

1. Introdução

O presente texto visa criticar duramente duas decisões do Supremo Tribunal Federal não por não ter acolhido as teses que considero constitucionalmente e processualmente adequadas, mas pela postura (*data maxima venia*) teratológica de ter julgado improcedente uma ação (ADI 6551) e não conhecido de um recurso (RE 845.779/SC) por dizer não concordar com fundamentos *fictícios*, sem enfrentar os fundamentos reais (ADI 6551) e por afirmar que as peças processuais da parte não teriam feito o que, de fato, objetivamente, fizeram (RE 845.779/SC).

Embora a péssima fundamentação das decisões judiciais seja uma chaga do Judiciário em geral, no sentido de se rejeitarem ações, defesas ou recursos sem se enfrentar as causas de pedir das partes, na lógica da famosa jurisprudência nefasta pela qual “o Juízo não é obrigado a responder *todos* os fundamentos das partes, bastando que decida segundo seu livre convencimento motivado” (sic, minimamente parafraseado – curiosíssima é decisão do início do século que diz que “juiz não é perito para responder quesitos”), o que ocorreu nessas duas decisões é algo que nunca vi em quase vinte anos de advocacia. A saber, enfrentar e rejeitar uma causa de pedir *fictícia*, sem enfrentar a causa de pedir *real*, no caso da ADI 6551. O que se viu no RE 845.779/SC já é nefastamente comum: não se conhecer de recurso por acusá-lo de *não* ter feito o que de fato *fez* ou por acusa-lo de *ter* feito o que de fato *não* fez, enquadrando-se aqui algo similar à primeira hipótese.

Será explicitada, ainda, a tese de existência de verdadeiro Estado de Coisas Inconstitucional da Fundamentação das Decisões Judiciais no Brasil e a necessidade de sua superação em termos de legitimidade democrático-constitucional do Judiciário (item 5 e Conclusão).

2. ADI 6551. Rejeição de causa de pedir *fictícia*, sem enfrentar a causa de pedir *real*.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucional (ADI) 6551, que tive a honra de mover pelo PDT – Partido Democrático Trabalhista, por 9x2, o Supremo Tribunal Federal validou norma de lei estadual paulista que só permite que concorra à Chefia do Ministério Público Estadual (encabeçando a Procuradoria-Geral de Justiça) integrantes da *Procuradoria* de Justiça, ou seja, a segunda instância do Ministério Público. A Corte negou a existência de inconstitucionalidade, por violação ao princípio da igualdade e da não-discriminação a integrantes da *Promotoria* de Justiça, ou seja, a primeira instância do Ministério Público.

Para afastar a alegação de discriminação *direta* (intencional) por *classe* profissional, aduziu que a alegada (e incomprovada) finalidade de promover somente pessoas com *maior experiência* possam exercer a Chefia do Ministério Público. Não enfrentou a causa de pedir da ação pela qual esse alegado fim estatal não é promovido pela discriminação legal em questão, já que há Promotores e Promotoras de 1º Grau com mais experiência que Procuradores e Procuradoras de 2º Grau por ser impossível faticamente promover, tanto por merecimento quanto por antiguidade, todas as pessoas que fazem jus a tanto, por limitações orçamentárias e mesmo numéricas (total de cargos

da Procuradoria). Também não enfrentou a causa de pedir acerca do princípio da proporcionalidade, em seu subprincípio da necessidade, sobre haver *meio menos gravoso objetivamente aferível* para atingir esse fim, se esse for seu intuito: exigir idade mínima e tempo mínimo de carreira para tanto. Reiteradas essas matérias em embargos declaratórios, a Corte manteve-se silente sobre esses temas, algo que me parece inédito no controle *abstrato e concentrado* de constitucionalidade, onde nunca vi a Corte não enfrentar as causas de pedir das partes (concorde-se ou não com a decisão).

Mas o ponto desse artigo é outro, pois fui contratado para propor essa ação *principalmente* pelo fundamento da discriminação *indireta* por gênero às *mulheres* do Ministério Público Paulista, donde a ação requereu a declaração de inconstitucionalidade também por esse fundamento, pelas razões que explicarei para demonstrar o quão *surreal* foi a postura da douta maioria do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Na ação, a partir de estudos do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, foi demonstrado que há *muito mais mulheres Promotoras de primeira instância do que Procuradoras de segunda instância* no Ministério Público paulista.¹ Então, não permitir que pessoas que integram a *Promotoria* de Justiça de 1ª instância concorram ao cargo de Procurador(a)-Geral de Justiça tem um *impacto desproporcional* sobre as *mulheres* do Ministério Público paulista, já que elas estão, em sua maioria, na Promotoria. E é mais do que basilar que a discriminação *indireta* é aquela não-intencional e não-expressa na letra da lei, mas que é *tão inconstitucional* quanto a discriminação direta (intencional e expressa) pelo impacto desproporcional em determinado grupo social (ainda mais quando já marginalizado socialmente). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem diversos precedentes em que reconhece a inconstitucionalidade de leis quando conclui que elas geram um *efeito discriminatório desproporcional* em determinado grupo social, com precedentes que o fazem em defesa dos direitos das mulheres em geral.

Ao analisar a questão, o Relator, Ministro Dias Toffoli, seguido pela maioria no julgamento virtual, aduziu que a declaração de inconstitucionalidade da norma estadual em questão não gerará o aumento das mulheres Procuradoras de Justiça (ou seja, mulheres na 2ª instância do MP Paulista), sendo esta a *única* razão pela qual não declarou a inconstitucionalidade da norma por discriminação indireta às mulheres do Ministério Público de São Paulo. O voto concordante do Ministro Alexandre de Moraes se focou apenas na autonomia dos Estados para disciplinar o tema, sendo que o Ministro Toffoli decidiu *mudar de opinião* sobre cinco decisões de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade (“cinco ADIns”) em que o STF afirmou que não haveria tal autonomia, tanto pelo princípio da simetria quanto pela arbitrariedade da discriminação em questão (ignorando os critérios dogmáticos para superação de precedentes afirmados pela Corte na decisão que se recusou a reanalisar a constitucionalidade da “Lei da Ficha Limpa”, na ADI 6630). Mas foquemos no tema da discriminação indireta por gênero.

Nos embargos declaratórios apresentados, pontuou-se a *omissão* sobre a causa de pedir *real* da petição inicial, citada enfaticamente nas *duas* sustentações orais enviadas ao Plenário virtual,² explicando-se que se concorda plenamente que a declaração de inconstitucionalidade da discriminação em questão não aumentará o número de mulheres integrantes da Procuradoria-Geral de Justiça, mas a questão é que *não foi isso* que a petição inicial e as sustentações orais alegaram! Alegou-se que a proibição de integrantes da Promotoria de 1ª instância poderem concorrer à Chefia da instituição gera um *impacto desproporcional* às mulheres do Ministério Público paulista, por estarem em sua grande maioria nela, sem em nenhum momento se ter alegado que a declaração de inconstitucionalidade de tal restrição geraria um “aumento” do número de mulheres *Procuradoras* de 2ª instância da instituição. Por isso que os embargos de declaração pontuaram que a decisão de mérito rejeitou uma causa de pedir *fictícia*, incorrendo em omissão sobre a causa de pedir *real* da ação. Mas o acórdão dos embargos, sintetizando a causa de pedir *real*, descrita nos parágrafos 11 a 15 e respectivas transcrições da ação e da última sustentação oral (que transcrevi e anexei em petição protocolada), negou que tenha havido omissão pela mera transcrição da fundamentação que rejeitou a causa de pedir *fictícia* que a Corte criou (pois em nenhum momento sequer insinuada pela ação e pelas sustentações orais).

Entre outros pontos destacados nos embargos declaratórios, a decisão teve outro problema grave. Como pontuado nos embargos declaratórios, o Relator, Ministro Dias Toffoli, embora com louvável honestidade intelectual de reconhecer que *cinco precedentes de controle abstrato de constitucionalidade* do STF haviam reconhecido a inconstitucionalidade material de leis tais, por discriminação *direta* por classe profissional, afirmou que mudou de opinião para acolher fundamentos que foram *analisados e rejeitados* pelas cinco decisões em questão. No acórdão dos embargos, por unanimidade, o STF afirmou que as razões para a superação de tais precedentes foram apresentadas, para rejeitarem a alegação de omissão e afronta direta ao princípio constitucional da segurança legítima, em seu subprincípio da proteção da confiança legítima na jurisprudência, em termos de seu conteúdo consensual de imposição constitucional de garantia da previsibilidade e estabilidade das relações jurídicas.

Ocorre que, novamente, foi rejeitada uma causa de pedir *fictícia*, agora dos embargos declaratórios, pois não se defendeu que não foram apresentadas as razões do convencimento do Relator e, conseqüentemente, da douta maioria que o seguiu. O que se pontuou foi que os *critérios dogmáticos* para superação de precedentes, *afirmados pela Corte no julgamento da ADI 6630*, não foram respeitados (apesar de descritos nos parágrafos n. 22 a 25, em especial 23.1 a 23.3, dos embargos. Veja-se, não se alegou omissão sobre tese doutrinária, alegou-se omissão sobre precedente da Corte que se recusou a reavaliar a constitucionalidade de uma lei (no caso, a “Lei da Ficha Limpa”) porque a decisão do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade só pode ser revista, em síntese, se houver *novos fundamentos*, na lógica da *cláusula rebus sic stantibus* (mudança do suporte fático do caso, ou seja, fatos novos e danos sociais não-previstos que justificam a mudança da posição da Corte). Mas o que o ilustre Relator e

unanimidade da Corte fizeram foi simplesmente admitir que teses já apreciadas e rejeitadas pelos precedentes anteriores justifique a mudança de sua jurisprudência – e sem explicar nada além de uma “mudança de opinião” do Relator e da douta maioria que o seguiu no julgamento de mérito para tanto.

Fica a ressalva e a nota de louvor ao Ministro Edson Fachin e à Ministra Cármen Lúcia, pelo voto vencido daquele, seguido por esta, em que manteve a *estabilidade, coerência e integridade* da jurisprudência do STF, exigida pela lei (art. 926 do CPC) enquanto decorrência do princípio da segurança jurídica, relativamente à discriminação direta por classe profissional e, ainda, por reconhecerem a discriminação indireta por gênero, à luz da causa de pedir *real* respectiva. Embora tenham seguido o Relator nos embargos declaratórios, *presumo que, provavelmente*, entenderam que a matéria do voto vencido já estava considerada *incluída* no acórdão, como diz o art. 941, §3º, do CPC. Confesso que, como advogado que foi *recepicionado* pelo atual Código de Processo Civil (!), mas que advogou por muito tempo no CPC/1973, onde um dispositivo tal não existia e a jurisprudência entendia de forma diversa, tive na mente entendimento do STF pelo qual “não há” contradição interna no acórdão pela incompatibilidade dos distintos votos do órgão colegiado entre si. Como o Ministro Fachin e a Ministra Cármen não fizeram voto vencido, pensei que *talvez* esse entendimento do STF tenha sido superado pelo art. 941, §3º, do CPC. Seja como for, fica a nota de louvor e a ressalva a ambos, cujos votos vencidos em muito amenizaram a frustração de Promotores e Promotoras que me contrataram na sua indignação com o menosprezo institucional que a lei em questão e, conseqüentemente, a decisão da maioria do STF lhes causou.

3. RE 845.779/SC. Desconsideração da Súmula 356 do STF e do conteúdo concreto das peças processuais na teratológica acusação de inovação recursal para, por isso, negar o prequestionamento efetivado.

Após nove anos de um *perdido de vista* do Ministro Luiz Fux no julgamento do tema relativo ao direito das mulheres trans poderem usar os banheiros femininos, em pleno respeito a seu direito fundamental à sua identidade de gênero autopercebida (cf. STF, ADI 4275 e RE 670.422/RS, de 2018; ADO 26 e MI 4733, de 2019; e MI 4733-ED, de 2023), algo surreal ocorreu na sessão de julgamento de 06 de junho de 2024.

Retomado o julgamento com o voto vista do Min. Fux, em uma incrível *decisão-surpresa* (ilícita à luz do art. 10 do CPC e inconstitucional à luz do direito fundamental ao contraditório substantivo, base teleológica daquele), Sua Excelência afirmou que teria pedido vista em razão de diálogos com o falecido Min. Teori Zavascki sobre suposta ausência de base no *quadro fático* do acórdão de 2º grau para possibilitar a análise do tema constitucional pelo STF. E em uma incrível desconsideração do teor objetivo e notória concretização jurisprudencial de décadas da Súmula 356 do STF, o Min. Fux afirmou que “*embargos de declaração questionam, não prequestionam*” (sic, minimamente parafraseado), para dizer que, além de não ver na decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina constatação de violência ou discriminação à mulher trans em questão (no que fechou os olhos ao teor literal do acórdão, como se verá), que o fato da recorrente ter invocado a matéria constitucional não trabalhada no acórdão nos

embargos de declaração não efetivariam o prequestionamento. Outros Ministros, provavelmente constrangidos com essa fala teratológica à luz da Súmula 356 do STF, positivada pelo art. 1.025 do CPC, basicamente acusaram a recorrente de ter feito “inovação recursal” nos embargos de declaração, por afirmarem que a petição inicial e a “apelação” (rectius: as contrarrazões de apelação) dela teriam se baseado só na lei infraconstitucional (Código Civil e Código de Defesa do Consumidor) e não em normas constitucionais, para por isso (e só por isso) não considerarem a matéria constitucional prequestionada pelos embargos declaratórios.

Eu tive a honra de participar também desse julgamento, com sustentação oral pela ABGLT, na sessão de novembro de 2015, e por *questão de fato* que me foi concedida na sessão de 06 de junho de 2024 pelo Relator e Presidente do STF, Min. Roberto Barroso. Confesso que fiquei em absoluto *choque* quando o Ministro Fux disse que “embargos questionam, não prequestionam” (sic), porque esse é o teor e significado da Súmula 211 do STJ, notoriamente distinto do teor e significado da Súmula 356 do STF. Sendo que, na *questão de fato*, pontuei o trecho do acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina onde se disse que “o único acontecimento que ficou demonstrado nos autos foi o fato de o requerente ter sido abordado no toilete feminino por uma funcionária do shopping, que solicitou a ele que fizesse uso do banheiro masculino”.³ **ORA**, tendo o quadro fático do acórdão de 2º grau atestado que a mulher transexual, tratada no masculino o tempo inteiro (inclusive pelo Min. Fux, ao ler esse tratamento desrespeitoso a sua identidade de gênero sem nenhuma ressalva), foi retirada do banheiro feminino apenas por ser transexual, então foi prequestionada explicitamente a proibição da recorrente usar o banheiro feminino apenas por ser transexual, por considerada como “homem”, em desrespeito à sua identidade de gênero. E na lógica da possibilidade de *reavaliação jurídica* do quadro fático do acórdão para fins de *requalificação jurídica (adequada definição jurídica)*,⁴ notoriamente admitida pela jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores como conceito distinto do vedado “revolvimento fático-probatório” (sic), era plenamente possível que o STF, por esse único trecho, entendesse que a situação caracteriza *discriminação transfóbica* caracterizadora de dano moral indenizável. Inclusive porque, em memorial, citei farta jurisprudência torrencial dos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho no sentido da caracterização de dano moral indenizável pela proibição de uso do banheiro feminino por mulher trans, pela evidente discriminação por identidade de gênero daí decorrente.

Veja-se, ainda, a demonstração da desconsideração da jurisprudência pacífica de décadas do STF por essa posição teratológica do Ministro Fux, explicada no parágrafo 21 dos embargos declaratórios, rejeitados sem enfrentamento dessa relevante e pertinente questão:

Como se vê, houve **evidente erro material do Min. Luiz Fux** nessa afirmação ora transcrita, na medida em que a **jurisprudência pacífica deste e. STF há décadas** (cf. doc. anexo) explica a *regra jurisprudencial* fruto de sua Súmula 356 pela qual “**os embargos de declaração representam a garantia do trânsito do recurso extraordinário, se o Tribunal ‘a quo’ se omitiu na apreciação de matéria que a parte propôs no juízo de**

apelação” (Min. Ilmar Galvão, em 1991),⁵ tendo a Súmula n. 356 desta Suprema Corte configurado **“garantia de trânsito do apelo extremo”** pela oposição de embargos de declaratórios sobre tema que deveria previamente submetido à apreciação pelo acórdão de 2º grau (Min. Francisco Rezek, em 1985),⁶ no sentido da suficiência da **“interposição de embargos declaratorios para o prequestionamento dessa matéria (Súmula 356)”** (Min. Moreira Alves, em 1977),⁷ para deixar a questão **“prequestionada em embargos de declaração (Súmula 356)”** (Min. Moreira Alves, em 1988), ou seja, **“embargos declaratórios para prequestiona-la”** (Min. Carlos Madeira, em 1987).⁸ Em suma, a jurisprudência dessa Suprema Corte sempre foi pacífica no sentido de que **“para evitar a falta de prequestionamento, necessário seria que a omissão fosse reclamada, por via de embargos de declaração (aplicação da Súmula 356)”** (Min. Amaral Santos, em 1971), razão pela qual **“tendo sido reiterado em Embargos Declaratórios, satisfeito, assim, o requisito, do prequestionamento, como decorre da Súmula 356 do S.T.F”** (Min. Sidney Sanches, em 2002). **E isso foi cumprido pela ora Embargante**, em seus embargos declaratórios que reiteraram a matéria constitucional afirmada em contrarrazões de apelação e, antes disso, na petição inicial (cf. matéria do erro material infra). **Eis o erro material sobre qual é a regra jurisprudencial e legal (art. 1.025 do CPC) acerca do tema do prequestionamento via embargos declaratórios! (grifos e notas do original)**

A afirmação do Min. Fux de que o Tema 657 do STF teria decidido que nunca o tema da indenizabilidade do dano moral seria passível de análise em recurso extraordinário implica em *outro negacionismo*, pois o inteiro teor do acórdão (e até da ementa) que gerou a síntese do enunciado temático em questão diz o contrário. Com efeito, na referida decisão, consignou-se expressamente que **“Salvo em situações extremas e excepcionais, nas quais se verifique o esvaziamento do direito de imagem e, por conseguinte, ofensa direta à norma constitucional, as discussões relativas à ocorrência ou não de dano moral não deve galgar a instância extraordinária”** (grifos nossos). **ORA**, essa decisão deixou explícito então que cabe *excepcionalmente* ao Supremo Tribunal Federal avaliar casos de danos morais quando constate o *esvaziamento do direito* protegido pelo art. 5º, inc. X, da CF, quando se afirmou expressamente que isso gera *questão constitucional direta* passível de Recurso Extraordinário, donde possível, em tese, entender que retirar mulher transexual de banheiro feminino esvazia seu direito ao igual respeito e consideração imanente aos princípios da dignidade humana e da igualdade e caracteriza, assim, dano moral indenizável, já que é pacífico na jurisprudência que a violação da dignidade humana caracteriza dano moral, enquanto direito constitucionalmente garantido (art. 5º, V e X, da CF).⁹

Sobre a afirmação de outros Ministros, pela qual a petição inicial e as contrarrazões de apelação supostamente não teriam tratado de temas constitucionais, mas apenas infraconstitucionais, trata-se de *novo negacionismo* da Douta Maioria. Isso porque tanto a petição inicial quanto as contrarrazões de apelação invocaram longamente os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da igualdade (art. 3º, IV) e os direitos fundamentais à proteção da imagem e da honra, sob pena de caracterização de dano moral indenizável (art. 5º, V e X), à luz da imposição constitucional de punição a

qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI). Tudo amplamente explicitado com a necessária argumentação para demonstrar a incidência e violação dessas normas constitucionais nos itens 2.8 a 2.12, 2.19, 2.22, 3.4 a 3.6 e 3.10 a 3.15 da petição inicial, bem como nos embargos declaratórios de prequestionamento opostos em face do acórdão de 2º grau. Beira o inacreditável essa alegação de “inovação recursal” da Douta Maioria, que simplesmente não existiu!

Como se vê, foi puramente desrespeitosa a afirmação do Ministro Flávio Dino no sentido de que conhecer do Recurso Extraordinário em questão implicaria em suposto exercício de “poder ditatorial” (sic) pelo STF, no sentido de desconsiderar sua jurisprudência acerca do tema. Com máximo respeito, mas por isonomia, por essa lógica oriunda dessa desnecessária expressão descabida, quem exerceu “poder ditatorial” nesse sentido foi a Douta Maioria do STF e, assim, o Min. Flávio Dino nesse caso, ao ignorarem o teor concreto da petição inicial, das contrarrazões de apelação e dos embargos declaratórios de prequestionamento (que focaram nessa questão constitucional e não só ou não primordialmente em questão de competência, como disse o Min. Alexandre de Moraes), bem como a jurisprudência do STF (Súmula 356 e inúmeros julgados que a aplicam) e o teor do art. 1.025 do CPC para fins de caracterização do prequestionamento (no caso do Min. Fux).¹⁰

4. Comentários às decisões acima descritas e criticadas. As futuras denúncias do Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Confesso ainda estar em estado de *profunda perplexidade* pela posição da Douta Maioria do STF no julgamento de mérito da ADI 6551 e do não-conhecimento do RE 845.779/SC, bem como da posição unânime do acórdão que rejeitou os embargos declaratórios da primeira e da posição majoritária do acórdão que rejeitou os embargos declaratórios do segundo (sem enfrentar os fundamentos dos embargos, nos dois casos).

Como sempre digo em diálogos informais, não fico indignado com a rejeição de teses que defendo pelo Judiciário quando expressamente enfrentada, pois o que sempre me *choca* e inclusive me *ofende* em meu *lugar de fala* enquanto advogado é a postura do Judiciário rejeitar um pedido sem enfrentar a *causa de pedir real* que foi apresentada em sua defesa. Para além de uma *causa de pedir rejeitada* implicar em uma *ação rejeitada*, pois o pedido deve ser acolhido ou rejeitado pela fundamentação apresentada pela parte para tanto (princípio da adstrição entre causa de pedir e pedido), é simplesmente teratológica a postura de rejeitar um pedido sem enfrentar sua fundamentação concreta. Embora Promotores e Promotoras de Justiça nesse caso, como profissionais do Direito, conheçam bem essa chaga da fundamentação das decisões judiciais que não enfrenta causas de pedir apresentadas, essa situação é difícil de explicar a pessoas leigas: como explicar para alguém que se entende que a ação tem chance de êxito por conta do fundamento jurídico “x”, à luz do fato “y”, mas o pedido é negado sem analisar esse fundamento jurídico e sem analisar o fato devidamente provado no processo?! A parte deve achar que o(a) advogado(a) está de brincadeira com

ela e não quer admitir algum erro, como sempre ironizo, dizendo que nessas horas, sou obrigado a dizer que se trata de nefasta prática generalizada no Judiciário, embora aparentemente inédita no controle *abstrato* de constitucionalidade perante o STF, e que posso mostrar pela comparação das petições com as decisões proferidas que foi a surreal situação citada que ocorreu.

Por exemplo, no caso da ADI 6551, não haveria nenhuma perplexidade se a Corte dissesse que *apesar* do impacto desproporcional às mulheres do MP paulista pela norma em questão, por exemplo, alguma *ponderação* fruto do princípio da proporcionalidade em seu subprincípio da estrita-proporcionalidade “justificaria” constitucionalmente a discriminação, eu poderia discordar (inclusive porque defendi na ação que nada é alegado nesse sentido e não vislumbro razão para tanto), mas seria uma fundamentação constitucional apresentada. Ainda não tive notícia de que, constatada uma *discriminação indireta*, ao menos “prima facie”, fosse realizada uma *ponderação* que gerasse a não-prevalência dos princípios da igualdade e da não-discriminação em razão da *precedência condicionada* de outro princípio constitucional à luz das circunstâncias do caso concreto (ainda que analisado de forma geral e abstrata nessa modalidade de controle), mas não me parece impossível à luz da dogmática séria da ponderação de princípios, tanto na forma positivada no Brasil (art. 489, §2º, do CPC) quanto na teoria geral de Alexy, quando se demonstrasse por argumentação racional que haveria uma restrição (leve/media/intensa, na tipologia de Alexy) maior do princípio que teve prevalência sobre aqueles. Tenho até receio de mencionar a possibilidade, embora duvide que não tenha sido pensada. Mas o STF não fez isso nem apresentou nenhuma outra argumentação para tanto. Apenas incorreu em uma *negacionismo* acerca do *fato constitucional* do *efeito discriminatório desproporcional* às mulheres do Ministério Público paulista pela norma impugnada, ao se recusar a considerar as pesquisas e a argumentação da petição inicial e dos embargos de declaração que o consideraram.

Vale mencionar que a teoria da *causa de pedir aberta* da fundamentação do controle *abstrato* de constitucionalidade (acolhida pela jurisprudência do STF) significa que a Corte pode se basear em *outros* fundamentos que não *apenas* os da ação (relativização do citado princípio da adstrição no controle *abstrato*), mas não significa que a Corte possa *ignorar* a causa de pedir *real* apresentada pela parte, que deve enfrentar, sob pena de nulidade (art. 489, §1º, IV, do CPC, enquanto concretização legislativa fruto de liberdade de conformação do Legislativo democrático que exige fundamentação mais analítica que aquela da literalidade do art. 93, IX, da CF)..

Já no caso do RE 845.779/SC, o que é chocante é o *teratológico negacionismo* da Douta Maioria sobre o que tanto o acórdão de segundo grau quanto as peças processuais da recorrente (petição inicial e contrarrazões de apelação) efetivamente disseram. **ORA**, se o acórdão diz que está provado “apenas” que uma pessoa que se identifica como mulher transexual foi retirada do banheiro feminino, sendo tratada no masculino o tempo inteiro, então está prequestionada a proibição de uso do banheiro feminino por mulher transexual. **ORA**, a Súmula 356 do STF e o art. 1.025 do CPC positivaram o chamado

“prequestionamento ficto”, pelo qual a matéria não trabalhada no acórdão, mas que foi objeto de embargos declaratórios de prequestionamento encontra-se prequestionada. **ORA**, a petição inicial da recorrente tratou amplamente das matérias constitucionais invocadas nos embargos declaratórios, donde não houve inovação recursal de sua parte, lembrando que foi vitoriosa em primeiro grau. É simplesmente *chocante* que o Judiciário em geral e a Suprema Corte em especial rejeitem recursos a partir de fundamentos inverídicos, por acusarem o recurso ou outras peças processuais de não terem feito algo (no caso, a petição inicial “não ter” invocado fundamentos constitucionais) quando, *de fato, objetivamente*, esse “algo” foi feito...

Como pontuei nos embargos declaratórios em conjunto com a advogada Isabela Medeiros, responsável pela chegada do caso ao STF e reconhecimento da repercussão geral do caso em 2014, localizei precedentes antigos do STF que afastam o prequestionamento via embargos declaratórios se os embargos incorreram em inovação recursal, mas se a Corte quer invocar esse fundamento, não pode se recusar a reanalisar as peças processuais que citou quando a parte pontua o erro material sobre a afirmação de “inovação recursal”, pela falsidade objetivamente aferível (por singela leitura) do que está escrito em tais peças. Ou seja, se a Corte entende que a vedação de revolvimento de fatos e provas não lhe impede de apreciar peças processuais anteriores ao quadro fático do acórdão de 2º Grau (o que Tribunais Superiores nunca admitem quando é a parte que isto pontua, excetuada alegação de omissão ou de erro material feita em embargos declaratórios), então não pode se recusar a reanalisar as peças que ela invocou espontaneamente quando a parte pontua que a afirmação da Corte incorre em erro material.

Ressalvam-se aqui os valorosos votos vencidos dos Ministros Roberto Barroso e Edson Fachin e da Ministra Cármen Lúcia, inclusive nos embargos declaratórios, concordando com as razões aqui defendidas, obviamente de forma mais sintética e com desenvolvimentos próprios.

5. Estado de Coisas Inconstitucional na Fundamentação das Decisões Judiciais no Brasil.

Em recente artigo, de forma muito gentil, o professor Lenio Luiz Streck ratificou uma tese minha, que apresentei inclusive em petição no RE 845.779/SC-ED, sobre o verdadeiro “*Estado de Coisas Inconstitucional da Fundamentação das Decisões Judiciais no Brasil*”. Embora seja tema a desenvolver em futuro artigo, entendo que a situação se enquadra precisamente na categoria do *estado de coisas inconstitucional* desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Colombiano e acolhida pelo STF desde o *leading case* da ADPF 357, que sintetizou a doutrina da Corte Constitucional Colombiana no sentido da necessidade de uma *situação de violação generalizada de direitos fundamentais, inércia ou incapacidade reiterada* das autoridades públicas em modificarem a situação e a *necessidade de atuação, visando superar as transgressões, de uma pluralidade de órgãos* estatais.¹¹ Ou seja, o estado de coisas inconstitucionais é muito mais do que uma situação de “omissão inconstitucional”, mas uma situação

de *falha estrutural* do Estado na proteção dos direitos fundamentais em questão e a completa ausência de vontade política para sua superação.

No presente caso, temos a flagrante violação do direito fundamental à fundamentação adequada das decisões judiciais e ao processo justo, fruto do direito fundamental ao devido processo legal substantivo. Ora, não se pode *seriamente* dizer que houve processo *justo* e não se pode esperar que haja *pacificação social, ainda mais com justiça*, quando a parte demonstra por argumentação racional que entende que o Direito em vigor no país lhe dá razão, mas tem sua pretensão rejeitada sem o enfrentamento desse tema que considera *relevante e pertinente*, no sentido de ser apto a gerar decisão diversa se acolhido. E há solene falta de vontade do Judiciário, único órgão apto a resolver a situação, em superar a situação, pois insiste na tese criada em causa própria de que o Juízo “não é obrigado” a enfrentar “todos” os fundamentos que as partes apresentam, bastando que decida segundo seu livre convencimento motivado (sic). E mesmo com a positivação de um dever de fundamentação adequada pelo art. 489, §1º, IV, do CPC, seguido em 2019 pelo art. 315, §2º, IV, do CPP, que realmente positivou jurisprudência (solenemente ignorada) do STJ no sentido de que embora o Judiciário não seja obrigado a enfrentar “todos” os fundamentos das partes, é obrigado a enfrentar os fundamentos *relevantes e pertinentes*, entendidos como aqueles aptos a gerar decisão diversa se acolhidos, por infirmarem os fundamentos determinantes da decisão judicial. Só que essas normas legais se tornaram verdadeiras *lendas urbanas* no Brasil, pois o Judiciário continua decidindo da mesmíssima forma, simplesmente negando a violação dos dispositivos em questão, no máximo falando de forma altamente vaga e abstrata (que não aceita em recursos, pois não os conhece quando afirma que isso fizeram) que não haveria fundamentos relevantes e pertinentes, mas sem enfrentar a argumentação concreta das partes em contrário em suas peças processuais.

Logo, o *Estado de Coisas Inconstitucional da Fundamentação das Decisões Judiciais no Brasil* precisa ser entendido como a violação massiva do direito fundamental à fundamentação adequada da decisão judicial, por não-enfrentamento de causas de pedir concretamente apresentadas e que a parte explica que são aptas a lhe dar ganho de causa se apreciadas e acolhidas, por inércia fruto de absoluta falta de vontade política de juízes e juízas no Brasil de se dignarem a enfrentar tais causas de pedir por verdadeiro *ato de vontade (arbitrário)*, havendo necessidade de atuação da pluralidade dos órgãos estatais *integrantes do Sistema de Justiça* (principalmente, o STF, por sua jurisprudência, e o Conselho Nacional de Justiça, por normatizações impositivas/cogentes) que obriguem a magistratura a se dignar a enfrentar os fundamentos que as partes consideraram relevantes e pertinentes.

Afinal, como defendi em artigo de 2014 no CONPEDI, o órgão julgador que rejeita a pretensão da parte sem enfrentar sua causa de pedir demonstra *objetivamente* que *não sabe* como refutar tal argumentação, mas decide como quer decidir por sua posição de poder e por puro *ato de vontade* kelseniano (decisão judicial por ato *arbitrário* de vontade,¹² já que Kelsen, equivocadamente, acreditava não ser possível uma “resposta correta” em Direito, mas múltiplas respostas possíveis, desde que enquadráveis na

“moldura normativa” dos textos normativos em vigor no país).¹³ Preciso apenas fazer justiça ao grande Kelsen, porque o *ato (arbitrário) de vontade* que ele entendia existir se dava dentro das possibilidades semânticas da “moldura normativa” dos textos normativos, o que, no caso do processo, pode ser entendido como as possibilidades interpretativas a partir do que a parte alega. Mas o que o Judiciário faz é muito pior do que mera “escolha” entre distintas possibilidades interpretativas do que a parte alega sem fundamentar racionalmente a preferência por uma delas, porque pura e simplesmente pratica o *negacionismo* de dizer que “não há” (por exemplo) a “necessária argumentação” para demonstração de negativa de vigência a norma legal ou afronta direta a normas constitucionais no recurso (decisão-padrão da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo para negar admissibilidade a recursos especiais ao STJ e extraordinários ao STF) sem se dignar a enfrentar a argumentação efetivamente apresentada pela parte no recurso e se explica porque se entende que houve a ilegalidade, inconstitucionalidade ou inconveniência (art. 5º, §2º, da CF) em questão. Trabalho com isso cotidianamente e é simplesmente frustrante, além de irritante e ofensiva, essa postura do Judiciário. Que o Professor Lenio Streck bem chama de (tentativa de) *humilhação cotidiana* da Advocacia pelo Judiciário pela Magistratura.

Permito-me transcrever trecho que considero fundamental daquele outro texto:

“[...] *Data maxima venia*, é esta despótica impressão que os magistrados passam ao arbitrariamente deixarem de enfrentar os argumentos jurídicos trazidos pela parte vencida na demanda, razão pela qual uma compreensão imanente do dever de fundamentação em um Estado Democrático de Direito já demanda pelo dever de enfrentamento dos argumentos jurídicos apresentados pelas partes, ao menos quando se rejeitam as pretensões neles baseadas. A legitimidade democrática do Judiciário é discursiva,¹⁴ no sentido de dever justificar racionalmente suas decisões no ordenamento jurídico vigente na pacificação de conflitos inerente à função jurisdicional para poder convencer a parte derrotada no processo que ela não tinha razão, fazendo-a entender os motivos de seu insucesso (MARINONI, 2010, p. 289), mas tal convencimento só é passível de ser concretizado se as razões apresentadas pela parte derrotada forem enfrentadas, sob pena dela considerar que a decisão foi juridicamente arbitrária ante a singela desconsideração dos argumentos jurídicos que ela acredita que justificavam a pretensão que viu rejeitada pelo Estado-juiz. Até porque não enfrentar os argumentos jurídicos da parte quando se nega sua pretensão é algo absolutamente contraditório com a exigência da jurisprudência do STJ no sentido de que, se o recurso não infirmar os fundamentos da decisão recorrida, não será conhecido o recurso especial.¹⁵ Como se vê, o STJ impõe às partes o dever de atacar pontualmente todos os fundamentos da decisão recorrida, mas claramente não se vê no dever de refutar pontualmente todos os fundamentos jurídicos do recurso quando a ele nega provimento. Absolutamente incoerente tal postura. [...]

Vejamos peremptório julgado exemplificativo do dever de fundamentação das decisões judiciais: *‘A ausência de valoração de tema relevante para a solução da lide configura omissão, nos termos do art. 535 do CPC’* (STJ, AgRg no AREsp 176.684/RJ, DJe de

11.10.13). Inúmeros outros julgados há no mesmo sentido, tratando-se isso de jurisprudência pacífica do STJ.¹⁶ Ou seja, na lição de Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa (NEGRÃO e GOUVÊA, 2009, p. 554), entende-se que é nula a sentença/decisão não fundamentada (RJTJESP 39/73, 48/244, 49/130, 62/267, JTA 90/319, Bol. AASP 1.026/150, 1.031/177, 1.779/38), como tal considerando a que é omissa a respeito de ponto central (RSTJ 90/166) ou relevante da defesa (RSTJ 60/38; STJ, REsp n.º 13.471-0/MG, RTRF 128/195, RJTJESP 107/227, JTJ 153/140; JTA 60/254, 89/398, 92/331), ou a ‘que não procede à análise das questões de fato indispensáveis ao deslinde da causa’ (RSTJ 54/337). Embora não se tratem de arestos unicamente do STJ, eles cristalizam perfeitamente o entendimento do mesmo a respeito do tema. Ocorre que deixar ao STJ a definição do que seria relevante ou não para o deslinde da causa segundo o puro arbítrio de seus ministros traz uma grave insegurança jurídica, na medida em que não são enfrentadas as razões de mérito trazidas pela parte, com base no entendimento jurídico por ela defendido com base nos enunciados normativos vigentes no país. No tópico seguinte, enfrentaremos este tema pormenorizadamente.

A propósito, não cabe acusação de extremismo da posição que aqui se defende. Afinal, não se está a exigir que as fundamentações sejam necessariamente extensas. Que se fundamente em um pequeno parágrafo caso assim se queira, desde que haja a fundamentação que enfrente o argumento jurídico trazido pela parte. Importa a qualidade, não a quantidade. O entendimento da fundamentação como um princípio e deste como um mandamento de otimização ou mesmo como norma imediatamente finalística é relevante justamente para permitir fundamentações sintéticas, desde que válidas, ou seja, desde que a fundamentação enfrente, ainda que sinteticamente, o argumento jurídico da parte. Ou seja, o entendimento do dever da fundamentação como princípio sob o enfoque do mandamento de otimização não significa que o magistrado possa enfrentar quantos argumentos ele arbitrariamente quiser, pois ele deve enfrentar todos os argumentos jurídicos da parte que sejam relevante para a controvérsia, assim entendidos os aptos a influir no deslinde da causa, ou seja, aptos a gerar decisão diversa da efetivamente tomada – o que ele pode é enfrentar os argumentos de forma sintética ou completa, mas deve enfrentar a todos eles, sob pena de afronta ao princípio da fundamentação”. (*notas do original*)

Para além do choque já citado acima (item 4, 2º parágrafo), há anos também digo em palestras e diálogos informais que essa postura do Judiciário de rejeitar pedidos sem enfrentar as causas de pedir que as partes invocam a seu favor e entendem que justificam terem ganho de causa é algo que me *ofende quase tanto quanto* opressão a minorias sociais (tema em que tenho longa atuação perante o STF, com honrosas citações da minha doutrina e atuação advocatícia em decisões sobre direitos LGBTI+), porque essa postura me ataca em meu *lugar de fala* enquanto Advogado. É surreal ter que explicar a uma parte leiga que a ação, defesa ou recurso se fundamentou em norma jurídica em vigor no país e/ou em provas efetivamente produzidas no processo, mas a decisão judicial negou os pedidos apresentados em nome dela sem enfrentar tais fundamentos fático-jurídicos que o(a) advogado(a) explicou serem *relevantes e pertinentes*, por sua aptidão a gerar ganho de causa se acolhidos, por infirmarem os

fundamentos determinantes da decisão judicial. O advogado ou a advogada fica com fama de incompetente ou mentiroso(a), pois é realmente difícil acreditar que uma autoridade pública faça isso. Já falei para clientes que posso mostrar no processo isso (teor da peça, fundamentos apresentados e reiterados e embargos declaratórios e decisões vagas e genéricas que só rejeitam o pleito, copiando e colando decisões anteriores quando o recurso ataca decisão monocrática/individual, por exemplo). Quem advoga no contencioso já está mais do que acostumado(a) com isso, mas com vinte anos de Advocacia, confesso que a situação está me frustrando e irritando demais, pois é algo ofensivo ao trabalho da Advocacia. Que se puna por litigância de má-fé recursos protelatórios, na forma da lei, mas que não se pratique a *judicatura de má-fé*, de *alterar a verdade dos fatos a seu favor* (por analogia ao art. 80, II, do CPC), ao se deixar de acolher um pedido ou de se conhecer (apreciar o mérito) de um recurso por fundamentação fictícia, negando que ele tenha feito o que de fato fez (apresentado a “necessária argumentação” para demonstrar a negativa de vigência a lei ou a afronta direta a norma constitucional, por exemplo) ou acusando-o de ter feito o que não fez (por exemplo, pedir revolvimento de fatos e provas quando o recurso é explícito ao dizer que não pede isso, mas apenas a admitida reavaliação jurídica do quadro fático do acórdão para fins de reavaliação jurídica, cf. item 3, par. 3º, supra).

As pessoas que me honram com a leitura podem imaginar o quanto já vi e impugnei isso em inúmeros recursos para falar dessa forma abstrata, mas que posso provar a quem quiser que ocorre dia sim, dia também na prática judiciária. Pois definitivamente a questão aqui não é discordar da interpretação do Judiciário, que afinal tem a autoridade de decidir, com o Supremo Tribunal Federal tendo a autoridade e prerrogativa de decidir por último as questões constitucionais (art. 102 da CF). Embora obviamente haja críticas a interpretações que se ache equivocadas, a questão deste texto é a não-apreciação das causas de pedir *reais* quando se rejeita a pretensão da parte e a imputação de afirmações *objetivamente falsas* aos recursos e demais peças processuais para se proferir uma decisão que não resolve o mérito do caso, que é muito mais fácil (até porque é uma “decisão-padrão” copiada e colada em geral) do que efetivamente apreciar o mérito do recurso (ou da ação, se extinta por isso).

6. CONCLUSÃO. Legitimidade democrático-constitucional do Judiciário e sua necessária vinculação com a fundamentação adequada das decisões judiciais.

Tudo que posso dizer nesse momento é que *promessa é dívida*. Nos embargos declaratórios *dos dois processos*, deixei expresso que *denunciarei o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*: pela discriminação indireta às mulheres do MP (ADI 6551) e pela discriminação transfóbica a mulheres trans no uso do banheiro feminino (RE 845.779/SC) e (nos dois casos) por violação do direito humano ao *processo justo* (devido processo legal *substantivo*), que obviamente demanda o enfrentamento das causas de pedir *reais* da ação judicial e do conteúdo *real* das peças processuais respectivas.

No primeiro caso, ao menos quando *relevantes e pertinentes* as causas de pedir em questão, no sentido acolhido pelo STF e pelo STJ, a saber, aquelas que, se acolhidas, são

aptas a gerar decisão diversa, por infirmarem os fundamentos determinantes da decisão.¹⁷ Alguma polêmica haverá por não ser um caso *individual*, mas um processo de controle *abstrato* de constitucionalidade, mas ora, a decisão do STF (e, antes dele, do TJSP também em controle abstrato de constitucionalidade, no âmbito estadual) impede(m) que Promotores(as) individualmente pleiteiem por tal direito. E neste nefasto *mundo real*, abstraídas idealizações metafísicas de um idílico *mundo das ideias* platônico, até as pedras sabem que Promotores(as) que judicializarem individualmente o tema serão passíveis de perseguições institucionais. Espero que não se desafie a inteligência de pessoas racionais e de boa-fé não-enviesadas negando a evidente probabilidade altíssima (verossimilhança) do fato. Fique à vontade para elaborar sua “defesa” se peticionar no caso, Procuradoria-Geral de Justiça paulista atual, embora ela será feita pelo Estado brasileiro, já que é ele que integrará o polo passivo da denúncia. E prepare-se, Estado brasileiro e (segundo entendo, em direito de regresso) Estado de São Paulo, para indenização por dano moral coletivo que pedirei em nome de Promotoras e Promotores de Justiça do Estado. Pode demorar de dez a quinze anos para a Comissão e, depois dela, a Corte Interamericana de Direitos Humanos nos dar esse vitória, se vier. Mas por ela lutarei, pelo compromisso que tenho com a defesa dos direitos humanos de todas as pessoas, mesmo sendo uma causa que não me traz *nenhum* benefício direto ou indireto de qualquer natureza.

No segundo caso (RE 845.779/SC), pela evidente violação do devido processo legal formal e substantivo e, assim, do direito humano ao processo justo imanente ao art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, pelos *teratológicos negacionismos* sobre o prequestionamento e o conteúdo objetivo tanto da jurisprudência do STF quanto das peças processuais (como amplamente demonstrado no item 3, supra). Pois o STF não negou o direito das mulheres trans usarem o banheiro feminino, ele decidiu não decidir o tema, embora por razões indefensáveis em uma análise técnico-jurídico-processual (como também demonstrado no citado item 3).¹⁸

Finalizo com uma nota importante nesses nefastos tempos de deturpações por fake news difamatórias. Não estou dizendo que o STF “sempre” nem mesmo como “regra geral” deixa de apreciar causas de pedir *reais* para negar os pedidos por discordar de causas de pedir *fictícias*. Nos embargos declaratórios eu pontuei minha perplexidade com a situação e minha percepção de que a regra geral do STF no controle abstrato de constitucionalidade é exatamente oposta. E nada disso infirma a importantíssima, necessária e constitucional atuação do Supremo Tribunal Federal na defesa de nossa *democracia constitucional*, à luz do notório conceito de *democracia militante* e da constitucionalidade dos inquéritos que ele tem instaurado, pela norma regimental recepcionada pela Constituição de 1988 como lei, à luz do sistema acusatório *mitigado* (que é diferente de sistema “misto” entre acusatório e inquisitório) que é imanente à nossa Constituição Federal de 1988. Ainda escreverei artigo explicando que à luz do sistema acusatório constitucional, não se acolheu o sistema acusatório *puro* (senão, toda condenação penal até hoje será necessariamente “inconstitucional” por suposta afronta ao princípio da imparcialidade pelo juízo de instrução e julgamento verificar a investigação preliminar da fase inquisitória e pelos

permissivos legais de produção probatória pelo Judiciário, sempre declarados constitucionais pelo STF desde muito antes dos inquéritos e das ações penais da última década que geraram a polêmica).

Logo, a dura crítica aqui formulada não tem o condão de deslegitimar ou menosprezar o importantíssimo papel que o Supremo Tribunal Federal tem exercido na defesa de nossa democracia constitucional, a partir de fundamentos de princípio (fundamentos jurídico-constitucionais e técnico-dogmáticos) que nunca são enfrentados pelas demonizações de críticos(as), que em geral partem de argumentos de espantinho e nunca se dignam a enfrentar os fundamentos jurídico-constitucionais e jurídico-penais de nossa Suprema Corte, difamando-a como se atuasse por mero “projeto de poder” e não no legítimo exercício de sua autoridade constitucional enquanto intérprete final da Constituição Federal e das leis, em sua filtragem constitucional (art. 102 da CF).

Isso porque *isso reforçará a legitimidade democrático-constitucional* do Supremo Tribunal Federal e do Judiciário em geral, para afastar a impressão de que a Corte *não soube* como rejeitar a causa de pedir *real* da ação, mas, por achar que o tema merece outra conclusão, não acolheu a pretensão apenas pela posição de poder que ocupa, denotando, ainda, *não saber* como refutar a causa de pedir *real* apresentada. É evidente que não acredito que tenha sido essa a motivação psicológica dos Ministros que integraram a maioria de 9x2 do julgamento de mérito da ADI 6551, aqui analisada. Mas à luz do princípio da imparcialidade *objetiva*, pelo qual a postura do Judiciário deve *parecer, objetivamente, imparcial*, sob pena de se presumir parcial, o Judiciário em geral não pode se ofender com a ilação de que não enfrentou o fundamento fático e/jurídico que a parte considerou apto a lhe dar ganho de causa e não infirmado de nenhuma forma pelos outros fundamentos da decisão simplesmente porque não sabia como fazê-lo e decidiu como decidiu pela posição de poder em que se encontra.

Em suma, a dura crítica aqui formulada visa precisamente um *constrangimento epistemológico* ao Supremo Tribunal Federal para que nunca mais deixe de apreciar uma causa de pedir *real* para rejeitar a pretensão a partir de uma inexistente causa de pedir *ficícia* e, ainda, para que imponha aos Tribunais do país o dever de enfrentar *todos* os fundamentos que as partes *afirmam e explicam por argumentação racional* que são aptos a lhes dar ganho de causa (um dia uma ação isto requerendo chegará ao Supremo). Clama-se que a Corte entenda que a *legitimidade democrático-constitucional* do Judiciário, enquanto *técnico-jurídica*, por aplicação do Direito Objetivo democraticamente aprovado e princípios e regras dele decorrentes, depende do convencimento racional da sociedade como um todo e das partes em particular de que a Corte *considerou seriamente* os fundamentos fático-jurídicos considerados centrais e indispensáveis pelas partes para a decisão do caso, como a própria Corte entende ser uma exigência do direito fundamental ao contraditório substantivo, enquanto dever de diálogo do Estado-Juiz com as partes que lhe impõe o dever de *considerar seriamente* os fundamentos por elas apresentados, enquanto ideologia democrática do processo, pela qual a decisão judicial deve ser formada pelos debates havidos em contraditório – mesmo no controle abstrato de constitucionalidade, pelos debates entre a parte

impetrante, a Advocacia-Geral da União e as pessoas que se habilitarem enquanto *amici curiae*. E à luz dos princípios da boa-fé objetiva enquanto dever de conduta da pessoa prudente (o Judiciário prudente) e da imparcialidade objetiva enquanto postura que *aparenta* imparcialidade, não se pode *seriamente* dizer que os fundamentos fático-jurídicos das partes foram *seriamente* considerados por uma decisão que não os enfrenta e, pior, insiste em não enfrentá-los ao meramente se negar a tanto na decisão dos embargos declaratórios. *Não há pacificação social nem aceitação racional possível, mesmo potenciais, se a fundamentação que faz a parte acreditar piamente que tem razão à luz do Direito vigente não foi enfrentada pelo Judiciário.*

1 A explicação é muito simples e configura fato notório que não supõe comprovação (art. 374, I, do CPC): como ainda é historicamente muito recente o fim da discriminação direta que proibia mulheres de sequer se inscreverem em concursos públicos, mas ainda que se discorde dessa ser a razão, configura fato objetivo incontestável que há muito mais mulheres Promotoras de 1ª Instância que Procuradoras de 2ª Instância e isso foi provado e não foi contestado no processo (pela Procuradoria-Geral de Justiça Paulista, que se manifestou contra a ação).

2 O caso havia sido pautado para julgamento virtual em agosto de 2023, quando enviei a sustentação oral. Antes do seu início, mas após o citado envio, o Relator retirou o processo de pauta. Pautado novamente, enviei nova sustentação oral para o caso. Por isso o inusitado fato de ter havido duas sustentações orais enviadas por este autor, enquanto advogado do partido impetrante da ação, para apreciação da Corte.

3 Cf. FLS. 190 e 194 do “e-STJ”; pp. 24 e 28 do 6º volume do processo, considerado o processo eletrônico deste e. STF.

4 V.g. STF, HC 107.801, Pleno, Rel. p/Acórdão Min. Luiz Fux, DJe 13.10.2011. No mesmo sentido: STF, RE 820.433 AgR, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 30.05.2016: “1. A reavaliação da prova e o reenquadramento jurídico dos fatos não se confundem com o revolvimento de suporte fático-probatório, sendo plenamente franqueados aos tribunais superiores. Precedentes do Supremo Tribunal Federal”; HC 192.115 ED, Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 17.02.2021: “2. A mera reavaliação jurídica dos fatos, a partir do acervo colhido nas instâncias ordinárias, distingue-se do revolvimento do conjunto fático e probatório dos autos. Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder imputada ao Superior Tribunal de Justiça, ao assim proceder em sede de recurso especial”; HC 212.315, 2ª T., Rel. Min. André Mendonça, DJe 06.09.2023: “4. A reavaliação jurídica dos fatos postos nas instâncias ordinárias, o que é viável em sede de habeas corpus, não se confunde com o revolvimento do conjunto fático-probatório. Precedentes”; STJ, AgInt no REsp 2.088.570/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 28.2.2024: ““É possível a reavaliação jurídica da premissa fática contida no acórdão, não havendo que se falar em incidência da Súmula n. 7/STJ” (AgInt no REsp 1.554.394/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa [1ª T.], DJe 14/05/2018). [...] (STJ, AgInt no AREsp 1.217.409/RS, 1ª T., Rel. Min. Sérgio Kukina DJe 10.9.18. G.n); “O exame do recurso especial não esbarra no óbice da Súmula 7 do STJ quando se exige apenas a reavaliação jurídica do quadro fático delineado na origem. Precedentes. [...]”. G.n

5 STF, AI 139.740 AgR, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13.12.1991.

6 STF, RE 102.028, 2ª T., Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 03.05.1985.

7 STF, RE 87.998, 2ª T., Rel. Min. Moreira Alves, DJ 29.12.1977.

8 STF, RE 111.146, 2ª T., Rel. Min. Carlos Madeira, DJ 06.03.1987.

9 V.g. STJ, AgInt no AREsp 1.794.224/SP, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 20.05.2021: “os danos morais dizem respeito à dignidade humana, às lesões aos direitos da personalidade relacionados a atributos éticos e sociais próprios do indivíduo, bens personalíssimos essenciais para o estabelecimento de relações intersubjetivas em comunidade, ou, em outras palavras, são atentados à parte afetiva (honra subjetiva) e à parte social da personalidade (honra objetiva) (REsp 1807242/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/08/2019, REPDJe 18/09/2019, DJe 22/08/2019)”. Trecho de inteiro teor, que não consta da ementa.

10 V.g. STJ, AgInt no AREsp 2.508.154/RS, 2ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 18.09.2024: “XIII - É cediço que o requisito do prequestionamento é exigido por esta Corte Superior inclusive nas matérias de ordem pública. No mesmo sentido: AgInt no AREsp 2.148.510/SP, de minha lavra, Segunda Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 6/3/2024; AgInt no AREsp 1.661.808/SP, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 14/9/2020,

DJe 21/9/2020 e AgInt no REsp 1.800.628/PE, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 24/8/2020, DJe 15/9/2020”; STJ, EDcl no AgInt no AREsp n. 2.222.062/DF, 2ª Seção, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 21.08.2023: “[...] VI - Para que o art. 1.025 do CPC/2015 seja aplicado, e permita-se o conhecimento das alegações da parte recorrente, é necessário não só que haja a oposição dos embargos de declaração na Corte de origem (e. 211/STJ) e indicação de violação do art. 1.022 do CPC/2015, no recurso especial (REsp n. 1.764.914/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 8/11/2018, DJe 23/11/2018). A matéria deve ser: i) alegada nos embargos de declaração opostos (AgInt no REsp n. 1.443.520/RS, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 1º/4/2019, DJe 10/4/2019); ii) devolvida a julgamento ao Tribunal a quo (AgRg no REsp n. 1.459.940/SP, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 24/5/2016, DJe 2/6/2016) e; iii) relevante e pertinente com a matéria (AgInt no AREsp n. 1.433.961/SP, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/9/2019, DJe 24/9/2019.) VII - Embargos de declaração parcialmente acolhidos”. Grifos nossos.

11 STF, ADPF 357/MC, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.09.2015, p. 49 do PDF. Eis a fonte citada na nota de rodapé respectiva: “Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004”.

12 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, 6ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 249.

13 VECCHIATTI. Paulo Roberto Iotti. Tomemos a Sério os Princípios da Fundamentação, do Prequestionamento e do Contraditório Substantivo. Da Obrigação do Magistrado de Enfrentar todos os Argumentos Jurídicos da Parte. In: Processo e jurisdição I [Recurso eletrônico on-line] Org. CONPEDI/UFSC; Coord.: Celso Hiroshi Iocohama, Adriana Goulart de Sena Orsini – Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 292.321. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=197>>. Acesso: 07 jan. 2025.

14 “Luiz Guilherme Marinoni invoca a lição de Alexy, de representação argumentativa do Judiciário, para justificar a legitimidade democrática do controle judicial da constitucionalidade das leis (MARINONI, 2010, pp. 164-166). Aqui, como se vê, estende-se tal compreensão para as decisões judiciais como um todo”. Nota do original.

15 “V.g., STJ, REsp 1.387.290/PR, DJe de 13.11.13, segundo o qual ‘Não se admite o recurso especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recorrente não consegue infirmar todos eles. Incidência, por analogia, da Súmula 283/STF’, e AgRg no AREsp 129.960/RS, DJe de 21.11.13, segundo o qual ‘É inviável o agravo regimental que deixa de infirmar especificamente os fundamentos da decisão agravada (Súmula nº 182/STJ)’.

16 “V.g., STJ, AgRg no AREsp 176.684/RJ, DJe de 11.10.13, REsp 1.416.628/SP, DJe de 28.11.13), AgRg no REsp 1.402.542/GO, DJe de 18.11.13, AgRg no AREsp 69.986/RJ, DJe de 29.10.13, REsp 1.416.628/SP, DJe de 28.11.13, AgRg no REsp 1.402.542/GO, DJe de 18.11.13, REsp 1.400.543/PE, DJe de 22.10.13, REsp 1.214.016/PR, DJe de 08.10.13, e EDcl no AgRg no Ag 1.410.715/RS, DJe de 16.09.13. Ademais, afirmando o dever de se sanar a omissão objetivamente indicada pela parte nos embargos declaratórios: STJ, REsp 629.221/RJ, DJ de 04.11.05, REsp 603.894/RJ, DJ de 11.04.05, e REsp nº 201.359/RJ, DJ de 17/12/99”. Nota do original.

17 V.g.: STF, RHC 119.175-ED, 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 15.4.21: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO. Uma vez verificada omissão quanto a causa de pedir veiculada em recurso em habeas corpus, cumpre prover os embargos declaratórios. [...]”. G.n. E, ainda: STF, RHC 1.954.419 AgR, 2ª T., Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 17.05.2021: “Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus. 2. Prisão preventiva. 3. Acórdão de apelação silente quanto à manutenção da privação de liberdade do réu preso durante o processo. Omissão que não gera a nulidade da construção, mas a determinação para que o órgão judiciário examine o tema. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido”. STF, RE 1.272.548 AgR-ED, 2ª T., Rel. Min. Edson Fachin, DJe 18.03.2021: “[...] 1. Ao julgar o AI-QO-RG 791.292, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJe de 13.08.2010, o Plenário desta Corte assentou a repercussão geral do tema 339 referente à negativa de prestação jurisdicional por ausência de fundamentação e reafirmou a jurisprudência segundo a qual o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 2. Embargos de declaração acolhidos, em parte, apenas para prestar esclarecimentos quanto à alegada nulidade do acórdão proferido na origem por negativa de prestação jurisdicional e ausência de fundamentação, questão suscitada no recurso extraordinário, sem atribuir-lhes efeitos infringentes”. ..: STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 2.430.680/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 25.10.2024: “[...] EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PERANTE O TRIBUNAL DE ORIGEM. OMISSÃO APTA, EM TESE, PARA A MODIFICAÇÃO DA CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO. [...] 2. Caracteriza-se a negativa de prestação jurisdicional nas hipóteses em que o Tribunal de origem, mesmo após a interposição de embargos de declaração, omite-se no exame de questão pertinente para a resolução da controvérsia”;

18 Vide também: IOTTI, Paulo. STF erra gravemente ao não julgar o direito das mulheres trans usarem o banheiro feminino. Carta Capital, 07 jun. 2024. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/opiniaof/stf-erra-gravemente-ao-evitar-julgar-o-direito-de-pessoas-trans-a-usarem-o-banheiro-conforme-seu-genero/>>. Acesso: 07 jan. 2025.