALHO NETTO. Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Minorias e democracia no Brasil. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 4, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1969.

CHIOVENDA, Giuseppe. Le forme nella difesa giudiziale del diritto. S. L.: 1901

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Resoluções. Disponível em: http://www.pol.org.br. Acesso em 04 maio. 2022.

COURA, Alexandre de Castro. Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional: para uma análise crítica da "jurisprudência de valores" à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

DE AZEVEDO, SILVAGNER ANDRADE. Direito e jurisdição: três modelos de juiz e seus correspondentes mitológicos na obra de François Ost. Direito Público, v. 8, n. 44, 2011.

Decreto Lei Nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acessado em: 17 jan. 2012.

DELLAGNEZZE, René. Os sistemas jurídicos da civil law e da common law. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6348, 17 nov. 2020. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/86328. Acesso em: 24 nov. 2022.

DENNINGER, Erhard. Tarefas do estado e direitos humanos. Anais da XVI Conferência Nacional dos Advogados, Fortaleza, 1996.DENTI, Vittorio. Il processo di cognizione nella storia delle riforme. S. L.: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1993.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELIAS, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. ed. São Paulo:Saraiva, 2008.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta de intérpretes

HABERMAS, Jungen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HIRSCHL, Ran. Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism,. Massachusetts: Harvard University Press, 2004. LEAL, André Cordeiro. O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DORF, Michael. Hermenêutica constitucional. Trad. Amarílis de Sousa Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

KELSEN, Hans. O que é Justiça – A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª ed. Coimbra: Arménio Amado Editores, 1984.

KELSEN, Hans. A Ilusão da Justiça. 2.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LIBERAT, Wilson Donizeti. Processo penal juvenil. São Paulo: Malheiros, 2006.

MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri: Manole, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito - UFPR, 2009. Nº. 49.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo, v. 1, 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

MARTINS, J. (2014). A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades. Fonte: Jus Brasil: https://joaomartinspositivado.jusbrasil.com.br/artigos/156274770/a-aplicacao-da-common-law-no-brasil-diferencas-e-afinidades

MELO FILHO, Álvaro. Súmulas vinculantes: os dois lados da questão. Fortaleza: Themis, 1998. V.2. N.1.

MORAN, Fabíola. Ingerência penal & proteção integral à vítima. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

OST, François. Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez. Revista Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho, Universidad de Alicante, n. 14, 1993. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/porta /DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em: 02 nov. 2022.

PACIEVITCH, Thais. Hércules. InfoEscola: Navegando e Aprendendo. 2022?. Disponível em: https://www.infoescola.com/mitologia-grega/hercules/. Acesso em: 17 nov. 2022.

PEREIRA, Rodolfo Viana. Hermenêutica filosófica e constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERES, Iehuda Henrique ; AZEVEDO, Daíla Landim de et al . A influência de Hans Kelsen nas decisões dos tribunais brasileiros. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518−4862, Teresina, ano 17

, n. 3209, 14 abr. 2012 . Disponível em: https://jus.com.br/artigos/21514. Acesso em: 29 ago. 2022.

PRIEBE, Victor Saldanha; SPENGLER, Fabiana Marion. Júpiter, Hércules Ou Hermes: Reflexões Acerca Do Liame Discricionário Interpretativo De Cada Um. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 21, n. 2, 2020.

RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. São Paulo: Max Limond. 1952.

REsp 926011 / DF RECURSO ESPECIAL 2007/0032125−0. Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128). Data da Publicação/Fonte DJe 09/12/2008

Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba.V.04, n.61, p.779-796, Out-Dez. 2020 (Received/Recebido: Agosto 02, 2020; Accepted/Aceito: Outubro 23, 2020)

SANTOS, Celeste Leite dos. Injusto Penal e o Direito das Vítimas de Crimes. Curitiba: Juruá, 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Poder Jurídico e Violência Simbólica. Problemas do Poder na Ohm Póstuma de Hans Kelsen. São Paulo: Cultural Paulista, 1985.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Transplante de órgãos e eutanásia: liberdade e responsabilidade. São Paulo: Saraiva. Acesso em: 24 nov. 2022.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Kelsen Fácil, Liberdade. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999.

SANTOS, R. (18 de outubro de 2022). Defesa não precisa justificar pertinência de testemunha, decide TJ-SP. Fonte: Conjur: https://www.conjur.com.br/2022-out-18/defesa-nao-justificar-pertinencia-testemunha-tj-sp

SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional. 3ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. São Paulo: Ed. RT, 2008.

SILVA, Evani Z. Marques da; CASTRO, Lidia. R. Folgueira. Psicologia judiciária para concursos da magistratura. São Paulo: Edipro. 2011.

SILVA, Evani. Z. Marques da. Psicologia jurídica: um percurso nas varas de família do tribunal de justiça do Estado de São Paulo. Psicologia Ciência e Profissão. v. 33, n.4, 2013. p. 902-917.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28 ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TEUBNER, Gunther. El Derecho cremo Sistema Autopoético dela Sociedad Global. Santiago: Olejnik, 2017.

THIBAU, Vinícius Lott. (Org.). Breves considerações teóricas sobre os paradigmas do estado liberal, do estado social e do estado democrático de direito. S. L.: s. D. WILLIAMS, Ian (2006). "Dr Bonham's Case and 'void' statutes". Journal of Legal History. S. L. S. D.