

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE  
JUSTIÇA

**RÔMULO SAUÁIA MARÃO**

**CORTES SUPREMAS:** estudo histórico-comparativo e as perspectivas com a introdução do  
filtro de relevância no juízo admissibilidade do recurso especial

São Luís

2019

**RÔMULO SAUÁIA MARÃO**

**CORTES SUPREMAS:** estudo histórico-comparativo e as perspectivas com a introdução do filtro de relevância no juízo admissibilidade do recurso especial

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão como requisito para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof<sup>o</sup>. Dr. Alexandre Reis Siqueira Freire.

São Luís

2019

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).  
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Marão, Rômulo Sauáia.

CORTES SUPREMAS: estudo histórico-comparativo e as perspectivas com a introdução do filtro de relevância no juízo admissibilidade do recurso especial / Rômulo Sauáia Marão.- 2019.

171f.

Coorientador(a): Giovanni Bonato.

Orientador(a): Alexandre Reis Siqueira Freire.

Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito/CCSO, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, 2019.

1. Cortes supremas. 2. Filtro de relevância. 3. Juízo de admissibilidade. 4. PEC n. 209/2012. 5. Recurso especial. I. Bonato, Giovanni. II. Freire, Alexandre Reis Siqueira. III. Título.

## RÔMULO SAUÁIA MARÃO

**CORTES SUPREMAS:** estudo histórico-comparativo e as perspectivas com a introdução do filtro de relevância no juízo admissibilidade do recurso especial

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão como requisito para obtenção do título de Mestre.

Aprovada em: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_

### BANCA EXAMINADORA

---

**Prof. Dr. Alexandre Reis Siqueira Freire** (Orientador)

Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP

Universidade Federal do Maranhão

---

**Prof. Dr. Giovanni Bonato** (Co-Orientador)

Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade “La Sapienza” de Roma

Universidade Federal do Maranhão

---

**Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso** (Examinador Interno)

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco

Universidade Federal do Maranhão

---

**Prof. Dr. Camilo Zufelato** (Examinador Externo)

Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo

Universidade de São Paulo

A Jesus Cristo, nosso Senhor e Salvador, e a Deus Pai, que, na imensidão de sua graça, pelo sangue do seu Filho, limpa e perdoa nossos pecados.

A Tetis, minha mãe, e a Victória, minha filha.  
Aos meus irmãos queridos, Carlos Roberto e Ricardo, porque, juntos, somos imbatíveis.

## AGRADECIMENTOS

Não posso começar os agradecimentos sem lembrar, em primeiro lugar, de Tetis Serejo Sauáia, Professora Doutora da Universidade Federal do Maranhão, minha dedicada e amada mãe, trabalhadora incansável, mulher forte, cidadã exemplar, que, durante toda minha vida – e mais ainda nos dois anos de duração do Mestrado – garantiu-me a tranquilidade espiritual para chegar ao fim do curso com palavras de incentivo, amor e afeto. Razão tem Frei Betto: “Não há lugar melhor do mundo do que o regaço materno”.

Ainda durante o processo seletivo, contei com valiosos conselhos do primo e doutorando pela Universidade de São Paulo, Hugo Moreira Lima Sauaia. Devo-lhe a sugestão do tema e da linha de pesquisa, além das constantes palavras de apoio.

Embora não tenha participado diretamente do desenvolvimento deste trabalho, agradeço a José Antônio Almeida pelo acolhimento no consagrado escritório Almeida & Associados. Agradeço pela confiança e pela disposição em ensinar, com palavras e exemplos, a verdadeira advocacia, feita de estudo diário, combatividade e dedicação.

Ao Prof. Dr. Giovanni Bonato, agradeço imensamente pelo carinho, atenção e revisão deste trabalho. Para quem teve oportunidade de ser seu aluno e/ou orientando no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMA, o Professor Giovanni Bonato será o que Enrico Tullio Liebman foi para a primeira geração de processualistas da Universidade de São Paulo: um modelo de jurista. Talvez não tenhamos nós, aqui, nem de perto, projeção similar à de uma Cândido Rangel Dinamarco, de um Luís Eulálio de Bueno Vidigal, de um Alfredo Buzaid. Esteja certo, porém, de que não será menor nossa admiração e estima pelos anos de convívio e aprendizado.

Ao Prof. Dr. Alexandre Reis Siqueira Freire, agradeço pela orientação e pela indicação de vasta bibliografia, grande parte citada ao longo do trabalho.

Não poderia deixar de agradecer ao Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos por ter proporcionado à comunidade maranhense o curso de Mestrado, e, em particular, pelas excelentes condições do prédio histórico, sede do Curso, e pela rica biblioteca que ajudou a construir. Especialmente, devo ao Professor Paulo o enriquecimento intelectual proporcionado pelas leituras de *Uma teoria da justiça*, de John Rawls, e de *A ideia de justiça*, do indiano Amartya Sen. Essas duas obras lidas para os seminários do Professor Paulo marcaram profundamente o autor deste trabalho.

Agradeço, ainda, ao Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso, pela atenção dedicada a todos nós, alunos do curso, e a mim, particularmente, principalmente pela compreensão e apoio no

momento mais delicado do curso. Sempre participativo e interessado em conhecer as necessidades dos alunos, o Professor Roberto Veloso criou um grupo de *Whatsapp*, abrindo um canal de comunicação diária com os alunos, o que, sem dúvida, favoreceu a troca de informações a respeito do próprio Mestrado e de fatos institucionais relevantes.

À Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Mônica Teresa Costa Sousa, que, mesmo distante, na Espanha, licenciada para o pós-doutorado, nunca deixou de responder às mensagens nas quais, em regra, eu pedia indicação de livros para utilização neste trabalho. Agradeço também à Professora Mônica pela indicação de outra obra de Amartya Sen, *Desenvolvimento como liberdade*, que me chocou, no bom sentido, já nos primeiros dias do curso.

Ao amigo Paulo Dominice, matemático e estatístico, que, com paciência admirável, me auxiliou na classificação dos dados estatísticos.

À amiga Josélia Rodrigues, bibliotecária que me acompanhou durante todo o curso do Mestrado na normalização dos artigos científicos e do presente trabalho.

Ao amigo Washington, dileto amigo que o Mestrado me deu.

A Viviane Dantas, pelas sugestões e críticas.

A Conceição, bibliotecária lotada na sede do Mestrado, que sempre demonstrou boa vontade na pesquisa dos livros para o desenvolvimento desta pesquisa.

A Francivaldo, Graça e Daniele, servidores encarregados da manutenção das instalações da sede do Mestrado, com quem descansava, conversando e tomando café nos finais de tarde.

Finalmente, não poderia deixar de agradecer aos gestores da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), por acreditar no Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA, responsável pela produção de trabalhos científicos importantes para a melhoria do funcionamento dos órgãos encarregados do sistema de justiça – Poder Judiciário, Ministério Público, advocacia e demais órgãos vinculados à segurança pública e à garantia aos direitos humanos –, no Maranhão e em todo o Brasil.

*“[...] nada nega tanto a igualdade quanto dar, a quem já teve o seu direito violado ou sofre eminente ameaça de tê-lo, uma decisão desconforme com o padrão de racionalidade já definido pelo Judiciário em casos iguais ou similares.”*

Daniel Mitidiero



## RESUMO

O Poder Judiciário brasileiro tem negado aos cidadãos o direito de receber igual tratamento perante as decisões judiciais. Presas a pressupostos teóricos que remontam ao século XIX, as cortes de justiça, no Brasil, acreditam tratar os cidadãos brasileiros de forma igual com a manutenção de jurisprudência uniforme. Esse modelo está esgotado e as mais modernas teorias jurídicas propõem um modelo diferente que tem sido bem-sucedido nos Estados Unidos e na Alemanha: o modelo de cortes supremas. Diante da frustração verificada nos últimos anos com o filtro de relevância no recurso extraordinário, endereçado ao Supremo Tribunal Federal, a comunidade jurídica nacional dedica especial atenção à PEC n. 209/2012, em que o constituinte derivado pretende introduzir o filtro de relevância no juízo de admissibilidade do recurso especial, interposto para o Superior Tribunal de Justiça. Com a recente promulgação de novo Código de Processo Civil, que mescla os precedentes de *common law* com as tradicionais súmulas e jurisprudência brasileiras, renova-se o interesse pelo estudo do direito processual civil, especialmente com o objetivo de fornecer conhecimentos adicionais que contribuam para o sucesso da mais recente inovação legislativa. Acreditamos que o êxito do sistema de precedentes desejado pelo NCPC/2015 depende da correta utilização do filtro de relevância no juízo de admissibilidade dos recursos endereçados às nossas cortes superiores. A partir das teorias jurídicas de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, a dissertação elabora um estudo histórico-comparativo sobre as cortes de vértice e reafirma a necessidade de reservar-lhes apenas as questões mais relevantes para a sociedade.

Palavras-chave: Cortes Supremas. Juízo de admissibilidade. Filtro de relevância. Recurso Especial. PEC n. 209/2012.

## ABSTRACT

The Brazilian Judiciary has denied citizens the right to receive equal treatment before judicial decisions. Trapped by theoretical assumptions dating back to the nineteenth century, the courts in Brazil believe that they treat Brazilian citizens in a equal manner while maintaining uniform jurisprudence. This model is exhausted and the most modern legal theories propose a different model that has been successful in the United States and Germany: the supreme courts model. Faced with the frustration observed in recent years with the failure of the relevance filter in the extraordinary appeal, addressed to the Federal Supreme Court, the national legal community pays special attention to PEC n. 209/2012, in which the derived constituent intends to introduce the relevance filter into the admissibility judgment of the special appeal, brought before the Superior Court of Justice. With the recent promulgation of a new code of civil procedure, which mixes *common law* precedents with traditional Brazilian precedents and jurisprudence, the interest in the study of civil procedural law is renewed, especially in order to provide additional knowledge that contributes to the success of the latest legislative innovation. We believe that the success of the precedent system desired by NCPC/2015 depends on the correct use of the relevance filter in the admissibility judgment of appeals addressed to our higher courts. From the legal theories of Luiz Guilherme Marinoni and Daniel Mitidiero, the dissertation elaborates a comparative historical study about the vertex courts and reaffirms the need to reserve them only the most relevant issues for society.

Keywords: Supreme Courts. Admissibility judgment. Relevance filter. Special appeal. PEC. N. 209/2012.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2</b>	<b>ANTECEDENTES HISTÓRICOS E O NASCIMENTO DO CONCEITO DE CASSAÇÃO</b> .....	16
<b>2.1</b>	<b>A sociedade francesa e a origem dos <i>Parlements</i></b> .....	16
<b>2.2</b>	<b>A atuação dos Parlamentos</b> .....	20
<b>2.3</b>	<b>A luta política entre os Parlamentos e o soberano</b> .....	22
<b>2.4</b>	<b>A cassação</b> .....	24
2.4.1	A atividade espontânea dos litigantes.....	24
2.4.2	A criação do <i>Conseil des parties</i> .....	25
2.4.3	A Ordenança de Blois.....	26
2.4.4	A instrumentalização do interesse das partes em benefício do rei.....	27
2.4.5	Limitação ao recurso de cassação.....	28
2.4.6	Efeitos da cassação.....	29
2.4.7	A crise jurídica e a Revolução.....	30
<b>2.5</b>	<b>A cassação na Revolução Francesa</b> .....	31
2.5.1	O Tribunal de Cassação: da função de nomofilaquia à função uniformizadora.....	32
2.5.2	Função uniformizadora.....	35
<b>2.6</b>	<b>O modelo de cassação adotado no Brasil: a Constituição de 1824</b> .....	38
<b>2.7</b>	<b>A Constituição de 1891e os primeiros indícios de crise do STF</b> .....	41
<b>2.8</b>	<b>Natureza híbrida do recurso extraordinário: cassação e revisão</b> .....	46
<b>2.9</b>	<b>Indícios de crise</b> .....	49
<b>2.10</b>	<b>As Constituições posteriores</b> .....	51
<b>3</b>	<b>TRANSFORMAÇÃO DAS CORTES SUPERIORES</b> .....	53
<b>3.1</b>	<b>Teorias Formalistas</b> .....	54
<b>3.2</b>	<b>A Teoria da Discricionariedade Judicial de Hart</b> .....	70
<b>3.3</b>	<b>As Teorias de Ronald Dworkin</b> .....	74
<b>4</b>	<b>AS CRISES DAS CORTES SUPERIORES</b> .....	81
<b>4.1</b>	<b>Na Alemanha</b> .....	81
<b>4.2</b>	<b>Na Itália</b> .....	83
<b>4.3</b>	<b>No Brasil: algumas tentativas de solução</b> .....	85
4.3.1	As Súmulas da jurisprudência predominante do STF.....	85

4.3.2	A arguição de relevância .....	87
4.3.3	A criação do STJ e do recurso especial.....	94
4.3.4	A súmula vinculante.....	99
4.3.5	A repercussão geral como filtro do recurso extraordinário .....	101
4.3.6	A inversão do momento de apreciação da preliminar de repercussão geral .....	107
<b>5</b>	<b>TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS .....</b>	<b>111</b>
<b>5.1</b>	<b>O <i>Common Law</i> inglês.....</b>	<b>112</b>
<b>5.2</b>	<b>Os precedentes nos Estados Unidos.....</b>	<b>124</b>
<b>5.3</b>	<b>A Convergência entre os Modelos .....</b>	<b>127</b>
<b>5.4</b>	<b>Precedentes à brasileira .....</b>	<b>129</b>
<b>6</b>	<b>O STJ ENTRE CORTE SUPERIOR E CORTE SUPREMA .....</b>	<b>141</b>
<b>6.1</b>	<b>A distinção entre cortes supremas e cortes superiores .....</b>	<b>141</b>
<b>6.2</b>	<b>Justificativas teóricas da transformação das cortes superiores em cortes supremas.....</b>	<b>142</b>
6.2.1	O constitucionalismo democrático.....	142
6.2.2	Distinção entre texto e norma.....	144
6.3.3	O advento do pós-positivismo .....	146
<b>6.4</b>	<b>As cortes supremas e os precedentes judiciais .....</b>	<b>147</b>
<b>6.5</b>	<b>Filtro de relevância .....</b>	<b>151</b>
6.5.1	O filtro de relevância na Suprema Corte dos Estados Unidos.....	152
6.5.2	O STF e o STJ: problemas comuns.....	153
<b>6.6</b>	<b>A necessidade de extensão do filtro de relevância para o STJ.....</b>	<b>156</b>
6.6.1	A Corte Especial como órgão interno competente para apreciar a preliminar de relevância da questão federal.....	158
6.6.2	O momento processual para apreciação do requisito de relevância .....	160
6.6.3	Votação em plenário virtual .....	161
<b>7</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>162</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>164</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Corre pelos escritórios de advocacia uma frase dita em tom de pilhéria que simboliza as práticas tradicionais do Direito no país: “O bom advogado conhece o Direito; o melhor conhece o juiz”. Tornou-se parte do cotidiano dos escritórios de advocacia ter o advogado de responder a potenciais constituintes se conhece o magistrado, o desembargador ou o ministro, grosso modo, se o advogado tem “acesso” com esses julgadores. Antes que o advogado esclareça que advogados e juízes devem apenas manter respeito mútuo e relação institucional, o potencial constituinte terá deixado o escritório em busca de outro advogado – ou lobista – para resolver seu caso.

O que se passa em um escritório de advocacia é reflexo de um ambiente institucional que não oferece igualdade perante as decisões judiciais e não garante a previsibilidade e a estabilidade do Direito. Há doze anos na advocacia, sempre causou estranheza ao autor do estudo a existência de decisões diversas para casos semelhantes, em que o julgador, sem a devida fundamentação, deixa de alinhar-se a uma jurisprudência anterior para filiar-se à jurisprudência em sentido diverso. Em outros casos, o mesmo julgador esforça-se para garimpar no caso concreto circunstância(s) de fato periférica(s) para justificar, perante seus pares, a atitude de afastar-se de um entendimento jurisprudencial anterior.

Esse estado de coisas foi possível durante muito tempo porque as técnicas disponíveis eram insuficientes para concretizar os ideais de igualdade e de previsibilidade que qualquer sistema jurídico almeja. Tradicionalmente, no Brasil, os profissionais do Direito operam com citação de leis, jurisprudência, súmulas e, mais recentemente, com a Constituição, desde que esta conquistou – tardiamente entre nós – força normativa. No entanto, nunca nos foi possível conquistar os objetivos de igualdade e previsibilidade por meio do emprego de leis, jurisprudência e súmulas.

As leis, com seus termos polissêmicos e ambivalentes, estão sujeitas a várias interpretações. Por outro lado, essas várias interpretações transformam-se em diversas correntes jurisprudenciais, que, por seu turno, são classificadas em dominantes e minoritárias. A jurisprudência dominante é transformada em um texto sucinto, a súmula, que, até o advento do Código de Processo Civil de 2015, dispensava a referência aos fatos a partir dos quais havia sido gerada.

Correndo o risco do exagero, nos últimos anos Luiz Guilherme Marinoni lançou-se numa campanha contra essas práticas que alimentam a desigualdade perante a justiça no país, mas, ao mesmo tempo em que critica com veemência o atual modelo de cortes superiores, o

autor apresenta um modelo alternativo historicamente bem-sucedido, o modelo de cortes supremas, ligado à Suprema Corte dos Estados Unidos, e, mais recentemente, ao modelo do Tribunal Constitucional Federal alemão. O conjunto de teorias e propostas alternativas de Luiz Guilherme Marinoni estão reunidas em três obras: *Ética dos precedentes*, *O STJ enquanto Corte de Precedentes* e *Precedentes obrigatórios*. E, nessa campanha, Luis Guilherme Marinoni não é voz isolada. Com igual dedicação, Daniel Mitidiero publicou em 2017 o livro *Corte superiores e cortes supremas: recompreensão do sistema processual da corte suprema*, onde também se acha sistematizada uma teoria para transformação do STF e do STJ em cortes supremas. Em 2019, os autores reuniram suas doutrinas em *Recurso extraordinário e recurso especial: do juz litigatoris ao jus constitutionis*.

Enquanto as cortes superiores funcionam como cortes reativas, voltadas ao passado, e privilegiam o direito subjetivo da parte (*ius litigatoris*) a ter uma resposta judicial também das cortes de vértice (as mais elevadas num sistema judiciário), as cortes supremas primam pela atribuição de sentido e pelo desenvolvimento do Direito, conciliando o direito de recurso da parte com o interesse público (*ius constitutionis*). As cortes superiores ocupam-se do controle de legalidade das decisões recorridas, fazendo o confronto desta com as leis e com a jurisprudência da corte, ou com as várias linhas jurisprudenciais da corte, além de dispensar a análise dos fatos. Por outro lado, as cortes supremas trabalham com precedentes judiciais, que são decisões judiciais caracterizadas por alta qualidade técnica, que não desconsidera a história jurisprudencial da corte e os fatos envolvidos na controvérsia.

Dado que trabalhar com precedentes (questões fáticas e jurídicas) é mais trabalhoso, as cortes supremas não podem julgar grande número de causas, porque a quantidade tem impacto na qualidade das decisões. Por isso, há cortes supremas que funcionam com filtros de relevância, que são responsáveis por lhes reservar o julgamento apenas das questões mais importantes à sociedade. Dessa forma, no modelo de cortes supremas, os litigantes não dispõem do direito subjetivo de acessar a corte de vértice com a mesma intensidade verificada no modelo de cortes superiores. O sistema judiciário que valoriza a corte suprema transforma o interesse das partes (direito subjetivo) em oportunidade para conhecer as questões consideradas verdadeiramente relevantes, que, embora surgindo no conflito concreto, ainda que entre particulares, veicula questão jurídica que interessa à sociedade ou a uma parte considerável desta.

Por sugestão do Prof. Giovanni Bonato, ainda na fase inicial de pesquisa, o autor do trabalho imergiu nas fontes históricas do recurso julgado pelas cortes de vértice, principalmente pela leitura da versão em espanhol da obra de Piero Calamandrei, *La Casacion*

*civile* (1945), e do livro *O STJ enquanto corte de precedentes*, de Luiz Guilherme Marinoni, cuja primeira parte analisa a obra do autor italiano dedicada ao recurso de cassação na França do século XVIII. Quanto mais avançamos nas fontes históricas do recurso endereçado às cortes de vértice, tanto mais compreendemos que o modelo de cortes supremas é, de certo modo, um movimento de retorno às origens das cortes de vértice, quando se dava mais relevância ao interesse público no julgamento do recurso de cassação do que ao interesse privado.

Graças à leitura desses livros, o autor pôde constatar que conceitos ainda hoje utilizados pelos processualistas remontam ao período histórico anterior à Revolução Francesa e que se consolidaram na cultura jurídica ocidental nos primeiros anos que se seguiram àquela Revolução. Conceitos como *ius constitutionis*, *ius litigatoris*, uso do interesse das partes para conhecimento das violações à lei, a função de nomofilaquia, a busca de uniformidade da interpretação judicial e filtros recursais como a *summa gravaminis* são apenas alguns exemplos do legado histórico do período.

Ainda por sugestão do Professor Giovanni Bonato e também do Professor Alexandre Freire, as obras de Luiz Guilherme Marinoni e de Daniel Mitidiero nos serviram de referencial teórico, sobretudo no que diz respeito à segunda parte do trabalho, que se ocupa das funções e dos instrumentos processuais sem os quais é inviável a adequada performance das cortes supremas. Referimo-nos à técnica dos precedentes judiciais.

Ainda por sugestão do Professor Alexandre Freire, pesquisamos na bibliografia notícias dos principais erros cometidos pelo Supremo Tribunal Federal na utilização do filtro representado pela repercussão geral. Nosso objetivo foi descrever as falhas do STF na administração do filtro de seleção do recurso extraordinário para servir como advertência do que o STJ não deve fazer tão logo disponha de filtro de relevância, que é objeto de PEC n. 209/2012, já aprovada pela Câmara dos Deputados, e hoje tramita no Senado.

No primeiro capítulo da dissertação, descreveremos os antecedentes históricos do recurso de cassação, seu desenvolvimento posterior à Revolução Francesa e sua influência no ordenamento jurídico nacional. Veremos que o recurso de cassação foi o primeiro modelo seguido pelo então Supremo Tribunal de Justiça, como foi denominado o Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1824. Ainda no primeiro capítulo, dedicamos tópico especial sobre o modelo de recurso adotado na Constituição de 1891 e veremos que, a partir de então, o Supremo Tribunal Federal passou a operar como corte de cassação e de revisão, buscando uma aproximação maior com o modelo seguido pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Há profunda diferença entre as cortes de vértice dos séculos XIX e XX e as cortes supremas, tal como descritas nas obras de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. Contribuíram para isso fatores sociais como a industrialização, as duas guerras mundiais, a intervenção do Estado nas relações privadas, o declínio do liberalismo individualista, que induziram à socialização da legislação e a abertura do Direito às questões morais e éticas. Com isso, a técnica tradicional da subsunção tornou-se inadequada para responder às exigências da justificação judicial, abrindo espaço para o incremento na atividade judicial das técnicas de argumentação (jurídica). Por isso, o capítulo segundo do trabalho trata da transformação da interpretação judicial, perpassando as principais teorias nessa área do conhecimento, das mais formalistas às interpretativistas, de Savigny (século XIX) a Dworkin (século XX).

No terceiro capítulo, nossa atenção volta-se às crises das cortes superiores, decorrentes do excesso de processos, fenômeno que afetou inclusive as cortes supremas que atualmente servem de modelo para o mundo. Ainda nesse capítulo, mais uma vez recorrendo ao método histórico-comparativo, descrevemos as soluções que foram adotadas, por exemplo, pela Itália e pela Alemanha para superação da crise. Na parte final do capítulo, faremos menção às soluções heterogêneas adotadas no Brasil para vencer o que ficou conhecido, desde o início do século XX, como “a crise do Supremo”, a saber: a adoção de súmulas da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal e a arguição de relevância, filtro de seleção do recurso extraordinário instituído na década de 1960, mas extinto pela Constituição de 1988.

O quarto capítulo é dedicado ao estudo dos precedentes judiciais. Trataremos sobre sua origem no *common law* do direito inglês e como a teoria dos precedentes conseguiu inspirar mudanças até em países tradicionalmente abrangidos pela família de *civil law*. Discutimos ainda, nesse capítulo, a aproximação entre as tradições de *common law* e *civil law* e oferecemos um relato das críticas feitas ao legislador do Código de Processo Civil em vigor.

No quinto e último capítulo, com apoio nas doutrinas de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, defenderemos um modelo para o Superior Tribunal de Justiça, oferecendo meios para que este órgão de cúpula não cometa os mesmos equívocos do STF e termine por frustrar mais uma vez as expectativas dos jurisdicionados e da comunidade jurídica, uma vez que, com a inclusão do filtro de relevância no juízo de admissibilidade do recurso especial, e com a institucionalização de uma prática verdadeira de precedentes judiciais, espera-se que o STJ possa fazer aquilo que a Justiça brasileira ainda não conseguiu fazer: prestar jurisdição com igualdade.



Dispondo de bibliografia sobre o passado e o presente das cortes de vértice, e ainda de relatórios estatísticos oficiais, publicados anualmente pelo STF e pelo STJ, adotamos como procedimentos metodológicos a pesquisa bibliográfica e documental.

O estudo tem natureza histórico-comparativa. Daí a escolha dos métodos histórico e o comparativo, que o leitor poderá perceber do início ao fim da dissertação.

O método histórico foi escolhido porque ao longo de todo o trabalho faremos referência à história da Corte de Cassação francesa e da Suprema Corte dos Estados Unidos, porque foram as cortes de vértice que nos serviram de modelos e delas copiamos algumas das nossas principais práticas.

O método comparativo tem razão de ser porque, nos capítulos 3, 4, e 5, pretendemos fazer a comparação entre a experiência brasileira (com o STF e o STJ) e as experiências de outras cortes de vértice, especialmente da Suprema Corte norte-americana.

O método comparativo ainda será útil porque pretendemos cotejar a mais recente experiência brasileira com a repercussão geral no recurso extraordinário a fim de propor soluções para que os mesmos equívocos não sejam cometidos, no STJ, após a aprovação da PEC n. 209/2012, pela qual o constituinte derivado pretende incluir o filtro de relevância no juízo de admissibilidade do recurso especial.

Como os dados empíricos estejam todos disponíveis, em livros e relatórios oficiais, este estudo não tem objetivo de quantificar a produtividade das cortes brasileiras para depois propor soluções. Ao invés disso, o que esta dissertação objetiva é interpretar os dados disponíveis e, então, propor medidas de correção no processamento do recurso extraordinário, e, especialmente, do recurso especial. Essa abordagem qualitativa ficará clara nos capítulos 4 e 5, quando explicamos as razões do malogro da repercussão geral e as medidas que o STJ deve adotar para não passar pelo mesmo processo de frustração.

## 2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS E O NASCIMENTO DO CONCEITO DE CASSAÇÃO

Como conceito<sup>1</sup>, a cassação surgiu na França, no século XVIII, não como evolução natural das cortes superiores de justiça, mas, antes, como atributo jurídico da luta política entre os reis franceses e os *Parlements*, instituição estranha aos modernos, de natureza híbrida, que possuía na França absolutista funções judiciárias e legislativas e apresentavam-se, perante a sociedade, como o principal limite institucional ao poder absoluto dos monarcas. Para fornecer ao leitor uma visão completa dessa luta política, escolhemos como ponto de partida de nossa dissertação o Antigo Regime francês, período que fornece os elementos para compreensão da cassação, não como invenção de juristas para uso no processo judicial, senão como fruto de um conceito político, e que, lentamente, foi incorporado, pela prática, ao processo judicial.

### 2.1 A sociedade francesa e a origem dos *Parlements*

O feudalismo foi um tipo de organização social descentralizada, em que o poder estava disperso nas mãos dos barões, donos dos *feudos*. O absolutismo foi o modelo oposto, que, desde o início, buscou a centralização do poder num só organismo. A passagem do feudalismo para o absolutismo marcou o início do gradual processo de centralização política e administrativa, do qual a função judiciária seria o instrumento de consolidação, com a utilização teórica, na França, do direito romano, interpretado e desenvolvido por juristas, funcionários do rei.

Ao contrário do que o nome sugere, o Estado absolutista nunca foi tão poderoso ao ponto de não ter limites. Durante esse período, sempre existiu alguma forma de assembleia<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> O conceito é uma “[...] ideia ou construção mental elaborada acerca de um fenômeno”. É uma representação cognitiva, abstrata, “[...] de uma realidade perceptível formada por experiências diretas ou indiretas”. Porque o conceito exerça função importante na “[...] construção do conhecimento científico”, afirma-se que “[...] seus atributos essenciais e, conseqüentemente, suas definições sejam analisados periodicamente, visando, principalmente, seu contínuo aprimoramento”. Afinal, os “[...] conceitos não são esculpidos em pedras” e “[...] sua análise e entendimento mudam com o tempo, não devendo ser considerados como um produto finalizado”. FERNANDES, Maria das Graças Melo; et al. Análise conceitual: considerações metodológicas. **Rev Bras Enferm**, Brasília, v. 64, n. 6, p. 1150-6, nov./dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/reben/v64n6/v64n6a24.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019. p. 1151.

<sup>2</sup> Sobre a inexistência de limites ao poder do monarca, Toqueville: “Aliás, ele próprio não conhecia bem os limites exatos de seu poder. Nenhum de seus direitos estava regularmente reconhecido nem solidamente estabelecido; sua esfera de ação era imensa, mas ainda a palmilhava com passos inseguros, como em um lugar escuro e desconhecido. Essas trevas assustadoras que então ocultavam os limites de todos os poderes e imperavam em torno de todos os direitos, favoráveis aos atentados dos príncipes contra a liberdade dos súditos,

consultiva em que o rei se reunia com os barões para deliberar sobre os assuntos mais importantes do reino<sup>3</sup>. A *Curia regis*<sup>4</sup> foi o principal órgão consultivo do rei, e, dela, foram desmembradas duas instituições que nos interessam, em particular, sobre os quais falaremos mais adiante: o *Parlement* e o *Conseil des parties*.

Sob o Estado absolutista, realeza e justiça estão reunidas na pessoa do rei. É dele e somente dele que devem emanar todas as fontes de poder. Não existia, ainda, a formulação teórica da divisão de poderes, de modo que, no topo da hierarquia social e política, o soberano exercia indistintamente as três funções que o Estado moderno denomina executiva, legislativa e judiciária. Na base, a função judiciária permanecia administrada pelos barões nos seus

frequentemente lhe favoreciam a defesa”. TOCQUEVILLE, Alexi. **O antigo regime e a revolução**. Trad. De Yvonne Jean. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 123. E Ladurie: “No que concerne à França, a despeito da fachada absolutista, que vai progressivamente se fender no século XVIII, o Antigo Regime continua a ser (entre outras coisas) sociedade de ordens ou de *Estados*. Ao longo da grande cadeia dos seres, o rei e os Estado Gerais ou provinciais são as porções manifestas de um conglomerado muito mais vasto; ele é feito de comunidades, corporações, instituições representativas. Na falta de reunião efetiva dos Estados Gerais, desde Richelieu até Luís XVI, os Parlametos, e especialmente o de Paris, erigem-se em instâncias com vocação nacional”. LADURIE, Emmanuel Le Roy. **O Estado monárquico, França, 1560-1610**. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1994. p. 14.

<sup>3</sup> Anderson (2004, p. 50) “Nenhum Estado absolutista poderia jamais dispor livremente da liberdade ou da propriedade fundiária da própria nobreza, ou da burguesia, à maneira das tiranias asiáticas suas contemporâneas. Nem, tampouco, conseguiram atingir uma centralização administrativa ou uma unificação jurídica completas; os particularismos corporativos e as heterogeneidades regionais herdadas da época medieval marcaram os Ancien Regimes até a sua destruição final. Desse modo, a monarquia absoluta no Ocidente foi sempre, na verdade, duplamente limitada: pela persistência, abaixo dela, de corpos políticos tradicionais, e pela presença, sobre ela, de um direito moral abrangente. Em outras palavras, o domínio do absolutismo operava, em última instância, dentro dos limites necessários da classe cujos interesses ele assegurava”. ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado absolutista**. Tradução João Roberto Martins Filho. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 50. O mesmo autor, em outra passagem: “Na verdade, o próprio termo “absolutismo” era uma denominação imprópria. Nenhuma monarquia ocidental gozara jamais de poder absoluto sobre seus súditos, no sentido de um despotismo sem entraves”. *Ibid.*, p. 49; Ver ainda LADURIE, o. cit., p. 13-14.

<sup>4</sup> Anderson, citando Marx: “O poder do Estado centralizado, com os seus órgãos onipresentes: exército permanente, polícia, burocracia, clero e magistratura — órgãos forjados segundo o plano de uma divisão do trabalho sistemática e hierárquica — tem a sua origem nos tempos da monarquia absoluta, quando serviu à sociedade da classe média nascente, como arma poderosa nas suas lutas contra o feudalismo”. ANDERSON, op. cit., p. 16. Ver, ainda, Piero Calamandrei: “En los Estados de la Edad Media, cuyas constituciones ignoraban aquel principio de la división de los poderes que debía después colocarse como base de todo ordenamiento público por la Revolución Francesa, se admitió constantemente que, en los principados, el soberano, o, en los Estados regidos por gobierno popular, el órgano en que residía la soberanía política, estuviese también investido del supremo poder jurisdiccional, en forma de poderlo ejercitar a su arbitrio con exclusión de los jueces inferiores, y de reservarse en todo caso la última palabra sobre las decisiones tomadas por las magistraturas sometidas al mismo. Del mismo modo que en el imperio romano culminó la administración de la justicia en los *sacra auditoria* (véase, anteriormente, n. 35) y en los estados bárbaros constituyó la *cúria regis* el grado extremo de toda controversia (n. 52), así en la época intermedia, a través del instituto de la *supplicatio* (véase el n. 70) que el derecho común conservó con el constante carácter de una invocación a la gracia del príncipe, la preclusión de los medios ordinarios de gravamen no excluyó por lo general el último recurso a la soberanía; y en los Estados particulares, especialmente en los despóticos, por encima de toda jurisdicción ordinaria funcionó como suprema instancia el príncipe y su consejo político, cuya actividad jurisdiccional, con la posibilidad de un recurso extremo dirigido al soberano superior a las leyes, vino a imprimir a todo el ordenamiento judicial el carácter de una “justicia de gabinete”, abierta a todo arbitrio”. CALAMANDREI, Piero. **La casacion civil**. Tomo I, volumen I. Buenos Aires: Editora Bibliografica, 1945. p. 242.

respectivos feudos. Mas como o poder pertencia ao rei, e não aos barões, todos os súditos poderiam recorrer ao rei em busca de justiça para superar as decisões dos barões locais<sup>56</sup>.

No século XIV, a *Curia Regis* já assumira as características de “[...] um tribunal autônomo e inapelável (*souverain*) e o poder jurisdicional do rei encontrou seu instrumento nas *lettres de justice*”<sup>7</sup>. Calamandrei relata que<sup>8</sup>, já naquele período primitivo, “[...] o número de controvérsias submetidas ao conhecimento direto do rei” elevou a importância do conselho que o assistia. As sessões para assuntos judiciários passaram a revestir-se de estilo próprio e eram chamadas *curia regis in parlamento*<sup>9</sup>. Dado que as decisões da *Curia regis* expressassem a lei do soberano para todo o reino, o monarca delegou parte dos poderes a nobres locais, visando a que a autoridade real se fizesse presente em todos os cantos do reino. A instituição representativa da delegação de poderes ficou conhecida como *Parlamento* – no francês, *Parlement* –, que, então, ficou incumbido de julgar as demandas dos súditos, em nome do rei, de forma soberana<sup>10</sup>. Existiram 13 Parlamentos na França pré-revolucionária.

Em *Cidadãos*, Simon Schama<sup>11</sup> descreve a composição, natureza e competência dos parlamentos. Esse autor esclarece que é preciso não confundir os parlamentos franceses com o Parlamento britânico. Os parlamentos franceses compreendiam corpos de “[...] nobres juizes que, em diferentes parlamentos, iam de cinquenta a 130”, atuando “[...] na condição de cortes regionais”. O mais importante Parlamento, sediado em Paris, possuía as seguintes atribuições: “[...] ouvir apelações e uma ampla variedade de casos de primeira instância – os *cas royaux* –, que iam de acusações de *lèse-majesté*, sedição e assaltos em estradas até o uso ilegal do selo real, falsificação de dinheiro e adulteração de documentos [...]”. Além das funções tipicamente judiciárias, os *Parlements* “[...] atuavam como censores de teatro e literatura e guardiães da propriedade social e moral”<sup>12</sup>.

Conquanto soberanas, as decisões do Parlamento podiam ser contestadas por meio de uma petição chamada *amendement*. Por ser o exercício da justiça mera delegação, havia a possibilidade da *amendement* para que as partes pudessem recorrer diretamente ao rei, em

<sup>5</sup> Lembre-se que, no feudalismo, eram os barões locais todo-poderosos, mas apenas nos respectivos *feudos*.

<sup>6</sup> CALAMANDREI, 1945, op. cit., p. 290.

<sup>7</sup> Ibid., p. 294.

<sup>8</sup> Ibid., p. 291.

<sup>9</sup> Eyclopaedia Britannica.

<sup>10</sup> “Em razão dessa inapelabilidade atribuída ao Parlamento, se acostumou dizer que o Parlamento estava provido de soberania (*souveraineté*) e quando, com o correr dos anos, junto ao Parlamento de Paris se foram formando, em diversas partes de França, outros Parlamentos menores a cada um deles se atribuiu a qualificação de *Cour souveraine*”. Ibid., p. 295.

<sup>11</sup> SCHAMA, Simon. *Cidadãos: uma crônica da Revolução Francesa*. Tradução Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 102-103.

<sup>12</sup> Ibid.

nome de quem o Parlamento atuava<sup>13</sup>. Afinal, os Parlamentos foram concebidos para serem instrumentos do monarca para garantir a unidade administrativa do vasto território francês<sup>14</sup>. Sendo assim, a parte insatisfeita com a sentença podia recorrer diretamente ao rei para superar as decisões dos barões.

De outro lado, o soberano não deixava de exercer seu poder de rever as decisões do Parlamento. Para esta função<sup>15</sup>, nasceu, no Conselho do Rei, a *Requêtes de l'Hostel du Roi*, composto por funcionários do rei chamados *maîtres de requêtes*<sup>16</sup>. Esse corpo de juristas do rei tinha a função de decidir sobre as petições de *amendement*<sup>17</sup>. As decisões (escritas) eram as *lettres de justice* (ou *letrres de la Chancellerie*). A existência desse órgão, no Conselho do Rei, com funções de rever as decisões dos barões locais, deu aos súditos a convicção de que a última palavra sobre justiça caberia sempre ao monarca. E assim a monarquia foi gradualmente se afirmando sobre o poder feudal.<sup>18</sup>

Mais adiante na história da França, a função exercida pela *amendement* deu lugar a dois recursos, ambos, cabíveis contra as decisões do *Parlamento*: a *proposition d'erreur* e a *requete civile*. A *proposition d'erreur* tinha como pressuposto de cabimento “[...] a existência de um *error in iudicando* na sentença impugnada”<sup>19</sup>. De início, não havia distinção entre *error in iudicando* e *error in procedendo*. Só mais adiante é que esse recurso sofreria restrição, quando se tornou adequado apenas para questionar os erros cometidos pelos Parlamentos sobre as matérias de fato<sup>20</sup>. Já a *requete civile* podia ser utilizada nos casos de fraudes cometidas por umas das partes e podia ser interposta contra qualquer sentença, ainda que de primeiro grau. Nesses dois casos, o soberano continuava sendo chamado a decidir as demandas na condição de juiz supremo de todo o reino.

<sup>13</sup> Calamandrei: “[...] e por cima do Parlamento, que atuava por delegação do supremo poder jurisdicional correspondente ao rei, se desenvolveu assim a uso de recorrer ao sumo controle do delegante por meio de alguns remédios característicos”. CALAMANDREI, 1945, op. cit., p. 291.

<sup>14</sup> No ponto, leia-se essa passagem de Anderson (2004, p. 85): “O controle político efetivo da monarquia francesa nunca foi territorialmente uniforme: ele sempre declinava nas extremidades do país, decrescendo progressivamente nas províncias de aquisição mais recente, a maior distância de Paris. Ao mesmo tempo, o mero volume demográfico da França colocava formidáveis obstáculos para a unificação administrativa: 20 milhões de habitantes faziam dela um país duas vezes mais populoso que a Espanha no século XVI”. ANDERSON, op. cit., p. 85.

<sup>15</sup> “Em uma monarquia absoluta, como era a França, todos os poderes públicos procediam do soberano, o qual, como consequência, tinha a possibilidade de exercitá-los todos: assim por exemplo, do mesmo modo que podia decidir uma controvérsia em função de juiz, podia o rei emitir ordenanças em função de legislador; pois bem, a atividade que o rei exercitava sobre a administração da justiça, por meio das letres de Chancellerie, respondia exclusivamente à função jurisdicional do soberano, e não mirava em absoluto a salvaguardar no soberano prerrogativas diversas daquela de administrar justiça”. CALAMANDREI, 1945, op. cit., p. 297.

<sup>16</sup> É dessa classe de funcionários reais que serão escolhidos, tempos depois, os intendentes.

<sup>17</sup> Ibid., p. 296.

<sup>18</sup> Ibid., p. 294-295.

<sup>19</sup> Ibid., p. 304.

<sup>20</sup> Ibid.

## 2.2 A atuação dos Parlamentos

Além das funções tipicamente ligadas à administração da justiça, os Parlamentos também tinham poderes legislativos, algo difícil de imaginar em nossos dias.

No campo legislativo, os Parlamentos possuíam o direito (há muito reconhecido) de registrar os decretos (ou éditos) emanados do soberano. O registro<sup>21</sup> era uma condição para que a “lei” se tornasse obrigatória. Quando o Parlamento negava o registro, este vinha acompanhado de um protesto formal (*remonstrance*), em que o Parlamento expunha suas razões para negar o registro. Schama<sup>22</sup> explica que a *remonstrance* equivalia a um protesto, em geral, na forma de um extenso sermão contra “[...] atitudes consideradas como violações das “leis fundamentais” do reino”. Nesse caso, quando o Parlamento negava o registro, o soberano - nos casos mais graves – comparecia pessoalmente ao Parlamento para o chamado *lits de justice*<sup>23</sup>.

A nobreza dominava os Parlamentos<sup>24</sup>, a nobreza de sangue e a nobreza representada pelos burgueses que compravam os cargos<sup>25</sup>. O cargo dava direito a privilégios, estes suportados por aqueles que cultivavam a terra, os camponeses<sup>26</sup>. Mas, dentre todos os privilégios, um sublimou-se pela instabilidade social que gerou e que é apontado como um dos fatores que determinaram a Revolução Francesa: a administração da justiça<sup>27</sup>.

---

<sup>21</sup> “Os éditos reais ainda requeriam, em princípio, o registro formal pelos parlaments para que se tornassem leis.” ANDERSON, op. cit., p. 89. Ver também Hurt: “According to these scholars, royal legislation did not become enforceable or take effect until the parlements had verified it. Constitutionalists believed that verification entailed a close scrutiny of the laws to see that they did not conflict with the abstract principles of justice, reason and virtue, and with the concrete provisions of royal ordinances and legal precedent. To conduct this scrutiny, magistrates of the parlements attended a plenary session called assembled chambers, heard the laws read aloud and in full, analysed them in detail, discussed them at length and then expressed their approval or disapproval by means of a free vote, *liberté des suffrages*. The principles of *vérification* and *liberté des suffrages* became recurring features of constitutional thought and the rhetoric of the parlements”. HURT, John J., **Louis XIV and the parlements: The assertion of royal authority**. Manchester: Manchester University Press Oxford Road, 2002. p. 2. Ver, ainda, Calamandrei: “Uma prerrogativa dos Parlamentos, mediante a qua los mesmos vinham a participar do poder soberano de ditar leis, era a do registro (*enregistrement*) das ordenanças reais, em virtude da qual as leis emanadas do rei não se consideravam obrigatórias na jurisdição de um Parlamento até que este fizesse uma ata e reconhecido sua obrigatoriedade”. CALAMANDREI, 1945, op. cit., p. 315.

<sup>22</sup> (p. 99)

<sup>23</sup> Ou *leito de justiça*, era o “trono sobre o qual o rei sentava ao presidir a uma sessão solene do Parlamento”. Ante a resistência do parlamento em registrar os éditos, o rei comparecia pessoalmente no parlamento “ditando ele mesmo, e sem apelação possível, o texto do decreto”. VINCENT, Bernard. **Luís XVI**. Tradução Julia da Rosa Simões. Porto Alegre, RS: L&PM Editores, 2011. p. 91.

<sup>24</sup> A nobreza judiciária, os chamados *Robin*. SCHAMA, op. cit., p. 103.

<sup>25</sup> Sobre a aquisição de cargos nos Parlamentos pelos burgueses. *Ibid.*, p. 111-113. Schama chama a aquisição de cargos judiciários pelos nobres bem-sucedidos de “modernização aristocrática”. *Ibid.*

<sup>26</sup> LADURIE, op. cit., p. 26-27.

<sup>27</sup> TOQUEVILLE, op. cit., p. 73.

Os Parlamentos ganharam enorme poder e prestígio na sociedade francesa e passaram a fazer oposição às medidas centralizadoras do rei. Os particularismos locais, com os diferentes costumes provinciais, e os correspondentes direito locais, chocavam-se com as intenções de centralização monárquica<sup>28</sup>.

Nesse contexto, sob o reinado de Luís XIII, na administração do primeiro-ministro Richelieu, a obra de centralização prosseguiu com a imposição do sistema de *intendants*, funcionários do rei com funções administrativas e judiciárias. Richelieu era contrário a muitos privilégios e pretendia despojar os nobres da influência nas províncias. Como não pudesse simplesmente revogar os poderes judiciários concedidos à nobreza – vez que os cargos eram comprados<sup>29</sup> e o rei não podia suprimi-los sem colocar em risco uma das principais fontes de receita<sup>30</sup> da coroa (*paulette*) –, o cardeal concebeu o sistema de *intendants*, escolhidos mais uma vez dentre os *maitres des requêtes*<sup>31</sup>, que passaram a ter competência jurisdicional para julgar os processos de interesse do soberano, o que incluía julgar os processos envolvendo os particulares e os próprios intendent. Criou-se, desse modo, a justiça administrativa – paralela à justiça civil –, representada pelos funcionários subordinados diretamente ao monarca. Remanescia a justiça civil, dominada pelos nobres.

A partir da divisão da justiça, ao intendente cabia avocar o processo e julgá-lo quando entendesse que havia, em um litígio qualquer, interesse do soberano<sup>32</sup>. Sucedeu que a atuação judiciária dos intendent ampliou-se exageradamente, pondo em risco a autonomia das

---

<sup>28</sup> Veja-se Anderson: “Os grandes artífices de sua administração no século XVII seriam, naturalmente, Sully, Richelieu e Colbert. O tamanho e a diversidade do país ainda estavam em grande medida inconquistados, quando eles iniciaram a sua obra. Continuaram a existir príncipes reais ciumentos do monarca, muitas vezes de tentores de governos regionais hereditários. Os parlaments provinciais, formados por uma combinação de pequena nobreza rural e bacharéis, representavam bastiões do particularismo tradicional”. ANDERSON, op. cit., p. 93.

<sup>29</sup> “A venda de cargos não era meramente um artifício econômico destinado a aumentar as receitas às custas das classes proprietárias. Ela cumpria também uma função política: ao fazer da aquisição de posições burocráticas uma transação de mercado e ao investir a sua propriedade com direitos hereditários, a venda de cargos bloqueava a formação de sistemas de clientela da grande nobreza no interior do Estado, que dependeriam não de equivalentes financeiros impessoais, mas das ligações e do prestígio pessoais de um grande senhor e da sua casa. Richelieu sublinhou em seu testamento o papel “esterilizador” fundamental da *paulette*, ao colocar o conjunto do sistema administrativo fora do alcance de linhagens aristocráticas tentaculares como a Casa de Guise. Evidentemente, um parasitismo apenas foi substituído por outro: no lugar do apadrinhamento, a venalidade.” Ibid., p. 51.

<sup>30</sup> LADURIE, op. cit., p. 27.

<sup>31</sup> Sobre os *maitres de requête* franceses: “As monarquias absolutistas do Ocidente contaram com uma camada especializada de juristas para prover as suas máquinas administrativas: os letrados na Espanha, os *maitres de requêtes* na França, os *doctores* na Alemanha.” ANDERSON, op. cit., p. 28.

<sup>32</sup> Perry Anderson: “Os *Intendants de Justice, de Police e de Finances* eram funcionários despachados para as províncias com amplos poderes, inicialmente em missões temporárias ou *ad hoc*, que depois se tornariam comissários permanentes do governo central através da França. Designados diretamente pela monarquia, os seus cargos eram revogáveis e não sujeitos à venda: recrutados em geral entre os antigos *maitres de requêtes*, pertencendo eles próprios à pequena ou à média nobreza no século XVII, representavam o novo poder do Estado absolutista as regiões mais afastadas do reino”. Ibid., p. 95.

províncias<sup>33</sup>. O soberano deu-lhes poder para julgar questões não regulamentadas expressamente ou cuja solução devesse ser encontrada nos costumes locais. E, se o caso passasse despercebido pelo intendente, cabia ao próprio Conselho de Estado cassar a decisão proferida pela justiça civil<sup>34</sup>.

A dualidade de justiças, uma administrativa, a serviço do rei, outra civil; a existência de critério genérico para delimitar a competência dos intendentes; a recusa da nobreza de toga em sujeitar-se ao poder central, esses fatores somados compõem o cenário preparatório para o conflito entre os Parlamentos e o soberano. Os Parlamentos absorveram todos os descontentamentos<sup>35</sup> acumulados pela atuação centralizadora da monarquia e haveriam de ser o palco de maior resistência contra o processo de centralização. Será do choque entre os Parlamentos e o poder do soberano que nascerá o conceito de cassação.

### 2.3 A luta política entre os Parlamentos e o soberano

Quando recrudesceram os conflitos entre o soberano e os Parlamentos, entre os intendentes e juízes locais, a França foi tomada por leis e decisões heterogêneas. Cada um dos treze Parlamentos tinha poder de emitir regulamentos e os juízes tiravam seus poderes de “diferentes fontes”<sup>36</sup>. Enquanto os Parlamentos faziam uso do direito local, dos costumes, enquanto os cargos fossem propriedades que não podiam ser tiradas e a venalidade dos juízes

<sup>33</sup> Em pouco tempo, as frequentes usurpações de poder transformaram os intendentes em agentes impopulares, especialmente entre os nobres, de quem pretendiam retirar poderes. É o que afirma Anderson: “Extremamente impopulares junto à camada dos *officiers*, cujas prerrogativas locais eles invadiam, foram usados com cautela no início e conviveram com os tradicionais governos de províncias”. Ibid.

<sup>34</sup> Tocqueville: “Os negócios regulamentados por velhos costumes ou leis onde esta precaução não fora tomada, o Conselho intervém constantemente por via de *evocação*, retira das mãos dos juízes togados o negócio que interessa a administração e deles toma conta. Evocações deste tipo enchem os registros do Conselho. Pouco a pouco a expressão generaliza-se e acaba transformada em teoria. Não promulga mais leis e sim uma máxima de governo destinada a demonstrar que todos os processos com algum interesse público ou administrativo, de agora em diante, não são mais da alçada dos juízes togados, cujo único papel é julgar interesses particulares.” [...] “Este princípio” (interesse do monarca) “[...] faz com que vejamos muitas vezes o intendente ou o Conselho puxar para si processos cuja ligação com a administração pública é quase invisível ou até inexistente”. Um gentil-homem que brigou com seu vizinho e que não ficou satisfeito pede ao Conselho que examine o caso. O intendente que recebeu o pedido responde: “Apesar de só se tratar aqui de direitos privados cujo conhecimento é da alçada dos tribunais, Sua Majestade sempre pode, quando assim o quer, encarregar-se do exame de qualquer caso sem prestar contas de seus motivos a ninguém”. TOCQUEVILLE, op. cit., p. 89-90.

<sup>35</sup> Pode parecer uma contradição, mas há historiadores que sustentam que, durante sua longa existência, os parlamentos, embora dominados pela nobreza, ganharam grande prestígio na sociedade francesa. Apesar da composição nobre, que refletia uma sociedade desigual, Schama (103) relata que os parlamentos tornaram-se “[...] uma instituição e um *etos*”. Eles exerciam grande influência no funcionamento da comunidade e houve mesmo um tipo de “*solidariedade social* entre os *robins* – a nobreza judiciária da *robe* – e seus concidadãos”. As cidades sedes dos Parlamentos estavam tão impregnadas pela presença dessa instituição que encontramos em alguns autores que estudaram a história dos Parlamentos a definição da sociedade francesa como *sociedade judiciária*, tal era a dependência da vida das pessoas dos atos oriundos das cortes soberanas.

<sup>36</sup> TOCQUEVILLE, op. cit., p. 78.



induzisse à solução dos casos concretos sem preocupação com a unidade do direito, o soberano resgatou e impôs o direito romano<sup>37</sup> na administração do reino, sobretudo dos conceitos relacionados à soberania imperial e à ideia de que os reis eram “[...] *legibus solutus*, isto é, isentos de restrições legais”<sup>38</sup>. Os *maîtres de requêtes* trabalharam com o direito romano na tarefa de centralizar a administração da justiça e levar alguma racionalidade formal ao sistema jurídico francês<sup>39</sup>.

Os estudiosos da Revolução Francesa não hesitam em afirmar que a falta de hierarquia entre as leis, a variabilidade das decisões<sup>40</sup> e a acumulação dos mesmos poderes em órgãos diversos foram fatores decisivos que desencadearam a Revolução Francesa. Em *O Antigo Regime e a revolução*, publicado em 1856, Tocqueville<sup>41</sup> observa que, no período pré-revolucionário, tudo era “[...] diversidade de regras e de autoridade e entrelaçamento dos poderes”. Na iminência da Revolução, Calone, o último Ministro das Finanças de Luís XVI, diria, a propósito da diversidade de leis tributárias que concorreram para a crise fiscal do país: “Não se pode dar um passo neste vasto reino sem encontrar leis diferentes, costumes prejudiciais, privilégios, ausências, isenção de impostos, direitos e pretensões de todos os tipos!”<sup>42</sup>

Não foi por outra razão que a uniformidade das regras transformou-se em um dos principais objetivos perseguidos pelos revolucionários de 1789<sup>43</sup>, com reflexos diretos no processo judicial, pela proibição, no primeiro momento, de qualquer tipo de interpretação judicial, tal era o receio dos revolucionários com o papel desempenhado pela magistratura dos Parlamentos no caos administrativo que levou à queda do Antigo Regime.

<sup>37</sup> “Com efeito, não restam dúvidas de que, na escala europeia, a determinação *primordial* da adoção da jurisprudência romana reside na tentativa dos governos monárquicos à crescente centralização dos poderes. Não custa recordar que o sistema jurídico romano compreendia dois setores distintos e aparentemente contraditórios: o direito civil, que regulamentava as transações econômicas entre os cidadãos, e o direito público, que regia as relações políticas entre o Estado e os seus súditos. O primeiro constituía o *jus*, o último a *lex*.” ANDERSON, op. cit., p. 26-27. Ver, também: MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 34.

<sup>38</sup> ANDERSON, op. cit., p. 37.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 28-29.

<sup>40</sup> “Em uma encontram-se todas as opiniões novas ou renovadas que se referem à condição das sociedades e aos princípios das leis civis e políticas, tais como, por exemplo, a igualdade natural dos homens, a abolição de todos os privilégios de castas, de classes, de profissões, que é uma consequência dela, a soberania do povo, a onipotência do poder social, a uniformidade das regras etc. Todas essas doutrinas não são apenas as causas da Revolução Francesa: formam, por assim dizer, sua substância; são o que suas obras têm de mais fundamental, de mais duradouro, de mais autêntico com relação à época.” TOCQUEVILLE, op. cit., p. 55.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>42</sup> VINCENT, op. cit., p. 137.

<sup>43</sup> TOCQUEVILLE, op. cit., p. 57.

## 2.4 A cassação

### 2.4.1 A atividade espontânea dos litigantes

À intensificação dos conflitos entre os Parlamentos e o soberano seguiu-se o maior número de cassações de sentenças proferidas pelos Parlamentos. Os litigantes perceberam que poderiam obter vantagens se provocassem eles mesmos a atuação do rei, depois de esgotados os recursos da *requete civile* e da *proposition d'erreur*. Como o efeito prático da cassação era o de anular a sentença, retirando-lhe todos os efeitos, as partes vencidas perceberam que lhes restava um último remédio, mesmo depois do julgamento daqueles dois recursos de natureza extraordinária.

O meio para obter a anulação da sentença era dirigir uma petição ao rei informando que a sentença trazia uma contrariedade aos seus interesses. Se o soberano tivesse interesse, ele cassava a sentença, que, de forma reflexa, beneficiava a parte vencida no âmbito do Parlamento local<sup>44</sup>. Na petição, o litigante vencido não levava ao rei razões de interesse privado, mas razões de tal ordem que pudessem convencer o rei de que na sentença havia uma ofensa aos interesses do soberano. É o que se extrai desse trecho de Calamandrei<sup>45</sup>:

[...] “posto que na decisão de um processo ante as Cortes soberanas podia a sentença, mesmo sem conter nenhum dos vícios que legitimavam o exercício da *propositon d'erreur* ou da *requête civile*, constituir nos modos já vistos”, “uma contravenção à vontade do rei e estar, por conseguinte, sujeita à anulação por parte daquele, parece natural que a parte vencida manifestasse sua atividade para reclamar a atenção do soberano sobre a contravenção contida na sentença e para provocar dele aquela anulação, da qual também a parte havia obtido uma vantagem.

Por conta da espontânea atividade dos litigantes, na qual se revelava toda a criatividade dos advogados, Calamandrei<sup>46</sup> destaca que a cassação, antes de ser um instituto sistematizado, teve, ao contrário, um “[...] desenvolvimento absolutamente separado dos verdadeiros remédios processuais concedidos às partes contra as sentenças das Cortes soberanas [...]”. E mais adiante, conclui esse pensamento: “[...] o desenvolvimento do recurso de cassação ocorreu por lenta formação prática mais que por regulação de normas”.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> CALAMANDREI, 1945, op. cit., p. 346.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> Ibid., p. 349.

### 2.4.2 A criação do *Conseil des parties*

As petições dirigidas ao rei elevaram o volume de trabalho do Conselho real. Diante disso, em 1578 o rei constituiu um novo conselho, ao qual transferiu todos os assuntos judiciais de direito privado: o *Conseil des parties*<sup>48</sup>. Outras seções do Conselho de Estado<sup>49</sup> ficariam encarregadas das questões que envolvessem interesse do soberano (direito público), tais como o Conselho de Finanças e o Conselho de Comércio<sup>50</sup>. À toga dos Parlamentos o rei contrapunha a toga do Conselho do Rei<sup>51</sup>. Na verdade, todos esses Conselhos, presididos pelo rei, possuíam poderes para vigiar as ordenanças e os processos de interesse do soberano por meio de decisões como os *arrêts do propre mouvement du roi* e os *arrêts en commandement*.

A despeito da divisão do Conselho, o rei continuou intervindo em questões particulares dos súditos, produzindo arbitrariedades<sup>52</sup> em muitos casos, fato que contribuiu para gerar na população grande desconfiança<sup>53</sup> no *Conseil des parties*, e, ao mesmo tempo, angariar a simpatia dos Parlamentos<sup>54</sup> como os únicos postos de resistência ao soberano.

A atividade de cassação foi transferida ao *Conseil des parties*. No âmbito desse órgão, o recurso de cassação sofreu largo desenvolvimento prático e essa experiência acumulada foi aproveitada pelos revolucionários de 1789<sup>55</sup>.

<sup>48</sup> Ibid., p. 340. Para que se tenha noção da importância do *Conseil des parties*, François Grazier menciona que, em hierarquia e importância, o “Conselho das Partes, composto de conselheiros de capa e espada, nomeados pelo rei, e de Maîtres des Requêtes”, estava logo abaixo do “Alto Conselho (Conseil d'en Haut), assim chamado porque se reunia no primeiro andar do Castelo de Versalhes e sempre sob a presidência pessoal do rei. Era uma espécie de Conselho de Ministros”. GAZIER, François. O Conselho de Estado francês. **FGV EBAP - Cadernos de Administração Pública**, 1995. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11942>. Acesso em: 24 set. 2019.

<sup>49</sup> Sobre essa instituição do Antigo Regime, Tocqueville observa: “Sua origem é antiga, mas a maior parte das suas funções é de data recente. É ao mesmo tempo supremo tribunal de justiça, pois tem o direito de cassar os decretos de todos os tribunais ordinários, e superior tribunal administrativo, pois todas as jurisdições especializadas são, em última instância, de sua competência.” E em outro trecho: “Tudo acaba chegando a ele e é dele que parte o movimento que se comunica a tudo. Não tem entretanto uma jurisdição própria. É o rei e só o rei quem decide, mesmo quando o conselho parece pronunciar-se. Mesmo dando a impressão de distribuir justiça, o conselho só comporta, na realidade, *avisadores* como fica determinado pelo parlamento numa de suas advertências”. TOCQUEVILLE, op. cit., p. 78.

<sup>50</sup> CALAMANDREI, 1945, op. cit., p. 378.

<sup>51</sup> Ladurie: “A justiça, com Chancelaria e Parlamentos, ocupa a frente da cena”. LADURIE, op. cit., p. 70.

<sup>52</sup> CALAMANDREI, 1945, op. cit., p. 405.

<sup>53</sup> Ibid., p. 409. A mesma afirmação é encontrada em Luis Guilherme Marinoni. MARINONI, 2017, op. cit., p. 32.

<sup>54</sup> Embora redutos da nobreza, na sociedade francesa do Antigo Regime os Parlamentos representavam perante a sociedade a única instituição capaz de conter os excessos do soberano. Se, de um lado, pode afirmar-se que também os Parlamentos cometessem muitas arbitrariedades, por outro, perante a população de camponeses e burgueses, essas instituições simbolizavam a única instância de que essa mesma população poderia se valer para confrontar os excessos nos monarcas franceses. Para uma explicação da posição ambígua dos Parlamentos, leia-se SCHAMA, op. cit., p. 110-111.

<sup>55</sup> CALAMANDREI, 1945, op. cit., p. 56.

### 2.4.3 A Ordenança de Blois

O rei francês não encontrava limites para cassar as sentenças. Podia cassar a sentença proferida pelos Parlamentos mesmo quando não verificasse “[...] qualquer dos vícios que davam lugar à *proposition d’erreur* e à *requêt civile*”<sup>56</sup>. Nessa condição, o soberano exercitava o poder de intervenção nos processos judiciais, e, por meio das *lettres de Chancelerie*<sup>57</sup>, emitia ordens escritas aos juizes inferiores e tribunais ordinários, avocando<sup>58</sup> ou suspendendo<sup>59</sup> processos e ainda podendo alterar competências. As decisões de cassação<sup>60</sup> eram lidas nas sessões dos Parlamentos, com a advertência de que fossem observadas nos casos semelhantes<sup>61</sup>. E o rei também editava ordenanças disciplinando diferentes questões, também lidas nas sessões do Parlamento.

Em resposta à política do soberano de editar ordenanças, a pretexto de consolidar sua opinião sobre assuntos diversos, os Parlamentos serviram-se da interpretação para camuflar a desobediência às ordenanças. Se a cassação e as ordenanças eram as armas do soberano contra os Parlamentos, estes, em compensação, fizeram da interpretação das ordenanças sua principal arma no campo da administração da justiça<sup>62</sup>. As interpretações multiplicaram-se à proporção em que as ordenanças especificavam o direito que o rei queria ver observado<sup>63</sup>.

Em razão do fortalecimento dos Parlamentos na postura de rebeldia<sup>64</sup> contra as

<sup>56</sup> Ibid., p. 333.

<sup>57</sup> Ibid., p. 318.

<sup>58</sup> Por meio de *lettres d’evocation*, “o soberano, de *motu próprio* ou em virtude de uma súplica dos interessados, costumava (e com tanta frequência que subvertia toda garantia de justiça) dirigir-se aos juizes inferiores para despojá-los do conhecimento de uma causa, à qual queria decidir diretamente, ou investindo algum outro órgão judicial”; Ibid., p. 320.

<sup>59</sup> Por meio das *lettres de committimus*, pelas quais o soberano retirava a competência dos juizes ordinários e determinava que os processos, a partir de então, deveriam ser julgados pelos “*Requêtes de l’Hôtel du Roy* ou por outro foro privilegiado.” Ibid.

<sup>60</sup> Calamandrei, observa que, até o século XVI, a palavra cassação não havia assumido, no direito francês, o sentido técnico que assumiu nos séculos seguintes. Ibid., p. 349. De início, a ideia de cassação não possuía rigor técnico jurídico. A cassação envolvia simplesmente um ato político de anulação praticado pelo rei quando entendia que as decisões dos Parlamentos eram contrárias à sua soberania e aos seus interesses. O ato do rei que anulava a sentença não tinha “[...] substância de um ato jurisdicional”, porquanto a anulação se dava não no interesse das partes – porque o rei se preocupasse com o direito delas –, mas antes a cassação ocorria pela simples vontade do soberano. Não há, nesse ato, ato de jurisdição, porque o soberano não atuava como um terceiro imparcial estranho à lide, mas atua como parte “diretamente interessada”, porque, quando anula, anula no próprio interesse. Ibid., p. 334.

<sup>61</sup> Ibid., p. 324.

<sup>62</sup> MARINONI, 2017, op. cit., p. 31.

<sup>63</sup> CALAMANDREI, 1945, op. cit., p. 324.

<sup>64</sup> Calamandrei, cita algumas razões para os atos de rebeldia dos Parlamentos contra as intervenções do soberano: “mas podia ocorrer que os Parlamentos, seja porque a jurisdição se considerava então mais que uma função pública, um verdadeiro direito do órgão que a exercitava, seja porque a intervenção do monarca ocultava muitas vezes a mais descarada iniquidade, e por outra parte era muito fácil aos particulares obter, por meio da corrupção dos cortesãos, as cartas de chancelaria, mesmo nos casos em que faltassem todo o pressuposto para isso, se rebelassem contra a ordem real e procedessem a uma decisão da controvérsia de que estavam investido,

ordenanças e cassações reais, o rei publicou a Ordenança de Blois, de 1579, declarando nulos e sem nenhum efeito os julgamentos dos treze Parlamentos que contrariassem as ordenanças, esperando, com essa medida, que novos atos de rebeldia fossem evitados. Porém, a partir do momento em que o rei deixou de cassar as sentenças em casos específicos para empregar aquelas ordenanças, com pretensão de gerar efeitos gerais, a cassação evoluiu mais ainda, porque deixou de ser ato isolado do rei para tornar-se instituto verdadeiramente jurídico.

Afinal, as violações dos Parlamentos já não seriam mais contra a vontade pessoal do rei, mas contra as ordenanças, que tinham natureza de normais gerais para todo o reino<sup>65</sup>. Por essa razão, Calamandrei<sup>66</sup> viu na Ordenança de Blois a consagração geral da cassação como “instituto geral para tutela da lei”.

#### 2.4.4 A instrumentalização do interesse das partes em benefício do rei

As ordenanças acumularam, mas não seguiam um plano sistemático. Elas eram editadas “[...] seguindo as contingências”, sobre “[...] as mais diversas matérias jurídicas”, sem uma unidade orgânica<sup>67</sup> e<sup>68</sup>. Outro fato tornava ainda mais complicado o processo de centralização política e jurídica.

As ordenanças do rei, embora aumentassem progressivamente para disciplinar todos os assuntos, só alcançavam uma parte de todo o direito praticado na França. As ordenanças coexistiram com o direito romano, com os diferentes costumes regionais e com *regulamentos* postos pelas Cortes soberanas, que disciplinavam, em âmbito local, os procedimentos judiciais. Era impossível para o rei tomar conhecimento de todas as violações aos seus interesses. Ficavam fora do controle do *Conseil* as sentenças proferidas com apoio no direito consuetudinário, que representava a maior parte dos fundamentos jurídicos das sentenças. Noutras palavras, o que não era regulamentado, em uma ordenança, era deixado ao sabor dos Parlamentos, e, portanto, sem controle por parte do *Conseil des parties*.

---

sem preocupar-se com o mandato do soberano que lhe impunha suspender o processo e lhes tirava definitivamente o conhecimento do mesmo. Surgiu assim, desta possibilidade, o conflito entre o monarca e as Cortes soberanas”. Ibid., p. 319.

<sup>65</sup> Ibid., p. 326.

<sup>66</sup> Ibid., p. 325.

<sup>67</sup> Ibid., p. 414.

<sup>68</sup> Daí Calamandrei afirmar que “[...] a unidade da legislação não se alcançou na França antes da Revolução”, e, como os monarcas não tivessem a noção de sistema jurídico coerente e escalonado, multiplicam-se leis heterogêneas, convivem “[...] normas jurídicas dotadas em intensidade e em extensão de um grau diverso de obrigatoriedade”. Ibid., p. 414.

Pela absoluta impossibilidade de controlar todas as violações – dos treze Parlamentos – cometidas contra as ordenanças, o rei acabou reconhecendo, tacitamente, aos litigantes, legitimidade para provocar a cassação, por meio de uma *demande en cassation*.<sup>69</sup> Por isso, Calamandrei anota que o “[...] nascimento da *demande en cassation* na França se deve, com efeito, a um fenômeno característico de utilização do interesse privado realizada pelo soberano em seu próprio interesse”. Calamandrei<sup>70</sup> deixa ainda mais clara a intenção do monarca nesse trecho:

Deste modo o soberano, impossibilitado de exercer um controle direto sobre todas as decisões dos parlamentos, orientava em proveito próprio o espírito de litigiosidade das partes na causa, que são quem estão em melhor situação, por sua imediata intervenção em juízo, e mais inclinadas que ninguém, por sua intenção de se subtrair à irrevogabilidade de uma coisa julgada desfavorável, a descobrir na decisão dos juízes mesmo os vícios mais escondidos.

Assim surgiu a ideia de instrumentalizar o interesse dos litigantes como forma de levar ao conhecimento do *Conseil* o maior número possível de violações às ordenanças cometidas, nos casos concretos, pelos Parlamentos. Nesse caso, como não se tratasse mais de ofensa a um suposto interesse pessoal do rei, senão de violação à ordenança, o soberano intervinha não na condição de juiz supremo de todo o reino, mas antes na qualidade de soberano legislador<sup>71</sup>.

Na prática, as partes – no esforço sempre criativo de demonstrar ao *Conseil des parties* real interesse para o rei cassar a sentença – elaboraram outros motivos, além da contravenção às ordenanças, que justificavam a cassação. Noutras palavras, de instrumento de defesa do *ius constitutionis* (do direito objetivo), o recurso de cassação também tornava-se cabível, “[...] sob o influxo do interesse privado” e da doutrina<sup>72</sup>, para atacar “[...] qualquer injustiça lesiva dos direitos das partes” (*ius litigatoris*)<sup>73</sup>, o que, segundo o mestre italiano, evidencia uma deturpação do instituto, uma vez que o interesse das partes devia funcionar apenas como um pretexto para o soberano conhecer violações às ordenanças.

#### 2.4.5 Limitação ao recurso de cassação

É interessante observar, que, embora reconhecendo legitimidade aos litigantes, bem

---

<sup>69</sup> Ibid., p. 353-354.

<sup>70</sup> Ibid.

<sup>71</sup> Ibid., p. 354.

<sup>72</sup> Sobre o papel desempenhado pela doutrina no desenvolvimento da cassação. Ibid., p. 368-370.

<sup>73</sup> Ibid.

cedo o *Conseil des parties* tratou de limitar o conhecimento do recurso somente às partes que demonstrassem um interesse real em obter a cassação, vez que, após o reconhecimento explícito dessa legitimidade, o *Conseil* sofreu aumento no volume de recursos. Foi preciso, portanto, limitar o acesso dos litigantes ao *Conseil*, principalmente daqueles que utilizavam a cassação de má-fé<sup>74</sup>, nos casos em que só interessava o próprio interesse privado<sup>75</sup>.

Em verdade, o *Conseil* já havia estabelecido limitações anteriores ao recurso de cassação. Antes, a cassação podia ser interposta contra sentenças proferidas por juízos de primeiro grau, mas, diante do elevado número de recurso, passou a ter cabimento só das sentenças dos Parlamentos. Só quando esgotados os outros recursos previstos é que o litigante teria acesso ao *Conseil des parties*. Outra medida que pode ser considerada como restrição ao uso da cassação foi a possibilidade do recurso apenas para denunciar erros de direito, e não mais contra erros de fato. Calamandrei<sup>76</sup> justifica a restrição observando que, “quando o juiz se enganava quanto à existência ou quanto ao modo de ser da relação concreta submetida à decisão, não vinha a desconhecer a autoridade do soberano contida no preceito geral [...]”.

#### 2.4.6 Efeitos da cassação

A principal norma de procedimento editada pelo monarca francês foi a Ordenança de 1667, que Calamandrei<sup>77</sup> equipara ao “[...] código de processo civil do *ancien régime*”. As exceções à proibição de conhecer questões de fato apareceram nas cassações por erro de procedimento, ou seja, naquela atividade em que o *Conseil* comparava “[...] entre aquilo que a ordenança queria que se fizesse e aquilo que em realidade se havia feito”<sup>78</sup>. Nessa atividade, muitas vezes o *Conseil*, “[...] para julgar se o direito havia sido violado”, investigava “[...] como se havia desenvolvido em concreto a atividade processual dos juízes e das partes”, o que implicava na extensão da “[...] cognição também à série de atos desenvolvidos na

---

<sup>74</sup> Vale registrar essa observação de Calamandrei, a propósito do desvirtuamento, pelos litigantes, de institutos processuais que deveriam servir aos interesses da justiça: “[...] “a história dos institutos processuais revelam que de qualquer remédio, criado para contribuir para a justiça, a chicana se faz dona, e o recurso passa a ser usado para impedir e retardar a irrevogável formação de um julgamento justo. Isso ocorreu na França também com o recurso de cassação, o qual, concedido às partes, em sua origem, com o fim de as mesmas, em seu interesse mediato, denunciarem ao rei as violações de lei ocorridas nos *arrêts* dos Parlamentos, provocando assim a cassação dos mesmos em interesse imediato do soberano, foi desvirtuado pelos litigantes, que o utilizaram no interesse deles (litigantes), já agora para obter a anulação de toda sentença viciada por um julgamento ruim, ainda quando em julgamento ruim não derivasse de uma contravenção às ordenanças”. Ibid., p. 355.

<sup>75</sup> Ibid., p. 372.

<sup>76</sup> Ibid., p. 369.

<sup>77</sup> Ibid., p. 327.

<sup>78</sup> Ibid., p. 389.

realidade, de que se compunha o processo”<sup>79</sup>. Se o recurso de cassação fosse provido, o *Conseil* devolvia os autos do processo ao juízo sentenciante para julgar o mérito. Esse ato do *Conseil* que devolvia o processo ao juízo inferior era denominado reenvio<sup>80</sup>. Em tal hipótese, a decisão do *Conseil* vinculava o juízo inferior na parte relacionada ao procedimento, isto é, o juízo inferior devia seguir o procedimento ordenando pelo *Conseil*, embora estivesse livre para pronunciar-se sobre o mérito da demanda<sup>81</sup>.

De outro lado, se o recurso de cassação fosse fundamentado em *error in iudicando*, o *Conseil*, dando provimento ao recurso, escolhia um juízo diverso para julgar o mérito novamente, porquanto acreditava que o primeiro juízo já havia formado “[...] sobre a controvérsia uma opinião dificilmente corrigível”<sup>82</sup>. Nesse caso, embora o novo juízo (juízo de reenvio) não estivesse obrigado a seguir a decisão do *Conseil*, não era comum que julgasse de forma a contrariar a decisão do *Conseil*. Com efeito, a decisão de cassação possuía força persuasiva sobre o juízo de reenvio porque já reunia “[...] os princípios jurídicos sobre os quais a nova decisão deveria se basear”<sup>83</sup>.

Para além da mera atividade de cassação, em duas hipóteses, o *Conseil* combinava a atividade de cassação com a de revisão<sup>84</sup>. A primeira hipótese ocorria no julgamento das questões mais importantes, quando então o *Conseil*, depois de cassar a sentença, julgava diretamente a lide; a segunda hipótese ocorria nos casos raros nos quais o juízo de reenvio persistia no erro e julgava novamente de modo contrário ao contido na primeira decisão de cassação. Aqui também, o *Conseil* cassava novamente a (segunda) decisão e julgava diretamente a questão, pondo fim ao processo<sup>85</sup>.

#### 2.4.7 A crise jurídica e a Revolução

Sob o Antigo Regime, muitas das leis que o monarca pretendeu unificar visavam a racionalizar as finanças do reino, mas a tarefa de unificar juridicamente a França tornara-se mais complexa ainda. As crises de ordem moral, espiritual, política e jurídica conduziram a França a uma crise fiscal sem precedentes, que não pôde ser evitada, também porque a

---

<sup>79</sup> Ibid.

<sup>80</sup> Ibid., p. 401.

<sup>81</sup> Ibid.

<sup>82</sup> Ibid., p. 402.

<sup>83</sup> Ibid., p. 403.

<sup>84</sup> Retornaremos à distinção entre cassação e revisão quando tratarmos da Constituição brasileira de 1891, quando ocorreu a transformação do modelo puro de cassação em modelo híbrido, reunindo ambas atividades (cassação e revisão).

<sup>85</sup> Ibid.



reforma da economia pressupunha, antes, a reforma jurídica da nação, com a unidade legislativa e jurídica. Nesse ambiente de crise fiscal, agravado agora também pela influência poderosa das doutrinas liberais, tornava-se pouco provável que a obra de centralização fosse concretizada pelo absolutismo francês. Ainda mais porque a unificação de que se fala envolvia também a unificação do direito fiscal do país. E, se Tocqueville tem razão, quando afirma que o direito fiscal “de certa forma contém em si todos os outros”<sup>86</sup>, o caos administrativo e jurídico não poderia ter outro resultado se não a Revolução.

## 2.5 A cassação na Revolução Francesa

A Revolução Francesa foi uma revolução social de massa<sup>87</sup> que buscou eliminar todas as instituições que remontavam ao Antigo Regime, os privilégios, as práticas que levavam à falta de uniformidade das regras jurídicas e toda forma de absolutismo<sup>88</sup>. Nesse trabalho de criação de uma nova sociedade, os revolucionários foram orientados pela teoria da separação dos poderes, formulada por Montesquieu<sup>89</sup>. Ao invés do acúmulo de funções numa só instituição, os revolucionários optaram por delimitar zonas específicas de atuação para cada uma das funções do Estado moderno. A função legislativa foi separada da função judicial. Todas as leis deviam ser positivadas, isto é, agrupadas no órgão legislativo. E, como fosse grande a desconfiança<sup>90</sup> nos magistrados, devia ser-lhes vedada qualquer atividade de

<sup>86</sup> TOCQUEVILLE, op. cit., p. 67.

<sup>87</sup> HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções (1789-1848)**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra S.A, 1977. p. 11.

<sup>88</sup> TOCQUEVILLE, op. cit., p. 67.

<sup>89</sup> Montesquieu, exerceu a função de magistrado no Parlamento de Bordeaux por doze anos e, a partir dessa experiência, escreveu seus livros mais conhecidos, *Cartas persas*, lançado em 1721, e *O Espírito das leis*, publicado em 1747. Conquanto a divisão de poderes não fosse uma invenção nova, Montesquieu inovava ao defender a separação não em virtude do número de governantes, como faziam outros autores clássicos, como Hobbes. Para Montesquieu, o “[...] que define cada regime não é mais o simples número, mas sua estrutura e seu funcionamento” (Introdução ao *O Espírito das leis*, RIBEIRO, p. XXXII). No Livro XI do *O Espírito das leis*, Montesquieu desenvolveu sua teoria, em que defendeu a separação entre poder executivo, legislativo e judicial, e, no que nos interessa, afirma não existir liberdade “[...] se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo”. Para concluir que, se “[...] estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor” (MONTESQUIEU, p. 168).

<sup>90</sup> “Assim, compreende-se que na França pós-monárquica tenha o judiciário enfrentado a crise de credibilidade social e de prestígio institucional em face dos demais poderes, contexto que, à época, levou à criação de um Tribunal Superior, justamente destinado a fiscalizar a estrita aplicação da lei pelos juizes: a *Cour de Cassation*, colhendo-se da palavra *casser* (quebrar) que dita corte poderia tornar insubsistente a decisão judicial que “ousasse” interpretar a lei, em vez de se limitar a aplicá-la em sua literalidade. O Tribunal de *Cassation* foi, em síntese, uma típica expressão da desconfiança profunda dos legisladores revolucionários nos juizes franceses [...]. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: RT, 2010. p. 398.

interpretação que *corrompesse* a lei<sup>91</sup>.

Os revolucionários pretenderam reduzir os juízes a meros aplicadores rigorosos da lei. O poder de julgar devia ser nulo. O juiz, um simples “boca da lei”<sup>92</sup>. Temia-se aquela mesma atividade interpretativa pela qual os magistrados se esquivavam de aplicar as ordenanças.

Alguns institutos processuais, desenvolvidos à época do *Conseil des parties*, sobreviveram à queda do *ancien régime*, o que comprova a força da tradição de certos institutos jurídicos, que, mesmo inconscientemente, se impõem na prática. Alguns desses institutos nascidos sob o Antigo Regime foram reexaminados e passaram a ser a outra finalidade. Após 1789, a cassação deixou de ter função de simples nomofilaquia (tutela da lei) para desempenhar outra, mais nobre, de uniformização da jurisprudência, que prevalecerá durante todo o século XX na própria França e em diversos países, como o Brasil.

### 2.5.1 O Tribunal de Cassação: da função de nomofilaquia à função uniformizadora

A Revolução instalou o Tribunal de Cassação no mesmo prédio onde antes estava localizado o Parlamento de Paris. Apesar do nome, tratava-se de órgão estranho à justiça, estruturado como mero órgão complementar do poder legislativo (Assembleia Nacional). Nesse momento inicial da Revolução, o que mais interessava era a “[...] manutenção da vida do Estado”<sup>93</sup>.

Nessa conjuntura, os revolucionários retiraram das partes legitimidade para provocar a cassação, criando, no próprio Tribunal, o cargo de funcionário do rei, a quem foi transferida a competência de “[...] vigiar a boa marcha dos tribunais”, e, portanto, nesse momento, somente o comissário podia levar ao Tribunal as notícias de contravenção à lei<sup>94</sup>. O Tribunal só deveria cassar as sentenças se estas apresentassem uma *contravenção expressa ao texto da lei*, no sentido de representar a contravenção um “[...] antagonismo irreconciliável entre as afirmações do juiz e o artigo de lei”<sup>95</sup>. O Tribunal de Cassação não adentrava no que era chamado *fond des affaires*, ou seja, na questão litigiosa<sup>96</sup>, no “[...] mérito as controvérsias surgidas entre os cidadãos particulares”<sup>97</sup>.

<sup>91</sup> MARINONI, 2017, op. cit., p. 29.

<sup>92</sup> Ibid., p. 30.

<sup>93</sup> CALAMANDREI, 1945, op. cit., p. 112.

<sup>94</sup> Ibid., p. 97.

<sup>95</sup> Ibid., p. 83.

<sup>96</sup> MARINONI, 2017, op. cit., p. 39.

<sup>97</sup> CALAMANDREI, 1945, op. cit., p. 81.

Por uma contradição que Calamandrei não consegue explicar, tudo o que o Tribunal fazia era investigar se o tribunal de apelação havia cometido uma contravenção expressa à lei, e, desde que essa contravenção fosse clara, percebida no primeiro olhar, o Tribunal limitava-se a indicar, numa fórmula sucinta, o artigo violado e enviava o processo ao juízo sentenciante para novo julgamento<sup>98</sup>. Nenhuma atitude positiva cabia ao Tribunal de Cassação sobre a questão de direito. Não podia emitir um juízo nem sinalizar o entendimento a ser seguido.<sup>99</sup> Considerando que tudo o que o Tribunal fazia era apontar o artigo de lei violado, o juízo de reenvio se sentia livre para dar à nova decisão a solução que preferisse<sup>100</sup>. E assim podia até persistir na mesma contravenção à lei ocorrida no julgamento anterior<sup>101</sup>. A expressão francesa para designar essa contradição é conhecida como *fausse interprétation de la loi*.

Como essa disputa entre Tribunal e juízo de reenvio não poderia ficar sem solução, pois que a indefinição revelava um “[...] vício da obra do legislador”<sup>102</sup>, o Decreto de 1790 estabelecia que, no caso de uma segunda cassação, o Tribunal de Cassação devia “[...] submeter a questão ao corpo legislativo, o qual, por meio de um decreto, sancionado pelo Rei, dava a interpretação autêntica à lei que havia originado o conflito entre a autoridade judicial e o Tribunal de Cassação”<sup>103</sup>. Esse ato era conhecido como *référé* do legislador<sup>104</sup>.

O *référé* evidenciava o princípio revolucionário de que “[...] a faculdade de interpretar a lei pertence ao Poder Legislativo”<sup>105</sup>. O *référé* podia ser facultativo ou obrigatório.

No procedimento de *référé* facultativo, que tinha natureza preventiva, qualquer juiz podia consultar o Legislativo quando tivesse alguma dúvida sobre como aplicar a lei<sup>106</sup>. Já no *référé* obrigatório, “[...] o Tribunal de Cassação deveria, ao receber a decisão de tribunal ordinário que mantivesse entendimento por duas vezes já cassado, submeter a questão ao Poder Legislativo”<sup>107</sup>. Nesse caso, o legislador tinha que “[...] aclarar, em abstrato, por meio de um decreto de caráter geral e obrigatório, para o futuro, o ponto de direito controvertido”<sup>108</sup>. E, novamente, a questão voltava ao Tribunal de Cassação que, à luz da interpretação autêntica, decidia se a sentença possuía uma contravenção à lei<sup>109</sup>.

---

<sup>98</sup> Ibid., p. 91.

<sup>99</sup> Ibid., p. 90.

<sup>100</sup> Ibid.

<sup>101</sup> Ibid., p. 92.

<sup>102</sup> Ibid., p. 93.

<sup>103</sup> Ibid.,

<sup>104</sup> Ibid.,

<sup>105</sup> MARINONI, 2017, op. cit., p. 34-37.

<sup>106</sup> Ibid., p. 40.

<sup>107</sup> Ibid.,

<sup>108</sup> CALAMANDREI, 1945, op. cit., p. 93.

<sup>109</sup> Ibid., p. 94.

O que acabou se verificando, na prática, foi justamente a violação à separação dos poderes, porque o Legislativo, ao interpretar a lei obscura, na verdade acrescentava à lei novos sentidos, o que transformou o legislador em juiz da causa<sup>110</sup>, porquanto essa interpretação autêntica tornava-se o material que o Tribunal de Cassação usava para dizer, ao final, se era ou não caso de cassação<sup>111</sup>. Noutras palavras, no lugar da lei originária criava-se uma lei interpretativa, uma lei, portanto, *ex post facto*.

Dado que a opção pelo procedimento do *référé* suspendia o processo, até que o Legislativo desse a correta interpretação da lei, aclarando o sentido da lei, sucedeu que foi o Legislativo que ficou sobrecarregado com tantos pedidos de interpretação autêntica formulados pelo Tribunal de Cassação e pelos demais magistrados, neste caso, na hipótese de *référé* facultativo. O meio para conter tantos pedidos de interpretação foi a recusa pura e simples do Legislativo de interpretar a lei, alegando que não havia necessidade de qualquer esclarecimento<sup>112</sup>.

Ante a recusa do Legislativo em emanar a lei interpretativa, os juízes começaram a negar prestação jurisdicional com fundamento na obscuridade da lei, já que, se eles não podiam interpretar, e o Legislativo se negava a interpretar, o único caminho possível seria o *non liquet*, a denegação da prestação jurisdicional por obscuridade na lei<sup>113</sup>. E, nessa situação, o Tribunal de Cassação cassava as sentenças que negavam prestação jurisdicional, “[...] sob o pretexto de obscuridade da lei”<sup>114</sup>.

Tal era o descompasso entre a realidade e os desejos revolucionários, que, mais uma vez, coube à prática judiciária retomar o desenvolvimento da cassação, e, em alguns momentos, isso ocorreu até mesmo “contra a letra” da lei<sup>115</sup>.

Para as partes, o Tribunal devia funcionar como “[...] suprema corte de justiça, situada no vértice do ordenamento judicial”<sup>116</sup>. É novamente pela atividade espontânea das partes que a Revolução volta a reconhecer aos particulares o direito de provocar a cassação das sentenças.

A partir da devolução de legitimidade às partes para provocar a *demande en cassation*, novos motivos, que não a contravenção expressa à lei, passaram a justificar a cassação. Houve mesmo aproveitamento de um regulamento que disciplinava a atuação dos litigantes perante o

---

<sup>110</sup> MARINONI, 2017, op. cit., p. 41-43.

<sup>111</sup> CALAMANDREI, 1945, op. cit., p. 95.

<sup>112</sup> Ibid., p. 111.

<sup>113</sup> Ibid.

<sup>114</sup> Ibid.

<sup>115</sup> Ibid., p. 113.

<sup>116</sup> Ibid., p. 114.

extinto *Conseil des parties*<sup>117</sup>. Diante da limitação do comissário do Tribunal de Cassação para conhecer de todas as possíveis violações à lei, o interesse privado foi novamente instrumentalizado a serviço do interesse público.<sup>118</sup>

Para Calamandrei<sup>119</sup>, dois fatos levaram à transformação do Tribunal de Cassação: a dissipação da desconfiança nos magistrados, que se tornaram funcionários públicos<sup>120</sup>; e a codificação do direito, pelo Código de Napoleão<sup>121</sup>.

Realmente, quando o Código foi promulgado, as condições sociais que justificaram a desconfiança nos juízes pertenciam ao passado<sup>122</sup>.

O Código napoleônico consagrou o sentimento comum dos legisladores, e, além de abolir a figura do *référé*, permitia, expressamente, que os juízes interpretassem a lei, para o caso concreto. Em verdade, se no art. 5º o Código proibia os juízes de proferir normas de caráter geral e para o futuro, de outro lado, trazia, no art. 4º, a obrigação de interpretar no caso concreto, prevendo expressamente a possibilidade de o juiz ser processado se se recusasse a decidir sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei. Com efeito, a unidade legislativa e a previsão do art. 4º do Código favoreceram o florescimento das interpretações e, por conseguinte, da jurisprudência. O problema já não era mais o respeito à letra da lei, mas assegurar a uniformidade na interpretação do Código<sup>123</sup>.

### 2.5.2 Função uniformizadora

É difícil explicar a razão que levou o Tribunal de Cassação a tolerar a *fausse interprétation de la loi* nos primeiros anos da Revolução. Os revolucionários não desconheciam a importância de evitar a dispersão jurisprudencial. A esse respeito, Calamandrei<sup>124</sup> relata que, nos trabalhos preparatórios da Assembleia Nacional, a cassação por errônea interpretação da lei foi discutida pelos revolucionários.

---

<sup>117</sup> Ibid., p. 101.

<sup>118</sup> Ibid.

<sup>119</sup> Ibid., p. 110.

<sup>120</sup> No mesmo sentido Marinoni, 2017, op. cit., p. 48.

<sup>121</sup> Ibid., p. 44.

<sup>122</sup> A esse respeito, Tocqueville faz essa observação sobre a classe dos funcionários públicos no período da Revolução: “Amalgamam as posições, igualam as condições; a aristocracia é substituída por funcionários, os privilégios locais por uma uniformidade nas regras, a diversidade dos poderes pela unidade do governo. TOCQUEVILLE, op. cit., p. 57. Aplicam-se a este trabalho revolucionário com uma atividade incessante e se encontram um obstáculo acontece-lhes, às vezes, pedir emprestados à Revolução seus procedimentos e suas máximas.” No mesmo sentido, ver Calamandrei, 1945, op. cit., p. 113.

<sup>123</sup> Ibid., p. 115-116.

<sup>124</sup> Id. **La Casacion Civil**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Tomo I. vol. II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1961. p. 105.

O erro dos revolucionários refletia os traumas<sup>125</sup> da luta política entre os monarcas franceses e os Parlamentos. Sem embargo, essa opção levou à contradição de tolerar na ordem jurídica a contravenção à lei por “errônea interpretação”, porque muitas interpretações equivocadas da lei ficaram sem controle pelo Tribunal de Cassação<sup>126</sup>, sobretudo porque eram poucos os casos de violação expressa ao texto da lei. A maior parte das violações às leis revolucionárias resultava da errônea interpretação da lei.

Ao permitir a cassação por *fausse interprétation de la loi*, esta hipótese tornou-se o fundamento da maior parte dos recursos dirigidos à Corte de Cassação<sup>127</sup>. Aquela função primeira da Corte de Cassação, de nomofilaquia (restrita à tutela do texto expresso da lei) progrediu para a nomofilaquia no sentido de que competia, nesse estágio, à Corte de Cassação, a atividade mais complexa de afirmar, dentre tantas interpretações, aquela que considerava correta diante da lei. Mesmo aqui, a evolução ocorreu em duas etapas.

De início, a Corte de Cassação apenas esclarecia a interpretação correta da lei (*ius in thesi*), mas sem entrar na discussão da relação jurídica concreta. A solução do caso continuava sendo competência do juízo de reenvio, que, no entanto, sofria a influência espiritual e hierárquica da Corte<sup>128</sup>. Mas não demorou e a Corte de Cassação também passou a apreciar a relação concreta posta em julgamento<sup>129</sup>, isto é, o próprio mérito da questão. É o que Calamandrei chama de “falsa aplicação da lei”, ou seja, o erro cometido na adequação da hipótese legal ao caso concreto. Nesse caso, a Corte avançava sobre o material fático produzido nas instâncias inferiores para investigar se as consequências jurídicas impostas na decisão recorrida estavam corretas (*ius in hypothesi*).<sup>130</sup>

A partir desse momento, verificou-se também uma mudança no estilo das decisões da Corte. Se, a princípio, o Tribunal de Cassação apenas citava o texto de lei violado, agora a Corte de Cassação decidia em estilo acadêmico<sup>131</sup>, e, “*cuanto más amplia y elaborada era la exposición de los motivos jurídicos en los cuales se apoyaban las decisiones de la Corte de*

<sup>125</sup> Calamandrei: “[...] demasiado viva era nos homens da revolução a experiência das lutas encarniçadas que se desenvolveram no antigo regime entre o soberano e os organismos judiciais, para que aqueles não vissem na contravenção às leis cometida pelo juiz um ataque direto e quase diria pessoal contra o legislador”. *Ibid.*, p. 86.

<sup>126</sup> “[...] o Decreto que instituiu o órgão destinado a tutela a lei contra toda violação dos juizes vinha em realidade a limitar de tal maneira os poderes deste órgão, que, por necessidade, deviam escapar-lhe e acabar sem censura a maior parte das violações à lei cometidas pelos juizes ao decidir as controvérsias”. *Ibid.*, p. 71.

<sup>127</sup> CALAMANDREI, 1961, op. cit., p. 115-116.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>129</sup> Calamandrei utiliza a expressão *premissa menor* em contraposição a *premissa maior*. *Ibid.*, p. 117.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 116.

*casación, tanta más autoridad adquirirían sobre los tribunales inferiores*”<sup>132</sup>. Então, a Corte de Cassação, que antes apenas cassava, daí em diante também exercia influência positiva<sup>133</sup> sobre os juízos inferiores, tanto no caso concreto – que retornaria ao juízo de reenvio –, quanto na “*resolución de todos los casos análogos que pudieran después presentarse ante los jueces en otros procesos*”<sup>134</sup>.

Ainda que as decisões da Corte de Cassação não possuíssem efeitos vinculantes sobre os juízes inferiores, mesmo assim elas exerceram influência moral e positiva, pois os juízes de reenvio raramente desafiavam o entendimento da Corte. Afinal, eles sabiam que, acaso não acolhessem a orientação da Corte, as decisões seriam novamente cassadas<sup>135</sup>. Leia-se esse esclarecimento feito por Calamandrei<sup>136</sup>:

La opinión de la Corte de casación, aun cuando no debiese tener de derecho eficacia obligatoria fuera del caso concreto, ejercía *de hecho* una disciplina sobre la interpretación jurisprudencial de todos los tribunales: ya que, si éstos no se ajustaban voluntariamente al modelo de sus decisiones, aquélla tenía la posibilidad de quitar eficacia a las sentencias que discreparan y de obligar también a los rebeldes a adoptar sus máximas jurídicas; en tal modo, puesto que toda la jurisprudencia debía pasar bajo este control de la Casación, que, siendo un órgano único, no podía tener sobre el modo de resolver cualquier cuestión de derecho más de una opinión, se producía automáticamente una especie de selección entre las diversas interpretaciones de una misma norma que se hubieran eventualmente manifestado por tribunales diversos: y la interpretación jurisprudencial, a través de la Corte de casación, se unificaba y se fijaba sin diversidad y sin faltas de certeza.

Além disso, para reforçar os efeitos positivos sobre o sistema judiciário, em especial, concorrendo para a uniformidade das decisões, as decisões eram impressas e inscritas nos registros dos tribunais<sup>137</sup>. Ou seja, aquelas decisões elaboradas em estilo acadêmico, com ampla fundamentação doutrinária e jurisprudencial, tornavam-se conhecidas dos profissionais da justiça. Por isso, embora a decisão da Corte de Cassação não vinculasse<sup>138</sup> os demais juízes, esses registros oficiais traziam lições para conhecimento de todos sobre a

---

<sup>132</sup> Ibid., p. 120.

<sup>133</sup> Ibid.

<sup>134</sup> Ibid.

<sup>135</sup> Vale lembrar que uma Lei de 1837 determinou que, no caso de uma segunda cassação, pelos mesmos motivos, em Seções Reunidas da Corte de Cassação, esta segunda decisão vincularia obrigatoriamente o juízo de reenvio. A força obrigatória ficava restrita somente ao juízo de reenvio do caso singular. Ibid., p. 128. Calamandrei anota que essa Lei fez com que a cassação se aproximasse da revisão do ordenamento germano-austriaco. Ibid., p. 132.

<sup>136</sup> Ibid.

<sup>137</sup> Ibid., p. 121-122.

<sup>138</sup> Ibid., p. 133.

jurisprudência da Corte<sup>139</sup>.

## 2.6 O modelo de cassação adotado no Brasil: a Constituição de 1824

O Estado unitário<sup>140</sup> foi a primeira forma de que se revestiu o Estado moderno. Vimos alhures que o ordenamento jurídico saído da Revolução Francesa era fortemente centralizador. E essa centralização pode ser apontada como um dos principais elementos que concorreram para a consolidação do recurso de cassação.

Seguindo esse modelo, então dominante na Europa, o Estado imperial brasileiro assumiu a forma de Estado unitário, caracterizada pela centralização do poder (jurídico e político), “[...] sem coexistência de ordenamentos juriferantes menores”<sup>141</sup>, isto é, com “[...] exclusão consequente de toda a normatividade plural”<sup>142</sup>. O país possuía um só Poder Legislativo central, um só direito: o direito emanado do órgão central, o poder imperial. Essa unidade jurídica, no entanto, não podia ser mantida sem o auxílio de um órgão judiciário central e de tribunais locais, as Relações, existentes em cada uma das províncias (art. 163 da Constituição de 1824).

Nossa primeira Constituição (1824) estabeleceu, no art. 158, a criação do Supremo Tribunal de Justiça, competente para julgar as causas decididas, em última instância, pelas Relações (como eram chamados os tribunais de segunda instância nas províncias). O art. 164 da Constituição de 1824 dizia competir ao Supremo Tribunal de Justiça “[...] conceder ou denegar revista nas causas, e pela maneira, que a Lei determinar” (inciso I). Essa Lei foi promulgada em 18 de setembro de 1828<sup>143</sup>, criando o Supremo e dispondo sobre suas atribuições. A mesma Lei, no art. 6º, previa o cabimento da revista para as “[...] causas civeis, e crimes, quando se verificar um dos *dous* casos: manifesta nullidade, ou injustiça notoria nas sentenças proferidas em todos os Juizos em última instancia”<sup>144</sup>.

---

<sup>139</sup> Ibid.

<sup>140</sup> José Afonso da Silva: “A Federação Brasileira estabeleceu-se com a Constituição de 1891 como um imperativo histórico-cultural do povo brasileiro, condicionada ainda pela grande extensão e diversidade do território nacional. Partimos do unitarismo para a forma federativa, no processo inverso ao das federações americana e suíça; essas formaram-se da união de Estados soberanos, os quais conferiram, à União, parte de sua competência.” SILVA, apud MANCUSO, op. cit., p. 403).

<sup>141</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. 6. tiragem, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1998. p. 151.

<sup>142</sup> Ibid.

<sup>143</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei de 18 de setembro de 1828**. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-38214-18-setembro-1828-566202-publicacaooriginal-89822-pl.html](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38214-18-setembro-1828-566202-publicacaooriginal-89822-pl.html). Acesso em: 25 ago. 2019.

<sup>144</sup> Ibid.



A influência da cassação francesa está refletida na lei e na doutrina. Em muitos aspectos, os comentários de Pimenta Bueno sobre o recurso de revista coincidem com as lições de Calamandrei sobre o recurso de cassação na França. Escrevendo em 1857, Pimenta Bueno ensinava que era função do Supremo Tribunal de Justiça, uma vez verificado a ofensa à lei, cassar e anular o processo ou a sentença, e, por consequência, devia determinar a retificação do processo ou julgar novamente a causa<sup>145</sup>.

Quanto ao interesse tutelado pela revista, Pimenta Bueno ressaltava a prevalência do interesse público sobre o interesse particular no julgamento da revista, tanto que Pimenta Bueno manifestava-se refratário à terceira instância, considerando suficiente o duplo grau para o exercício da jurisdição no interesse dos particulares<sup>146</sup>. Só devia caber recurso à corte de vértice quando houvesse ofensa à lei na decisão das Relações ou interpretações divergentes entre as Relações do Império<sup>147</sup>. Para resolver os dois inconvenientes, foi criado o recurso de revista como instrumento voltado a “[...] defender a lei em tese, que fizesse respeitar o seu império, o seu preceito abstrato, indefinido”<sup>148</sup>. E, tão ou mais importante, para uniformizar a aplicação da lei. Nas palavras do autor<sup>149</sup>:

E' pois o grande expediente de que o governo, sem invadir as attribuições e independencia do poder judicial, deve lançar mão para manter os juizes no circulo dos seus deveres, fiscalizar a exacta e rigorosa observancia do direito, conservar sua pureza e uniformidade, e promover a responsabilidade dos infraactores da lei.

Da mesma forma que a cassação francesa, o Supremo Tribunal, no julgamento do recurso de revista, não julgava fatos nem apreciava provas<sup>150</sup>. Para apreciação de provas e de fatos, as Relações tinham competência exclusiva<sup>151</sup>. O Supremo Tribunal devia aceitar os fatos e as provas da forma como apreciados nas Relações, e, assim, “[...] verificar se a these da lei foi respeitada e consequentemente aplicada como devia aos factos assim, e taes quaes

<sup>145</sup> BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da constituição do império**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. De J. Villeneuve E C., 1857. p. 350.

<sup>146</sup> Para resguardar com mais firmeza o cumprimento da alta missão dos juizes quanto a esses direitos e corrigir os erros, os abusos, a parcialidade ou paixões em que pudessem laborar, a sciencia, e a lei concordarão em crear, além da primeira instancia, um segundo gráo de jurisdicção, uma segunda instancia, que desprendida das impressões do primeiro julgador, e animada de imparcialidade, posição e illustração superior, de novo examinasse o julgado, e rectificasse seus erros ou vícios, fazendo recta justiça ás partes.” Ibid., p. 345. Na mesma página, mais adiante: “Com effeito, crear mais de duas instancias seria não attender os verdadeiros interesses sociaes, fora onerar muito as partes, conservar por muito tempo os direitos e as fortunas em dubiedade e deterioração, e emfim não impôr opportunamente um termo ás questões.” Ibid.

<sup>147</sup> Ibid., p. 346.

<sup>148</sup> Ibid.

<sup>149</sup> Ibid., p. 359.

<sup>150</sup> Ibid., p. 372.

<sup>151</sup> Ibid.

qualificados”<sup>152</sup>. Portanto, a revista era o recurso que o sucumbente podia interpor para levar a questão ao conhecimento do Supremo Tribunal uma decisão de segundo grau ofensiva à lei, por ofensa direta à letra da lei ou por interpretações erradas.

Além da revista, que podia ser interposta pelas partes, nos casos de injustiça notória ou manifesta nulidade, a Lei de 18 de setembro de 1828 ainda criou a hipótese de revista “[...] no só interessa da lei”<sup>153</sup>. O art. 18 dava ao Procurador da Coroa poderes para “[...] intentar revista das sentenças proferidas entre partes, tendo passado o prazo, que lhes é concedido para a intentarem”, caso em que a decisão de revista não poderia aproveitar “[...] áquelles, que pelo silencio approvaram a decisão anterior”<sup>154</sup>.

No tocante aos efeitos da revista, o art. 16 estabelecia que se a revista fosse concedida, o próprio Supremo Tribunal designava uma outra Relação para julgar novamente a causa<sup>155</sup>. Noutras palavras, na decisão de cassação, o Supremo Tribunal manifestava uma doutrina, a doutrina que considerava correta, que devia substituir aquela que fundamentava a decisão anulada e reenviava o feito a uma Relação para nova decisão<sup>156</sup>.

A decisão de revista não vinculava a Relação designada para rever a sentença. Exercia sobre esta aquela mesma força moral exercida pela Corte de Cassação francesa sobre o juízo de reenvio<sup>157</sup>. Se a Relação contrariasse a doutrina exposta pelo Supremo Tribunal, à parte prejudicada era garantida a interposição de um segundo recurso de revista. E, nesse ponto, Pimenta Bueno indaga a quem competia dar a interpretação definitiva, a “verdadeira inteligência” da lei? O autor defendia que a interpretação da segunda revista devia caber ao próprio Supremo Tribunal, informando-se ao Poder Legislativo sobre a ocorrência de uma segunda revista sobre a mesma questão de direito<sup>158</sup>.

A indagação de Pimenta Bueno sugere que ainda havia dúvida sobre a competência para interpretar no caso de uma segunda cassação. A dúvida não era apenas doutrinária. Realmente, o Judiciário ainda não havia alcançado a dignidade plena de poder, muito embora a previsão constitucional (art. 10) do Poder Judicial ao lado dos Poderes Executivo, Legislativo e Moderador e da declaração, no art. 151, de que os juízes fossem perpétuos e vitalícios. Na prática, o Poder Judicial não funcionou de forma independente e autônoma em

---

<sup>152</sup> Ibid.

<sup>153</sup> Ibid., p. 358.

<sup>154</sup> BRASIL, 1828, op. cit.

<sup>155</sup> BUENO, op. cit., p. 372.

<sup>156</sup> Ibid., p. 376.

<sup>157</sup> Ibid.

<sup>158</sup> Ibid., p. 378.

relação aos demais Poderes.<sup>159</sup>

Embora a uniformidade da jurisprudência já fosse um valor reconhecido<sup>160</sup>, aqui, como na Europa, de onde o modelo foi colhido, nem o Supremo Tribunal nem qualquer outro órgão do Império exerceram efetivamente a função de uniformizar a jurisprudência.

## 2.7 A Constituição de 1891 e os primeiros indícios de crise do STF

Quando a República foi proclamada, em 1889, os Estados Unidos já constituía o exemplo de uma antiga colônia independente, estável e próspera. Embora a cultura francesa permanecesse muito forte entre nossos juristas<sup>161</sup>, os constituintes de 1891 optaram por seguir o sistema federativo<sup>162</sup> vigente nos Estados Unidos desde 1787<sup>163</sup>. Nesse sistema, os Estados

<sup>159</sup> Isso fica evidente nessas palavras de Pimenta Bueno quando, referindo-se ao Supremo Tribunal, defende doutrinariamente o reconhecimento pleno do Poder Judiciário: “Tal é a natureza desta sublime instituição *ainda tão desconhecida*, e tão pouco considerada em nosso joven paiz; ella porém esta plantada no terreno constitucional, e a Providencia ha de fecunda-la; ha de ser entre nós o que é em outros Estados, aos quaes tem prestado uteis e gloriosos serviços!” Ibid., p. 347. Octaciano Nogueira confirma que o Supremo Tribunal não usufruía dos contemporâneos o respeito de uma corte de vértice, que devia dar, privativamente, a última interpretação da lei. E justifica o diagnóstico citando alguns artigos da Constituição imperial, tais como o art. 15, que dava ao Poder Legislativo o poder de fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, e o art. 158, que outorgava às Relações competência para julgar as causas em segunda e última instância. NOGUEIRA, Octaciano. 1824. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. (Coleção Constituições brasileiras, v. 1). p. 26-27. Amparados nessa previsão constitucional, as Relações e juízes adotaram a praxe de suscitar dúvidas sobre a correta interpretação das leis e enviar os autos aos órgãos do Poder Executivo, por meio dos Presidentes de Província – o equivalente ao *référé* francês. Essa prática acabou provocando o acúmulo de processos no Conselho do Imperador e certamente adiou a consolidação do Poder Judiciário como órgão de uniformização da lei. BUENO, op. cit., p. 378.

<sup>160</sup> Octaciano Nogueira cita várias propostas para pôr em prática o Supremo Tribunal como órgão de uniformização: “Em 1841, o Visconde de Maranguape, Caetano Lopes Gama, apresentou projeto autorizando, como nas Ordenações, o Supremo Tribunal a tomar assentos. Em 1843, Nabuco de Araújo renovou a ideia com outro projeto alterando a organização do Supremo Tribunal, a forma de seus julgamentos e dispondo sobre o seu direito de julgar definitivamente as causas em que concedesse revista. Dois anos depois, proposta no mesmo sentido foi submetida à Câmara pelo Deputado França Leite e, em 1847, outra com igual objetivo foi também apresentada pelo Deputado Carvalho Moreira. Sete anos depois, já Ministro da Justiça, no Gabinete da conciliação do Marquês de Paraná, Nabuco chamava a atenção, no seu Relatório anual, enviado à Câmara, para a “anomalia que os Tribunais inferiores possam julgar em matéria de direito, o contrário do que decidiu o primeiro Tribunal do Império”. E rematava de forma dramática: “Sobreleva a subversão das idéias de hierarquia, infringidas por esse pressuposto, a desordem da jurisprudência que não pode existir sem uniformidade e onde se acham arestos para tudo”. “A matéria só foi decidida em 23 de outubro de 1875, quando o projeto de Lopes Gama, apresentado em 1841, converteu-se em lei, permitindo que o Supremo Tribunal tomasse assentos, como determinavam as Ordenações do Reino, que vigoraram durante todo o regime colonial. Sem dúvida que, de um lado, o próprio texto constitucional e, do outro, a inércia legislativa terminaram contribuindo para que o Judiciário, durante o Império, não chegasse a assumir jamais a feição de um poder independente.” NOGUEIRA, op. cit., p. 30.

<sup>161</sup> Um bom exemplo dessa influência cultura francesa pode ser verificada na clássica obra de Pedro Lessa, *O Poder Judiciário*. Apesar de referir o *writ of error*, de origem norte-americana, a maioria dos julgados mencionados no livro é da Corte de Cassação francesa.

<sup>162</sup> Sobre a natureza do Estado federal, Paulo Bonavides: “No Estado federal deparam-se vários Estados que se associam com vistas a uma integração harmônica de seus destinos. Não possuem esses Estados soberania externa e do ponto de vista da soberania interna se acham em parte sujeitos a um poder único, que é o poder

federados detêm a capacidade de auto-organização, “[...] que implica o poder de fundar uma ordem constitucional própria”<sup>164</sup>. Noutras palavras, os Estados possuem poder de produzir suas próprias leis, no campo que lhes é reservado pela Constituição. Donde concluir-se que, no Estado federal, coexistem diversas ordens jurídicas, a central e as federadas (locais).

Além do poder legislativo, o Estado federal faz-se presente nos Estados federados também por meio do poder judiciário, “[...] com seus tribunais e sobretudo com uma Corte de justiça federal, de caráter supremo, destinada a dirimir os litígios da Federação com os Estados-membros e destes entre si”<sup>165</sup>. Veremos, a seguir, como a Constituição de 1891 dispôs sobre o Estado federal brasileiro, com destaque para a organização judiciária e o papel do Supremo Tribunal e do recurso a ele dirigido.

Os constituintes de 1891 consideravam que “[...] a efetividade do regime republicano dependia do prestígio do Poder Judiciário”<sup>166</sup>, prestígio de que não gozara sob o Império. E, como a Suprema Corte dos Estados Unidos já demonstrara em várias oportunidades<sup>167</sup> a capacidade de manter o equilíbrio federativo, era esse o modelo<sup>168</sup> que se revelava mais

federal, e em parte conservam sua independência, movendo-se livremente na esfera da competência constitucional que lhes for atribuída para efeito de auto-organização.” BONAVIDES, op. cit., p. 181.

<sup>163</sup> Para José Afonso da Silva teria havido certo açodamento na instituição desse recurso para o STF em detrimento do recurso de revista, já que, a seu ver, esta “poderia transformar-se no atual recurso extraordinário, sem precisar recorrer ao direito americano. Mas na época as instituições americanas constituíram-se em modelo para as brasileiras. É compreensível que se tenha de lá tirado também o recurso extraordinário. Transplantou-se o recurso, mas não se podia transplantar uma tradição jurisprudencial e doutrinária que na América do Norte lidera a base segura e aprimorada para a federação americana. E como sempre acontece quando se adota técnica existente em sistema cultural diferente o recurso sofreu aqui os azares da incompreensão o que certamente não ocorreria se proviesse de uma evolução da revista.” SILVA apud MANCUSO, op. cit., p. 423-424.

<sup>164</sup> Ibid., p. 181.

<sup>165</sup> Ibid., p. 182.

<sup>166</sup> “Cândido Motta Filho, em artigo intitulado Rui Barbosa e o poder judiciário: “Para por maior ênfase nessa narrativa, colocava, desde logo, como verdade, que a efetividade do regime republicano dependia do prestígio do Poder Judiciário. E, afinal, resumia o seu pensamento, dizendo: — “Senhores, em nosso regime, o contrapeso é a justiça, como o seu oráculo mais alto é o Supremo Tribunal Federal.”. São Paulo. (Obras completas, n.º xxxi, p. 126)”. MOTTA FILHO, Cândido. Rui barbosa e o poder judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. LXII, fasc. I, p. 185-206, 1967. p. 186.

<sup>167</sup> A Suprema Corte dos Estados Unidos firmara-se já como o ponto de equilíbrio entre os poderes constitucionais. Àquela altura, a Suprema Corte dos EUA já julgara, por exemplo, casos que se tornariam famosos como o caso *Dred Scott* (1857), envolvendo questão sensível como os fundamentos constitucionais da escravidão e que também envolvia interesses conflitantes entre o norte e o sul dos Estados Unidos; e o caso *Marbury versus Madison* (1803), em que se discutiu o poder judicial para rever os atos do Congresso Nacional. HALL, Kermit L.; et al. (Ed.). **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 10.

<sup>168</sup> A influência norte-americana revelou-se já no primeiro decreto republicano, o Decreto n. 1/1889, que proclamava a República provisória, e, no art. 2º, dizia que “[...] as províncias do Brasil, reunidas pelo laço da federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil”. COSTA, Moacyr Lobo da. **Breve notícia histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1970. p. 58.

adequado<sup>169</sup> a um país igualmente de extenso território.

Mesmo antes da Constituição de 1891, o governo provisório editara o Decreto n. 848/1890, e no art. 1º instituiu a justiça federal, dispondo que esta seria “[...] exercida por um Supremo Tribunal Federal e por juizes inferiores intitulados Juizes de Seção”<sup>170</sup>. O Decreto também cuidou de criar o novo recurso<sup>171</sup> em lugar da revista.

Os doutrinadores nacionais, os de ontem<sup>172</sup> e de hoje<sup>173</sup>, afirmam que o recurso contido no Decreto n. 848 foi inspirado no *writ of error*, instituto previsto na Seção 25<sup>174</sup> do

<sup>169</sup> “Já nos Estados Unidos o acesso à Suprema Corte norte-americana dava-se por meio do writ of error, instrumento que, depois, serviu de inspiração ao nosso recurso extraordinário. Aquele writ, na análise de José Afonso da Silva, desempenhou, desde as origens, em 1787, o papel de “instrumento de unidade do direito federal, sobretudo, de manutenção da supremacia da Constituição Federal Americana”. SILVA apud MANCUSO, op. cit., p. 403. Ver ainda Bruno Dantas e Teresa Arruda Alvim: “Logo em 1789, o Congresso dos Estados Unidos editou a primeira lei orgânica de seu Poder Judiciário, chamada *Judiciary Act*, que, entre outras providências, regulamentou a competência originária e recursal da Suprema Corte. Na parte que nos interessa, referente à competência recursal, a Seção 25 disciplinou o *writ of error*, mediante o qual era concedido à Suprema Corte o poder de rever as decisões finais das supremas cortes estaduais em casos específicos. A partir de então, como observa Ellis Katz, “a Suprema Corte foi uma importante instituição nacionalizadora e serviu para aumentar o poder do governo nacional, frequentemente às custas dos Estados. O *writ of error*, durante quase 150 anos, foi o móvel por meio do qual a Suprema Corte exerceu controle sobre as decisões adotadas pelas Cortes Estaduais.[295] [...] “Vê-se, pois, que o *writ of error* já foi concebido como figura que pairava acima do interesse das partes. Essa função foi desempenhada até 1925 pelo *writ of error* e hoje, após paulatina substituição, é realizada exclusivamente pelo *writ of certiorari*, conforme teremos oportunidade de expor.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**: de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 296.

<sup>170</sup> Id. **Decreto Nº 848, de 11 de outubro de 1890**. Organiza a Justiça Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm). Acesso em: 25 ago. 2019.

<sup>171</sup> Como lembra Moacyr Lobo da Costa, o recurso criado pelo Decreto n. 848 não tinha nome. Era um recurso inominado. Foi apenas com o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1891 que denominou o recurso de extraordinário. COSTA, op. cit., p. 60.

<sup>172</sup> “Na essência, o nosso recurso extraordinário é idêntico ao *writ of error* dos norte-americanos. O que diferencia um do outro, é que, competindo pela Constituição norte-americana aos Estados legislar sobre o direito civil, comercial e penal, e sendo essa atribuição entre nós conferida ao Congresso Nacional, maior ha de ser necessariamente em nosso país o numero de casos em que tal recurso pôde e deve ser interposto;” LESSA, Pedro. **O Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. p. 104.

<sup>173</sup> “O Decreto 848, de 11.10.1890, teve como base o *writ of error* do direito norte-americano, nos termos da seção 25 do *Judiciary Act* de 1789. Por isso, as premissas do recurso extraordinário, como hoje é concebido no Brasil, ainda guardam certas similaridades com as do *writ of error* norte-americano e, também, como já se mencionou, com as do *recurso extraordinário* argentino”. MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.p. 59. Ainda sobre esse ponto, o mesmo autor, referindo-se ao texto do Decreto n. 848, transcrito nesta página: “Esse texto legal consiste em tradução quase fiel às disposições legais norte-americanas relativas ao *writ of error*.” Ibid.

<sup>174</sup> “That a final judgment or decree in any suit, in the highest court of law or equity of a State in which a decision in the suit could be had, where is drawn in question the validity of a treaty or statute of, or an authority exercised under, the United States, and the decision is against their validity; or where is drawn in question the validity of a statute of, or an authority exercised under, any State, on the ground of their being repugnant to the constitution, treaties, or laws of the United States, and the decision is in favour of such their validity, or where is drawn in question the construction of any clause of the constitution, or of a treaty, or statute of, or commission held under, the United States, and the decision is against the title, right, privilege, or exemption, specially set up or claimed by either party, under such clause of the said Constitution, treaty, statute, or commission, may be re-examined, and reversed or affirmed in the Supreme Court of the United States upon a writ of error, the citation being signed by the chief justice, or judge or chancellor of the court rendering or passing the judgment or decree complained of, or by a justice of the Supreme Court of the

*Judiciary Act* de 1789, que organizou o sistema de justiça federal dos Estados Unidos. O *writ* (mandado) é “[...] uma ordem escrita formal pela qual uma corte ordena que alguém faça ou se abstenha de fazer alguma coisa”<sup>175</sup>. Portanto, o *writ of error*<sup>176</sup> era “[...] um mandado emanado de uma corte de apelação para uma corte inferior,” em que ordenava à corte de apelação a remessa dos “[...] autos de um caso para revisão de alegados erros de direito (não de fato)”<sup>177</sup>.

Medina lembra que a opção brasileira pelo *writ of error* não sofreu maiores críticas<sup>178</sup>. Dois fatores podem explicar a recepção do instituto norte-americano entre os doutrinadores da época.

O primeiro deles foi que a Constituição de 1891 estabeleceu a dualidade da justiça: justiça federal, para julgar as causas em que a União tivesse interesse; e a justiça estadual. Além disso, a Constituição previu o Supremo Tribunal Federal no topo da organização judiciária, como órgão de cúpula do Poder Judiciário (art. 55). Aos Estados foi garantido o poder judiciário próprio e ainda o poder de legislar sobre direito processual. Os Estados que tiveram seus próprios códigos acabaram aproveitando a maior parte da legislação processual federal<sup>179</sup>.

Entre tantos tribunais e tantas leis processuais, via-se o modelo norte-americano como necessário à unidade do direito nacional. Em que pese a dualidade da justiça, a justiça federal

---

United States, in the same manner and under the same regulations, and the writ shall have the same effect as if the judgment or decree complained of had been rendered or passed in a circuit court, and the proceedings upon the reversal shall also be the same, except that the Supreme Court, instead of remanding the cause for a final decision as before provided, may, at their discretion, if the cause shall have been once remanded before, proceed to a final decision of the same, and award execution. But no other error shall be assigned or regarded as a ground of reversal in any such case as aforesaid, than such as appears on the face of the record, and immediately respects the before-mentioned questions of validity or construction of the said constitution, treaties, statutes, commissions, or authorities in dispute.” THE JUDICIARY ACT OF 1789. U.S. Statutes at Large 1 (1789): 73. Disponível em: <https://usa.usembassy.de/etexts/democrac/8.htm>. Acesso em: 5 set. 20419.

<sup>175</sup> No original, em inglês: “In modern practice, a writ is a formal written order a court commanding someone to do something or refrain from doing something.” HALL, op. cit., p. 1105.

<sup>176</sup> Posteriormente, o *writ of certiorari* ocupou a função exercida pelo *writ of error*.

<sup>177</sup> No original: “At common law, a writ of error lay from an appellate to an inferior court, **commanding the latter to send up the record of a case for review of alleged errors of law** (not of fact).” HALL, op. cit., p. 301.

<sup>178</sup> MEDINA, op. cit., p. 61.

<sup>179</sup> Não sem severas críticas, como anota Pedro Lessa: “Entretanto, no que diz respeito à adoção da dupla Justiça, tem sofrido a Constituição Federal os mais rudes ataques. Preconizam e querem muitos uma só judicatura e um só processo, para todo o país e para todas as causas, extinta a faculdade atualmente concedida aos Estados de legislar sobre o direito judiciário. É, como se vê, a mutilação do regime federativo.” LESSA, op. cit., p. 5. Pedro Lessa posicionava-se de forma contrária à adoção de um só código de processo civil para todo o país: “(...) dada a grande extensão coreográfica de não poucos dos nossos estados, a diversidade de acidentes geográficos, de cultura social e de meios de transporte, uma legislação judiciária uniforme tem sérios e manifestos em convenientes”. Ibid., p. 6.

poderia aplicar leis estaduais, e vice-versa<sup>180</sup>. Escrevendo em 1915, Pedro Lessa<sup>181</sup> concordava com a acolhida do modelo entre nós:

Sendo inherentes ao regimen federativo a dualidade de leis, elaboradas e promulgadas umas pela União e outras pelos Estados, e a dualidade de justiças, creada e mantida uma pela União e outra pelos Estados, necessario é, para assegurar a applicação das leis federaes, especialnente a da primeira dellas - a Constituição, em todo o territorio nacional, instituir um recurso para a Suprema Côrte Federal das decisões dos tribunaes locaes, em que não forem applicadas, devendo sel-o, essas leis federaes.

Mais adiante, Pedro Lessa<sup>182</sup> continua a tratar da função do recurso extraordinário:

[...] pois, sua função no Brasil consiste em manter, não só a autoridade da Constituição e de algumas leis federaes, como a autoridade, e consequentemente a unidade, do direito civil, commercial e penal, em todo o territorio da União. Para os Estados, apenas autonomos, a autoridade do direito substantivo, federal e portanto uno, é intangivel; e o meio de fazer respeitar essa legislação material unitaria de toda a nação é o recurso extraordinario.

Com essa finalidade, o art. 59 da Constituição de 1891 acolheu, em grande parte, o modelo instituído pelo Decreto n. 848/1890, e manteve a competência recursal do Supremo para julgar o recurso extraordinário, quando, nas sentenças proferidas pelos “juízes e Tribunaes Federais”, se questionasse “[...] sobre a validade, ou a applicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella;” (art. 59, III, §1º, ‘a’) e quando se contestasse “a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas” (art. 59, III, §1º, ‘b’)<sup>183</sup>.

Pela redação originária, é difícil acreditar que o constituinte tenha ficado alheio à hipótese de cabimento relativa à divergência da interpretação da lei federal. A omissão foi suprida pela Emenda n. 3 de 1926, que alterou a redação do art. 59, §1º. De particular interesse para o objeto do nosso estudo, a EC n. 03 acrescentou o inciso ‘c’ ao §1º do art. 59, prevendo o cabimento do recurso para o Supremo das sentenças quando “[...] quando dous ou

<sup>180</sup> O art. 59, §2º, dizia que: “Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União”. Id. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 10 ago 2019.

<sup>181</sup> LESSA, op. cit., p. 102.

<sup>182</sup> Ibid., p. 104.

<sup>183</sup> BRASIL, 1891, op. cit.

mais tribunaes locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser tambem interposto por qualquer dos tribunaes referidos ou pelo procurador geral da Republica”<sup>184</sup>.

Da leitura da alínea ‘c’, prevendo a legitimidade do procurador-geral da República na hipótese de divergência jurisprudencial, constata-se que o constituinte derivado pretendeu dar finalidade pública<sup>185</sup> ao recurso.<sup>186</sup>

## 2.8 Natureza híbrida do recurso extraordinário: cassação e revisão

A virada do século XIX para o século XX é caracterizada pelo surgimento dos Estados nacionais. É desse período histórico, *exempli gratia*, as unificações italiana e alemã, as chamadas unificações tardias. No ambiente das unificações, foram centrais as discussões sobre o papel do Judiciário, sobre o modelo de sistema, notadamente, a estrutura, composição e forma de funcionamento das cortes de justiça, principalmente das cortes de vértice. Afinal, na etapa posterior à unificação, tal como havia ocorrido na França, após a Revolução, o que se buscava era a eliminação dos particularismos locais e das tendências descentralizadoras<sup>187</sup>. Por isso, discutia-se sobre qual modelo<sup>188</sup> de julgamento atendia melhor aos objetivos das

<sup>184</sup> Id. **Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926**. Emendas à Constituição Federal de 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm). Acesso em: 15 mar. 2019.

<sup>185</sup> MEDINA, op. cit., p. 64.

<sup>186</sup> Sobre a natureza do recurso, com essa modificação constitucional, Philadelpho Azevedo observou: “Criou-se um recurso *ex-officio*, ainda que em causas de natureza privada e até contra a vontade das partes, pois se entendeu que, acima do seu interesse, estava o prestígio da lei federal, dilacerada por entendimentos contraditórios.” AZEVEDO, Philadelpho. A crise do recurso extraordinário. **Arquivo Judiciário**, jun., 1942. p. 124.

<sup>187</sup> Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas: “É importante, porém, salientar que, nada obstante o modelo de funcionamento do Poder Judiciário - que inclui um tribunal de cúpula - ser bastante peculiar no federalismo, a criação de Cortes Supremas se revelava uma tendência a partir também da Revolução Francesa, em virtude do apego à letra da lei, que viria a contribuir eficazmente para evitar a restauração do antigo regime e que gerou, na Europa, a instituição das cortes e a criação dos recursos de cassação, com finalidade fundamentalmente nomofilática.” (WAMBIER; DANTAS, op. cit., p. 294.

<sup>188</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso explica os critérios que levavam à escolha entre o modelo de revisão ou de cassação: “A estrutura e funcionalidade do Poder Judiciário nos vários países não é só resultante dos sucessos históricos mas também de certas características da relação entre Estado e nação, passando por dados como a dimensão territorial, os traços culturais, as tendências comportamentais.” [...] “Um dos relevantes aspectos em que se registra diversidade na atuação das cortes supremas da América Latina está na dupla função de cassar (tornar insubsistente) ou substituir (efeito substitutivo, CPC, art. 512) o acórdão a elas submetidos, atribuições que algumas vezes tem e outras não. Na Argentina, país constituído pela reunião das diversas províncias, a Corte Suprema de Justiça da nação, ao prover o recurso extraordinário de inconstitucionalidade, cassa a decisão afrontosa, fixa a tese a ser observada pelo tribunal a quo e a este envia o processo; no Uruguai e na Colômbia, sendo países unitários, suas cortes superiores, salvo raras exceções, ao cassarem a decisão afrontosa, na sequência decidem a causa. O Brasil, República que nasceu Federativa, dispõe de um recurso extraordinário que tanto serve para o STF apreciar incidenter tantum a querela envolvendo leis e atos normativos em face da Constituição Federal, como para resolução da lide em concreto, quando a *fattispecie*



jovens nações europeias: o modelo de cassação ou o modelo de revisão<sup>189</sup>.

Nesse debate, a consideração sobre o perfil democrático ou autoritário de um e de outro modelo exerceu importante influência sobre os construtores das nações. Igualmente importantes foram as preocupações sobre as finalidades perseguidas por um ou outro modelo de sistema recursal.

O modelo de cassação já foi estudado em pormenor. Vimos que a cassação surgiu da necessidade de tutelar-se a lei contra as atitudes de rebeldia dos magistrados. Vimos, ainda, que na evolução da cassação, percebeu-se a necessidade ainda de o recurso adaptar-se para responder às sucessivas violações à letra expressa da lei, quando então, evoluiu de simples técnica de defesa da lei para a técnica mais complexa voltada à garantia da uniformização da interpretação da lei. De modo que, no estágio mais avançado, a cassação, ao mesmo tempo em que anulava a interpretação e a aplicação errônea da lei, trazia elementos para comunicar a correta interpretação e a correta aplicação da lei para os casos futuros.

No século XX, tanto nos sistemas de cassação (Itália e França) quanto nos sistemas que adotaram o modelo de revisão ou o modelo híbrido de cassação e revisão (Brasil), predominou a exigência de buscar a uniformidade na interpretação e aplicação da lei. Mas, na origem, não foi assim.

O modelo de revisão (ou de terceira instância<sup>190</sup>) está associado ao sistema observado pelos estados germânicos. Nesse sistema, os tribunais de cúpula não funcionavam com a finalidade pública (*ius constitutionis*) de fazer observar a lei. Como observou Calamandrei<sup>191</sup>, a ideia de um tribunal supremo “[...] destinado a mantener la observancia de la ley por parte de los tribunales es una idea de la Revolución Francesa”. Calamandrei<sup>192</sup> afirma, em continuação, que “[...] la oportunidad de instituir un Tribunal supremo para la unificación del derecho fué comprendida en Germania solamente a través del ejemplo de la Cour de cassation”.

A revisão, observada nos estados germânicos, era admitida contra algumas sentenças dos tribunais de segundo grau e abria “[...] en tercera instancia el estadio de decisión para un exame de la sola cuestión de derecho (revisio in iure)”<sup>193</sup>. E, diversamente da cassação,

---

se enquadra numa das alíneas do art. 102, III, atendido ainda o requisito adicional da repercussão geral da questão constitucional.” MANCUSO, op. cit., p. 405-406.

<sup>189</sup> Em *A cassação civil*, Calamandrei discorre longamente sobre a derivação da revisão a partir da cassação francesa. Para o jurista italiano, a revisão, associada ao recurso direcionado às cortes de vértice na Áustria, é um desdobramento da cassação francesa. CALAMANDREI, 1961, op. cit.

<sup>190</sup> “La Revisión, como se ha dicho, es una forma de tercera instancia”. CALAMANDREI, 1961, op. cit., p. 227.

<sup>191</sup> Ibid., p. 249.

<sup>192</sup> Ibid.

<sup>193</sup> Ibid., p. 217.

que fazia do interesse privado apenas um meio para conhecer as violações à lei, a revisão do direito germânico era “[...] *un remédio concedido a la parte para la tutela de su derecho subjetivo*”<sup>194</sup> – portanto, recurso que privilegiava o *ius litigatoris*. Por essa razão, o modelo de revisão era visto por muitos como aquele mais democrático e propício à justiça do caso concreto, dando maior destaque ao interesse das partes (*ius litigatoris*) em detrimento do *ius constitutionis*.

A digressão histórica é importante porque a Constituição de 1891 também inovou ao modificar o modelo brasileiro de julgamento do recurso endereçado à corte de vértice. Sob a Constituição de 1824, o Supremo Tribunal limitava-se ao juízo de cassação, enviando os autos, depois, ao juízo de reenvio. Sob a Constituição de 1891, o Supremo Tribunal ampliou sua competência, porque podia cassar e julgar o recurso, firmando o direito do caso concreto.

É curioso notar que, ao tempo de Pedro Lessa, ainda havia dúvida sobre a verdadeira atividade do Supremo. Indagava-se se o Supremo deveria apenas cassar a decisão contrária à lei, ou se deveria o próprio Supremo julgar a lide. Para sustentar que o Supremo podia anular a decisão recorrida e ainda julgar (rever) o recurso, ele oferece o exemplo norte-americano, que servira de inspiração à Constituição de 1891:

Julgando o *writ of error*, a Suprema Côrte Federal norte-americana póde confirmar, annullar, ou modificar sómente a sentença, ou o decreto, do tribunal do Estado; póde discricionariamente ordenar a execução do seu aresto, ou devolver o feito á côrte local de que lhe foi remettido o recurso<sup>195</sup>:  
*“In such cases the Supreme Court may affirm, reverse, or modify the judgement or decree of the state court, and may at its discretion award execution or remand the same to the court from which it was removed.*

Em complemento, Pedro Lessa<sup>196</sup> esclarecia os inconvenientes da continuação do sistema da simples cassação do estilo francês, vigente na Constituição de 1824:

Se, no sentenciar os recursos extraordinarios, o Supremo Tribunal Federal se limitasse a uma simples indicação da lei federal applicavel, deixando ao cuidado da justiça local applicar ao caso a lei invocada, aggravaria manifesta e grandemente as já excessivas delongas com que se julgam entre nós os litigios; provavelmente daria azo a que em varias hypotheses se não applicasse fielmente a lei federal, a cuja observancia já antes se esquivára a justiça local, originando-se talvez novos recursos, ou uma infindavel série de recursos na mesma causa; [...].

---

<sup>194</sup> Ibid.

<sup>195</sup> LESSA, op. cit., p. 123.

<sup>196</sup> Ibid.

Portanto, a partir da Constituição de 1891, o Supremo começou a exercer uma atividade mais ampla, pois não mais cingia sua atividade à cassação de acórdão contrário à lei ou ao entendimento do Supremo Tribunal, com indicação ao juízo *a quo* do correto entendimento a ser adotado no caso concreto. O mesmo Supremo que anulava a decisão agora era competente para aplicar a lei ao caso concreto. Parece, contudo, que esse entendimento doutrinário não era unânime no âmbito da própria Corte. Nesse sentido, é curioso notar que o assunto voltou à discussão. Por ocasião do Recurso Extraordinário n. 9.661, julgado em 1945, o STF debateu a natureza do recurso extraordinário, se recurso de cassação ou de revisão. Leia-se esse trecho colhido do voto do Ministro Castro Nunes<sup>197</sup>:

A cassação é um dos objetivos do recurso extraordinário, entre nós. Ao contrário do recurso de cassação em outros países, pode levar, e leva, na maioria dos casos, ao conhecimento do mérito, ao contrário do que se dá na cassação, em que o Tribunal se limita a verificar da infringência da lei e a mandar que o Tribunal recorrido, ou outro Tribunal por ele designado, julgue a espécie. Pelo recurso extraordinário, pode-se chegar, como na América do Norte se chega, a uma das quatro modalidades: confirmação do acórdão, sua reforma, modificação do julgado ou sua anulação ou cassação.

Ficou, assim, mais uma vez, reafirmado, no ponto, o alinhamento cultural com o que ocorria na Suprema Corte norte-americana.

## 2.9 Indícios de crise

O livro que temos citado, de autoria de Pedro Lessa, que foi ministro do STF, foi publicado em 1915. À época, o volume excessivo de processos em curso no Tribunal já era uma realidade<sup>198</sup> e o autor argumentava que o direito de recorrer ao Supremo Tribunal teria como consequência que o Tribunal continuasse “[...] sobrecarregado do mesmo superabundante trabalho que o opprime,” além de “[...] protelar-se muito mais a decisão dos feitos”<sup>199</sup>. Certamente, esse foi um dos motivos pelos quais Pedro Lessa declarava-se refratário à abertura do Supremo ao conhecimento de todo e qualquer recurso extraordinário, sem alguma forma de limitação ao direito das partes.

---

<sup>197</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Memória jurisprudencial**: Ministro Castro Nunes. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. (Série memória jurisprudencial). p. 69.

<sup>198</sup> Há notícia de que, desde 1912, a crise do Supremo Tribunal Federal já representava fato público a merecer cuidados. Ver Eptacio Pessoa (1902-1912). NOLETO, Mauro Almeida. **Memória jurisprudencial**: Ministro Eptacio Pessoa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009. (Série memória jurisprudencial). p. 64.

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 24.

O então Ministro do STF citava os Estados Unidos, que também enfrentava problemas com volume excessivo de processos<sup>200</sup>. Naquele país, o *Judiciary Act* de 1891 limitara a competência da Suprema Corte, transferindo parcela razoável de suas atribuições para nove cortes de segunda instância, as *Circuit Courts of Appeal (appellate courts)*<sup>201</sup>, cujas decisões deviam ser finais<sup>202</sup>, embora tenha essa lei reservado à Suprema Corte discricionariedade para rever as decisões das cortes de apelação (*discretionary authority*)<sup>203</sup>.

A Constituição de 1891 previa no art. 55 da Constituição<sup>204</sup> a criação de tribunais federais. Em que pese contrário à criação de cortes de segundo grau<sup>205</sup> ele admitia a criação dos tribunais federais, desde que a finalidade fosse repassar aos novos órgãos judiciários parcela da competência do Supremo.<sup>206</sup>

Não podemos deixar de esclarecer que, à época em que Pedro Lessa escreveu essas linhas, a causa do excessivo volume de processos no Supremo não estava relacionada à competência recursal extraordinária. Da mesma forma como a Suprema Corte dos Estados Unidos exercera, até 1891, funções próprias de uma corte de segunda instância, julgando apelações, assim também o Supremo Tribunal Federal exercia o papel de corte de segunda instância<sup>207</sup> da justiça federal, recebendo apelações (cíveis e criminais) e os agravos<sup>208 e 209</sup>.

---

<sup>200</sup> “Increases in original and removal jurisdiction of lower federal courts, together with the proliferation of litigation resulting from the rapid industrialization of the nation and the beginnings of a regulatory movement, increased the workload of the Supreme Court. These phenomena are reflected in the number of cases coming to the Supreme Court for review: 1860 term, 310 cases; 1870 term, 636 cases; 1880 term, 1.212 cases; and 1890 term, 1.816 cases.” HALL, op. cit., p. 548.

<sup>201</sup> Ibid.

<sup>202</sup> Ibid.

<sup>203</sup> Ibid.

<sup>204</sup> Art. 55da Constituição de 1891. O Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juizes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.

<sup>205</sup> “Se as palavras da Constituição não autorizam o interprete a formar o conceito do que o legislador constituinte tenha querido estabelecer tres instancias, menos ainda a isso o autoriza o espirito da nossa lei fundamental. Se attendermos ás tradições do nosso direito, ás ideias que sempre dominaram entre nós, aos ensinamentos dos melhores jurisconsultos, havemos de nos convencer de que a calamidade judicial de uma terceira instancia ordinária não foi creada, nem é tolerada pela nossa Constituição. A Constituição do Imperio no artigo 158 vedava expressamente a criação de tribunaes de terceira instancia. Nunca se formou entre os nossos juristas uma corrente de ideias favoravel á instituição da terceira instancia.” (Ob. cit., p. 24).

<sup>206</sup> “Ha um unico argumento eml favor da criação dos tribunaes regionaes federaes de segunda instancia, investidos do poder de julgar definitivamente certas causas d'entre as relacionadas no artigo 60. Esse argumento é a utilidade, a conveniencia de desafogar o Supremo Tribunal Federal de parte dos seus trabalhos, no interesse da celeridade, ou menor lentidão, nos julgamentos, isto é, em beneficio das partes litigantes. Ahi temos um poderoso motivo para uma reformla constitucional.” Ob. cit., p. 24.

<sup>207</sup> Se levarmos em consideração que cada Estado já dispunha de sua própria seção da justiça federal, era previsível que logo o Supremo estaria mesmo sobrecarregado com tantos recursos de apelação e agravos, vindos de todos os cantos do país, sem mencionar sua competência recursal pela via do recurso extraordinário.

<sup>208</sup> NOLETO, op. cit., p. 64.

<sup>209</sup> Ibid.

## 2.10 As Constituições posteriores

Não é nosso propósito elaborar um histórico completo das Constituições brasileiras. Apenas pretende-se descrever os aspectos mais importantes para compreensão da historicidade e do perfil das cortes de vértice ao longo do tempo. As Constituições brasileiras posteriores não suscitaram grandes modificações nas hipóteses de cabimento e na finalidade do recurso extraordinário, embora transformações importantes no cenário jurídico tenham ocorrido durante o tempo em que tiveram vigência.

Nesse sentido, Medina<sup>210</sup> que, entre as Constituições de 1891 e 1969, “[...] não houve drástica modificação em relação ao conteúdo dos casos de viabilidade do recurso”. As mesmas hipóteses de cabimento foram mantidas, no geral, ocorrendo alterações pontuais no tocante à redação dos dispositivos, “[...] ao sabor das tendências doutrinárias e jurisprudenciais”<sup>211</sup>.

Destacamos algumas importantes medidas adotadas, entre 1926 e 1988, para conter o excesso de recursos no Supremo Tribunal Federal.

Enquanto a Constituição de 1891, com a reforma de 1926, previa o cabimento de recurso extraordinário quando se questionasse “sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhe negar aplicação” (art. 60, §1º, ‘a’), a Constituição de 1934, no art. 76, III, ‘c’, dispôs que o recurso seria cabível quando a decisão fosse “contra literal disposição de tratado ou lei federal” e sua aplicação fosse questionada nas instâncias inferiores.

A Constituição de 1937 reproduziu esse dispositivo, com pequena modificação. Disse, no art. 101, III, ‘a’, que o recurso teria cabimento quando a decisão fosse contrária a dispositivo da Constituição “ou à letra de tratado ou lei federal”. A modificação trouxe consequências práticas e mereceu essa crítica de Philadelpho Azevedo, Ministro do Supremo entre 1942-1946: “Na prática, os males teóricos da medida têm sido extremamente agravados: os recursos proliferaram de modo assustador, pois todo mundo se sente como o direito de alegar a infração da letra da lei trazendo seu *cazinho* à Capital Federal;”<sup>212</sup>.

O próprio Philadelpho Azevedo justificava a crítica. Segundo ele, a praxe no STF era os Ministros não conhecerem do recurso, liminarmente, quando fundados na letra ‘a’. No entanto, eventualmente, os Ministros relativizaram esse costume. Com o passar do tempo, eles

---

<sup>210</sup> MEDINA, op. cit., p. 67.

<sup>211</sup> Ibid.

<sup>212</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 126.

recearam cometer injustiças uma vez que o conhecimento esporádico do recurso pela letra ‘a’ acabava gerando esperança em outros recorrentes de obter sorte igual<sup>213</sup>. Por outro lado, quando o recurso era conhecido, mesmo que improvido, o recorrente podia levar o caso ao Tribunal Pleno.<sup>214</sup> A essas constantes liberalidades Philadelfo Azevedo atribuía o aumento de recursos a partir de 1939. Ainda no mesmo artigo, o autor chamava atenção para que a crise do Supremo já podia ser atribuída ao recurso extraordinário, e não mais à competência recursal ordinária, inclusive referindo estatísticas da época.

Seguindo mais uma vez o exemplo dos Estados Unidos<sup>215</sup>, a Constituição de 1946 criou o Tribunal Federal de Recursos<sup>216</sup> e transferiu para este novo tribunal a competência recursal ordinário até então exercida pelo Supremo Tribunal Federal (art. 94, II c/c art. 104, II). O art. 103, §1º autorizava o novo Tribunal a dividir-se em Câmaras ou Turmas e o §2º tornava possível a criação de outros Tribunais Federais de Recursos, o que não ocorreu.

Outras importantes inovações ocorreram na segunda metade do século XX, sendo de relevo destacar a criação da súmula da jurisprudência predominante do Supremo; a arguição de relevância e a criação do Superior Tribunal de Justiça. Trataremos dessas invocações no capítulo segundo deste trabalho.

---

<sup>213</sup> Ibid.

<sup>214</sup> Ibid.

<sup>215</sup> “Em 1891, a solução nos Estados Unidos foi a criação dos tribunais federais de circuito, que retirou da Corte Suprema a função de tribunal de segunda instância. Entre nós, essa já foi feita pela Constituição de 1946, que criou o Tribunal Federal de Recursos, instalado em 1947.” LEAL, Victor Nunes. Aspectos da reforma judiciária. **Revista de Informação Legislativa**, v. 2, n. 7, p. 15-46, set. 1965. p. 19.

<sup>216</sup> “É significativo o fato de que o constituinte em 1946 criou o Tribunal Federal de Recursos - uma segunda instância na justiça federal comum - numa tentativa de aliviar a sobrecarga do STF forte na esperança de que um expressivo número de causas ali encontraria derradeiro patamar.” MANCUSO, op. cit., p. 519.

### 3 TRANSFORMAÇÃO DAS CORTES SUPERIORES

Nenhum estudo sobre as cortes supremas pode deixar de fazer referência ao impacto das teorias da interpretação jurídica na atuação dos juízes.

As várias teorias que serão aqui mencionadas, cada um a seu modo, demonstraram ao legislador que o Direito não podia ficar confinado aos enunciados, isto é, aos textos. Ao longo do século XX, tanto os positivistas formalistas, defensores do sistema fechado de normas, quanto os positivistas partidários de um positivismo mais aberto, conceberam esquemas conceituais e sistemas pelos quais concediam ao juiz uma margem maior ou menor de criatividade ou de discricionariedade.

Como consequência, o modo de legislar foi modificado, evoluindo de uma técnica casuística, pela qual se acreditava que o legislador podia prever todos os possíveis conflitos sociais, e dar-lhes tratamento normativo, para uma técnica de legislar por cláusulas abertas, pela qual o legislador dispõe um esquema normativo mínimo, mas convocando o juiz a completar, no caso concreto, o sentido do enunciado, por meio de valorações.

No final do século XX, o positivismo jurídico passa a concorrer com teorias interpretativistas do Direito, que valorizam a argumentação jurídica, os valores, os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, formando um conjunto de ideais e propostas que formam a nova fase do Direito: o pós-positivismo.

Por outro lado, tendo este trabalho optado pelo método histórico, constatamos que – do período pré-revolucionário francês aos nossos dias – existe um paralelo entre a abertura do Direito a outras áreas do conhecimento e a mudança no perfil das cortes superiores, que, na fase atual, tendem a transformar-se em cortes supremas.

Com efeito, há enorme diferença entre o perfil das cortes de vértice do século XIX e as esperadas cortes supremas dos dias atuais, é dizer, entre o aparecimento da *Cour de Cassation* e o êxito da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Muitos fatores contribuíram para essa mudança: a industrialização, as duas guerras mundiais e o reconhecimento da normatividade dos princípios gozam de consenso na doutrina. Todos eles influenciaram direta ou indiretamente a elaboração das teorias que serão consideradas nas decisões das cortes de vértice.

Nas próximas páginas, faremos um resumo das principais correntes doutrinárias elaboradas a propósito da interpretação jurídica. Veremos, ainda, com citação de alguns julgados, como a trajetória da interpretação jurídica se refletiu na atuação e no perfil das cortes de vértice.

### 3.1 Teorias Formalistas

O Código Civil francês previa, no art. 4º, a obrigação dos juízes de decidir, mesmo quando não houvesse uma lei clara a reger o caso concreto, fosse ela insuficiente ou obscura. Proibia-se o *non liquet*. À luz dessa previsão legal, os redadores do Código pretendiam conceder aos juízes franceses liberdade para decidir com base em equidade, na moral ou em princípios gerais de direito nos casos de obscuridade ou insuficiência da lei. No entanto, os primeiros intérpretes do Código de Napoleão empenharam-se em restringir ao máximo a liberdade dos juízes. Havia um dado empírico, na história legislativa, e outro de ordem sociológica, para essa postura restritiva.

Na versão preliminar do Código, o art. 9º tinha a seguinte redação: “Nas matérias civis, o juiz, na falta de leis precisas, é um ministro de equidade. A equidade é o retorno à lei natural e aos usos adotados no silêncio da lei positiva”<sup>217</sup>. Bobbio lembra que os autores do Código almejavam evitar aquela prática dos primeiros anos da Revolução, pela qual os juízes recorriam ao *référé* legislativo, deixando em suspenso a resolução dos litígios, com o risco de ocorrer a criação, por meio da lei interpretativa, de norma *ex post facto*, sujeita à aplicação retroativa. Mas houve a supressão do art. 9º na versão final do Código de Napoleão.

Apoiados nesse fato ocorrido no processo legislativo, os primeiros intérpretes (positivistas) construíram a ideia de completude do sistema, isto é, a ideia de que toda resposta judicial devia ser encontrada no interior do próprio Código. A escola responsável por esse pensamento, que perdurou durante longo tempo, até meados do século XX, foi a Escola da Exegese<sup>218</sup>.

A Escola da Exegese defendia a postura mecânica do intérprete diante do Código. Segunda ela, o Código continha todas as normas do sistema. Esse movimento doutrinário pode ser resumido numa frase de um de seus expoentes: “Eu não conheço o Direito Civil, eu ensino o Código de Napoleão”<sup>219</sup>. A ideia de que todos os conflitos humanos podiam ser achados no Código foi enfraquecida pelos acontecimentos contemporâneos à era da codificação.

A codificação, a construção de teorias da interpretação e a importância das cortes de vértice são fenômenos que ocorrem em meio a transformações mundiais sem precedentes na

---

<sup>217</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 76.

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 82.



história humana. É o tempo da “dupla revolução”<sup>220</sup>: a Revolução Francesa e a Revolução Industrial. A primeira ofereceu ao mundo as ideias liberais e o combustível para as grandes revoluções do século XIX e início do século XX; a segunda forneceu as máquinas e a tecnologia, gerou novos tipos sociais e novas profissões<sup>221</sup> e acelerou o ritmo de vida por onde passou<sup>222</sup>.

Os ideais da Revolução Francesa eram os da filosofia liberal, uma filosofia global<sup>223</sup>. No campo econômico, defendia o respeito absoluto à propriedade (iniciativa) privada e a mínima intervenção estatal na economia; no campo político, defendia a separação de poderes e a liberdade dos homens perante o Estado; no campo jurídico, o liberalismo reclamava um texto constitucional<sup>224</sup>, com previsão das regras disciplinadoras das relações entre os poderes e suas limitações recíprocas, e, ainda, cartas de direitos, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>225</sup>. Nos textos constitucionais estavam fixadas “[...] toda uma gama de fórmulas institucionais” para limitar o poder – fragmentando-o por meio da doutrina da separação dos poderes<sup>226</sup> - visando assegurar direitos ditos naturais contra o absolutismo. Foi uma ideia revolucionária para a época e seguida por todas as nações unificadas e independentes a partir de 1789.

Comparado ao *ancien regime*, o liberalismo é uma doutrina revolucionária, mas, no tocante à democracia, ela se revelou conservadora. O grupo social hegemônico no período que sucedeu à Revolução, a burguesia, encontrou no liberalismo<sup>227</sup> a justificação filosófica<sup>228</sup> para

<sup>220</sup> HOBSBAWM, 1977, op. cit., p. 18.

<sup>221</sup> REMOND, René. **O século XIX – 1815-1914**. São Paulo: Cultrix, 1976. p. 53.

<sup>222</sup> Eric J. Hobsbawm, na introdução ao livro *A Revolução Francesa*: “Se a economia do mundo do século XIX foi constituída principalmente sob a influência da Revolução Industrial britânica, sua política e ideologia foram constituídas fundamentalmente pela Revolução Francesa. A Grã-Bretanha forneceu o modelo para as ferrovias e fábricas, o explosivo econômico que rompeu com as estruturas socioeconômicas tradicionais do mundo não-europeu. No entanto, foi a França que fez suas revoluções e a elas deu suas ideias, a ponto de bandeiras tricolores de um tipo ou de outro terem-se tornado o emblema de praticamente todas as nações emergentes, e as políticas europeias (ou mesmo mundiais), entre 1789 e 1917, foram em grande parte lutas a favor e contra os princípios de 1789, ou os ainda mais incendiários princípios de 1793. A França forneceu o vocabulário e os temas da política liberal e radical-democrática para a maior parte do mundo. A França deu o primeiro grande exemplo, o conceito e o vocabulário do nacionalismo. Ela forneceu os códigos legais, o modelo de organização técnica e científica e o sistema métrico de medidas para a maioria dos países.” Id. **A Revolução Francesa**. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchell. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 9.

<sup>223</sup> REMOND, op. cit., p. 26.

<sup>224</sup> René Remond: “[...] o liberalismo de um regime é reconhecido, primeiramente, pela existência de uma constituição”. Ibid.

<sup>225</sup> “[...] as exigências do *bourguês* foram delineadas na famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Este documento é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios da nobreza, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária.” HOBSBAWN, 1996, op. cit., p. 20.

<sup>226</sup> REMOND, op. cit., p. 28.

<sup>227</sup> “[...] um surpreendente consenso de ideias gerais entre um grupo social bastante coerente deu ao movimento revolucionário uma unidade efetiva. O grupo era a “burguesia”; suas ideias eram as do liberalismo clássico,

erigir a sociedade de acordo com seus interesses de classe. À massa de camponeses, que havia ajudado a destituir o Antigo Regime, não foram estendidos benefícios sociais semelhantes aos usufruídos pela burguesia. Por outro lado, a burguesia reservou para si o poder político por meio do censo eleitoral<sup>229</sup> (típica instituição liberal), seja para impedir a reação da aristocracia, seja para obstar “a ascensão das camadas populares”.

No transcurso do século XIX, o liberalismo mostrou-se radical contra o fantasma do absolutismo, e, com não menos intensidade, a partir do fim do século XIX, contra a autoridade popular, neste caso, representada pelo sufrágio universal e pela democracia social.

O liberal satisfaz-se com a igualdade jurídica, de um lado, e aceita e luta pela desigualdade social, de outro. Por isso a conclusão de René Remond, para quem o liberalismo burguês manteve e concorreu para aumentar a desigualdade social<sup>230</sup>. Em termos semelhantes, Eric J. Hobsbawn<sup>231</sup> traça o perfil do liberal e do democrata no século XIX:

[...] o burguês liberal clássico de 1789 (e o liberal de 1789-1848) não era um democrata mas sim um devoto do constitucionalismo, de um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e de um governo de contribuintes e proprietários.

No campo econômico e social, a Revolução Industrial<sup>232</sup> havia rompido com todos os laços de proteção social existentes sob o Antigo Regime. Na verdade, a Revolução Industrial modificou por completo as vidas das pessoas<sup>233</sup>. No passado<sup>234</sup>, os camponeses, mesmo em

---

conforme formuladas pelos “filósofos” e “economistas”, e difundidas pela maçonaria e associações informais”. HOBBSAWN, 1996, op. cit., p. 19.

<sup>228</sup> Remond: “[...] a categoria social na qual o liberalism recruta essencialmente seus doutrinadores, seus advogados, seus adeptos, é o das profissões liberais e o da burguesia comerciante”. REMOND, op. cit., p. 31.

<sup>229</sup> HOBBSAWN, 1996, op. cit., p. 31.

<sup>230</sup> Ibid.

<sup>231</sup> Ibid. p. 21.

<sup>232</sup> Eric Hobsbawn considera a revolução industrial “[...] o mais importante acontecimento na história do mundo, pelo menos desde a invenção da agricultura e das cidades.” Ibid., p. 45.

<sup>233</sup> Para uma ideia das mudanças na sociedade ocidental durante o período em que se consolidam as cortes de vértice, leia-se mais esse trecho, de Eric Hobsbawn, extraído de *A era das revoluções*: “As palavras são testemunhas que muitas vezes falam mais alto que os documentos. Consideremos algumas palavras que foram inventadas, ou ganharam seus significados modernos, substancialmente no período de 60 anos de que trata este livro. Palavras como “indústria”, “industrial”, “fábrica”, “classe média”, “classe trabalhadora”, “capitalismo” e “socialismo”. Ou ainda “aristocracia” e “ferrovia”, “liberal” e “conservador” como termos políticos, “nacionalidade”, “cientista” e “engenheiro”, “proletariado” e “crise” (econômica). “Utilitário” e “estatística”, “sociologia” e vários outros nomes das ciências modernas, “jornalismo” e “ideologia”, todas elas cunhagens ou adaptações deste período. Como também “greve” e “pauperismo”. Imaginar o mundo moderno sem estas palavras (isto é, sem as coisas e conceitos a que dão nomes) é medir a profundidade da revolução que eclodiu entre 1789 e 1848, e que constitui a maior transformação da história humana desde os tempos remotos quando o homem inventou a agricultura e a metalurgia, a escrita, a cidade e o Estado. Esta revolução transformou, e continua a transformar, o mundo inteiro. Mas ao considerá-la devemos distinguir cuidadosamente entre os seus resultados de longo alcance, que não podem ser limitados a qualquer estrutura social, organização política ou distribuição de poder e recursos internacionais, e sua fase inicial e decisiva,

tempos de escassez, podiam plantar nos terrenos comunais, de onde obtinham alimentos e alguma renda excedente. Com a sociedade industrial e o avanço das máquinas para o campo, os antigos aristocratas proprietários de terra tornaram-se capitalistas. Eles expulsaram os camponeses do campo por meio dos cercamentos<sup>235</sup>. Sem terras para plantar, os camponeses vão para as cidades<sup>236</sup>, onde a pobreza se acumula e a mão-de-obra é abundante<sup>237</sup>.

O movimento dos camponeses para as cidades dará origem a uma nova classe, a classe dos operários. É nessa classe que brotam as reivindicações por melhores condições de vida. De início, essas reivindicações foram por melhores condições de trabalho, mas, quando o fim do século XIX se aproxima, as reivindicações são ampliadas para toda a sociedade.

Em razão da grande distância entre ricos e pobres que caracterizava a sociedade industrial, o século XIX foi marcado pelo medo que o Estado e as classes dirigentes tinham das classes “laboriosas”<sup>238</sup>, as classes populares. Sem cultura e educação – o ensino público ainda era restrito –, as classes populares recorriam muitas vezes à violência aberta na reivindicação dos seus “direitos” por melhores condições de trabalho<sup>239</sup>. Numa tal sociedade instável, a lei funcionou como instrumento de conservação dos interesses da burguesia, que

---

que estava intimamente ligada a uma situação internacional e social específica. A grande revolução de 1789-1848 foi o triunfo não da “indústria” como tal, mas da indústria capitalista; não da liberdade e da igualdade em geral, mas da classe média ou da sociedade “burguesa” liberal; não da “economia moderna” ou do “Estado moderno”, mas das economias e Estados em uma determinada região geográfica do mundo (parte da Europa e alguns trechos da América do Norte), cujo centro eram os Estados rivais e vizinhos da e França. A transformação de 1789-1848 é Grã-Bretanha essencialmente o levante gêmeo que se deu naqueles dois países e que dali se propagou por todo o mundo”. Ibid., p. 17.

<sup>234</sup> “O mundo em 1789 era essencialmente rural. [...] “A palavra “urbano” é certamente ambígua. Ela inclui as duas cidades européias que por volta de 1789 podem ser chamadas de genuinamente grandes segundo os nossos padrões - Londres, com cerca de um milhão de habitantes, e Paris, com cerca de meio milhão - e umas outras com uma população de mil ou mais: duas na França, 20 100 duas na Alemanha, talvez quatro na Espanha, talvez cinco na Itália”. Ibid., p. 27.

<sup>235</sup> Ibid., p. 31; REMOND, op. cit., p. 45.

<sup>236</sup> Ibid., p. 54.

<sup>237</sup> HOBBSAWN, 1996, op. cit., p. 31; REMOND, op. cit., p. 46.

<sup>238</sup> “Essas classes laboriosas representam o número. Elas não têm nem cultura política nem instrução; suas reivindicações muitas vezes são anarquistas; suas manifestações, convulsivas. Na sociedade do século XIX, há toda espécie de elementos instáveis, que constituem fatores de desordem. Esses elementos, por um lado, são herdados da sociedade do antigo regime”. “Por outro lado, o impulso demográfico, o êxodo rural, a extensão do pauperismo encurralam nos subúrbios uma multidão que inspira aos poderes públicos e as classes dirigentes um sentimento de temor, justificado pelas jornadas de Junho, a comuna e as outras insurreições populares. O século XIX é amplamente dominado pela visão de uma sociedade em perigo. A violência é a forma ordinária das relações entre as classes sociais”. REMOND, op. cit., p. 61.

<sup>239</sup> “Suas mais sérias consequências foram sociais: a transição da nova economia criou a miséria e o descontentamento, os ingredientes da revolução social. E, de fato, a revolução social eclodiu na forma de levantes espontâneos dos trabalhadores da indústria e das populações pobres das cidades, produzindo as revoluções de 1848 no continente e os amplos movimentos cartistas na Grã-Bretanha. O descontentamento não estava ligado apenas aos trabalhadores pobres. Os pequenos comerciantes, sem saída, a pequena burguesia, setores especiais da economia eram também vítimas da revolução industrial e de suas ramificações. Os trabalhadores de espírito simples reagiram ao novo sistema destruindo as máquinas que julgavam ser responsáveis pelos problemas;”. HOBBSAWN, 1996, op. cit., p. 55.

chegou a se unir à aristocracia por receio da ascensão das classes populares<sup>240</sup>. Uma imagem da instabilidade social do século XVIII nos é fornecida com a seguinte observação de Eric J. Hobsbawm: “O século XVIII não foi um século em que o homem de negócios bem-sucedido estivesse absolutamente casado com a paz”<sup>241</sup>.

Além de conservadora, a filosofia liberal é individualista, no sentido de que “[...] coloca o indivíduo à frente da razão de Estado, dos interesses de grupos, das exigências da coletividade”<sup>242</sup>. Os liberais manter-se-ão refratários à intervenção do Estado ainda quando a intervenção seja para atenuar a miséria e as fomes periódicas nos séculos XIX e XX.

Modernamente, os direitos do período pós-Revolução Francesa são chamados direitos de primeira geração, e estão relacionados à exigência de abstenção do Estado de intervir na esfera privada do cidadão, que reclama plena liberdade em relação ao próprio Estado e em relação também a grupos sociais.

Nesse contexto liberal, situam-se as doutrinas de interpretação jurídica do século XIX, responsáveis por reservar espaço restrito à interpretação judicial. Com efeito, na época liberal, os principais teóricos do direito propuseram que o papel do juiz devia ser o mais restrito possível, àquele de simples “boca da lei”, como proposto por Montesquieu. Aos poucos, é verdade, essa ideia do legislador universal foi atenuada pelo advento de teorias mais realistas e flexíveis.

Entre o século XIX e meados do século XX, prevaleceram os métodos mais fechados de interpretação judicial, ao estilo defendido por Savigny e Puchta (século XIX) e por Hans Kelsen (século XX). Por outro lado, depois da 2ª Guerra Mundial, florescem as teorias que defendem maior espaço para atuação judicial.

Na obra de juventude, Savigny foi contrário ao aperfeiçoamento da lei pela atividade judicial e até mesmo às interpretações extensiva e teleológica.<sup>243</sup> Já na maturidade, o pensamento de Savigny sofreu modificação e ele então admitiu a existência de regras de conduta que não são postas pelo legislador, mas que dimanam da “[...] comum convicção jurídica do povo”, ideias às quais Savigny denominou “institutos jurídicos”<sup>244</sup>.

---

<sup>240</sup> REMOND, op. cit., p. 60.

<sup>241</sup> HOBSBAWN, 1996, op. cit., p. 34-35.

<sup>242</sup> REMOND, op. cit., p. 27.

<sup>243</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 11.

<sup>244</sup> Ibid., p. 12.

O instituto jurídico é um todo pleno de sentido e que se transforma no tempo, de relações humanas consideradas típicas, nunca logrando, por isso, ser exposto inteiramente pelo somatório das normas que lhe dizem respeito.<sup>245</sup>

Para Savigny, o legislador extrai do instituto jurídico a norma positivada, mas entre a norma contida na intuição do instituto e a positivação existe um “desajustamento” que compete à ciência do direito eliminar<sup>246</sup>. Em suma, as normas jurídicas seriam somente aquelas ditadas pelo legislador, mas existiriam antes dele, na intuição.

Também o juiz, ao aplicar a lei, devia ter em conta os institutos jurídicos – defendia Savigny. O intérprete da norma jurídica devia “[...] colocar-se, em espírito, na posição do legislador, e repetir em si, artificialmente, a atividade deste, ou seja, deixar que a lei brote como que de novo no seu pensamento”. Nesse esforço de chegar à vontade originária do legislador, Savigny tornou públicos, em 1802, seus quatro métodos de interpretação: o lógico, o gramatical, o histórico e o sistemático<sup>247</sup>. Em momento posterior, Savigny aceitou a possibilidade de o intérprete valer-se da interpretação extensiva, mas não o aperfeiçoamento da norma por meio da atividade judicial.<sup>248</sup>

A partir das lições de Savigny, ainda no século XIX, Puchta desenvolveu a teoria da genealogia dos conceitos. Essa doutrina sustentava que o Direito fazia parte de um sistema lógico, estruturado em forma piramidal. No ápice da pirâmide, encontra-se o conceito supremo de onde descenderiam, logicamente, todos os demais conceitos até alcançar-se a decisão final, e, de modo igual, os conceitos mais específicos ascenderiam até o vértice da pirâmide. “O ideal do sistema lógico é atingido quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível, em que se venham a subsumir, como espécies e subespécies, os outros conceitos [...]”<sup>249</sup>. O conceito superior codetermina o inferior, num processo lógico-dedutivo<sup>250</sup>.

Tanto quanto Savigny, que não conseguiu explicar o processo de transferência das normas, da intuição dos institutos jurídicos para as normas positivadas, também Puchta não conseguiu explicar o conceito supremo<sup>251</sup>, que, segundo ele, não está no ordenamento jurídico, mas é fornecido pela filosofia do direito<sup>252</sup>. Para Karl Larenz, a Jurisprudência dos

---

<sup>245</sup> Ibid., p. 13.

<sup>246</sup> Ibid.

<sup>247</sup> Ibid., p. 15.

<sup>248</sup> Ibid., p. 16.

<sup>249</sup> Ibid., p. 21.

<sup>250</sup> Ibid., p. 24.

<sup>251</sup> A ideia de conceito supremo de PUCHTA foi uma influência do idealismo alemão. Ibid., p. 25.

<sup>252</sup> Ibid., p. 23.

conceitos de Puchta, com sua proposta de que o direito podia ser conhecido por esse “processo lógico-dedutivo”, “[...] preparou o terreno ao formalismo jurídico que viria a prevalecer durante mais de um século”, e que, prossegue Larenz, representou “[...] a definitiva alienação da ciência jurídica em face da realidade social, política e moral do Direito”.<sup>253</sup> e <sup>254</sup>.

Essas teorias, por se preocuparem mais com a vontade (real) do legislador histórico, integram as chamadas teorias subjetivas, para as quais o trabalho do juiz seria de mera pesquisa da vontade (interior) do legislador que positivou a norma jurídica, uma atividade formalista voltada, portanto, para o passado.

Em 1847<sup>255</sup>, a Jurisprudência dos conceitos – que pretendeu aprisionar a realidade em conceitos estanques – começou a declinar. Nesse ano, Jhering proclamou: “A vida não é o conceito; os conceitos é que existem por causa da vida. Não é o que a lógica postula que tem que acontecer; o que a vida, o comércio, o sentimento jurídico postulam é que tem de acontecer [...]”<sup>256</sup>. Em *O fim do Direito*, Jhering chamava a atenção dos juristas para que as proposições jurídicas escondiam uma finalidade, um motivo prático<sup>257</sup>. A norma era o produto da vontade comum, da qual o legislador era apenas um representante. A vontade comum estava na sociedade, e, assim, era na sociedade que se devia buscar o fim do Direito<sup>258</sup>.

No entanto, Jhering não avançou ao ponto de desvincular o Direito da força coativa do Estado. Fiel ao ambiente legalista da época, Jhering, como seus antecessores, continuou sustentando que todo o Direito era posto pelo Estado, acrescentando, contudo, que era posto pelo Estado com um “fim social”<sup>259</sup>. O grande mérito de Jhering foi ter iniciado a proposta de expandir o fenômeno jurídico, que não devia ficar limitado ao âmbito restrito da lei. “Para compreender a norma jurídica, precisa-se menos de uma análise lógica ou psicológica que de uma análise sociológica”, disse Jhering<sup>260</sup>. Por isso, Larenz considera que ele foi “[...] o

<sup>253</sup> Ibid., p. 26.

<sup>254</sup> Luis Roberto Barroso sustenta a mesma ideia nessa passagem: “O jusnaturalismo moderno, que começou a formar-se a partir do século XVI, dominou por longo período a filosofia do direito. A crença no direito natural, isto é, na existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma emanada do Estado, foi um dos trunfos ideológicos da burguesia e o combustível das revoluções liberais. Ao longo do século XIX, com o advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação, o jusnaturalismo chega ao seu apogeu e, paradoxalmente, tem início a sua superação histórica. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipresença positivista do final do século XIX”. BARROSO, Luis Roberto. **Intepretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 350.

<sup>255</sup> Um ano depois, em 1848, ocorreram revoluções sociais por toda a Europa: a Primavera dos Povos.

<sup>256</sup> LARENZ, op. cit., p. 52.

<sup>257</sup> Ibid., p. 54.

<sup>258</sup> Ibid.

<sup>259</sup> Ibid., p. 55.

<sup>260</sup> Ibid.

primeiro dos pensadores jurídicos modernos”<sup>261</sup> que relativizou a ideia de que todo o Direito poderia ser encontrado somente na lei.

É provável – isso é uma hipótese – que Jhering não tenha ficado insensível às agitações sociais que ocorriam no século XIX. A Comuna de Paris, a Primavera dos Povos, os movimentos operários, o Manifesto do Partido Comunista, lançado em 1848, todos esses acontecimentos sociais de grande magnitude revelavam que algo tinha de ser feito pelos poderes públicos para compensar os efeitos negativos do capitalismo industrial, que encontrava no liberalismo a melhor expressão filosófica.

A teoria posterior a Jhering demonstrou maior preocupação da interpretação jurídica com os fatos sociais: a Jurisprudência dos interesses<sup>262</sup>. Partindo da contribuição de Jhering, coube a Philipp Heck dar avanço à abertura do Direito às necessidades vitais de uma sociedade cada vez mais complexa. Essa corrente propunha:

O objectivo final da atividade judicial e da resolução pelo juiz dos casos concretos é, por seu turno, a satisfação das necessidades da vida, a satisfação das apetências e das tendências apetitivas, quer materiais quer ideais, presentes na comunidade jurídica.<sup>263</sup>

O Direito é visto como resultado de luta de interesses (econômicos, religiosos, éticos). São esses interesses que lutam por reconhecimento legislativo e judicial. Portanto, segundo essa teoria, não devia mais o juiz investigar o que o legislador tinha em mente ao editar a norma, mas sim as forças sociais (interesses)<sup>264</sup> responsáveis por ela. Stoll, outro teórico dessa corrente, escreveu: “[...] cada proposição jurídica autônoma contém indirectamente um juízo de valor sobre os conflitos subjacentes”.<sup>265</sup> E, quando os interesses entrassem em conflito, tocava ao magistrado realizar a ponderação entre os interesses no momento de proferir a decisão judicial. Sobre a contribuição da Jurisprudência dos interesses para a maior abertura do Direito aos fatos sociais, Larenz<sup>266</sup> observa:

Porque exortou o juiz a aplicar os juízos de valor contidos na lei de olhos fitos no caso julgando, a Jurisprudência dos interesses - posto não quebrasse verdadeiramente as cadeias do positivismo – teve uma actuação libertadora e fecunda sobre uma geração de juristas educada num pensamento formalista e no estrito positivismo legal.

---

<sup>261</sup> Ibid., p. 56.

<sup>262</sup> Ibid., p. 57.

<sup>263</sup> LARENZ, op. cit., p. 58.

<sup>264</sup> Ibid., p. 59.

<sup>265</sup> Ibid., p. 61.

<sup>266</sup> Ibid.

A contribuição mais importante da Jurisprudência dos interesses ocorreu no âmbito do preenchimento das lacunas do direito<sup>267</sup>. Para Karl Larenz, a Jurisprudência dos interesses abriu ao juiz “[...] a possibilidade de *desenvolver* o Direito não apenas na “fidelidade à lei”, mas de harmonia com as exigências da vida”. Foi essa a primeira teoria, dentre as do *civil law*, a defender a valoração pessoal do juiz ao julgar o caso concreto, quando não lhe fosse possível conhecer o primeiro juízo de valor, formulado pelo legislador, na edição da norma<sup>268</sup>. Devido a esse salto qualitativo, Larenz afirma que a Jurisprudência dos interesses revolucionou a aplicação do direito, pois “[...] substituiu progressivamente o método de uma subsunção lógico-formal, nos rígidos conceitos legislativos, pelo de um juízo de ponderação de uma complexa situação de facto”, levando com consideração, portanto, os diversos interesses em disputa<sup>269</sup>.

Acima de tudo, esse movimento de progressiva abertura do Direito aos eventos da vida teve efetiva repercussão no âmbito das cortes superiores, na Europa e no Brasil. Referindo-se à influência da Jurisprudência dos interesses na prática judiciária alemã, Karl Larenz<sup>270</sup> recorda:

À Jurisprudência dos interesses correspondeu, na prática jurídica alemã, um sucesso invulgar. Com o decurso do tempo, revolucionou efectivamente a aplicação do Direito, pois veio a substituir progressivamente o método de uma subsunção lógico-formal, nos rígidos conceitos legislativos, pelo de um juízo de ponderação de uma complexa situação de facto, bem como de uma avaliação dos interesses em jogo, de harmonia com os critérios de valoração próprios da lei. Deste modo deu aos juízes uma consciência sã, tornando frequentemente supérfluas as pseudo-motivações. Basta o confronto entre o estilo de pensamento e os processos de motivação das mais antigas decisões dos tribunais – digamos, até à primeira grande guerra – e as decisões mais modernas ou mesmo contemporâneas das instâncias superiores, para se reconhecer uma diferença que tem de agradecer-se, fundamentalmente, à obra de HECK, STOLL, MÜLLER-ERZBACH e muitos outros –, e no Direito Penal, claramente também à dos adeptos do “neokantismo sudocidental alemão”. A jurisprudência veio-se abrindo progressivamente aos eventos da vida, tornando-se metodicamente mais consciente, mais livre e mais diferenciada. O mesmo vale, e até em maior medida, para a ciência do Direito, ao menos no campo em que podemos formular um juízo, que é o do Direito Civil.

No fim do século XIX, em 1885 e 1886, alguns teóricos continuaram deslocando a interpretação jurídica da vontade subjetiva do legislador para a vontade objetiva e racional do

<sup>267</sup> “No *preenchimento* de uma lacuna, exige HECK que o juiz tenha presentes os interesses em jogo e, embora de harmonia com os princípios de valoração contidos na lei, que os avalie de maneira autônoma.” Ibid., p. 63.

<sup>268</sup> Ibid., p. 64.

<sup>269</sup> Ibid., p. 68.

<sup>270</sup> Ibid.



legislador, ou seja, não mais interessava a esses teóricos saber o que quis o legislador do passado, mas o que teria ele pretendido se pudesse legislar no momento contemporâneo à interpretação jurídica. É o primeiro passo da teoria da interpretação para outorgar ao Poder Judiciário maior participação da solução dos conflitos. Com efeito, a teoria objectiva (ou objectivista) defendia<sup>271</sup> que

[...] não apenas a lei, uma vez promulgada, *pode*, como qualquer palavra dita ou escrita, ter para outros uma significação em que não pensava o seu autor – o que seria um truísmo –, mas que o *juridicamente decisivo* é, em lugar do que pensou o autor da lei, uma significação “objectiva”, independente dele e imanente à mesma lei.

[...]

As opiniões e intenções subjectivas do legislador, dos redactores da lei ou das pessoas singulares que intervieram na legislação, não têm relevo: a lei é “mais racional” do que o seu autor e, uma vez vigente, vale por si só. Por isso é a partir dele apenas, do seu próprio contexto significativo, que deve ser interpretada.

Decorre da teoria objectivista a ideia de que a lei tem um fim a promover, e, por isso, o intérprete tem de investigar as condições sociais às quais o legislador pretendeu remediar com a edição da norma jurídica. Mais que isso, a teoria propugnava que ao intérprete também era permitido aplicar “[...] o melhor e mais satisfatório meio de cura, de acordo com as ideias do tempo”, de modo que, havendo “[...] várias interpretações possíveis, segundo a letra da lei”, caberia ao intérprete “[...] escolher a que melhor corresponda ao fim”<sup>272</sup>. Dessa teoria dimana a interpretação teleológica, que, como reconhece Karl Larenz<sup>273</sup>, garantiu ao juiz um espaço de atuação maior em comparação com as mencionadas teorias subjectivas de Savigny e Puchta<sup>274</sup>.

Entre o fim do século XIX e início do século XX, tornaram-se mais amplos os movimentos democráticos tendentes à superação da democracia liberal. As forças conservadoras estavam em declínio e a questão social entrou na agenda dos poderes

---

<sup>271</sup> Ibid., p. 35-36

<sup>272</sup> Ibid., p. 37.

<sup>273</sup> Ibid., p. 38.

<sup>274</sup> No Brasil, uma decisão do Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Ministro Aliomar Baleeiro, proferida em 1968, no RE n. 65.733, exemplifica a efetiva utilização dessas teorias nos métodos de interpretação da Corte: “Para mim, o Direito tem uma função puramente ancilar, é mero auxiliar de outros interesses humanos. Esses interesses são de várias ordens, sobretudo a ordem econômica e política. Então, não se pode afastar da interpretação de uma lei o seu conteúdo econômico ou político. Que o legislador quis proteger, qual foi o fim que ele visou a amparar? Para mim, o que ele quis, na sua expressão literal ou gramatical, não é o precipuo. Para mim, importa muito mais o que a lei quis, em que circunstâncias a lei quis isso, para que algo se atingisse.” AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Memória jurisprudencial**: Ministro Aliomar Baleeiro. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006. (Série memória jurisprudencial). p. 34.

públicos<sup>275</sup>. Ao contrário da democracia liberal burguesa, que se contentava com a lei positivada, os movimentos democráticos buscavam o fim do voto censitário e maior representação popular<sup>276</sup>. Para a democracia, o que interessava era a igualdade social, algo mais que a igualdade jurídica (liberal)<sup>277</sup>.

Na esfera jurídica, a questão social tomou a forma de uma preocupação em impor ao direito privado uma função social<sup>278</sup>.

Antes vistos com aversão pelos liberais do século XIX, grupos sociais, como sindicatos e partidos políticos tomaram a frente dos movimentos democráticos. Os partidos políticos, antes aristocráticos, assumiram feição de escolas de ideias, grupos de reflexão, onde eram propostas teorias políticas alternativas à sociedade burguesa individualista. No início do século XX, os partidos já congregavam as massas populares, com destaque, para os grupos de operários, que foram acolhidos pelos socialistas.

O início do século XX não foi menos agitado que o século XIX. A sociedade individualista cedeu espaço ainda maior aos grupos de tendência socialista. Em 1917, a Revolução Russa sinalizou para o mundo o declínio da sociedade burguesa individualista, cujo exemplo inspirou temor dos países capitalistas<sup>279</sup>.

Com a 1ª Guerra Mundial, o Estado foi forçado a intervir na economia e nas relações privadas. O esforço de guerra tornou o Estado o principal cliente, produtor, empregador. Nesse período, o Estado interveio para regulamentar os salários e até mesmo o valor dos aluguéis<sup>280</sup>. As intervenções do Estado tornaram-se permanentes. O fim da 1ª Guerra também produziu efeitos sobre o espírito público<sup>281</sup>. A sociedade individualista não foi percebida mais com os mesmos olhos. A matança prolongada provocou reflexos de ordem moral, psicológica e intelectual.<sup>282</sup>

Em 1919, os operários franceses finalmente conquistaram o direito às oito horas de trabalho diário. Sobretudo, as Constituições do México e de Weimar transformaram as reivindicações sociais em direitos constitucionais sociais.

Em 1929, uma nova e mais destrutiva crise da economia capitalista ocorreu nos Estados Unidos, a Grande Depressão, que foi a causa direta de 12 milhões de cidadãos desempregados só nos Estados Unidos. E, como já se estabelecera uma interdependência

---

<sup>275</sup> LARENZ, op. cit., p. 51.

<sup>276</sup> REMOND, op. cit., p. 52.

<sup>277</sup> Ibid.

<sup>278</sup> LARENZ, op. cit., p. 51.

<sup>279</sup> REMOND, op. cit., p. 39.

<sup>280</sup> Ibid., p. 41.

<sup>281</sup> Ibid., p. 42.

<sup>282</sup> Ibid.

econômica mundial, sobretudo a partir da 1ª Guerra, a crise espalhou-se pela Europa e alcançou o Brasil. Na Alemanha, o contingente de desempregados chegou a 6 milhões; na Inglaterra, a 3 milhões. Por volta de 1932, calcula-se que havia 30 milhões de pessoas desempregadas nos países afetados pela crise<sup>283</sup>.

É desse período uma das mais importantes decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos. Para superar a crise, o Presidente Franklin D. Roosevelt editou um pacote de programas governamentais que visava regulamentar a economia (*New Deal*), assegurar proteção social e implementar obras de infraestrutura<sup>284</sup>, convicto que estava de que a economia não podia mais ser deixada ao livre jogo do mercado. Houve ampla aceitação das medidas entre a opinião pública norte-americana, mas a Suprema Corte do país declarou inconstitucionais as intervenções do Estado na economia.

Em 1934, foi publicada uma obra em reação às doutrinas que buscavam inserir o Direito num conjunto mais amplo de teorias sociais. Nesse ano, Hans Kelsen publicou a *Teoria Pura do Direito*, uma rigorosa teoria científica em que advogava a exclusão das análises metafísicas e políticas no estudo, interpretação e aplicação do Direito. Hans Kelsen tinha em mente separar e assegurar um objeto específico<sup>285</sup> para a Ciência do Direito, um objeto inconfundível daquele de outras ciências, como a sociologia, a psicologia e a filosofia. Essa proposta teórica encontra-se logo no capítulo primeiro do livro:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental<sup>286</sup>.

No parágrafo seguinte, Hans Kelsen dirige essa crítica<sup>287</sup> às teorias que vinham trazendo para o estudo do Direito elementos próprios de outras ciências, ao ensejo de dar respostas a conflitos cada vez mais complexos para cuja solução os códigos se revelavam insuficientes:

---

<sup>283</sup> Ibid., p. 31.

<sup>284</sup> Ibid. p. 72.

<sup>285</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.. 1.

<sup>286</sup> Ibid., p. 1-2.

<sup>287</sup> Ibid.

Porém, um relance de olhos sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos sécs. XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência de pureza. De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fã-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.

O objeto da *Teoria Pura do Direito* são as normas jurídicas. Hans Kelsen argumentava que as normas jurídicas podem ter qualquer conteúdo e não são postas pelo Estado para alcançar fins práticos<sup>288</sup>, isto é, as normas jurídicas não estão a serviço de quaisquer objetivos de ordem econômica, moral, religiosa ou ideológica. Sem dúvida, nesse ponto, a *Teoria Pura do Direito* representou um retrocesso na teoria jurídica, se levarmos em consideração que o Direito é fenômeno social, produto da cultura, e que, por isso, sofre o influxo de fatores como a moral da comunidade, a cultura do intérprete, os valores da sociedade.

Sucedo que Hans Kelsen estava mais preocupado em consolidar o Direito como ciência jurídica, com estatuto próprio<sup>289</sup>. Por isso, ele não se preocupava com os fatos anteriores à positivação do direito, ou seja, “com os intuitos e os motivos do legislador”<sup>290</sup>. Só interessa à *Teoria Pura do Direito* as normas jurídicas “enquanto conteúdos significativos”<sup>291</sup>. A lei pode ser qualquer uma. A lei pode servir a qualquer tipo de Estado. Não a condicionam os direitos fundamentais, a moral, a ética. O único critério de validade para a norma jurídica deve ser justamente uma outra norma jurídica, a norma superior, que determina os critérios de validade da lei e seu respectivo processo legislativo. Desde que atendidos esses dois parâmetros formais, a lei será válida.

A *Teoria Pura do Direito* incorreu no mesmo erro da Jurisprudência dos conceitos.

Para comprovar sua teoria, Hans Kelsen construiu uma pirâmide fictícia do Direito, pondo no ponto mais alto a norma fundamental. A norma fundamental é aquela que

<sup>288</sup> LARENZ, op. cit., p. 83.

<sup>289</sup> “O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o direito da moral e dos valores transcendentos. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do direito como todas as demais deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.” BARROSO, op. cit., p. 350-351.

<sup>290</sup> LARENZ, op. cit., p. 85.

<sup>291</sup> Ibid.

condiciona a validade de todas as outras normas. Ela está acima da Constituição. A norma inferior encontra validade na norma imediatamente superior. Se a norma jurídica conseguisse passar nesse teste de validade formal, ela seria considerada válida, a despeito de seu conteúdo. No entanto, Hans Kelsen – como Puchta – não conseguiu explicar a natureza da norma fundamental. Essa norma, que “[...] realiza a unidade na pluralidade de todas as normas que constituem um ordenamento”<sup>292</sup>, não está dentro do ordenamento jurídico. Está fora dele. É uma norma pressuposta<sup>293</sup>, portanto. Kelsen não diz qual conteúdo essa norma tem. Não explica como ela se forma, sua origem, nem os motivos pelos quais devemos aceitá-la.

A primeira parte da teoria kelseniana soa rígida demais e pode parecer até desumana. Afinal, se a norma pode ter qualquer conteúdo, ele pode servir a qualquer tipo de Estado, comprometido ou não com os direitos fundamentais da pessoa humana. Outro tanto não se pode afirmar sobre a proposta de Hans Kelsen para a interpretação do Direito.

A *Teoria Pura do Direito* também “[...] fornece uma teoria da interpretação”<sup>294</sup> do direito positivo. A princípio, a interpretação das normas jurídicas deve observar a “[...] estrutura escalonada da ordem jurídica”<sup>295</sup>, onde a Constituição representa a norma mais geral e a sentença judicial atua como norma individualizada do caso concreto. A norma superior na hierarquia normativa determina e vincula a produção e a interpretação da norma inferior. Entretanto, Hans Kelsen admite a existência de normas jurídicas indeterminadas, e, portanto, ele considera que essa determinação nunca é completa:

A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer<sup>296</sup>.

Noutras palavras, pelo menos do ponto de vista da legislação, Hans Kelsen admite que o ordenamento jurídico não é capaz de alcançar aquela completude imaginada pelos primeiros positivistas. A indeterminação da norma dá espaço ao aparecimento de uma pluralidade de significações das palavras e expressões de que a norma jurídica é composta<sup>297</sup>.

---

<sup>292</sup> Ibid., p. 88.

<sup>293</sup> Ibid.

<sup>294</sup> KELSEN, op. cit., p. 1.

<sup>295</sup> LARENZ, op. cit., p. 92.

<sup>296</sup> KELSEN, op. cit., p. 389.

<sup>297</sup> Ibid., p. 389.

Para que o ordenamento seja completo, o magistrado deve completar o trabalho do legislador quando a norma inferior não puder ser extraída mecanicamente – ou por dedução lógica – da norma superior. Nesses casos, o juiz é chamado a continuar “[...] o processo de determinação que constitui, afinal, o sentido da seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas”<sup>298</sup> e, por meio de um ato de vontade, escolhe uma das significações possíveis da norma dentro de um espaço a que chama de moldura. Portanto, dentro desta moldura (a norma jurídica indeterminada), o magistrado pode complementar a atuação do legislador, escolhendo uma das possibilidades significativas da norma<sup>299</sup>.

Pelo exposto no parágrafo anterior, pode concluir-se que, para Kelsen, não existe uma única resposta correta para decidir o caso concreto. Uma vez que a “pluralidade significações” é uma decorrência da indeterminação da norma jurídica, é razoável afirmar-se que não existe uma só resposta correta, uma só interpretação válida. O juiz, por ato de vontade, escolhe umas das possíveis interpretações e decide o caso concreto. Nas palavras do jurista alemão<sup>300</sup>:

Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

O grande mérito da *Teoria Pura do Direito*, no capítulo relativo à interpretação, está no fato de que Hans Kelsen, um positivista formalista, reconheceu que, nos casos de indeterminação, o juiz cria Direito. Igualmente importante foi ter Hans Kelsen esclarecido que, na hipótese de indeterminação, várias interpretações seriam possíveis, e aquela que se tornava definitiva era fruto da vontade e da escolha do julgador.

Desde então, a interpretação do Direito não seria mais o resultado de simples atividade de conhecimento (cognoscibilidade). Seria, de igual modo, uma atividade que envolveria a vontade do juiz, o que representou um avanço para a época, já que as doutrinas tradicionais defendiam que a interpretação não era mais que um ato intelectual do que se extraía uma única resposta correta<sup>301</sup>.

---

<sup>298</sup> Ibid.

<sup>299</sup> Ibid., p. 390-391.

<sup>300</sup> Ibid.

<sup>301</sup> LARENZ, op. cit., p. 93.

É verdade que a concessão de Kelsen para o maior espaço de atividade judicial se limitava à liberdade de interpretar o significado das palavras e expressões das normas jurídicas – interpretação literal<sup>302</sup> da norma. Não se tratava de uma maior liberdade concedida ao juiz para fazer uso, por exemplo, de elementos não textuais ou mesmo de elementos fornecidos pela sociologia, pela ética, pela moral. No entanto, isso não retira a importância da teoria para o aperfeiçoamento da teoria do Direito, acima de tudo porque, embora visivelmente formalista, a teoria representou, nas palavras de Karl Larenz, “[...] a mais grandiosa tentativa de fundamentação teórica do Direito como ciência”.<sup>303</sup>

Ao fim da 2ª Guerra Mundial, a descoberta dos horrores do nazismo e o colapso econômico fizeram com que as democracias (mais uma vez) vitoriosas percebessem que o Direito não podia mais continuar alheio aos valores, à moral e à ética. O fim desse novo conflito mundial marca o declínio do positivismo, como observa Luis Roberto Barroso<sup>304</sup>:

A decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da 2ª Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.

Os anos seguintes à 2ª Guerra também foram marcados pela afirmação dos direitos humanos e pela positivação deles em tratados e várias Constituições, bem como pela positivação de direitos sociais, ditos direitos de segunda geração, próprios do *Welfare State*. Desse momento em diante, as teorias da interpretação não tiveram mais como referência normativa apenas a interpretação dos direitos de liberdade, dos direitos políticos e dos direitos de liberdade econômica. Com a positivação dessa nova classe de direitos, a interpretação jurídica teve ampliado seu campo de observação. Tudo isso refletirá sobre a atuação do poder público e, especialmente, sobre a atuação das cortes de vértice.

O conjunto das teorias jurídicas que floresceram após a 2ª Guerra Mundial tinham, portanto, como objeto de interpretação, além dos direitos políticos e de liberdade, os direitos sociais e os direitos fundamentais. Na década de 1960 surgiram teorias que buscaram reconciliar o positivismo jurídico com questões morais e éticas. Duas delas merecem especial

---

<sup>302</sup> Ibid., p. 95.

<sup>303</sup> Ibid., 82.

<sup>304</sup> BARROSO, op. cit., p. 351.

atenção: as teorias de H. L. A. Hart (inglês) e de Ronald Dworkin (norte-americano)<sup>305</sup>.

### 3.2 A Teoria da Discricionariedade Judicial de Hart

O positivismo jurídico não foi um movimento próprio dos ordenamentos jurídicos da família de *civil law*. Na verdade, dois dos maiores teóricos do positivismo jurídico eram ingleses: Hobbes e Bentham. No século XVII, Hobbes já polemizara com Coke, defensor do *common law* na Inglaterra. E Bentham defendeu com veemência a adoção da codificação na Inglaterra. Como veremos com mais detalhes no capítulo 4, o *stare decisis* corresponde, para o positivismo jurídico do *common law*, o que a codificação representou para os países da família de *civil law*. Noutras palavras, nos países do *civil law*, que adotaram códigos, estes deviam condensar todo o direito existente na sociedade. Enquanto isso, nos países da família *common law*, onde o Direito não era codificado, mas formado nas cortes de justiça – um direito de jurisprudência feito, portanto –, o positivismo jurídico encontrou no *stare decisis* uma forma peculiar de simbolizar a segurança jurídica e a previsibilidade do Direito. Mesmo na Inglaterra, todo o direito era o positivo, com a diferença de não ser aquele codificado, mas declarado pelas cortes da *common law*. Em suma, nos sistemas de *civil law*, a lei representou

---

<sup>305</sup> Os autores, ambos nascidos em sistemas de *common law*, tiveram este ambiente na elaboração das respectivas teorias. Algumas das expressões que são referidas por Hart e Dworkin não encontram correspondência (ou não são muito familiares) aos juristas dos sistemas de *civil law*, que tiveram que encontrar termos semelhantes ou correspondentes, ou até mesmo assimilar essas expressões, tal foi o impacto dessas teorias em sistemas de *common law* e em vários sistemas de *civil law*. Essa dificuldade inicial foi sentida por Norberto Bobbio, que, em *A era dos Direitos*, fez essa observação: “No que se refere ao significado da palavra direito na expressão “direitos do homem” o debate é permanente e confuso. Contribuiu, para aumentar a confusão, o encontro cada vez mais frequente entre juristas de tradição e cultura continental e Juristas de tradição anglo-saxônica, que usam frequentemente palavras diversas para dizer a mesma coisa e, por vezes, acreditam dizer coisas diversas usando as mesmas palavras. A distinção clássica na linguagem dos juristas da Europa continental é entre “direitos naturais” e “direitos positivos”. Da Inglaterra e dos Estados Unidos – por influência, creio sobretudo de Dworkin – chega-nos a distinção entre *moral rights*, e *legal rights*, que é intraduzível e, o que é pior, numa tradição onde o direito e moral são duas esferas bem diferenciadas da vida prática, incompreensível: em italiano, a expressão “direitos legais” ou “jurídicos” soa redundante, enquanto a expressão “direitos morais” soa contraditória. Não tenho dúvidas de que um jurista francês teria a mesma relutância em falar de *droits moraux* e um alemão de *moralische Rechte*. E então? Devemos renunciar a nos entender? O único modo para nos entender é reconhecer a comparabilidade entre as duas distinções, em função da qual “direitos morais” enquanto algo contraposto a “direitos legais” ocupa o mesmo espaço ocupado por “direitos naturais” enquanto algo contraposto a “direitos positivos”. Trata-se, em ambos os casos, de uma contraposição entre dois diversos sistemas normativos, onde o que muda é o critério de distinção. Na distinção entre *moral rights* e *legal rights*, o critério é o fundamento; na distinção entre “direitos naturais” e “direitos positivos”, é a origem. Mas, em todos os quatro casos, a palavra “direito”, no sentido de direito subjetivo (uma precisão supérflua em inglês, porque *right* tem somente o sentido de direito subjetivo) faz referência a um sistema normativo, seja ele chamado de moral ou natural, jurídico ou positivo. Assim como não é concebível um direito natural fora do sistema das leis naturais, também não há outro modo de conceber o significado de *moral rights* a não ser referindo-os a um conjunto ou sistema de leis que costumam ser chamadas de morais, ainda que nunca fique claro qual é o seu estatuto (do mesmo modo como, de resto, nunca ficou claro qual é o estatuto das leis naturais)”. Id. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. nova ed. 7. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p 10.



o ideal positivista; nos sistemas de *common law*, o mesmo ideal se deu com a vinculação obrigatória aos precedentes judiciais (*stare decisis*).

Na Inglaterra, H. L. Hart é conhecido como o principal teórico do positivismo jurídico. As teorias de Hart possuem algumas semelhanças com as teorias de Hans Kelsen, estudadas no tópico anterior.

Em *O Conceito de Direito*, publicado em 1961, Hart desenvolveu três teorias do Direito que podem ser comparadas – com ressalvas – à teoria kelseniana. Hart sustenta que a maioria das normas possui “textura aberta” (*open texture*); que, para reconhecer a validade jurídica delas, existem “regras de reconhecimento” que fundamentam as demais normas do sistema jurídico; e, finalmente, que, quando não houver uma regra de direito explícita para ser aplicada ao caso concreto, a ordem jurídica concede ao juiz discricionariedade para decidir o caso concreto.

Hart propõe que existem normas no sistema jurídico que não se adequam ao modelo de direito como ordem coercitiva emanada do soberano. Segundo esse autor inglês, há normas jurídicas que não reproduzem “[...] algumas das principais características dos sistemas jurídicos”.<sup>306</sup> Essas normas são denominadas por Hart como primárias<sup>307</sup> (que fixam os direitos e deveres dos indivíduos) e secundárias (que disciplinam a elaboração, a introdução no sistema, a alteração e revogação das normas primárias)<sup>308</sup>. Por fim, ele considera que existem normas de reconhecimento, as mais complexas<sup>309</sup> do sistema, que não são encontradas – como no positivismo jurídico dos ordenamentos de *civil law* – nos textos escritos<sup>310</sup>. Para Hart, há outras fontes de direito capazes de atribuir juridicidade às normas primárias, secundárias e às decisões judiciais. Essas fontes seriam os costumes, as leis e os precedentes, sendo a lei a fonte hierarquicamente superior<sup>311</sup>.

Realmente, o modelo hartiano de ordenamento jurídico ganha complexidade quando passamos ao exame das regras de reconhecimento, que estabelecem “os critérios para avaliar a validade de outras normas do sistema”.<sup>312</sup> A norma de reconhecimento é uma norma última (*ultimate rule*), que não pode ser simplesmente presumida<sup>313</sup>. Mais realista que Hans Kelsen,

<sup>306</sup> HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 103.

<sup>307</sup> Para uma visão geral da teoria de H. L. A. Hart, ver DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 32.

<sup>308</sup> HART, op. cit., p. 122.

<sup>309</sup> Ibid., p. 123.

<sup>310</sup> Ibid.

<sup>311</sup> Ibid.

<sup>312</sup> Ibid., p. 136.

<sup>313</sup> Ibid., p. 139.

Hart argumenta que a norma de reconhecimento é uma regra social, é uma questão de fato<sup>314</sup>, cujo fundamento de validade está na aceitação social<sup>315</sup>. Na visão de Hart, o “[...] fundamental é que haja uma aceitação oficial, unificada e comum, da norma de reconhecimento que contém os critérios de validade do sistema”<sup>316</sup>. Daí Hart concluir que as “[...] normas de reconhecimento existem por aceitação”<sup>317</sup>.

De modo semelhante a Hans Kelsen, também Hart defende que a conexão entre as normas de reconhecimento e as normas primárias e secundárias pode não ser perfeita, e, portanto, podem existir situações concretas nas quais concorram um “núcleo de certeza” com uma “zona de penumbra”. Nas palavras de Hart<sup>318</sup>: “Isso confere a todas as normas uma margem de vagueza ou “textura aberta”, o que pode afetar tanto a norma de reconhecimento que especifica os critérios últimos usados para identificação do direito quanto uma lei específica”.

Sem dúvida, o ordenamento jurídico proposto por Hart é muito mais complexo do que aquele apresentado por Kelsen. No modelo hartiano, há variadas fontes de direito. O juiz encontra a resposta nas leis escritas, nos costumes e, em geral, nos precedentes judiciais. Quer isto significar que, enquanto Hans Kelsen limita a indeterminação ao confronto entre a norma superior e a norma inferior, Hart estende a indeterminação aos precedentes judiciais. A textura aberta (vagueza) a que se refere Hart pode ser verificada nas leis escritas e também nos precedentes judiciais.

Leis e precedentes são espécies de padrões gerais que o Direito utiliza para reger as condutas humanas. São estratégias “[...] para transmissão de padrões de comportamento”<sup>319</sup>. Leis e precedentes podem abrir espaço ao que Hart chama de “incertezas de comunicação”<sup>320</sup>, que podem apenas ser atenuadas pelos cânones da interpretação, mas não eliminadas<sup>321</sup>.

---

<sup>314</sup> Ibid., p. 142.

<sup>315</sup> “A regra de reconhecimento é a única regra em um sistema jurídico cuja obrigatoriedade depende de sua aceitação. Se desejarmos saber qual regra de reconhecimento uma comunidade particular adota ou segue, devemos observar de que modo se comportam os cidadãos e, em especial, seus funcionários públicos. Devemos prestar atenção a quais são os argumentos definitivos que eles aceitam como demonstração da validade de uma regra particular e quais os argumentos definitivos eles usam para criticar outros funcionários ou instituições.” DWORKIN, 2002, op. cit., p. 34. Do mesmo livro: “Hart localiza a autoridade dessas instituições no plano dos padrões constitucionais a partir dos quais elas operam, padrões constitucionais esses previamente aceitos pela comunidade que é por eles governada, na forma de uma regra de reconhecimento fundamental.” Ibid., p. 35.

<sup>316</sup> HART, op. cit., p. 148.

<sup>317</sup> Ibid., p. 131-132.

<sup>318</sup> Ibid., p. 158.

<sup>319</sup> Ibid., p. 166.

<sup>320</sup> Ibid., p. 162.

<sup>321</sup> Ibid., p. 164.

Hart não considera como ponto negativo a existência no ordenamento jurídico de zonas de indeterminação no Direito:

[...] não devemos acalentar, nem mesmo como um ideal, a concepção de uma norma tão detalhada que a pergunta se ela se aplica ou não a um caso particular já tenha sempre sido respondida antecipadamente, sem nunca envolver, no momento de sua aplicação real, uma nova escolha entre alternativas abertas<sup>322</sup>.

Verifica-se, portanto, que Hart não idealiza um sistema fechado de normas jurídicas. Na verdade, ele aceita e até se compraz em que o direito inglês seja um sistema aberto, no qual o juiz é chamado a fazer a escolha final da norma que deve solucionar o caso concreto. Para ele, o formalismo (ou conceptualismo), a atitude que tenta “[...] disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha”<sup>323</sup>, consiste num vício que deve ser evitado. A escolha final (escolha oficial) que complementa a norma pode ser feita por autoridades administrativas ou judiciais<sup>324</sup>.

A imprecisão das normas é uma decorrência natural da incapacidade humana de prever “[...] todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer”<sup>325</sup>. Tendo isso em consideração, os sistemas jurídicos buscam diferentes estratégias para suprir as lacunas. Pode um sistema, segundo Hart, estabelecer padrões<sup>326</sup> muito gerais e delegar a um órgão normativo “[...] a tarefa de formular normas adaptadas às necessidades específicas”<sup>327</sup>. Nesse trabalho de adequação do padrão geral ao caso específico, continua Hart, “[...] a autoridade encarregada de estabelecer as normas deve evidentemente exercer sua discricionariedade”<sup>328</sup> sem que se possa afirmar que a solução final será a única resposta correta *a priori*<sup>329</sup>. Na teoria hartiana, não há meio de demonstrar que a resposta final seja a única correta, senão que deve representar uma solução equilibrada e razoável entre interesses em conflito<sup>330</sup>:

---

<sup>322</sup> Ibid.

<sup>323</sup> Ibid., p. 168.

<sup>324</sup> Ibid.

<sup>325</sup> Ibid., p. 167.

<sup>326</sup> O termo padrão é utilizado por Hart e também por Ronald Dworkin. Como veremos mais adiante, quando tratarmos das três teorias este último, os padrões são gênero, dos quais regras e princípios são espécies.

<sup>327</sup> HART, op. cit., p. 170.

<sup>328</sup> Ibid.

<sup>329</sup> Ibid.

<sup>330</sup> Ibid., p. 171.

A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridade administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes.

A textura aberta do Direito transfere aos tribunais a tarefa de completar a obra do legislador. Ou melhor, às cortes superiores de justiça, que tem o poder de dar – nas palavras de Hart – “[...] a última palavra ao dizer o que é o direito”<sup>331</sup>.

### 3.3 As Teorias de Ronald Dworkin

A primeira crítica<sup>332</sup> importante ao pensamento de Hart veio a público em 1977, com a publicação de *Taking rights seriously*, de Ronald Dworkin. A teoria de Ronald Dworkin é abrangente. Ela inclui preocupações com a origem dos direitos e obrigações e com o modo de decidir das cortes de justiça. Trataremos, neste tópico, das críticas de Dworkin à teoria de Hart, e, no próximo 4, quando tratarmos dos precedentes judiciais, voltaremos a mencionar algumas lições de Dworkin.

Em *Taking Right Seriously* (Levando os direitos a sério), Dworkin lança o que chama de uma “ataque geral contra o positivismo”<sup>333</sup>. A versão do positivismo de Hart foi escolhida para tal fim. Os principais alvos desse ataque são as propostas de Hart de que existe uma regra de reconhecimento social das normas jurídicas; e de que, na ausência de regra jurídica, isto é, nos *hard cases*<sup>334</sup>, o juiz teria discricionariedade para encontrar a solução final aplicável ao caso concreto e aplicá-la retroativamente<sup>335</sup> ao tempo do fato, quando não havia norma prevendo o direito e a obrigação. Em substituição ao modelo de Hart – e por que não, de Kelsen –, ele busca construir “[...] um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação” das práticas judiciárias norte-americanas<sup>336</sup>.

<sup>331</sup> Ibid., p. 182.

<sup>332</sup> Hart respondeu às primeiras críticas de Dworkin em duas conferências, uma em 1976, outra em 1977.

<sup>333</sup> DWORKIN, 2002, op. cit., p. 36.

<sup>334</sup> “Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado. Ele então deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade - suas normas públicas como um todo.” Id. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 306.

<sup>335</sup> Referindo-se ao positivismo de Hart, Dworkin sustenta: “Essa teoria sustenta que uma obrigação jurídica existe quando (e apenas quando) uma regra de direito estabelecida impõe tal obrigação. Segue-se daí que, em um caso difícil — quando é impossível encontrar tal regra estabelecida — não existe obrigação jurídica enquanto o juiz não criar uma nova regra para o futuro. O juiz pode aplicar essa nova regra às partes da questão judicial, mas isso é legislar ex post facto e não tornar efetiva uma obrigação já existente.” DWORKIN, 2002, op. cit., p. 71.

<sup>336</sup> Ibid.

A obra de Dworkin apresenta grande complexidade. Em alguns pontos, ela revela-se progressista, como quando amplia o espaço de conhecimento do juiz para alcançar questões morais e trazê-las para o discurso jurídico; em outras, parece mais conservadora, por exemplo, quando oferece uma teoria para os precedentes judiciais e estabelece uma série de condições à modificação do Direito pela via judicial.

Dworkin rompeu com uma longa tradição jurídica inspirada no positivismo jurídico. Com efeito, afastando-se de Hart (no mundo anglo-saxão) e de Kelsen (Europa), Dworkin defende ser errado afirmar “[...] que em todo sistema jurídico existe algum teste fundamental, normalmente reconhecido como válido, para demonstrar quais padrões contam como direito e quais não contam”<sup>337</sup>. Disse mais: “[...] nenhum teste fundamental como esse pode ser encontrado em sistemas jurídicos complexos”, e cita os ordenamentos dos Estados Unidos e Grã-Bretanha<sup>338</sup>.

A retirada de um ponto qualquer, dentro ou fora do sistema, no qual o Direito encontra validade, foi realmente revolucionário. Ao mesmo tempo, não há nada nas (principais) obras de Dworkin que sugira ser ele um teórico do realismo jurídico norte-americano.

Tanto isso é verdade que, para o espaço vazio em que Hart alega haver discricionariedade judicial, Dworkin se esforça para incluir outro tipo de padrão normativo: os princípios jurídicos. Assim, Dworkin sustenta que um ordenamento jurídico não é construído somente com regras. Dworkin argumenta que os sistemas jurídicos dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha são formados por regras e princípios.

Segundo Dworkin, as “[...] regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”<sup>339</sup>, no sentido de que, ocorrendo os fatos nela descritos, a regra será válida. “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida.”<sup>340</sup> Dworkin afirma que a solução do conflito entre regras pode estar prevista em outras regras de grau superior ou, ainda, pode uma delas prevalecer sobre a outra quando apoiada por maior número de princípios<sup>341</sup>. Além disso, regras estabelecem os resultados que pretendem atingir.

Além das regras, há padrões que os tribunais usam quando proferem decisões. Dworkin denomina-os de princípios e políticas. “Política” é definida como um “[...] tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em alguma

---

<sup>337</sup> Ibid., p. 73.

<sup>338</sup> Ibid.

<sup>339</sup> Ibid., p. 42.

<sup>340</sup> Ibid., p. 43.

<sup>341</sup> Ibid.

aspecto econômico, político ou social da comunidade”<sup>342</sup>. “Princípio”, Dworkin define como padrão que a comunidade observa e o juiz aplica “não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”<sup>343</sup>. Não raro, pode ser difícil identificar os princípios. Dworkin<sup>344</sup> reconhece esse fato expressamente:

É verdade que, em geral, não podemos demonstrar a autoridade ou o peso de um princípio particular, da mesma maneira que às vezes podemos demonstrar a validade de uma regra reportando-a a um ato do Congresso ou ao voto de um tribunal autorizado.

Por isso, Dworkin parte da observação das práticas judiciárias dos Estados Unidos para elaborar sua tese dos princípios. Em apoio delas, ele adota o método de citar casos reais julgados pelas cortes norte-americanas. Por exemplo, em *Taking rights seriously*, ele menciona os casos *Riggd x Palmer* (1889) e *Henningsen x Bloomfield Motors, Inc.* (1969), nos quais diferentes tribunais dos Estados Unidos decidiram com apoio em princípios (não expressos em lei ou em precedentes anteriores) em detrimento de regras expressas aplicáveis aos casos. A partir desse dado da realidade judiciária, Dworkin indaga: se há padrões não expressos no ordenamento jurídico, que são aplicados pelos juízes, privados de poder discricionário, como demonstrar a existência desses padrões? Existe alguma forma (ou teste), semelhante àquelas de Kelsen e de Hart para justificar a validade dos princípios? Em resposta, Dworkin diz<sup>345</sup>:

A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado.

[...]

Ainda assim, não seríamos capazes de conceber uma fórmula qualquer para testar quanto e que tipo de apoio institucional é necessário para transformar um princípio em princípio jurídico. E menos ainda de atribuir uma certa ordem de grandeza à sua importância. Argumentamos em favor de um princípio debatendo-nos com todo um conjunto de padrões — eles próprios princípios e não regras — que estão em transformação, desenvolvimento e mútua interação. Esses padrões dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, a força persuasiva dos diferentes tipos de precedente, à relação de todos esses fatores com as práticas morais

<sup>342</sup> Ibid., p. 36. No mesmo livro, Dworkin trata dos argumentos de política na p. 132.

<sup>343</sup> Ibid., p. 36. Em trecho da mesma obra, Dworkin trata dos argumentos de princípios, na p. 132.

<sup>344</sup> Ibid., p. 58.

<sup>345</sup> Ibid., p. 64.

contemporâneas e com um grande número de outros padrões do mesmo tipo. Não poderíamos aglutiná-los todos em uma única “regra”, por mais complexa que fosse. Mesmo se pudéssemos fazê-lo, o resultado teria pouca relação com a imagem de uma regra de reconhecimento, tal como concebida por Hart.

A alusão a “práticas morais” da comunidade política é retomada por Dworkin com muita frequência. Isso se explica porque ele realmente considera que as questões morais não podem ser separadas dos problemas jurídicos em uma sociedade complexa e pluralista como os Estados Unidos. À p. 73 de *Levando os direitos a sério*, ele diz: “[...] nenhuma distinção definitiva pode ser feita entre padrões jurídicos e morais, como insiste o positivismo”<sup>346</sup>.

Uma vez encontrados, Dworkin revela que os princípios diferentes podem conviver sem que um exclua o outro. Quando há conflito entre dois ou mais princípios, os que não são aplicados em um caso concreto continuam sendo válidos, e, assim, permanecem no sistema e podem incidir em outros casos futuros. Noutras palavras, os princípios “[...] possuem uma dimensão de peso que as regras não têm – dimensão de peso ou de importância”<sup>347</sup>. Quando o juiz tiver de aplicar um princípio em confronto com outro, ele deve levar em consideração “a força relativa de cada um”<sup>348</sup>, e, como essa mensuração não pode ser exata, é possível que o resultado final seja objeto de controvérsia<sup>349</sup>. Finalmente, os princípios “[...] não prescrevem um resultado particular”<sup>350</sup>. Eles apenas favorecem “[...] a decisão numa direção, embora de maneira não conclusiva”<sup>351</sup>. Mas podem, em conjunto, determinar um resultado<sup>352</sup>.

Como se pode ver, a teoria de Dworkin é muito mais ampla e inclui considerações sobre moralidade política, precedentes, legislação e práticas sociais.

Sem embargo, Dworkin nega-se a aceitar a tese de que juízes tem alguma discricionariedade. Para o jurista, juízes são funcionários públicos como quaisquer outros, e que, portanto, eles não dispõem de poder discricionário<sup>353</sup>. É dizer, os juízes estão obrigados a encontrar os direitos e obrigações dos indivíduos, não recorrendo à discricionariedade ou a critérios pessoais de justiça, senão partindo do pressuposto de que mesmo nos casos difíceis, eles podem encontrar a resposta correta (controversa ou não) numa “constelação de princípios”<sup>354</sup>.

---

<sup>346</sup> Ibid., p. 73.

<sup>347</sup> Ibid., p. 42.

<sup>348</sup> Ibid.

<sup>349</sup> Ibid.

<sup>350</sup> Ibid., p. 57.

<sup>351</sup> Ibid.

<sup>352</sup> Ibid.

<sup>353</sup> Ibid., p. 58.

<sup>354</sup> Ibid., p. 71.

Antes de Dworkin, muitos outros juristas no continente europeu já haviam destacado a existência de princípios jurídicos, como, por exemplo, Esser e Crisafulli<sup>355</sup>. Nesse sentido, Paulo Bonavides destaca três fases no processo de reconhecimento da normatividade dos princípios: a fase jusnaturalista, a fase positivista e a fase pós-positivista.

Na primeira fase, os princípios eram vistos numa “dimensão ético-valorativa de ideia que inspira postulados de justiça”<sup>356</sup>, como “axiomas jurídicos”<sup>357</sup> por meio dos quais se chegaria a um “direito ideal”<sup>358</sup>. Na segunda fase, os princípios entram nos códigos como fontes normativas subsidiárias<sup>359</sup>, ou melhor, como “válvulas de segurança” para garantia “do reinado absoluto da lei”<sup>360</sup>, evitando-se por meio deles o “vazio normativo”<sup>361</sup>. Na falta de lei, recorria-se aos princípios na condição de norma que inspira o sistema positivo.<sup>362</sup> Finalmente, na terceira fase, os princípios passam a ser tratados como direito. É a fase do pós-positivismo, que se relaciona às teorias de Ronald Dworkin, que acabamos de ver.

Na Alemanha, Robert Alexy deu continuidade à teoria de Dworkin, enriquecendo-a com o acréscimo da ideia de que a diferença entre regras e princípios constitui “[...] a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais”<sup>363</sup>, com a preocupação de demonstrar a importância da argumentação jurídica na concretização da distinção e, finalmente, ao traduzir, culturalmente, a teoria de Dworkin para sistema filiados ao *civil law*.

Enquanto Dworkin chama de padrões o gênero do qual regras e princípios são espécies, Alexy denomina o gênero de “normas”: “Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser.”<sup>364</sup> Mais adiante ele afirma: “A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.”<sup>365</sup>

Para Alexy, princípios “[...] são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”<sup>366</sup>. São “*mandados de otimização*”<sup>367</sup>. Enquanto regras “[...] são normas que são sempre ou satisfeitas ou não

<sup>355</sup> Id. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2018. p. 271-272.

<sup>356</sup> Ibid., p. 259.

<sup>357</sup> Ibid., p. 261.

<sup>358</sup> Ibid.

<sup>359</sup> Ibid., p. 262.

<sup>360</sup> Ibid.

<sup>361</sup> Ibid.

<sup>362</sup> Ibid., p. 263.

<sup>363</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 85.

<sup>364</sup> Ibid., p. 87.

<sup>365</sup> Ibid.

<sup>366</sup> Ibid., p. 89.

<sup>367</sup> Ibid.



satisfeitas”<sup>368</sup> “Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.”<sup>369</sup> Em suma, continua Alexy, “[...] a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”.<sup>370</sup>

Alexy segue Dworkin no tocante à solução normativa no caso de colisão entre regras e princípios. “Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida.”<sup>371</sup> Para concluir que “[...] não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos”<sup>372</sup>. E, ainda acolhendo a teoria de Dworkin, ele diz que na hipótese de colisão entre princípios, um deve ceder em relação ao outro, sem que isso implique na invalidação do princípio que não for aplicado (o princípio cedente)<sup>373</sup>: “O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”.<sup>374</sup>

Todas essas construções teóricas que apenas tentamos resumir resultaram na transformação no modo como o juiz decide. Elas formam uma nova Jurisprudência: a Jurisprudência da valoração.

Os métodos tradicionais de interpretação jurídica precisaram ser complementados com outras formas de decidir. Decisões fundamentadas em princípios de moralidade política (Dworkin) e sopesamentos de interesses<sup>375</sup> demandam algo para além de simples subsunção. Esse algo a mais é a argumentação jurídica, decorrente da necessidade de o juiz fundamentar as escolhas adicionais e os juízos de valor empregados na justificação fundada em critérios ambíguos e indeterminados. A norma passa a ser vista como consequência da interpretação do enunciado jurídico, que já não se confunde mais com o texto de lei.

A hermenêutica do século XX foi responsável pelo que Lenio Streck chama de “giro ontológico-linguístico”,<sup>376</sup> que “[...] serviu para superar dois “mitos” da interpretação do direito: de um lado, as posturas objetivistas; de outro, a sua antítese, quais sejam, as posturas subjetivistas [...]”, que favoreceram “[...] diversas formas de voluntarismo interpretativo”<sup>377</sup>. O intérprete não procura a solução do caso mais em algum sentido intrínseco ao texto. O juiz

<sup>368</sup> Ibid., p. 91.

<sup>369</sup> Ibid.

<sup>370</sup> Ibid.

<sup>371</sup> Ibid., p. 92.

<sup>372</sup> Ibid.

<sup>373</sup> Ibid., p. 94-95.

<sup>374</sup> ALEXY, op. cit., p. 95.

<sup>375</sup> Ibid.

<sup>376</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev. e ampl. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 53.

<sup>377</sup> Ibid., p. 54.

atribui sentido ao Direito a partir da norma e do precedente judicial. De modo que “[...] a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto”.<sup>378</sup>

Isso não implica na desvalorização dos métodos tradicionais de interpretação. Eles apenas não são mais suficientes para a decisão dos casos mais complexos<sup>379</sup>.

Nos últimos anos, os juristas tornaram-se mais íntimos das técnicas de argumentação. O discurso jurídico tornou-se um tipo especial de discurso prático. Por óbvio, esse discurso jurídico é limitado pela lei, pela dogmática e pelos precedentes judiciais<sup>380</sup>.

Em um sistema judicial moderno, deve existir um órgão de cúpula que atribua o sentido final ao conjunto de padrões normativos que orientam e ordenam as condutas humanas.

No próximo capítulo, veremos como as cortes superiores atuais no Brasil falharam nessa tarefa de atribuir sentido e conferir estabilidade e unidade ao Direito, apesar de uma delas, o Supremo Tribunal Federal, dispor, há alguns anos, de filtro de relevância e de outras técnicas adequadas a essa elevada função.

---

<sup>378</sup> Ibid.

<sup>379</sup> BARROSO, 2009, op. cit., p. 347.

<sup>380</sup> LARENZ, op. cit., p. 180.

## 4 AS CRISES DAS CORTES SUPERIORES

Vimos que o fenômeno das crises das cortes superiores existiu desde muito cedo, mesmo antes das transformações ocorridas na interpretação judicial e da constitucionalização de direitos sociais. Mas o fenômeno se agravou nos anos seguintes à 2ª Guerra Mundial, quando as nações editaram ampla legislação de proteção social visando assegurar o pleno emprego, a diminuição dos riscos sociais, a garantia da aposentadoria. Tem razão Mauro Cappelletti<sup>381</sup> quando lembra que a expansão do direito legislativo conduziu à expansão do direito judiciário. Só que a expansão do direito judiciário não levou ao aumento do volume de recursos de forma linear. Noutras palavras, o aumento do volume de recursos perante as cortes de vértice não é efeito inerente à expansão do direito judiciário.

Os números citados por Mauro Cappelletti, em *Juízes julgadores*, demonstram que as crises nas cortes de vértice não têm relação direta com o reconhecimento de direitos. Assim, enquanto o Supremo Tribunal Federal e a Corte de Cassação italiana passaram por crises na década de 1960 e 1970, a Suprema Corte dos Estados Unidos e do Reino Unido mantiveram o mesmo reduzido e histórico volume de processos. Em 1975, a Corte de Cassação francesa julgou aproximadamente 11.000 recursos; na Alemanha, o *Bundesgerichtshof* proferiu, em 1976, 7.333 decisões; e, naquela década, na Itália, a Corte de Cassação chegou a proferir 30.000 decisões. Enquanto isso, em 1976, a *House of Lords* proferiu apenas 49 decisões.

### 4.1 Na Alemanha

Na Alemanha, há três instrumentos processuais para acessar as cortes superiores: a reclamação (ou queixa) constitucional, a *Revision* e a *Beschwerde*. Para as cortes de segunda instância, existe a *Berufung*, que equivale ao recurso de apelação brasileiro. Após reforma legislativa ocorrida em 2001, a *ZPO*, como é conhecido o código de processo civil alemão, passou a condicionar o conhecimento desses recursos à presença de filtro de relevância<sup>382</sup>.

Na lição de Antônio do Passo Cabral, a reclamação constitucional é dirigida ao Tribunal Constitucional Federal e tem dupla função: tutela direitos subjetivos dos cidadãos e

---

<sup>381</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 20.

<sup>382</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve notícia sobre a reforma do Processo Civil alemão. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. [199?]. p. 25. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/23/revista23%20\(7\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/23/revista23%20(7).pdf). Acesso em: 18 set. 2019.

também contribui para o desenvolvimento do direito<sup>383</sup>. A reclamação às vezes atua como sucedâneo recursal excepcional, às vezes como mandado de segurança *per saltum*<sup>384</sup>. Em ambos os casos, a queixa é utilizada como instrumento de impugnação de natureza subsidiária<sup>385</sup>. Para o conhecimento desse meio impugnativo, o ordenamento alemão instituiu um filtro de relevância chamado “significação geral” que pretende evitar o excesso na utilização dessa técnica.

Além da significação geral, o direito processual alemão também criou outra barreira à admissibilidade da *Berufung*, da *Revision* e da *Beschwerde*. O que chama a atenção é a previsão de filtro de relevância já para a segunda instância do sistema recursal. Trata-se do requisito da “significação fundamental”, que opera como filtro recursal nesses três recursos<sup>386</sup>.

A *Berufung* submete-se ao filtro da significação fundamental porque, na Alemanha, considera-se que em segundo grau o recurso precisa trazer questões relevantes “[...] numa perspectiva de macrojustiça com preocupações sistêmicas para além do caso concreto e da pura tutela dos direitos subjetivos daqueles litigantes”<sup>387</sup>. É preciso que a *Berufung* de alguma forma irradie efeitos para além do caso individual. O filtro de relevância pode ser superado nos casos em que a solução da questão pelo tribunal de segundo grau proporcione uma atividade desenvolvimento do direito “[...] ou ainda sobre uma situação típica capaz de multiplicar-se e de generalizar para outros casos”<sup>388</sup>. Outra hipótese de superação do filtro ocorre quando a decisão de primeira instância afasta-se da jurisprudência dos tribunais superiores, quando, então, o interesse individual é conjugado com o *ius constitutionis*, neste caso, para que seja preservada “a constância e coerência sistêmica”<sup>389</sup> do ordenamento jurídico.

Na *Revision*, que se aproxima no recurso especial brasileiro<sup>390</sup>, o litigante requer ao tribunal superior uma revisão *in iure*<sup>391</sup> da decisão proferida pelo tribunal de segunda instância, e, em alguns casos, de decisão de primeira instância<sup>392</sup>. Tal qual o recurso especial nacional, “[...] entende-se que o escopo principal da *Revision* é assegurar a uniformidade da

<sup>383</sup> FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coord.). **Repercussão geral da questão constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 74.

<sup>384</sup> *Ibid.*

<sup>385</sup> *Ibid.*

<sup>386</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>387</sup> *Ibid.*

<sup>388</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>389</sup> *Ibid.*

<sup>390</sup> MOREIRA, op. cit., p. 34.

<sup>391</sup> “[...] o tribunal recebe os fatos tais como os declarou o órgão *a quo*. Há casos especiais, contudo – e nisso tampouco se tocou –, em que o órgão *ad quem* examina fatos: por exemplo, quando seja indispensável para apurar a ocorrência de um vício processual”. *Ibid.*

<sup>392</sup> FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, op. cit., p. 78.

jurisprudência”<sup>393</sup>. De acordo com Antonio do Passo Cabral, o filtro de relevância é trasposto “[...] quando o debate na instância superior possa aclarar ou responder a uma *quaestio iuris* que transcenda os limites do processo sob exame”<sup>394</sup> e tenha potencialidade de como parâmetro de decisão para casos futuros. A significação fundamental estará comprovada quando o tribunal superior entender que o recurso ofereça oportunidade para o desenvolvimento do direito<sup>395</sup>.

Finalmente, na *Beschwerde* (queixa), “[...] recurso cabível para impugnar outras decisões que não a sentença”<sup>396</sup>. Antonio do Passo Cabral relata que as duas formas mais comuns de queixa são a “queixa imediata” e a “queixa sobre questões jurídicas”. Estas duas espécies de queixa só são admitidas quando a corte superior entende existir o requisito da significação fundamental.<sup>397</sup>

Barbosa Moreira<sup>398</sup> observa que, na Alemanha, a tendência é considerar presente a significação fundamental quando o recurso tenha potencialidade de atingir outros casos. Em sentido semelhante, Antonio do Passo Cabral<sup>399</sup> afirma que a transcendência da questão, ou seja, o potencial de multiplicação da questão de direito em outros processos “[...] é o principal foco da doutrina e da jurisprudência na concretização do que é a significação fundamental”.

Em suma, na Alemanha, pode afirmar-se que a significação fundamental é composta por dois elementos, não cumulativos: a transcendência e importância da questão para o desenvolvimento do direito.

## 4.2 Na Itália

A Corte de Cassação é o órgão de cúpula do Poder Judiciário italiano e – como as cortes superiores brasileiras – tem enfrentado problemas decorrentes do elevado volume de recursos. São muitos os juízes que compõem a Corte de Cassação, que, também por isso, está dividida em muitas seções. A cassação italiana tem as funções “[...] de assegurar a exata observância da lei e a uniforme interpretação da lei e a unidade do direito objetivo”<sup>400</sup>

<sup>393</sup> Ibid.

<sup>394</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Requisitos de relevância no sistema recursal alemão. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coord.). **Repercussão geral da questão constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 79.

<sup>395</sup> Ibid.

<sup>396</sup> Ibid., p. 81.

<sup>397</sup> Ibid., p. 82.

<sup>398</sup> MOREIRA, op. cit., p. 38.

<sup>399</sup> CABRAL, op. cit., p. 82.

<sup>400</sup> BONATO, Giovanni. O filtro ao recurso de cassação no sistema jurídico italiano. **Revista de Processo**, v. 249, nov., 2015. p. 16. Disponível em:

italiano. Leia-se o que diz Giovanni Bonato<sup>401</sup>, no ponto:

No âmbito da primeira função (a do controle do provimento recorrido), o recurso de cassação protege interesses particulares e privados das partes, para terem uma decisão correta e sem vícios; por conseguinte, a corte age de maneira retrospectiva e reativa, em direção ao passado. Fala-se a esse propósito de tutela do *ius litigatoris* (na terminologia italiana) e da missão disciplinar (na terminologia francesa) da Corte de Cassação em relação aos juízes inferiores.

[...]

No âmbito da segunda função (zelar pelo direito objetivo com a unificação e coordenação na interpretação das leis), o recurso de cassação alcança um objetivo público e geral, que é o de zelar pela igualdade dos cidadãos perante a lei, e nesse sentido a corte atua de maneira prospectiva e proativa, em direção ao futuro. Fala-se a esse propósito de tutela do *ius constitutionis* (na terminologia italiana), e da função “nomofilática” e da função normativa (na terminologia francesa) da Corte de Cassação.

Em razão dessa dupla função, a doutrina italiana define a Corte de Cassação como “vértice ambíguo”, aliás, título de uma das obras do jurista italiano Michele Taruffo, já citada neste trabalho. A expressão serve bem para ilustrar a indecisão da Corte, entre órgão de tutela do *ius litigatoris* e órgão de tutela do *ius constitutionis*.

Para remediar o caos na Corte, o legislador italiano, por meio de lei ordinária, a Lei 69 de 2009, introduziu um filtro de seleção ao recurso de cassação, que não se diferencia do filtro de relevância, antes visto. Com efeito, o art. 360 *bis* do CPC dispõe que o recurso de cassação será inadmissível quando a decisão impugnada “[...] houver decidido as questões de direito em consonância com a jurisprudência da Corte de Cassação e o exame dos motivos não ofereceu elementos para confirmar ou mudar aquela orientação”; e “[...] quando for manifestamente infundada a censura relativa à violação aos princípios reguladores do devido processo legal”<sup>402</sup>. Segundo Giovanni Bonato, os principais objetivos daquela Lei 69 de 2009 foram reduzir o volume de processos<sup>403</sup> e valorizar a função nomofilática pela qual o recurso só será admitido se houver “[...] possibilidade de criar uma nova orientação na jurisprudência ou a mudança de uma orientação já existente”<sup>404</sup>.

Nessa experiência italiana, é interessante observar que houve a criação de uma “turma-filtro” (“*sesta sezione*”), especializada apreciar, em preliminar, se os recursos de cassação

---

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.249.12.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.249.12.PDF). Acesso em: 18 set. 2019.

<sup>401</sup> Ibid., p. 3.

<sup>402</sup> Ibid., p. 1.

<sup>403</sup> Ibid., p. 3.

<sup>404</sup> Ibid.

atendia aos requisitos do art. 360, *bis*<sup>405</sup>. A decisão da “turma-filtro” é irrecorrível<sup>406</sup>.

A limitação de acesso à Corte de Cassação não foi pacífica entre os juristas italianos. Tradicionalmente, o sistema recursal italiano confere grande importância ao direito subjetivo da parte de recorrer ao órgão de cúpula do Poder Judiciário. Além desse fator cultural, os críticos do filtro sustentaram a inconstitucionalidade da Lei n. 69, tendo em vista que o art. 111, parte 7º, da Constituição italiana protege o direito subjetivo ao recurso de cassação<sup>407</sup>. Essa orientação prevaleceu na doutrina e na jurisprudência<sup>408</sup>

A inovação foi interpretação de forma sistemática, à luz da Constituição, e, por isso, o filtro que deveria ser de seleção tornou-se um mecanismo de aceleração para aceleração do julgamento dos recursos. Quer dizer, a “turma-filtro”, idealizada para selecionar os recursos que pudesse contribuir para uniformizar ou desenvolver a jurisprudência, tornou-se turma de mérito, porquanto, para não violar a Constituição, que favorece o direito subjetivo ao recurso, há análise do mérito recursal. Na turma-filtro, o recurso é declarado improvido, de modo que “[...] a verificação preliminar do art. 360 *bis* faz parte do juízo de mérito recursal e não do juízo de admissibilidade”.<sup>409</sup>

Daí a conclusão de Giovanni Bonato de que o filtro recursal na Itália fracassou, embora o jurista veja com simpatia a introdução de um filtro de seleção aos recursos de cassação, mas ressaltando que, para essa finalidade, há necessidade de alteração o art. 111, parte 7ª da Constituição italiana.

### **4.3 No Brasil:** algumas tentativas de solução

#### 4.3.1 As Súmulas da jurisprudência predominante do STF

Em 30.8.1963, acolhendo proposta de um de seus Ministros, Victor Nunes Leal, o Supremo Tribunal Federal instituiu, por emenda ao seu Regimento Interno, a sistemática das *Súmulas da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal*, que funcionou a partir de 1964. Como a própria expressão sugere, a jurisprudência do STF, quando majoritária, devia ser reduzida a um enunciado, um texto sucinto, a súmula, que expressasse o entendimento da Corte sobre determinadas matérias de direito. Nesse mesmo ano, nada menos

---

<sup>405</sup> Ibid., p. 4.

<sup>406</sup> Ibid.

<sup>407</sup> Ibid., p. 13.

<sup>408</sup> Ibid.

<sup>409</sup> Ibid., p. 5.

que 370 súmulas foram aprovadas pelo plenário do STF. A súmula foi pensada como método de trabalho e como repertório oficial da jurisprudência dominante do STF<sup>410</sup>.

Como método de trabalho, depois de editada a súmula, se os casos posteriores trouxessem questões de direito sobre as quais a maioria dos Ministros já houvesse formado convencimento seguro, bastaria aos Ministros referir o número da súmula, com o que estariam dispensados de transcrever nos votos os julgados da própria Corte sobre esses temas<sup>411</sup>. Demais, Victor Nunes Leal recordava que as súmulas eram instrumentos com os quais os Ministros podiam distinguir os casos que se repetiam daqueles mais raros submetidos ao STF<sup>412</sup>.

Os casos corriqueiros perdiam importância e os Ministros não precisavam perder tempo debatendo novamente as mesmas questões jurídicas. Afirmava Victor Nunes Leal que o STF, não dispondo de um filtro de relevância adotado pelos Estados Unidos desde 1925, as súmulas eram um meio alternativo de separar os casos relevantes dos despidos de relevância.<sup>413</sup> “Estabelecemos um mecanismo pelo qual, quando o Tribunal firma sua jurisprudência sobre certos temas jurídicos, eles perdem a relevância, sendo então julgados de modo muito sumário”. Concluía o Ministro: “É uma espécie de princípio da relevância às avessas”<sup>414</sup>.

Além de facilitar o trabalho dos Ministros, as súmulas também foram pensadas para irradiar efeitos processuais internos e externos à Corte, ou melhor, para assegurar a estabilidade da jurisprudência. Antes das súmulas, os Ministros recorriam à memória ou a algum outro modo particular para encontrar uma decisão ou conjunto de decisões da Corte<sup>415</sup>. Assim, podia a Corte “[...] negar provimento ao agravo para subida de recurso extraordinário”; não conhecer “do recurso extraordinário”; “[...] não se conhecer de embargos de divergência e rejeitar os infringentes, sempre que o pedido do recorrente contrariasse”<sup>416</sup> entendimento consolidado nas súmulas. De modo contrário, se o recorrente alegasse que o tribunal ordinário houvesse decidido de forma contrária a entendimento sumulado, bastava ao recorrente indicá-lo a contrariedade na petição que o recurso seria conhecido.

As súmulas aumentaram em volume e importância nos anos seguintes. No final de

---

<sup>410</sup> Id. Passado e futuro da Súmula do STF. **R. Dir. Adro.**, Rio de Janeiro, 145:1-20, jul./set. 1981. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387>. Acesso em: 17 set. 2019.

<sup>411</sup> Havia previsão regimental nesse sentido. *Ibid.*

<sup>412</sup> *Ibid.*

<sup>413</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>414</sup> *Ibid.*

<sup>415</sup> *Ibid.*

<sup>416</sup> *Ibid.*, p. 8.



1964, eram já 472 súmulas de jurisprudência do STF<sup>417</sup>. O número manteve-se estável até 1969, quando houve novo acréscimo (*adendo*), chegando a 551 súmulas. Em 1976, o número foi elevado novamente para 600 súmulas.

O STF empregou o sistema de súmulas naquilo que a doutrina hoje denomina “jurisprudência defensiva”, isto é, como forma de dificultar ou restringir a admissibilidade dos recursos extraordinários. Rodolfo de Camargo Mancuso elaborou um inventário<sup>418</sup> com 23 súmulas de conteúdo restritivo à admissibilidade dos recursos extraordinários, incluindo uma (n. 400) em que o STF renuncia admitir recursos extraordinários quando as instâncias ordinárias tenham dado à lei federal interpretação razoável.

A técnica das súmulas não parece ter obtido sucesso. Em discurso proferido em 1981, o Ministro fazia referência a que, apesar da súmula e de outras medidas de restrição ao recurso extraordinário, o STF já havia recebido até setembro daquele ano 5.386 processos, uma média de “872 por mês e 87,2 por ministro”.<sup>419</sup>

#### 4.3.2 A arguição de relevância

Na década de 1960, foram pensadas algumas soluções para conter o volume de processos no STF e afastar a crise. As propostas de criação de uma terceira turma do STF; para o aumento do número de ministros da Corte; e para a criação de um novo<sup>420</sup> tribunal superior, competente para julgar as questões federais infraconstitucionais, foram afastadas.

Em artigo sobre a reforma judiciária, publicado em 1965, Victor Nunes Leal<sup>421</sup>

<sup>417</sup> Ibid.

<sup>418</sup> MANCUSO, op. cit., p. 601.

<sup>419</sup> LEAL, 1981, op. cit.

<sup>420</sup> Na doutrina, destacou-se a proposta de José Afonso da Silva para a criação de um novo tribunal. Leia o relato do Rodolfo de Camargo Mancuso: “É justo também registrar que, ainda antes das efemérides lembradas nos idos de 1963 - ano em que o STF implantara as súmulas de sua jurisprudência predominante – José Afonso da Silva já propugnara a criação de um tribunal da federação que poderia *aliviar a sobrecarga do STF*. Essa corte, dizia, “[...] que denominaremos Tribunal Superior de Justiça, por uma questão de uniformidade terminológica relativamente aos já existentes, teria como competência fundamental julgar em grau de recurso as causas decididas em única ou última instância pelos tribunais ou juízes estaduais, dos feitos da Fazenda Nacional e militares: quando a decisão recorrida fosse contrária à letra de tratado ou lei federal; quando se contestasse a validade de lei ou ato de governo local em face de lei federal e a decisão recorrida aplicar-se-á a lei ou ato impugnado; quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada fosse diversa da que lhe haja dado qualquer tribunal estadual, ou tribunal militar ou o Tribunal Federal de recursos ou divergisse de decisão por ele próprio proferida”. É também de Justiça lembrar que Teotônio Negrão em trabalho publicado em 1974 propugnará pela criação de outro tribunal da Federação, aludindo a um “Superior Tribunal de Justiça para julgar os recursos extraordinários tanto da Justiça Federal como da justiça estadual bem como todas as demais questões retiradas da competência atual do STF.” SILVA apud MANCUSO, op. cit., p. 599.

<sup>421</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso ressalta o papel do Ministro Victor Nunes Leal na década de 1960 na “[...] luta contra a crise numérica que em proporção crescente e alarmante afluía à Corte [...]”. Ibid., p. 596.

manifestou-se contrário às propostas acima. No tocante à separação das matérias em federal constitucional e federal infraconstitucional, ele afirmava que a divisão traria dúvidas para os advogados no enquadramento da questão, o que os obrigaria “[...] a interpor dois recursos extraordinários simultâneos, para evitar de perder a causa pelo mau enquadramento da questão”<sup>422</sup>.

Melhor que todas as três propostas, Víctor Nunes sugeria “[...] a adoção do requisito de relevância, para admissão de recursos pelo Supremo Tribunal”<sup>423</sup>. Recorrendo às estatísticas da época, demonstrava que os julgamentos de recurso extraordinário, de agravos em recurso extraordinário e mandados de segurança concentravam a maior parte de trabalho da Corte: “[...] dos 7.849 feitos julgados em 1964, cerca de 6.500 pertenciam ao conjunto daqueles três classes”<sup>424</sup>.

O Ministro referia o paradigma dos Estados Unidos, o *Judiciary Act* de 1925, que reformou o sistema judiciário para reservar à Corte “[...] a prerrogativa de só julgar, dentre os processos a ela submetidos, aqueles que sejam realmente relevantes do ponto de vista do interesse público”<sup>425</sup>. Para esclarecer a natureza do filtro de relevância, citava essa lição de juristas norte-americanos:

[...] qualquer tipo de questão que chegue à Corte Suprema sofre um processo preliminar de triagem e somente sobrevive naqueles casos em que a Corte considera suficientemente importantes ou significativos (*importante or meritorious*) para justificar uma nova decisão<sup>426</sup>.

Victor Nunes Leal acreditava que o filtro de relevância “[...] daria melhor teor doutrinário”<sup>427</sup> às decisões do STF e evitaria que o Supremo fosse obrigado a conhecer questões limitadas ao só interesse dos litigantes ou que só causassem repercussão a pequeno número de casos<sup>428</sup>.

O principal critério para avaliar a relevância da questão federal devia ser o interesse público, “[...] em contraste com a sua importância para as partes”<sup>429</sup>. O fato de se tratar de uma cláusula aberta, a reclamar dose razoável de subjetivismo por parte dos Ministros, não preocupava Victor Nunes Leal, para quem as causas relevantes poderiam ser discernidas pelo

---

<sup>422</sup> LEAL, 1965, op. cit., p. 34.

<sup>423</sup> Ibid., p. 25.

<sup>424</sup> Ibid., p. 37.

<sup>425</sup> Ibid., p. 20.

<sup>426</sup> Ibid.

<sup>427</sup> Ibid., p. 38.

<sup>428</sup> Ibid.

<sup>429</sup> Ibid., p. 39.

público progressivamente, à medida em que fossem chegando ao STF e separadas entre causas relevantes e causas não relevantes<sup>430</sup>.

O filtro de relevância foi finalmente incorporado ao ordenamento nacional, paulatinamente.

O art. 114, III, da Constituição de 1967, previa as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário. A alínea ‘a’ trazia a hipótese relativa à contrariedade a dispositivo da Constituição ou de negativa de vigência a tratado ou lei federal; e, na alínea ‘d’, a hipótese de divergência na interpretação de lei federal entre tribunais diversos da federação. Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>431</sup> recorda que, na década de 1960, a grande maioria dos recursos extraordinários era fundada nessas duas alíneas. Com a EC/1969, o art. 114, III, deu lugar ao art. 119, III, da Constituição de 1969, mantendo-se as mesmas hipóteses de cabimento e acrescentando um parágrafo único ao mesmo art. 119, em que a Constituição outorgava poderes ao STF para dispor, no regimento interno, sobre os casos que devesse julgar. De início, o RISTF estabeleceu uma *summa gravaminis*, pela natureza, espécie ou valor pecuniário da causa.

Na Emenda Regimental n. 03/75, o STF incluiu uma longa lista de causas das quais só conheceria se envolvessem ofensa à Constituição ou se o próprio STF as considerasse relevantes. Só depois da previsão regimental, a Emenda Constitucional n. 07/77 transformou o parágrafo único do art. 119 no §1º, que dizia: “As causas a que se fere o item III, alíneas *a* e *d*, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal”<sup>432</sup>.

Em 1985, sobreveio nova Emenda (n. 02) ao RISTF, alterando a disciplina do conhecimento do recurso extraordinário. Dessa vez, o art. 325 do RISTF, mencionava num rol com onze incisos os casos que, fundados nas alíneas ‘a’ e ‘d’, comportariam recurso extraordinário. No inciso XI, o art. 325 do RISTF previa que também teriam cabimento os recursos extraordinários “[...] em todos os demais feitos, quando reconhecida a relevância da questão federal”<sup>433</sup>. Finalmente, o art. 327 do mesmo RISTF, no §1º, esclarecia: “Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso

---

<sup>430</sup> Ibid.

<sup>431</sup> MANCUSO, op. cit., p. 521.

<sup>432</sup> Id. **Emenda Constitucional Nº 7, de 13 de abril de 1977**. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_antecor1988/emc07-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc07-77.htm). Acesso em: 18 set. 2019.

<sup>433</sup> Para uma leitura mais detalhada. MANCUSO, op. cit., p. 521-523.

extraordinário pelo Tribunal”<sup>434</sup>.

Portanto, entre 1969 até a Constituição de 1988, o STF dispôs de um elemento de contenção ao conhecimento do recurso extraordinário. A inovação teve inspiração<sup>435</sup> mais uma vez nos Estados Unidos, que, pelo *Judiciary Act de 1925*, restringiu o acesso às causas que a própria Suprema Corte julgasse relevantes. Esse mecanismo de seleção foi denominado arguição de relevância.

A relevância da questão federal devia ser comprovada “[...] em capítulo destacado na petição de recurso extraordinário” (RISTF de 1970, art. 238). A apreciação era privativa do STF, em sessão secreta do Conselho (RISTF de 1970, art. 327)<sup>436</sup>.

A arguição de relevância era processada por instrumento.

Na petição de recurso extraordinário, o recorrente devia demonstrar a relevância da questão federal em capítulo específico e requerer a formação de instrumento. Formado o instrumento da arguição de relevância, com ou sem manifestação do recorrido, os autos do instrumento eram remetidos ao STF.

Uma vez acolhida a arguição de relevância, dava-se ciência ao Presidente do tribunal de origem para que processasse o recurso extraordinário. Todo esse procedimento estava expresso no art. 327 do RISTF. Relewa destacar que o acolhimento de arguição de relevância não implicava “[...] ulterior conhecimento” (RISTF, art. 327, X, *in fine*) pela Turma ou pelo Plenário.

De fato, verifica-se em voto proferido em 1979, no RE n. 91.770<sup>437</sup>, que o STF seguia exatamente o procedimento que acabamos de descrever. Veja-se esse trecho do acórdão:

Trata-se de ação de rito sumaríssimo, subindo o recurso extraordinário em virtude do acolhimento de arguição de relevância. Todavia, não merece conhecimento, uma vez que segundo se viu da sentença, mantida pelo acórdão recorrido, não ficou comprovada a responsabilidade da ré no lamentável acontecimento. Para tanto, basearam-se as decisões da instância ordinária, no exame da matéria de fato, insuscetível de reexame em grau de recurso extraordinário (Súmula 279).

<sup>434</sup> Id. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento interno [recurso eletrônico]**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2019. p. 179. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 18 set. 2019.

<sup>435</sup> MANCUSO, op. cit., p. 422.

<sup>436</sup> BRASIL, 2019, op. cit.

<sup>437</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 91770 / RJ - RIO DE JANEIRO**. Relator(a): Min. DJACI FALCAO. Julgamento: 04/12/1979. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891770%2ENUME%2E+OU+91770%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yye2v6wf>. Acesso em: 17 set. 2019.

Assim, não resta dúvida de que a arguição de relevância consistia em etapa antecedente ao juízo sobre a existência dos pressupostos processuais intrínsecos e extrínsecos. É dizer, o processamento do recurso extraordinário passava por três etapas: na primeira, a arguição era apreciada em Conselho do STF e, neste caso, a decisão era irrecorrível. A esse respeito, o Ministro aposentado Sidney Sanches<sup>438</sup> - contemporâneo da arguição de relevância – relatou como se dava a apreciação da arguição de relevância:

Porque a Constituição de 67 e 69 admitiam a chamada arguição da relevância da questão federal. E sabe como é que era julgado isso? A gente recebia um calhamaço desse tamanho de casos [faz gesto demonstrando o grande volume de papéis], onde tinha o resumo do caso e o que é que se alegava no recurso. A gente folheava e via: “Esse é importante, esse é importante e esse é importante.”. Então, ia para a sessão administrativa, porque era administrativa, não era a sessão jurisdicional, não é no plenário, é sessão administrativa, e, se tivesse quatro votos a favor de uma das teses... Por exemplo, um falava: “Ah, eu acho importante essa do...”. Todos recebiam o mesmo caderno. “Eu estou achando esse número um aqui e o número dezoito e o número vinte e dois e o trinta e três.”. Todo mundo ia ler. “É, realmente é importante.”. “Essa, eu não sou. *Data venia*, eu não estou achando.”. Aí votavam todos. Se tivesse quatro votos achando relevante a arguição de relevância, achando importante, era admitido o recurso, subia. E, com isso, julgava uma porção de casos idênticos. Então, praticamente era o sistema do que existe hoje no recurso extraordinário, com o requisito da repercussão geral, que é um requisito de mostrar: é importante para um grande grupo de pessoas que se julgue essa matéria. Lá na Corte Suprema dos Estados Unidos não é assim, não. Eles escolhem os processos, escolhem sem dar satisfação, não fazem acórdão, não. E, mais: fazem sessão secreta. Aqui, tudo é público, e ainda de costas pro público. [risos]

Na segunda etapa, acolhida a arguição, o recurso extraordinário era processado; e, finalmente, na terceira etapa ocorria do julgamento do recurso extraordinário. E só na terceira etapa o STF examinava o preenchimento dos pressupostos para conhecimento do recurso. Na terceira etapa, o STF podia negar conhecimento ao recurso por outros motivos que não a relevância da matéria.

O procedimento acima descrito tinha pontos de semelhança com aquele adotado pela Suprema Corte no processamento do *writ of certiorari*<sup>439</sup>. Com efeito, a Suprema Corte norte-

<sup>438</sup> FONTAINHA, Fernando de Castro; MATTOS, Marco Aurélio Vannucchi Leme de; SATO, Leonardo Seiichi Sasada (Orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013)**, v.5: Sydney Sanches. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015. p. 179.

<sup>439</sup> “*Writ of certiorari*: the primary means by which a case comes before the United States Supreme Court. Litigants who seek review by the Supreme Court petition the court for the writ, and if granted, the case comes before the court for disposition. The party seeking review is known as the “*petitioner*”, and the opposing party is the *respondent*. [...] In addition to certiorari, there are for all the ways a case can come before the court: by “**original jurisdiction**, on appeal, by certification, or by an extraordinary writ.” HALL, op. cit., p. 154.

americana também adota um procedimento preliminar ante de conhecer do *writ of certiorari*.

Lá, quando o caso é decidido definitivamente por uma corte de segunda instância, o sucumbente redige uma petição requerendo a revisão do julgado pela Suprema Corte<sup>440</sup>. Inicia-se, então, uma fase preliminar, que resultará na admissão ou não da petição pela Suprema Corte do país. Na etapa seguinte, o recorrido (*respondent*) tem o direito de responder ao pedido de revisão, em petição chamada *brief in opposition*<sup>441</sup>. O recorrido por adotar o comportamento estratégico de não responder ao pedido de revisão (*waive his right*)<sup>442</sup>, com isso pretendendo de transmitir a ideia de que o caso não merece importância por parte da Suprema Corte<sup>443</sup>. Isso porque, se a Suprema Corte considerar o caso importante, ela requisitará do recorrido uma manifestação. Se o recorrido optar por oferecer a *brief in opposition*, o recorrente terá o direito de se manifestar novamente (*reply brief*) e, depois, o caso será encaminhado à Suprema Corte do país<sup>444</sup>.

Uma vez chegada à Suprema Corte e distribuída a petição a um dos *Justices* da Corte<sup>445</sup>, o *Justice* pode requisitar novamente manifestação do recorrido. Esse ato processual é chamado *call for response*<sup>446</sup>.

Atua perante a Suprema Corte dos Estados Unidos o *Solicitor General*, equivalente ao nosso Advogado-Geral da União. O *Solicitor General* pode assumir a causa, se o recorrente não demonstrar interesse e permanecer silente<sup>447</sup>.

Havendo manifestação do recorrido ou do *Solicitor General*, a petição vai ao gabinete (*chamber*) onde um dos assessores do *Justice*, os *clerks*, elabora uma manifestação (*pool memo*<sup>448</sup>) em que analisa as questões mais importante “*and recommends a grant or denial*”<sup>449</sup>. Aprovada a manifestação pelo *Justice*, são enviadas cópias para os demais *Justices* da Corte.

<sup>440</sup> THOMPSON, David C.; WACHTELL, Melanie F. An empirical analysis of Supreme Court certiorari petition procedures: the call for response and the call for reviews of the solicitor general. **Geo. Mason L. Rev.** v. 16, n. 2, 2009. P.237-302. p. 242. Disponível em: [https://pdfs.semanticscholar.org/9c5f/96fefdf619ea88bf2c00b75d3ad6db4541bb.pdf?\\_ga=2.79124434.73107428.1568901816-846031064.1568901816](https://pdfs.semanticscholar.org/9c5f/96fefdf619ea88bf2c00b75d3ad6db4541bb.pdf?_ga=2.79124434.73107428.1568901816-846031064.1568901816). Acesso em: 18 set. 2019.

<sup>441</sup> Ibid.

<sup>442</sup> “*When a petition for a writ of certiorari is filed in the Supreme Court, the respondent has the right to file a brief in opposition. The respondent can either file an opposition brief or waive the right to respond until the Court acts.*” Ibid., p. 245.

<sup>443</sup> Ibid., p. 246.

<sup>444</sup> Ibid., p. 242.

<sup>445</sup> “*When petitions arrive at the Court, they are divided randomly among the justices in the pool.*” HALL, op. cit., p. 155.

<sup>446</sup> THOMPSON; WACHTELL, op. cit., p. 244.

<sup>447</sup> Ibid.

<sup>448</sup> O pool memo deve conter: um resumo do caso; a descrição dos fatos e a decisão recorrida; um sumário das alegações das partes; uma análise do caso e dos argumentos; e uma recomendação de solução para o caso. HALL, op. cit., p. 156.

<sup>449</sup> Ibid., p. 155.

Então, é designada uma conferência entre os *Justices* em que serão decididos os casos que a Corte pretende conhecer.

Uma lista de discussão é distribuída aos *Justices* dias antes da conferência. Essa primeira lista é elaborada pelo *Chief Justice*, mas os demais *Justices* também podem incluir outros casos na lista<sup>450</sup>. Essa lista funciona como o primeiro filtro de relevância porque os casos que não constam nela são considerados sem importância pelos *Justices*. Aproximadamente 70% dos casos que chegam à Suprema Corte são automaticamente negados pelo conhecimento do pedido de revisão (*denied cert*)<sup>451</sup>. Em conferência, os 30% de casos remanescentes são discutidos e os *Justices* escolhem os que considerarem relevantes para revisão. Após mais esse crivo, a Suprema Corte dos Estados Unidos só submeterá à revisão cerca de 1% de todos os casos que entram na Corte.

Por uma regra tradicional, o conhecimento da revisão é deferido se quatro *Justices* votarem a favor: “*If four justices vote in favor, cert is granted. This “rule of four” is an informal rule of long standing developed and adhered to by the rules.*” Tudo isso se passa em sessão secreta: “*Cert vote are not made public*”<sup>452</sup>.

Esses dois pontos são importantes porque, atualmente, há doutrina que defende que a repercussão geral deve ser apreciada pelo STF já no primeiro momento em que o recurso é recebido no tribunal, como se fazia ao tempo da arguição de relevância, isto é, a preliminar de repercussão geral, para o recurso extraordinário, e a de relevância, para o recurso especial, devem ser apreciadas no primeiro momento, antes da apreciação dos tradicionais requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso. Além disso, há proposta para que seja dispensada a motivação na decisão sobre existência de relevância. Retornaremos a esse ponto mais adiante.

A título de curiosidade, cabe mencionar que alguns processualistas contemporâneos sustentam que a arguição de relevância, embora filtro recursal, funcionava como fator de inclusão, no sentido de que por ela se admitia para julgamento matérias que a princípio não deviam ser conhecidas. Essa é a opinião de Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>453</sup>, Ingo Wolfgang

---

<sup>450</sup> Ibid.

<sup>451</sup> Ibid.

<sup>452</sup> Ibid. Ver, ainda, JOURNAL USA (Ed.). A Suprema Corte dos Estados Unidos: igualdade de justiça perante a lei. **Departamento de Estado dos EUA**, Washington, v. 14, n. 10, out., 2009. Disponível em: <https://photos.state.gov/libraries/amgov/30145/publications-portuguese/1009p.pdf>. Acesso em: 19 set. 2019.

<sup>453</sup> “Aí se tratava, bem vistas as coisas, de um fato de inclusão, porque uma causa em princípio não enquadrada numa das alíneas I a X do artigo 325 poderia ainda assim desafiar recurso extraordinário pelas alíneas a e c do art. 119, inciso III, da Constituição, bastando que a Colenda Corte reconhecesse a relevância da questão federal (e, naturalmente, desde que atendidos os demais pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade).” MANCUSO, op. cit., p. 414.

Sarlet, Luís Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero<sup>454</sup>.

Enquanto existiu, a arguição de relevância sofreu muitas críticas, principalmente da Ordem dos Advogados do Brasil, que considerava o instituto autoritário, sobretudo porque as sessões do Conselho do STF eram secretas e os votos sequer eram fundamentados (RISTF de 1970, art. 327, VIII).

Apesar das críticas, Alexandre Freire, José Miguel de Garcia Median e Rafael de Oliveira Guimarães sustentam que a arguição de relevância foi uma experiência exitosa, com resultados práticos positivos: “Das questões federais submetidas à apreciação do STF mediante recurso extraordinário, cerca de 27% somente foram apreciados pelo tribunal supremo”. E por isso concluem que “[...] a arguição de relevância cumpria a sua função”<sup>455</sup>.

Como se sabe, a arguição de relevância não foi recepcionada pela Constituição de 1988. No lugar da arguição, o constituinte originário criou novo tribunal superior, ao qual repassou parte da antiga competência do STF.

#### 4.3.3 A criação do STJ e do recurso especial

A proposta de um novo tribunal para coadjuvar o Supremo Tribunal Federal data da década de 1960, como acabamos de ver. A Constituição de 1988 acatou a ideia da doutrina e criou o Superior Tribunal de Justiça, destinado a ser, como o STF, tribunal de cúpula, competente para dizer a última palavra sobre o direito federal (infraconstitucional).

Composto por 33 Ministros<sup>456</sup>, o Superior Tribunal de Justiça, instalado em 1989, alargou “[...] a via de acesso à instância de superposição”<sup>457</sup>. De fato, aos 11 Ministros do STF que acumulavam o julgamento das questões federais constitucionais e das questões federais infraconstitucionais, a Constituição de 1988 acrescentou mais 33 Ministros.

---

<sup>454</sup> “Não obstante tenham a função de “filragem recursal”, a “arguição de relevância e a “repercussão geral” não se confundem. Enquanto a arguição de relevância funcionava como um instituto que visava a possibilitar o conhecimento deste ou daquele recurso extraordinário *a priori* incabível, funcionando como um instituto com característica central *inclusiva*, a repercussão geral visa a *excluir* do conhecimento do STF controvérsias que assim não se caracterizam. Os próprios conceitos de repercussão geral e arguição de relevância não se confundem. Enquanto este está focado fundamentalmente no conceito de “relevância”, aquele exige, para além da relevância da controvérsia constitucional, a transcendência da questão debatida. Quanto ao formalismo processual, os institutos também não guardam maiores semelhanças: a arguição de relevância era apreciada em sessão secreta, dispensando fundamentação; a análise da repercussão geral, ao contrário, evidentemente tem de ser examinada em sessão pública, com julgamento motivado (art. 93, IX, da CF)”. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 838.

<sup>455</sup> FUX; FREIRE; DANTAS, op. cit., p. 355.

<sup>456</sup> Com possibilidade de chegar a 60.

<sup>457</sup> MANCUSO, op. cit., p. 660.



Como bem percebido por Cândido Rangel Dinamarco “[...] são ao todo 44 ministros nesta instância [...]”<sup>458</sup>, isto é, na instância extraordinária do Poder Judiciário. Portanto, tem razão esse mesmo autor quando afirma que a Constituição vigente quadruplicou a capacidade de trabalho<sup>459</sup> da instância extraordinária. Bem vistas as coisas, a Constituição de 1988 quadruplicou apenas a capacidade de trabalho em relação à matéria federal<sup>460</sup>, porque as questões constitucionais permaneceram na competência exclusiva do STF.

Na Constituição de 1988, a antiga competência recursal do STF foi desmembrada para dar lugar aos dois recursos excepcionais: o recurso extraordinário, de competência do STF, e o recurso especial, de competência do STJ. Basta ler o inciso III do art. 119, da Constituição de 1969, em confronto com os artigos 102, III e 105 III, para perceber a origem comum dos recursos excepcionais criados pela CF/88.

À luz do art. 119, inciso III, da Constituição de 1969<sup>461</sup>, competia ao STF

[...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida: *a)* contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; *b)* declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; *c)* julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou *d)* der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

Em contraste, o art. 102, III, a Constituição vigente<sup>462</sup> diz que compete ao STF

[...] julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: *a)* contrariar dispositivo desta Constituição; *b)* declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; *c)* julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; *d)* julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

O desmembramento do antigo recurso extraordinário termina no art. 105, inciso III, da CF/88<sup>463</sup>, que declara competir ao STJ

<sup>458</sup> MANCUSO, op. cit., p. 600.

<sup>459</sup> Ibid.

<sup>460</sup> BRUNO DANTAS esclarece o motivo do elevado número de Ministros do STF dessa forma: “Por se reconhecer que a missão de uniformizar a jurisprudência respeitante ao direito federal infraconstitucional seria quantitativamente mais trabalhosa, dotou-se o STJ de 33 membros, mantendo-se o STF com os mesmos 11 no mínimo de que dispunha desde o advento do Ato Institucional 6, de 1969.” (ob. cit., p.303).

<sup>461</sup> Id. **Emenda Constitucional N° 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 18 set. 2019.

<sup>462</sup> Id. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 18 set. 2019.

<sup>463</sup> Ibid.

[...] julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

É preciso sublinhar que até então a doutrina tratava do direito federal sem preocupação de distinguir entre direito federal constitucional e direito federal infraconstitucional. Realmente, o direito constitucional era tratado como espécie do gênero direito federal, como se vê nessa referência de Victor Nunes Leal<sup>464</sup>:

O Supremo Tribunal difere muito, pela natureza de suas funções, dos demais tribunais do País. **Estes outros** (afora as peculiaridades do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Superior Eleitoral) *são tribunais que julgam do fato e do direito, mas o Supremo Tribunal não é a terceira instância de ver se julgar de novo as mesmas questões decididas pelos outros.* “A razão de ser da sua jurisdição não é ser apenas um tribunal superior, mas uma instância especial, *para fixar e uniformizar a interpretação do direito Federal, notadamente, da Constituição.* (Grifo nosso).

Aliás, a difícil distinção entre direito federal infraconstitucional e direito constitucional preocupou Victor Nunes Leal, que alertava, na década de 1960, quando parte da doutrina defendia a criação de um novo tribunal para julgar os recursos com matéria federal:

Pela frequente dúvida sobre se uma devolve apenas matérias de lei ou também matéria constitucional, obrigaria muitas vezes o advogado a interpor dois recursos extraordinários simultâneos, no mesmo processo, para evitar o risco de perder a causa pelo mau enquadramento da questão<sup>465</sup>.

Em muitos pontos, o direito federal constitucional e o direito federal infraconstitucional “[...] se tangenciam e interpenetram como uma contingência inevitável de nosso desenho jurídico-político [...]”<sup>466</sup> após a Constituição de 1988. Disso resulta, segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, que, não raro, torna-se é “[...] praticamente impossível vislumbra-se um tema ou questão reportado em modo integral e absoluto não só pela Constituição ou então só pelo direito federal comum”<sup>467</sup>.

<sup>464</sup> LEAL, 1965, op. cit., p. 17.

<sup>465</sup> Ibid.

<sup>466</sup> MANCUSO, op. cit., p. 604.

<sup>467</sup> MANCUSO, op. cit., p. 604. A diferença na distinção é realmente um ponto que ainda suscita dúvidas. Em doutrina mais recente, José Miguel de Garcia Medina argumenta que ambos os recursos são destinados à mesma função: “[...] manter a unidade de inteligência do direito federal *lato sensu* – abrangendo o direito federal, as normas constitucionais e as normas federais infraconstitucionais”. MEDINA, op. cit., p. 47.

A proximidade entre o recurso extraordinário e o recurso especial fez com que o legislador ordinário lhes reservasse tratamento conjunto no Código de Processo antigo<sup>468</sup> e que o atual<sup>469</sup> lhes confere. Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>470</sup> chama atenção para os elementos comuns entre eles:

Conquanto o recurso extraordinário e o recurso especial sejam recursos autônomos, dirigidos a tribunais diversos, reportando-se cada um desses apelos a específicos fundamentos constitucionais, ainda assim os elementos comuns aglutinadores daqueles recursos preponderam sobre as diferenças. “Assim é que são recursos de tipo excepcional com âmbito de devolutividade restrita às questões de direito desde que prequestionados; exigem que se trate de causa decidida, ou seja, que as questões devolvidas ao STF o STJ tenham sido enfrentadas no acórdão recorrido, estando esgotadas as possibilidades impugnativas na origem; não se preocupam, de regra, com a revisão da matéria probatória nem aferição de injustiça no julgado, tampouco a reavaliação de errônea interpretação do contrato ou de declaração de vontade; embora nosso ordenamento não contemple autonomamente recurso de cassação no exclusivo interesse da lei, como se passa em outros sistemas jurídicos, tanto o recurso extraordinário como recurso especial acabam desempenhando uma e outra dessas funções quando entram a “julgar a causa” na medida em que também a esses apelos excepcionais se aplica o efeito substitutivo e assim o acórdão do STF e do STJ “fica no lugar” do acórdão recorrido, engolfado por aquele do Tribunal Superior no limite em que se tenha dado a devolutividade.

Ao falar da excepcionalidade dos recursos extraordinário e especial, a doutrina enquadra-os na categoria de recurso de fundamentação vinculada<sup>471</sup>. É que, ao contrário dos recursos ordinários, que abrem ampla margem de fundamentação, os recursos ditos excepcionais só podem ser interpostos (só são cabíveis, portanto) nas hipóteses taxativas e limitadas previstas na Constituição Federal, no art. 102, III, alíneas ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘d’ e no art. 105, alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’, respectivamente. São cabíveis quando houver no acórdão recorrido *error in iudicando* (erro de julgamento) ou *error in procedendo* (erro de forma/procedimento). Ambos os recursos acumulam as funções de cassação e de revisão do acórdão recorrido. Nelson Nery Junior explica essa atuação cumulativa<sup>472</sup>:

---

<sup>468</sup> O Código de Processo Civil de 1973 disciplinava os recursos extraordinário e especial entre os artigos 541 e 546. Em 1994, o Código de Processo Civil foi reformado para, também, disciplinar a interposição dos recursos excepcionais. A reforma abriu oportunidade para que os advogados interpusessem ambos os recursos nos casos de dúvida sobre a natureza da questão (constitucional ou infraconstitucional) e ainda quando a mesma decisão encerrasse os dois tipos de questão (CPC/1973, art. 543).

<sup>469</sup> No atual CPC, o tratamento conjunto encontra-se entre os artigos 1.029 e 1.042.

<sup>470</sup> MANCUSO, op. cit., p. 610-611.

<sup>471</sup> WAMBIER; DANTAS, op. cit., p. 430.

<sup>472</sup> NERY JR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 441-442.

O STJ atua como corte de cassação e de revisão conforme se apresente a espécie. Essa disciplina de resto é comum a ambos os recursos excepcionais, recurso extraordinário e recurso especial, como esclarece Nelson Nery Junior: “Os nossos recursos constitucionais tem aptidão para modificar o acórdão recorrido. O provimento tanto do recurso especial quanto do extraordinário tem como consequência fazer com que o STF e o STJ reforme ou anule o acórdão recorrido” [...] “O provimento do recurso extraordinário ou recurso especial no que tange a esse juízo de cassação implica a rescisão da decisão inconstitucional ou ilegal. No entanto, esses recursos tem também o juízo de revisão que se constitui no segundo momento do julgamento do RE e do REsp, ou seja, na consequência do provimento dos recursos excepcionais. Provido o recurso com a cassação da decisão ou acórdão, é necessário que o STF ou STJ passem a julgar a lide em toda a sua inteireza (revisão).

A Constituição de 1988 é pródiga em direitos sociais. Foi promulgada após mais de 20 anos de ditadura militar e nela foram depositadas vastas expectativas de melhoria nas condições de vida.

Poucos anos após a criação do STJ, sobreveio o movimento conhecido como “privatização” da economia, quando alguns setores de serviços, até então prestados por empresas estatais, foram transferidos à iniciativa privada (telecomunicações e energia elétrica). Nesse período, foi criado um microsistema para defesa do consumidor, consolidado do Código de Defesa do Consumidor. Uma vez positivados, os direitos tendem a gerar novas demandas.

Em 1989, ano de instalação, o STJ recebeu 6.103 processos dos quais julgou 3.711. O volume cresceu nos anos seguintes. Em 1991, o STJ recebeu 23.368 e julgou 19.267<sup>473</sup>. Os números só aumentaram até o fim da década de 1990 e início do século. Em 2004, ano em que promulgada a EC 45/2004, que instituiu o filtro para seleção do recurso extraordinário, o STJ havia recebido 215.411 processo e julgado 241.309. Em termos comparativos, em 1988, o STF recebeu 21.328 processos e em 2004 o acervo era de 83.667 processos recebidos<sup>474</sup>.

Não é demais pontuar que nos 30 anos de existência, o STJ também fez uso intenso do expediente conhecido como jurisprudência defensiva<sup>475</sup> para obstar o ingresso de recursos especiais na Corte, chegando ao excesso de negar admissão a recurso especial por falta de

<sup>473</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça. **Relatório Estatístico - ano: 2014**. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=250>. Acesso em: 30 set. 2019. p. 20.

<sup>474</sup> MANCUSO, op. Cit., p. 429.

<sup>475</sup> “O excesso de trabalho dos Tribunais Superiores vem tornando, nos últimos anos, cada vez mais frequente a prática de se decidir pela inadmissibilidade do recurso extraordinário ou do recurso especial por razões meramente formais, que, de rigor, não deveriam ser consideradas óbices a que os recursos fossem decididos pelo mérito. O conjunto dessa espécie de decisões vem sendo chamado de *jurisprudência defensiva*.” WAMBIER; DANTAS, op. cit., p.380.

“[...] carimbo do protocolo da petição do recurso especial”<sup>476</sup>.

A breve referência às estatísticas do STF e do STJ demonstra que falhou o constituinte derivado quando pretendeu aliviar a carga de trabalho do STF acreditando que o STJ seria a solução<sup>477</sup>.

Há tempos, o STF e o STJ atravessam estado permanente de crise.

Como já adiantamos, em mais uma tentativa de resolver o histórico problema do volume de recursos no STF, foi promulgada, em 2004, a Emenda Constitucional n. 45, que criou a súmula vinculante e restabeleceu o filtro de relevância consubstanciado na repercussão geral.

A reforma foi parcial, porque não estendida ao recurso especial.

No próximo tópico, veremos a trajetória desses dois institutos criados para o STF, como cuidado de destacar seus pontos positivos e negativos.

#### 4.3.4 A súmula vinculante

A última súmula editada pelo STF, na forma como concebida por Victor Nunes Leal, foi a Súmula n. 736, aprovada da sessão plenária de 26.11.2003<sup>478</sup>. Daí em diante, o Supremo Tribunal Federal só editou súmulas vinculantes, 56 ao todo, sendo está última aprovada na sessão plenária de 29.6.2016<sup>479</sup>.

Já tivemos oportunidade de ver a natureza e a finalidade da súmula criada em 1962. A súmula é um texto, uma máxima, que cristaliza, objetivamente, o entendimento consolidado ou majoritário da Corte. Foi instituída para facilitar o método de trabalho do STF e gerar efeitos processuais. Mas, até a EC n. 45/2004, a súmula possuía apenas efeito persuasivo<sup>480</sup>

<sup>476</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **AgRg no AI 741.714/MS**, rel. Min. Luiz Fux, j. 01.06.2006, DJ 19.06.2006. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=741714&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 18 set. 2019.

<sup>477</sup> “A criação do STJ como tribunal responsável por assumir parte da competência do STF já tivemos oportunidade de analisar (v. item 10), apontando o equívoco do constituinte em imaginar que mera criação de tribunal seria suficiente para aplacar a crise. Como destacamos, em vez de um tribunal em crise (o STF), temos agora dois (também o STJ)!” WAMBIER; DANTAS, op. cit., p. 458.

<sup>478</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. **Súmula**: Súmula 736. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=736.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 18 set. 2019.

<sup>479</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas Vinculantes**: Súmula Vinculante 56. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=56.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 18 set. 2019.

<sup>480</sup> “A súmula, tal como concebida, deveria apenas vincular o próprio Supremo Tribunal Federal, simplificando a motivação de suas decisões. Tinha ela em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, portanto, eficácia meramente persuasiva.” (Bruno Dantas, ob. cit., p. 458). Leia-se, ainda: “Apesar de não ter vingado a proposta de *Alfredo Buzaid* no seu anteprojeto de Código de Processo Civil (1964) para a inserção dos

sobre os demais tribunais e juízes ordinários. E, se os enunciados das súmulas fossem desrespeitados pelas instâncias ordinárias, só restava ao STF aplicar os efeitos processuais decorrentes da jurisprudência sumulada.

Os efeitos processuais foram inicialmente previstos no art. 21, §1º, do RISTF (1970): “Poderá o Relator arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal, ou for evidente a sua incompetência”<sup>481</sup>. E, na ER n. 2/1985, foi acrescentado o §2º, dando ao Relator poder para prover, desde logo, o recurso, quando a decisão recorrida fosse manifestamente contrária à súmula do STF<sup>482</sup>.

O art. 103-A, acrescentado pela EC 45/2004, prevê o poder do STF de editar súmula “[...] após reiteradas decisões em matéria constitucional” que, depois de publicada, “[...] terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta” das três esferas federais<sup>483</sup>. A súmula, assim, vinculante, pode versar sobre

[...] 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<sup>484</sup>.

Portanto, após a EC n. 45/2004, convivem no cenário jurídico as súmulas vinculantes (exclusivas do STF), de cunho dissuasório<sup>485</sup>, e as súmulas tradicionais, de natureza meramente persuasiva, embora com reflexos processuais.

acentos jurisprudenciais obrigatórios em nosso sistema, ainda assim as súmulas do STF exerceram desde sua criação, em 1963, *notável* força persuasiva ainda que não propriamente vinculativa. Assim, manteve-se o primado da norma legal como fonte ou forma de expressão principal do direito, complementada, quando necessário, pelas fontes secundárias ou meios de integração.” MANCUSO, op. cit., p. 587.

<sup>481</sup> BRASIL, 2019, op. cit.

<sup>482</sup> Sob o CPC/1973, os efeitos processuais os efeitos processuais das súmulas foram estendidas aos tribunais superiores. O art. 557 dizia: “O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.” “§1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.” “§1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento”. Id. **Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869impresao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impresao.htm). Acesso em: 18 set. 2019.

<sup>483</sup> Id. **Emenda Constitucional Nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm). Acesso em: 18 set. 2019.

<sup>484</sup> Ibid.

<sup>485</sup> MANCUSO, op. cit., p. 558.

#### 4.3.5 A repercussão geral como filtro do recurso extraordinário

A EC n. 45/2004 também reavivou o filtro de relevância, com nova roupagem. A Emenda acrescentou o §3º ao art. 102, da Constituição<sup>486</sup>, com essa redação:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

A Lei n. 11.418/2006 alterou o Código de Processo Civil (1973) para acrescentar os artigos 543-A e 543-B, que atualmente correspondem aos artigos 1.035 a 1.041 do CPC (2015).

Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>487</sup> vê na repercussão geral

[...] uma *reentré* da antiga arguição de relevância, embora com sinal trocado, porque, enquanto está última servia para excepcionalmente incluir o recurso extraordinário, já a repercussão geral preordena-se a operar como um óbice, na medida em que o STF está autorizado a fixar, *pro domo sua*, um rol de temas que não se revestem da referida “repercussão geral da questão constitucional”, assim permitindo o descarte de grande número de recursos extraordinários.

Seja como for, o constituinte derivado quis assegurar as condições técnico-processuais para que o STF pudesse reduzir o volume de processos de seu acervo anual e poder decidir como corte de vértice, que profere decisões paradigmáticas para a sociedade<sup>488</sup>.

Em sede doutrinária, discute-se sobre os critérios que devem orientar o STF na aferição da repercussão geral. Recorrendo à fonte inspiradora, o *writ of certiorari*, alguns juristas entendem que a repercussão geral estará presente quando as questões jurídicas apresentarem “[...] *suficiente public importance*, ou seja, em questões que tenham uma importância a ponto de permitir reflexos a toda uma coletividade”<sup>489</sup>. Quando se faz referência aos critérios utilizados pela Suprema Corte dos Estados Unidos na admissão do *certiorari*, é comumente citada a *Rule 10* da *Rules of the Supreme Court of the United*

<sup>486</sup> BRASIL, 1988, op. cit.

<sup>487</sup> MANCUSO, op. cit., p. 415.

<sup>488</sup> BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, vol. 7, n. 3, dez/2017 (Direito e Mundo Digital). p. 699. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4824/3615>. Acesso em: 18 set. 2019.

<sup>489</sup> FUX; FREIRE; DANTAS, op. cit., 357.

*States*<sup>490</sup>, o equivalente ao Regimento Interno do STF. Esse documento sofreu modificações e hoje os critérios estão espalhados entre as regras 10 e 11.

A *Rule 10* alerta que a revisão da decisão pelo *certiorari* “[...] *is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons*”<sup>491</sup>. E, a seguir, dispõe sobre alguns critérios exemplificativos que guiam a Corte da admissão do *certiorari*:

[...] (a) *a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court’s supervisory power;*  
 (b) *a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals;*  
 (c) *a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court*<sup>492</sup>.

A *Rule 11* trata dos casos em que o *certiorari* é requerido antes da decisão perante a corte de segundo grau. Nos casos de *certiorari* requerido na pendência do processo perante a corte ordinária, o *certiorari* só será concedido quando “[...] *the case is of such imperative public importance as to justify deviation from normal appellate practice and to require immediate determination in this Court*”<sup>493</sup>.

Depois da EC n. 45/2004, o legislador ordinário reformou o CPC/1973 para estabelecer a sistemática diferenciada para julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos (demandas de massa).

Mesmo antes da reforma, já existia corrente doutrinária propugnando que há repercussão geral pela só relevância da questão para o Direito e também quando discutida questão que transcenda os interesses das partes envolvidas no conflito. Portanto, para essa doutrina são dos os critérios alternativos que devem guiar o STF na aferição na repercussão geral: a relevância e a transcendência da questão. A repercussão geral não seria, nesse caso, um requisito puro de relevância, mas também de técnica para solução de uma multiplicidade

<sup>490</sup> ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. **Rules**. Washington, 2019. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>491</sup> Ibid.

<sup>492</sup> Ibid.

<sup>493</sup> Ibid.



de casos que serão impactados pela decisão do recurso extraordinário. A esse respeito, Cássio Scarpinella Bueno<sup>494</sup> menciona lição de Fredie Didier, construída antes do CPC/2015:

O art. 543-B e seus respectivos parágrafos do CPC ocupam-se de identificar o que foi chamado por DIDIER de “repercussão geral por amostragem”. São as situações, bastante frequentes na prática, de multiplicidade de recursos com fundamento em controvérsia idêntica; representam, em última instância, a mesma situação que a Lei n. 11.672/2008 tratou, para o STJ, como casos de “recursos repetitivos.

Outra parte da doutrina entendia que o principal critério para avaliar a repercussão geral devia ser “[...] o grau de segurança jurídica que a decisão propiciará”<sup>495</sup>. Noutras palavras, para essa doutrina, não se pode entender o Direito apenas em nome do coletivo. Mais que isso, o interesse geral está presente quando a decisão repercute na estabilidade jurídica<sup>496</sup>. Não foi essa a tendência seguida pelo STF.

Alexandre Freire, José Miguel de Garcia Medina e Rafael de Oliveira Guimarães verificaram que a maioria dos casos que passaram pelo filtro da repercussão geral tem relação com processos envolvendo grande número de demandas tendo o poder público como parte, ou seja, que o STF dá maior peso à transcendência que à relevância da questão para o Direito<sup>497</sup>, privando o particular de discutir questões constitucionais de extrema importância e que trariam maior segurança jurídica no direito brasileiro como um todo<sup>498</sup>. Os autores citados propõem que os dois critérios da relevância e da transcendência façam parte do juízo de admissibilidade do STF, e não apenas a transcendência<sup>499</sup>.

Os autores acima tinham e continuam tendo razão.

O relatório anual de atividades do STF de 2018, Supremo em ação 2018, tendo como ano-base 2017, registrou que, dos 102. 227 casos novos recebidos pelo STF, a União ou o INSS figurou em um dos polos da demanda<sup>500</sup>. E mais:

<sup>494</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Considerações sobre o instituto da repercussão geral. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coord.). **Repercussão geral da questão constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 191.

<sup>495</sup> PASSOS apud FUX; FREIRE; DANTAS, op. cit., p. 363.

<sup>496</sup> Ibid.

<sup>497</sup> Ibid., p. 374.

<sup>498</sup> Ibid.

<sup>499</sup> Ibid.

<sup>500</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Supremo em ação 2018: ano-base 2017**. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/fd55c3e8cece47d9945bf147a7a6e985.pdf>. Acesso em: 13 set. 2019. p. 46. O Supremo em Ação é um relatório anual elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Entre os maiores demandantes (polo ativo) figuram, além da União (com 6.354 ou 6,2% dos casos novos em 2017) e do INSS (3.847 processos - 3,8%), o Estado de São Paulo (com 3.434 processos - 3,4%) e o Banco do Brasil (1.785 processos - 1,7%)<sup>501</sup>.

Nesse aspecto – e só nesse aspecto –, o STF não difere da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Atua perante a Suprema Corte dos Estados Unidos o *Solicitor General*,<sup>502</sup> que representa o Estado norte-americano e qualquer entidade federal perante a Corte<sup>503</sup>. Nessa condição, o *Solicitor General* “é o mais frequente “*repeat player*” perante a Suprema Corte”<sup>504</sup> (Tradução livre). Quando o *Solicitor General* demonstra interesse na admissão do *certiorari*, as chances deste ser admitido aumentam 26 vezes<sup>505</sup>. E, quando é o Estado federado o recorrido (*respondent*), e apresenta a *brief in opposition*, as chances de concessão do *certiorari* se elevam em 16 vezes<sup>506</sup>.

Afora isso, há grande diferença entre as duas Cortes. A Suprema Corte dos Estados Unidos é conhecida por julgar em pequena quantidade e só se interessa pelos casos que apresentam relevância institucional e para a sociedade norte-americana. A Suprema Corte confunde-se com a história política do país. Desde os primeiros anos, a Suprema Corte foi chamada para decidir casos envolvendo grande impacto social, seja porque em jogo o equilíbrio entre os poderes, seja porque em conflito valores sensíveis à sociedade norte-americana (ver capítulo 5).

Ao longo do tempo, a Suprema Corte dos Estados Unidos tornou-se muito eficiente na administração do filtro de relevância é muito eficiente na Suprema Corte norte-americana, que não julga mais que aproximadamente 200 recursos por ano, enquanto o Supremo Tribunal Federal proferiu, em 2017, 126.484 decisões<sup>507</sup>.

O relatório anual Supremo em Ação de 2018 comprova que, apesar do filtro da repercussão geral, tem havido crescimento do número de recursos extraordinários e de agravos em recurso extraordinários nos últimos anos. A tal ponto que, em 2017, diz o relatório, “[...] houve o pico da série de casos novos”, que representaram 102.227 novos

<sup>501</sup> Ibid.

<sup>502</sup> “The SG, sometimes called the “tenth justice”, is one of the most powerful information-gathering tools the Supreme Court can use when deciding whether to grant or deny a petition for a writ of certiorari.” THOMPSON, David C.; WACHTELL, op. cit., p. 295.

<sup>503</sup> “The Solicitor General is the Department of Justice officer responsible for representing the United States in the Supreme Court.” Ibid., p. 271.

<sup>504</sup> Ibid., p. 257.

<sup>505</sup> Ibid., p. 244.

<sup>506</sup> Ibid.

<sup>507</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, op. cit., p. 32.

processos<sup>508</sup>.

O relatório destaca que o Supremo Tribunal Federal perde-se nos casos corriqueiros, que não apresentam relevância para o país. O STF atua na maior parte do tempo sobre os casos miúdos, que não se adequam às funções de uma corte de vértice. Deveras, consta no relatório que as “[...] decisões pela existência em repercussão geral são as que incidem em menor quantidade em relação a todos os tipos de decisões”<sup>509</sup>, tendo sido verificadas no ano de 2017 apenas 30 decisões sobre repercussão geral.

Donde indagar-se: o que consome mais o tempo e os recursos humanos do STF? A resposta encontra-se no mesmo relatório oficial: do total de decisões proferidas pelo STF – 126.484, só em 2017 – 89,8% foram decisões monocráticas<sup>510</sup>, sendo de relevo destacar que estas decisões foram proferidas no bojo de recursos extraordinários e em agravos em recursos extraordinários<sup>511</sup>. Esses números comprovam, ademais, que os Ministros do STF exercem a atividade jurisdicional mais de forma isolada, em seus gabinetes, do que de forma colegiada, como se espera de uma corte suprema. Com efeito, o relatório aponta que apenas 1,3% dos recursos são julgados em plenário ou nas turmas<sup>512</sup>.

Essa forma de operar, de forma monocrática, sem geração de decisões paradigmáticas para a sociedade, não impede que os recursos continuem ingressando na corte em quantidade cada vez maior, como aponta o relatório<sup>513</sup>.

O método histórico-comparativo permite-nos ainda observar que o STF não presta a atenção devida à sua própria história institucional. De outro modo, o STF não aprende com suas próprias experiências do passado e, por isso, volta a incidir nos mesmos erros, contribuindo para o pouco êxito das reformas institucionais.

Assim, dos 102.227 novos processos que a Corte recebeu em 2017, a maioria foi de agravos em recursos especiais. Recorde-se, nesse ponto, que, na década de 1960, quando Victor Nunes Leal esforçava-se para introduzir o filtro de relevância no juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, o Ministro já apontava que os recursos extraordinários e os agravos em recursos extraordinários concentravam a maior parte de trabalho da Corte: “[...] dos 7.849 feitos julgados em 1964, cerca de 6.500 pertenciam ao conjunto daqueles três classes”<sup>514</sup>.

---

<sup>508</sup> Ibid., p. 29.

<sup>509</sup> Ibid., p. 32.

<sup>510</sup> Ibid.

<sup>511</sup> Ibid.

<sup>512</sup> Ibid., p. 33.

<sup>513</sup> Ibid.

<sup>514</sup> LEAL, 1965, op. cit., p. 37.

Mais de 50 anos depois, o STF continua concentrando parte considerável do seu tempo com julgamento de agravos em recurso extraordinário. Em 2017, os agravos em recurso extraordinário “[...] representaram 65,2% do total de processos novos no STF”<sup>515</sup>. Em seguida, vem os recursos extraordinários, que correspondem “[...] a 14,8% do total de processo novos”<sup>516</sup>.

Por conta dessa histórica prevalência de Agravos em relação aos recursos extraordinários, o Ministro (hoje aposentado) do STF, Sepúlveda Pertence, chamou atenção, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 466.032, para o fato de que a crise do STF, na verdade, “[...] estava rebaixada à crise do agravo de instrumento”<sup>517</sup>. Como se vê, o problema tornou-se crônico. Data da década de 1960 e permanece durante todo o período posterior à introdução da repercussão geral.

Em suma, não é correto imputar a (quase) secular crise do STF ao excesso de recursos extraordinários, sobretudo quando se observa que, desde que regulamentada a repercussão geral, o STF só “[...] apreciou a repercussão geral de 1.004 temas” – ou seja, apenas 1.004 preliminares de repercussão geral em recursos extraordinários –, “[...] dos quais 676 (67,3%) tiveram a repercussão geral da matéria reconhecida”. Até o fechamento do ano judiciário de 2018<sup>518</sup>, dos 676 temas que ultrapassaram o filtro de relevância, apenas 367 foram julgados, no mérito, enquanto 340 temas ainda aguardavam julgamento<sup>519</sup>.

Se levarmos em consideração os dados adicionais de 2019, que ainda são provisórios, as estatísticas indicam que até setembro de 2019, a preliminar de repercussão geral foi analisada em 1.066 casos, dos quais o STF reconheceu a repercussão geral em 722 e negou repercussão em outros 366 casos. Até 16 de setembro de 2019, o STF julgou o mérito de 405 recursos extraordinários, estando ainda pendentes de julgamento 320 recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida<sup>520</sup>.

A tal crise do recurso extraordinário desfaz-se ainda mais quando se observa que apenas 293 dentre aqueles 1.0066 temas acumulados na série histórica apresentaram efetivamente temas novos, isto é, aquelas questões jurídicas que ainda não haviam sido

<sup>515</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, op. cit., p. 35.

<sup>516</sup> Ibid.

<sup>517</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. NO Agravo de Instrumento 466.032-3 Goiás**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ. 18.03.2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=316053>. Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>518</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. **Informações Consolidadas**. Números da repercussão geral (situação atual detalhada). Atualização: 18 set., 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=repercussaoInformacoesConsolidadas&pagina=repercussaoInformacoesConsolidadas>. Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>519</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, op. cit., p. 57.

<sup>520</sup> BRASIL, 2019, op. cit.

julgadas pelo STF, ou seja, 293 temas inéditos na jurisprudência sobre os quais os tribunais inferiores não contavam com orientação do STF<sup>521</sup>.

Finalmente, a chamada crise do recurso extraordinário é desmascarada por inteiro pela conclusão do último relatório anual (consolidado) de que o STF julga, em média, por ano, no mérito, apenas 37 recursos extraordinários. A conclusão semelhante chegaram Luís Roberto Barroso e Frederico Montedonio Rego<sup>522</sup>: “[...] é possível constatar que, na média de um período de dez anos, apenas uma em cada mil decisões do Tribunal foi proferida em processo cujo tema fora afetado ao regime de repercussão geral [...]”.

A análise da estatística do STF é particularmente relevante porque nos oferece dados objetivos do desvirtuamento do filtro de repercussão geral. Deve-se a essa distorção institucional o elevado número de recursos internos, especialmente os Agravos em recurso extraordinário e os agravos internos.

Vale destacar que a alta taxa de recorribilidade interna não aprimora o funcionamento ou a qualidade das decisões. Pelo contrário. Os relatórios estatísticos provam que os órgãos colegiados do STF dão provimento a menos de 3% do número total de agravos internos e agravos em recurso extraordinário<sup>523</sup>.

Os dois autores citados acima perfilham o entendimento de que reformas no RISTF podem contribuir para a redução dos casos admitidos no STF, superando a prática atual que força os Ministros a decidir uma imensa quantidade casos, monocraticamente, com possibilidade de recursos aos órgãos colegiados da Corte.

#### 4.3.6 A inversão do momento de apreciação da preliminar de repercussão geral

É verdade que as três classes recursais, o agravo interno, o agravo em recurso extraordinário e o recurso extraordinário respondem por cerca de 81,8% das demandas do STF<sup>524</sup>, mas isso não quer dizer que exista uma crise do recurso extraordinário como se a Corte se ocupasse na maioria dos casos com julgamento do recurso extraordinário.

A hipótese – que as estatísticas históricas confirmam – é que o problema de excesso de trabalho do STF tem relação direta com o momento processual em que a preliminar de

---

<sup>521</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, op. cit., p. 57.

<sup>522</sup> BARROSO; REGO, op. cit., p. 702.

<sup>523</sup> Entre 2014 e 2018, a taxa de provimento desses recursos ficou abaixo de 3, conforme estatística disponível no sítio eletrônico do STF. A estatística encontra na parte inferior da tela, sob o nome “taxa de provimento”. Id. Supremo Tribunal Federal. **Taxa de Provimento**. Atualização: 19 set., 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=competenciarecursal>. Acesso em: 19 set. 2019.

<sup>524</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, op. cit., p. 63.

repercussão geral é apreciada. Explica-se.

No momento em que o recurso extraordinário ou o agravo em recurso extraordinário chegam ao STF, esses recursos passam por três fases, que funcionam como filtros internos.

Na primeira fase, os recursos passam pela Secretaria judiciária onde um *software* é utilizado para diagnóstico das questões que já tramitam na Corte versando matéria idêntica. Quando constatada a existência de recursos que já discutam a matéria, a Secretaria Judiciária devolve-os à corte de origem, de modo que os processos são barrados pelo crivo da Presidência do STF<sup>525</sup>. A Secretaria ainda faz o (primeiro) serviço de verificação dos requisitos formais de admissibilidade dos recursos.

Se o recurso passar pela Secretaria e for distribuído, inicia-se a segunda fase, e, nesta, o recurso enfrentará o filtro realizado pelo Ministro relator do feito. Nesse caso, “[...] o relator pode negar seguimento ao recurso que considerar manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou súmula [...]” do Supremo Tribunal Federal. Pode, ainda, o relator, dar provimento ao recurso, quando o acórdão recorrido estiver em “[...] manifesta divergência com súmula do STF”<sup>526</sup>.

Contra as decisões do Presidente e do relator, o recorrente pode interpor agravo interno para o Plenário ou para as Turmas, conforme a decisão seja proferida pela Presidência ou pelo relator (RISTF, art. 7º, II, ‘d’ c/c art. 8º e 317). É aqui, nesse ponto, a nosso ver, que se encontra o principal obstáculo ao êxito da repercussão geral no tocante à redução de recursos e à transformação do STF em uma moderna corte de vértice.

Isso porque, ao contrário das decisões (monocráticas) proferidas pela Presidência da Corte ou pelo relator, que são recorríveis, a decisão que aprecia a preliminar de repercussão geral, seja positiva ou negativa, é irrecorrível.

Como já foi visto, sob a Constituição de 1969, a arguição de relevância era o primeiro ponto analisado pelo STF. Tratava-se de um juízo político. O STF estabelecia quais casos, em tese, deveriam ocupar o tempo da Corte. Só depois do juízo (político) positivo o STF

<sup>525</sup> A Secretaria do STF tem um regulamento próprio, que prevê as atribuições da Secretaria Judiciária no art. 16, §1º, II: [...] “atender presencialmente os advogados, estagiários, prepostos, órgãos públicos, setores internos do STF e interessados em demandas processuais, converter processos físicos para meio eletrônico, desenvolver as atividades referentes ao recebimento, classificação e autuação das petições iniciais dos feitos originários e dos recursos, verificar os requisitos formais de admissibilidade e promover a análise de enquadramento de tese ao regime da repercussão geral dos recursos, apontar prevenção, distribuir os processos aos relatores, bem como registrar à Presidência os feitos de sua competência; (NR) [...]”. Id. Supremo Tribunal Federal. **Regulamento da Secretaria do STF**. jun., 2019. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=legislacaoAtasSessoesAdministrativas&pagina=regulamento\\_secretaria\\_stf](http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=legislacaoAtasSessoesAdministrativas&pagina=regulamento_secretaria_stf). Acesso em: 19 set. 2019. Para uma explicação detalhada do rito dos recursos perante o STF, ver COELHO, Dameres Medina. **A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 136-140.

<sup>526</sup> Ibid.

determinava a subida do recurso extraordinário para análise do juízo de admissibilidade jurídico, ou seja, do juízo sobre o preenchimento dos requisitos intrínsecos (cabimento, legitimação e interesse e inexistência de fato impeditivo do poder de recorrer<sup>527</sup>) e extrínsecos de admissibilidade (tempestividade, regularidade formal e preparo).

A solução proposta por Frederico Montedonio e Luis Roberto Barroso, este, Ministro do STF, é a inversão do momento de análise da preliminar de repercussão geral. Para estes juristas, a análise da repercussão geral deve ser feita na entrada do recurso no STF, no primeiro momento, e só depois deve os Ministros analisar os demais requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, bem como questões como contrariedade ou conformidade da decisão recorrida com jurisprudência dominante ou súmula do STF. Contudo, existe um óbice, de ordem regimental, que impede o acolhimento dessa proposta.

À luz do art. 96, I, da Constituição Federal, compete ao STF regulamentar, por meio de regimento interno, o trâmite do recurso extraordinário e do agravo no âmbito interno da Corte<sup>528</sup>. Paradoxalmente, apesar de todas as estatísticas já conhecidas, apontando que as decisões monocráticas constituem a causa principal de excesso de recursos na Corte, subsiste no RISTF a regra do art. 323, que deixa em segundo plano a análise da repercussão geral ao estabelecer como primeiro filtro “outros motivos” que não a repercussão geral. O art. 323 do RISTF tem a seguinte: “Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral”<sup>529</sup>.

Como consequência, o recurso, que poderia ser barrado já no primeiro momento, acaba sendo fonte geradora de outros recursos internos – os agravos e eventuais embargos de declaração – que serão julgados pelas Turmas ou pelo Plenário, como já vimos.

Esse modo de processar o recurso extraordinário não é adequado às cortes de vértice, como o STF e o STJ, que são cortes superiores com pretensão de se tornarem cortes supremas. Luis Roberto Barroso e Frederico Montedonio consideram essa prática “[...] mais trabalhosa e pouco lógica, além de gerar muitas perplexidades”<sup>530</sup>.

Como tivemos oportunidade de ver, na década de 1960, quando o Ministro Victor Nunes Leal trabalhava pela utilização da súmula como método de trabalho, ele dizia que – à falta de um filtro de relevância para o recurso extraordinário, como o que existia para o *certiorari* – o Brasil havia adotado o sistema de súmulas e que este funcionava como “uma

---

<sup>527</sup> Ibid., p. 298.

<sup>528</sup> Ibid., p. 80.

<sup>529</sup> BRASIL, 2019, op. cit.

<sup>530</sup> BARROSO; REGO, op. cit., p. 702.

espécie de princípio da relevância às avessas”, querendo significar que a jurisprudência sumulada transformava a questão controvertida em questão sem importância, e que, por isso, não devia ocupar o tempo da Corte.

Quase seis décadas depois, o STF já dispõe do filtro de relevância, mas prefere filtrar os casos por meio do que se convencionou chamar de “jurisprudência defensiva” ou “certiorari à brasileira”, significando um conjunto de óbices formais e regimentais que funcionam como “mecanismo informal de seletividade recursal”,<sup>531</sup> que não gera precedentes, por restrito ao caso concreto, além de continuar abastecendo o acervo processual que milhares de questões que sequer deveriam ingressar na Corte mais alta do país.

---

<sup>531</sup> Ibid.



## 5 TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Para quem vive em países de tradição romano-germânica, não é tarefa fácil entender – e muito menos explicar – o conceito e o espírito da *common law*. No modelo inglês, o sistema jurídico estruturou-se a partir do julgamento de casos concretos, num processo secular, e utilizou como método de criação do direito e de uniformização das decisões a técnica da distinção (*distinguishing*), que consiste na técnica de aplicar a mesma regra de decisão do caso anterior (*legal rule*) a situações idênticas ou semelhantes. Também aplica-se essa técnica para criar nova *legal rule* quando, da comparação entre o caso anterior e o caso atual, os fatos são a tal ponto diferentes que não comportem a aplicação, por analogia, da mesma *legal rule* construída no caso anterior.

Em sentido contrário, o modelo francês, já estudado, é o modelo por excelência dos sistemas jurídicos que seguem a tradição romano-germânica, que possuem direitos codificados e cujas cortes de justiça têm a seu dispor um repositório de leis escritas no qual buscam a regra de decisão a ser aplicada aos casos concretos, por meio da técnica de subsunção<sup>532</sup>, na qual uma norma jurídica (enunciado) pré-existente é aplicada a uma situação fática e, dessa incidência, produz-se uma norma jurídica que vai reger o caso concreto.

Por isso, toda humildade intelectual deve ser empregada por quem não vive a *common law*, esse modelo que forneceu ao mundo a teoria de precedentes judiciais que, nos últimos anos, espalha-se pelo mundo. Assim é porque o pesquisador, ao falar de *common law* e da teoria dos precedentes, tal como praticada nos países de *common law*, corre o risco da artificialidade acadêmica, na medida em que compreender a ideia de *common law* e seu modelo de precedentes envolve necessariamente o enfretamento da tradução cultural de institutos e conceitos próprios e inerentes aos sistema inglês e norte-americano, com toda a complexidade de costumes e práticas seculares, para países com histórias muito diferentes e de tradições heterógenas. A cautela na aproximação com o tem é reforçada por essa constatação: mesmo nos países que adotam alguma forma de *common law*, a genuína (direito inglês) ou a derivada (direito norte-americano), não são tão pacíficos os conceitos<sup>533</sup> de

<sup>532</sup> “Durante muito tempo, a subsunção foi a única fórmula para compreender a aplicação do direito, a saber: *premissa maior*, representada pela norma, incidindo sobre a *premissa menor*, representada pelos fatos, e produzido como *consequência* a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto.” BARROSO, 2009, op. cit., p. 358.

<sup>533</sup> No ponto, Roscoe Pound: “The expression, “*the common law*,” is used in various senses: (a) sometimes in distinction from statute law; (b) sometimes in distinction from equity law; and (c) sometimes in distinction from the Roman or civil law. I use it in this lecture in the latter sense”. POUND, Roscoe. **Readings on the History and System of the Common Law**. 2 ed. 4 impr. Boston: The Chipman Law Publishing Company, 1925. p. 27.

*common law* e a forma de funcionamento dos precedentes judiciais.

Nas próximas páginas, faremos alguns esclarecimentos de caráter histórico sobre a formação do *common law* na Inglaterra e sobre o papel dos juízes ingleses em comparação com os juízes franceses; após esses esclarecimentos, descreveremos a assimilação do *common law* no sistema norte-americano, que é a forma que inspirou o Código de Processo Civil (2015). Na sequência, explicamos como se deu a incorporação do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileira, por conta do que a doutrina denomina convergência ou circulação de modelos, ao mesmo tempo em que descrevemos como esse sistema tem funcionado no Brasil desde a década de 1960 até a atualidade. Na última parte, faremos algumas considerações sobre a adaptação da teoria dos precedentes do *common law* ao sistema judicial brasileiro.

### 5.1 O *Common Law* inglês

Vimos que o recurso de cassação teve como força motriz a luta política entre o monarca e os *Parlements* franceses, e que, depois, nos anos posteriores à Revolução Francesa, a desconfiança nos juízes manteve-se em razão da lembrança dos revolucionários da persistente desobediência dos juízes às ordenanças do soberano francês. Para evitar o mesmo caos jurídico que conduziu à Revolução Francesa, parecia aos revolucionários indispensável retirar dos juízes qualquer possibilidade de interpretação lei. Isso não ocorreu na Inglaterra. Antes que qualquer outro país do continente europeu, a Inglaterra conseguiu acabar com o absolutismo e progredir para uma monarquia constitucional.

Em 1215, no período do feudalismo, o conflito entre o rei inglês, João Sem Terra, e os barões feudais resultou na *Magna Charta*, que é considerada documento histórico paradigmático, porque, embora ela não tenha impedido o absolutismo inglês de alcançar seu ponto alto no século XVI, esse documento foi sucessivamente reafirmado na Inglaterra, tornando-se, segundo Fábio Konder Comparato<sup>534</sup>, direito permanente naquele país. A *Magna Carta* reconhecia “[...] que a soberania do monarca passava a ser substancialmente limitada por franquias ou privilégios estamentais”<sup>535</sup>, isto é, os barões teriam, a partir de então, privilégios que poderiam fazer valer contra o monarca inglês.

---

<sup>534</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 79.

<sup>535</sup> *Ibid.*

Ainda na lembrança de Fábio Konder Comparato, além de impor limites ao poder de tributar do monarca, a *Magna Carta* impôs relevantes limites à interferência do rei na justiça. Realmente, nas cláusulas 17 e 40, a *Magna Carta* declarava que o “[...] o monarca não é dono da Justiça, mas que esta constitui, em sua essência, uma função de interesse público”<sup>536</sup>. O rei tinha o “[...] poder-dever de fazer justiça, assim que solicitado pelos seus súditos”. Já as cláusulas 20 e 21 lançaram “[...] as bases do tribunal do júri, bem como o princípio do paralelismo entre delitos e penas, dando início” [...] “[...] ao lento processo histórico de abolição das penas criminais arbitrárias ou desproporcionais”<sup>537</sup>.

A *Magna Carta* ainda trouxe importantes cláusulas sobre o funcionamento do sistema de justiça e a referência a elas nos auxilia a compreender o mecanismo de formação da *common law*. Assim, a cláusula 39 – “o coração da *Magna Carta*”<sup>538</sup> – desvinculou da “pessoa do monarca tanto a lei quanto a jurisdição.” Essa mesma cláusula impunha que os homens livres fossem “[...] julgados pelos seus pares e de acordo com a lei da terra”<sup>539</sup>. Para o objeto do nosso estudo, de particular interesse são as cláusulas 17, 40 e 45. A cláusula 17 dizia: “As ações judiciais não terão que ser propostas onde estiver a nossa corte, mas em um lugar fixo”<sup>540</sup>. A cláusula 40: “O direito de qualquer pessoa a obter justiça não será por nós vendido, recusado ou postergado.”<sup>541</sup> E a cláusula 45: “Não nomearemos juízes, oficiais de justiça, xerifes ou bailios, que desconheçam a lei do reino e não se disponham a observá-las”<sup>542</sup>. A cláusula 61<sup>543</sup>, a cláusula final, fazia interessantes referências ao exercício da justiça:

Considerando, ademais, que foi para a glória de Deus e melhoria do nosso reino e para apaziguar a discórdia que surgiu entre nós e nossos barões que garantimos tudo o que acima ficou mencionado; desejando que eles possam fruir disto de modo íntegro e completo para sempre, outorgamo-lhes a garantia a seguir, a saber, que os barões escolherão vinte e cinco dentre eles, os quais devem, com todo o seu poder, observar, manter e fazer com que sejam observadas a paz e as liberdades que lhes garantimos e confirmamos pela presente carta, de tal maneira que se nós, ou nossos juízes, bailios, ou qualquer de nossos servos transgredir qualquer destas cláusulas de paz e segurança, e a transgressão for notificada a quatro dos supramencionados vinte e cinco barões, esses quatro barões virão à nossa presença, ou perante os nossos juízes se estivermos fora do reino, e, expondo a transgressão, requererão que ela seja imediatamente corrigida.

---

<sup>536</sup> Ibid., p. 82.

<sup>537</sup> Ibid.

<sup>538</sup> Ibid.

<sup>539</sup> Ibid.

<sup>540</sup> Ibid., p. 84.

<sup>541</sup> Ibid., p. 85.

<sup>542</sup> Ibid., p. 86.

<sup>543</sup> Ibid., p. 87.

Com a *Magna Carta*, os barões conquistaram o direito de ter uma justiça paralela<sup>544</sup> àquela que funcionava nas cortes reais. Mas o rei continuava sendo a fonte de toda a justiça, e, por isso, a justiça real continuou existindo perante as cortes reais. Na condição de fonte última de justiça, o rei não podia negar-se a responder às petições dos súditos<sup>545</sup>. O historiador do direito, René David<sup>546</sup>, esclarece que eram três as cortes reais: a Corte da Realeza, a *Common pleas* e a King's Bench. Ao mesmo tempo, havia outras tantas cortes de justiça (não reais):

Fora das categorias, todas as controvérsias deviam ser resolvidas à margem das jurisdições reais, pelas Hundred ou County Courts, pelas jurisdições senhoriais, pelas jurisdições eclesiásticas, e, posteriormente, também, por diversas jurisdições municipais ou comerciais às quais fossem concedido o privilégio de administrar justiça para certos tipos de controvérsias.<sup>547</sup>

Ainda que a demanda original não tivesse sido proposta e julgada pelas cortes reais, mesmo assim o rei podia atender aos pedidos dos litigantes que se julgavam prejudicados pelas decisões das cortes não reais. Aos poucos, à medida que eram provocadas, as cortes reais – também conhecidas como Cortes de Westminster<sup>548</sup> – foram estendendo sua competência, que, pela *Magna Carta*, havia sido limitada. A expansão dessa competência deu-se, sobretudo, a partir de casos concretos, e não por uma lei de efeitos gerais que estendesse a competência dessas cortes. Para René David<sup>549</sup>, dois fatores concorreram para que os súditos preferissem as cortes reais – ou acabassem recorrendo – às demais cortes de justiça:

As Cortes reais também estenderam sua competência em razão dos constantes pedidos dos particulares, para quem a justiça real parecia de melhor qualidade que a de outras jurisdições, só as Cortes reais tinham os

---

<sup>544</sup> A existência de outros corpos encarregados de resolver litígios é um fenômeno comum nas sociedades medievais. No ponto, Norberto Bobbio pondera: “A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispendo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil”. BOBBIO, op. cit., 1995. p. 27. O mesmo jurista, na mesma página, complementa: “O Estado primitivo em geral não se preocupa em produzir normas jurídicas mas deixa a sua formação a cargo do desenvolvimento da sociedade, e eventualmente aquele que deve dirimir as controvérsias, o juiz, tem a incumbência de fixar, de quando em quando, a regra a ser aplicada.”

<sup>545</sup> “Tradicionalmente, o rei tem o dever de corrigir injustiças (*to redress wrongdoing*) cometidas por qualquer autoridade do reino. A *petition* é a reclamação que um súdito faz ao rei, pedindo que este faça cessar uma injustiça de que o súdito é vítima.” COMPARATO, op. cit., p. 97.

<sup>546</sup> DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. Edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero. 11. ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 214.

<sup>547</sup> *Ibid.*, p. 214.

<sup>548</sup> *Westminster* é o local onde as cortes reais, antes itinerantes, passaram a funcionar a partir do século XIII. *Ibid.*, p. 214.

<sup>549</sup> *Ibid.*, p. 215.

meios efetivos para assegurar o comparecimento das testemunhas e para assegurar a execução de suas resoluções.

René David, depois de ressaltar que ter acesso às cortes reais era um privilégio, e não um direito, explica que, no rito inicial perante as cortes reais, o súdito dirigia-se ao Chanceler da Coroa<sup>550</sup>, a quem devia “[...] solicitar a deliberação de um *writ* (breve)”.<sup>551</sup> “O *writ* não era uma mera autorização para atuação em juízo do demandante.” Era, na verdade, “[...] uma ordem pronunciada pelo soberano a seus agentes para que ordenassem à defesa atuar conforme o direito e satisfazer as pretensões do demandante”<sup>552</sup>.

Esses *writs* – limitados em número – iniciavam o processo judicial inglês, e, ao final deste, eram produzidas regras de decisão, fundadas, primitivamente, na razão, nos costumes gerais do reino, na moral religiosa. Como esses *writs* eram poucos<sup>553</sup>, uma lei de 1285, conhecida como *Statute of Westminster II*, “[...] autorizou o Chanceler a conceder *writ in consimili casu*”, ou seja, a conceder *writ* em “[...] controvérsias similares às que anteriormente houvesse concedido”<sup>554</sup>. O *Chanceler* devia realizar o trabalho de distinção entre o caso anterior e o concreto já no início do procedimento. Os direitos eram pronunciados, em cada caso concreto, ao fim de cada procedimento.

No *common law* inglês, até o século XIX, a preocupação dos juristas não estava em assegurar os direitos dos ingleses a partir de um código de leis, ao estilo francês (regra de fundo)<sup>555</sup>. Ao contrário, a atenção dos profissionais do direito estava em assegurar aos súditos procedimentos adequados ao esclarecimento dos fatos. Os procedimentos (*writs*) representavam garantias para os súditos contra os abusos do soberano. A cada *writ* correspondia um procedimento<sup>556</sup>. Daí ler-se nas obras mais importantes sobre o *common law* inglês a ideia de que *remedies precede rights*, ou seja, as garantias antecedem os direitos. As garantias produzem o direito, e não o contrário.

Se a longo prazo, o *common law* tenha se revelado flexível e mais aberto, em contraste com o *civil law* dos primeiros tempos, na origem esse direito apresentava dificuldades e formalismos excessivo porque, sendo escassos os *writs*, não era fácil para os demandantes comprovarem que os fatos que eles queriam levar ao conhecimento das cortes reais se

<sup>550</sup> Lembre-se que, na França, os funcionários do rei encarregados desse trabalho inicial eram os comissários do rei, aos quais, mais tarde, se juntariam os *intendants*.

<sup>551</sup> DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., p. 215.

<sup>552</sup> Ibid., p. 220.

<sup>553</sup> Lembre-se: A *Magna Carta* impunha limites à jurisdição real, mas o rei sempre haveria de ser o último a instância mais alta da justiça inglesa.

<sup>554</sup> DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., p. 216.

<sup>555</sup> Ibid.

<sup>556</sup> Ibid.

adequavam ou se assemelhavam aos *writs* existentes. Havia o receio dos barões feudais em que o rei ampliasse sua jurisdição aos espaços que, pela *Magna Carta*, haviam sido reservados às demais cortes de justiça (não reais).

De modo que, quando o direito das cortes reais (o *common law*) se revelava insuficiente para prestar justiça aos súditos, estes recorriam à consciência e caridade do rei, pois o monarca era a fonte última de justiça<sup>557</sup>. E os conflitos não podiam ficar sem solução. Assim, René David<sup>558</sup> explica:

Desde el siglo XVI, en consecuencia, todo particular que no hubiera podido obtener justicia de las cortes reales o que el resultado por estas cortes le hubiese sido desfavorable, podía acudir al monarca para solicitarle la gracia, de intervenir en su causa, con el ánimo de “de satisfacer su conciencia y como obra de caridad.

Esse procedimento informal de decidir conflitos, à margem das cortes reais e das demais cortes de justiça do reino, fez surgir, na Inglaterra, o sistema paralelo de regras a que se deu o nome de *equity*. Nas *Cortes de Chancelaria*, as cortes de *equity* (equidade), os casos eram decididos de acordo com a “equidade do caso específico”<sup>559</sup>, isto é, conforme a justiça do caso concreto, com a utilização, inclusive, de regras do direito canônico<sup>560</sup>. Com o passar do tempo, com o acúmulo de casos e das respectivas soluções, surgiram doutrinas de equidade que muitas vezes corrigiam “*los principios*” “jurídicos aplicados por *las cortes reales*”<sup>561</sup>.

As Cortes de Chancelaria chegaram a rivalizar com as cortes de *common law*, mas, em 1616, houve um compromisso entre as duas jurisdições. Em mais essa lição de René David, verifica-se que um dos pontos mais importantes do compromisso foi ter as cortes de *common law* assumido a obrigação de seguir os próprios precedentes, já que uma das principais críticas que lhe eram dirigidas era o fato de que elas atuavam com arbitrariedade em muitos casos:

<sup>557</sup> Vimos que algo semelhante se passou na França. Quando o interessado perdia uma causa, ele podia peticionar ao rei, levando a este a notícia de que um magistrado ou Parlamento havia cometido uma injustiça ao julgar contra as ordenanças reais. O princípio subjacente a esse recurso ao rei é o mesmo, ou seja, o rei como fonte última de justiça podia intervir e melhorar a situação da parte, mesmo que, formalmente, esse recurso não existisse. Do que se vê que, tanto na França como na Inglaterra, a iniciativa das partes (ou dos práticos do foro) exerceu marcada influência no desenvolvimento das duas tradições jurídicas.

<sup>558</sup> DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., p. 221

<sup>559</sup> *Ibid.*, p. 222.

<sup>560</sup> No início, o Chanceler era um eclesiástico. Só depois (1529) foi que o Chanceler se tornou um jurista. René David explica-nos o material que o Chanceler usava para decidir os casos que lhe eram submetidos. Ele diz que as petições eram apreciadas à luz do direito canônico cujos “princípios no fundo eram, em grande medida, similares aos do sistema de direito romano germânico e ao sistema de direito canônico”. “Estes princípios proporcionavam uma maior satisfação ao sentimento do interesse social e de busca da justiça nos tempos do Renascimento que as regras arcaicas e obsoletas do *common law*”. *Ibid.*

<sup>561</sup> *Ibid.*

La jurisdicción del Canciller subsistiría, pero debía ser cauto de no expandir su competencia a expensas de las cortes del *common law*; éstas por su parte deberían de resolver de acuerdo a sus precedentes, y con ello debían liberarse del reproche de arbitrariedad que le se les había atribuido; se convino por otra parte que el monarca se abstendría en lo sucesivo de emplear su prerrogativa de justicia para crear nuevas jurisdicciones, independientes de las cortes del *common law*.

No final do século XIX (1873-1875), a Inglaterra aprovou os *Judicature Acts*, com os quais foi suprimida a distinção formal entre as cortes de *common law* e as cortes de *equity*. Para a posição de vértice do sistema judicial inglês foi instituída a *Supreme Court of Judicature* e “todas las jurisdicciones inglesas se volvieron competentes para aplicar indistintamente las reglas del *common law* y las del *Equity*”<sup>562</sup>.

Mas, afinal, se o direito inglês não era escrito, e o direito era gerado nos casos concretos, de forma individual, como esse direito foi sendo conhecido pelos próprios ingleses e transmitido para as gerações futuras?

As decisões judiciais compunham a famosa coleção oficial de decisões chamada *Year Books*, publicadas entre 1290 e 1536<sup>563</sup>. Nesses repositórios de decisões, ficavam registrados “um sumário dos procedimentos”; “os argumentos das partes”; e “as razões que a corte utilizava nos julgamentos”<sup>564</sup>. Os *Year Books* foram substituídos a partir de 1535 por outro tipo de *publicação oficial* (ou *reports*), os *Law Reports*<sup>565</sup>. A partir desse período, as decisões passaram a mencionar os precedentes judiciais, “[...] en los que es posible identificar los origenes de muchas instituciones del derecho inglés que conservan aún en la actualidad um interés de orden práctico”<sup>566</sup>. Sem dúvida, o *common law* seria impossível sem essas publicações. Pound<sup>567</sup>, citando um autor da época:

The best evidence of the common law is to be found in the decisions of the courts of justice, contained in numerous volumes of reports, and in the treatises and digests of learned men, which have been multiplying from the earliest periods of the English history down to the present time. The reports of judicial decisions contain the most certain evidence, and the most authoritative and precise application of the rules of the common law. Adjudged. Cases become precedents for future cases **resting upon analogous facts**, and brought within the same reason; and the diligence of counsel, and the labor of judges, are constantly required, in the study of the

<sup>562</sup> Ibid., p. 226.

<sup>563</sup> “Remember this, our reports of cases in courts of law go back to Edward I's day - the middle ages are represented to us by the long series of Year Books.” POUND, op. cit., p. 174.

<sup>564</sup> Ibid., 229.

<sup>565</sup> Ibid., p. 239.

<sup>566</sup> DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., p. 225.

<sup>567</sup> Ibid., p. 270.

reports, in order to understand accurately their import, and the a principles they establish. But to attain competent knowledge of the common law in all its branches has now become a very serious undertaking, and it requires steady and lasting perseverance, in consequence of the number of books which beset and encumber the path of the student.

Em outro trecho, Pound refere outro autor da época. Dessa transcrição, é possível afirmar que esses tantos *reports* equivalem para o *common law* o que o Código de Napoleão representou para os sistemas de *civil law*. Leia-se:

The value of these reports to the lawyer and to the judge is, I repeat, absolutely incalculable. It is a mine of wealth possessed by none but English-speaking peoples. Here the lawyer finds his true riches. What the art collections in the Vatican, in the Tribune Room, the Pinacotheka, in the Dresden Gallery, and in the Louvre are to the artist, the judicial reports are to the English and American lawyer. I yield to no one in my estimate of the store of riches they contain. I have not yet mentioned one of the chief elements of their possible usefulness. They are capable of being made quite as valuable to the legislator as to the lawyer, since the uninterrupted light of the experience of many generations of men shines forth from them to mark out and illumine the legislator's pathway. He need scarcely take a single step in the dark.<sup>568</sup>

No plano doutrinário, coube a Blackstone, no século XVIII, sistematizar o *common law* e torná-lo mais científico. Para René David<sup>569</sup>, a grande obra desse autor, *Commentaries on the Law of England*, “[...] estableció el marco del derecho inglés y contribuyó notablemente en la expansión y recepción de este derecho en los Estados Unidos de América”.

Até este ponto, pouco falamos sobre os precedentes ingleses. É que o *common law*<sup>570</sup> funcionou durante algum tempo sem os precedentes.

No tópico anterior, afirmamos que, no compromisso realizado entre as cortes de equidade e as cortes reais (de *common law*), ficou estabelecido que estas últimas, a partir de

<sup>568</sup> POUND, op. cit., p. 103.

<sup>569</sup> DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., p. 225.

<sup>570</sup> Nuno Garoupa e Andrew P. Morris: “To explain the implicit logic’s source, Posner put forward a theory of the common law related to Oliver Wendell Holmes’ 1880s theory of the common law. Both Posner and Holmes define the common law in the Blackstonian sense. According to Blackstone, the common law consists of general customs by which judges and courts are guided and directed. Thus, the common law includes all legal doctrines that do not require a written form to be valid, but rather rely on the usage by courts. Holmes’ primary argument is that the development of the common law was driven by judicial responses to public policy issues presented by cases rather than by a consistent internal logic. In Holmes’ theory, the ability of the common law to adjust appropriately to external needs derives from the judiciary’s role as a representative of the community.” GAROUPA, Nuno; MORRIS, Andrew P. **The fable of the codes: the efficiency of the common law, legal origins, and codification movements.** Programa de Illinois em Direito, Comportamento e Ciências Sociais Artigo No. LBSS11-32, set., 2011. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1925104](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1925104). Acesso em: 18 set. 2019.



então, deveriam aplicar os precedente aos casos subsequentes. Essa constatação histórica faz crer que durante muito tempo o *common law* funcionou a despeito de uma teoria dos precedentes. O destaque de René David coincide com a lição de Luiz Guilherme Marinoni<sup>571</sup>, que, ao justificar a adoção da teoria dos precedentes judiciais, no Brasil, anota que

Qualquer identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, certamente será insatisfatória uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que é mais recente ainda. Além do *common law* ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ele funcionou muito bem como o sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*.

No momento em que as cortes reais assumiram o compromisso de seguir seus próprios precedentes, tornou-se necessário desenvolver uma técnica adequada para separar, nas decisões anteriores, aquilo que valeria como regra de direito, aplicável aos casos subsequentes, daquilo que era apenas secundário.

Com efeito, as decisões dos casos individuais traziam uma regra de direito (*legal rule*), e, como exigência quase que natural, à falta de códigos ou leis escritas, essa mesma *legal rule* haveria de ser reproduzida em processos ulteriores caso os mesmos ou semelhantes fatos se apresentassem. Mas, até a segunda metade do século XIX, os juízes ingleses não estavam obrigados a seguir as regras de direito assentadas nos precedentes (casos anteriores).

Produzidas nos casos concretos, essas regras não ostentavam o mesmo grau de generalidade<sup>572</sup> das leis escritas. Não podia ser diferente. A preocupação do juiz inglês estava concentrada em decidir o caso concreto de forma justa. Por ser um direito do caso concreto, a generalização é obtida de caso em caso, pela técnica de distinção (*distinguishing*), se os fatos foram idênticos ou semelhantes. O trabalho de distinção empreendido pelos juízes e advogados ingleses é realmente digno de atenção.

Enquanto a regra de direito, no sistema de *civil law*, é elaborada pelo legislador<sup>573</sup>, “[...] con una vocación de generalidade y por lo tanto sin ninguna vinculación con una

<sup>571</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 31.

<sup>572</sup> DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., p. 232.

<sup>573</sup> Mesmo antes da codificação, a lei – a *ordonnance* francesa – já era a principal fonte de direito no sistema francês.

controvérsia em particular”<sup>574</sup>, a regra de direito inglesa é construída para ser aplicada ao caso concreto, e só é aplicável, no futuro, se os fatos foram idênticos ou semelhantes aos fatos objeto da decisão anterior. É impossível dissociar a aplicação da *legal rule* dos fatos do caso anterior. Em uma decisão da *House of Lords*, de 1833<sup>575</sup>, a técnica da distinção é descrita nesses termos:

Our Common Law system consists in the applying to new combinations of circumstances those rules of law which we derive from legal principles and judicial precedents; and for the sake of attaining *uniformity, consistency and certainty*, we must apply those rules, where they are not plainly unreasonable and inconvenient, to all cases which arise; and we are not at liberty to reject them, and to abandon all analogy to them, in those to which they have not yet been judicially applied, because we think that the rules are not as convenient and reasonable as we ourselves could have decided. It appears to me to be of great importance to keep this principle of decision steadily in view, not merely for the determination of the particular case, but for the interests of Law as a science.

Luiz Guilherme Marinoni:

A técnica do *distinguishing* empregada no *common law* consiste exatamente na distinção ou na diferenciação do caso sob julgamento em face daquele que deu origem ao precedente. Essa técnica permite o desenvolvimento do direito mediante a elaboração de novos precedentes que abarcam peculiaridades distintas, ou mesmo na simples extensão do precedente a outras situações<sup>576</sup>.

Devido à técnica do *distinguishing*, o *common law* desenvolve o direito sem prejuízo à estabilidade, porque o precedente, quando não aplicado, “[...] mantém-se intacto. Significa dizer que o *distinguishing* milita, a um só tempo, em favor da estabilidade e do desenvolvimento do direito”<sup>577</sup>.

O sistema inglês de precedentes judiciais distinguiu, na fundamentação das decisões judiciais, dois tipos de razões: a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*. Na exposição de René David<sup>578</sup>:

La aplicación de la “regla del precedente” exige de la parte del jurista inglés el análisis de los comentarios de las resoluciones judiciales. En las reasons (razonamientos) invocadas por el juez que funda y motiva sus decisiones; el jurista inglés debe distinguir entre lo que constituye la motivación y

<sup>574</sup> DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., p. 250.

<sup>575</sup> POUND, op. cit., p. 101-102.

<sup>576</sup> MARINONI, 2017, op. cit., p. 135.

<sup>577</sup> Ibid., p. 136.

<sup>578</sup> DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., p. 267.

fundamentación de la sentencia, la **ratio decidendi** del juicio, y aquello que se considera **obiter dictum**, que consiste en toda aquello que el juez expuso sin que le asistiera alguna necesidad de hacerlo. **Solo la ratio decidendi constituye una regla de derecho jurisprudencial**, que debe ser observada en lo sucesivo. Lo que resulta obiter dictum, por el contrario, carece de esta autoridad; el valor de las obiter dicta consiste en su valor de persuasión, que depende del prestigio del juez que pronunció la sentencia, de la exactitud de su análisis y de un gran número de otras circunstancias variables, que corresponden a la especie.

Percebe-se do trecho acima que, na decisão judicial, o juiz inglês não especifica a *ratio decidendi* nem o que é *obiter dictum*. Quem faz esse trabalho de identificação e classificação é o juiz do caso posterior.

A técnica da distinção desempenhou função fundamental no sistema inglês. Deve-se a essa técnica a capacidade do direito inglês de adaptar-se a novas circunstâncias não mencionadas nas decisões anteriores. E foi justamente por meio dessa técnica de comparação e distinção que o sistema inglês conseguiu chegar aos nossos dias.

Entretanto, diante de tantos casos que devesse julgar, e por mais que se tentasse sistematizar o direito inglês por meio daquelas coleções oficiais (Years Books e, depois, a partir de 1865, com os *Law Reports*), o direito inglês permaneceu assistemático. É o que Norberto Bobbio<sup>579</sup>:

Era, assim, radicalmente assistemático, visto que não apresentava uma linha uniforme de desenvolvimento legislativo, mas antes uma pluralidade de linhas de desenvolvimento judiciário, sendo que cada uma delas se interrompia num certo ponto para ser substituída por uma outra, salvo sempre a possibilidade de que aquela precedentemente abandonada fosse retomada.

Em termos semelhantes, Roscoe Pound<sup>580</sup>:

An English or American judge can go wherever his good sense leads him. The result has been, that whilst the law of continental Europe is formally correct it is not always easily adapted to the changing wants of those amongst whom it is administered. On the other hand, the English law, whilst it is cumbrous, ill-arranged, and barren of principles, whilst it is obscure and not unfrequently in conflict with itself, is yet a system under which justice can be done.

---

<sup>579</sup> BOBBIO, 1995, op. cit., p. 94.

<sup>580</sup> POUND, op. cit., p. 97.

No século XVIII, a falta de sistematicidade do *common law* foi duramente criticada por Jeremy Bentham (1748-1832), que polemizou com Blackstone, entusiasta da *common law*<sup>581</sup>. O racionalista Jeremy Bentham defendia a codificação do direito, especialmente do direito inglês. Bentham considerava que o *common law* dava espaço à incerteza, uma vez que não era possível identificar-se quem produzia o direito nem assegurar que os juízes observavam as decisões anteriores, como afirmava Blackstone<sup>582</sup>. Realmente, este último deixou estes dois ensinamentos<sup>583</sup> e<sup>584</sup> que são mencionados amiúde:

The doctrine of the law then is this: that precedents and rules must be followed, unless flatly absurd or unjust; for though their reason be not obvious at first view, yet we owe such a deference to former times as not to suppose that they acted wholly without consideration.

[...]

It is an established rule to abide by former precedents where the same points come again in litigation; as well to keep the scale of justice even and steady, and not liable to waver with every new judge's opinion, as also because, the law in that case being solemnly declared and determined, *what before was uncertain and perhaps indifferent is now become a permanent rule*, which it is not in the breast of any subsequent judge to alter or vary from, according to his private sentiments; he being sworn to determine, not according to his private judgment, but according to the known laws and customs of the land; not delegated to pronounce a new law, but to maintain and expound the old one.

A essa afirmação de Blackstone, Bentham objetava que o que levava o juiz a seguir o precedente eram critérios puramente subjetivos, a simples “avaliação pessoal do juiz”, que poderia ser fonte de arbítrio<sup>585</sup>, portanto. Outra crítica feita por Bentham consistiu em afirmar que os juízes ingleses, quando alegavam que apenas *declaravam o direito*, na verdade disfarçavam a criação do direito. E nesse ponto formulou essa comparação, lembrada por Norberto Bobbio<sup>586</sup>:

Ora, afirma ele, trata-se de uma ficção intolerável e se pode comparar a atividade dos juízes àquela dos restauradores: como um restaurador procura completar uma estátua antiga toda danificada, reconstruindo as partes faltantes como eram anteriormente, assim os juízes pretendem se basear em precedentes para reconstruir um sistema jurídico completo, já preexistente; com esta diferença entre o restaurador e o juiz, que, enquanto sabemos bem que as partes acrescentadas pelo primeiro à estátua, para completa-la, são

<sup>581</sup> BOBBIO, 1995, op. cit., p. 97.

<sup>582</sup> Ibid.

<sup>583</sup> POUND, op. cit., p. 228.

<sup>584</sup> Ibid., p. 101

<sup>585</sup> BOBBIO, 1995, op. cit., p. 97.

<sup>586</sup> Ibid.

partes novas, diferentes daquelas antigas que foram destruídas, o segundo pretende que o direito que ele está criando não é um direito novo, mas somente a descoberta e a enunciação de um direito preexistente.

Decorre da observação acima outra crítica elaborada por Bentham. Se Bentham estava correto ao sustentar que os juízes criavam direito, isso significava que eles aplicavam, no caso concreto, direito novo, aplicando-o *ex post facto*, isto é, após a ocorrência dos fatos, o que lhe parecia absurdo, porquanto o indivíduo não deveria ser obrigado por ter agido de uma maneira não proibida pelo direito ao tempo do fato. Em suma, ao ver de Bentham, o *common law* violava uma norma cara ao pensamento jurídico da época (o liberal), qual seja, a irretroatividade da lei<sup>587</sup>.

A referência, ainda que sucinta, sobre as críticas de Bentham ao *common law* são válidas porque ilustra o sentimento racionalista da época, a que o direito inglês não podia ficar indiferente. Bentham, o “Newton da Legislação”<sup>588</sup>, elaborou a “[..] mais ampla teoria da codificação”<sup>589</sup> e a ofereceu a estadistas de vários países<sup>590</sup> no século XIX, o século das grandes codificações, o século *benthamiano*<sup>591</sup>.

Realmente, a exceção colocada por Blackstone à aplicação dos precedentes – “*unless flatly absurd or unjust*” – deu autoridade à crítica de Bentham. Daniel Mitidiero<sup>592</sup> observa que, na prática, a ressalva formulada por Blackstone fez com que muitos juízes ingleses justificassem a recusa à aplicação dos precedentes. Diante disso, e por todas as críticas que eram lançadas ao direito inglês no final do século XIX, o *common law* reagiu com a adoção do *stare decisis*, quando “[...] ficou absolutamente superada a possibilidade de todo e qualquer juiz recusar a aplicação do precedente por considerá-lo “absurdo” ou “injusto””, e, desse modo, o sistema inglês mais uma vez se adaptou às exigências de racionalidade e previsibilidade jurídica exigidas pela modernidade, sem recorrer à codificação<sup>593</sup>.

<sup>587</sup> Bobbio, 1995, op. cit., p. 98.

<sup>588</sup> Ibid., 91.

<sup>589</sup> Ibid.

<sup>590</sup> “Em 1811, escreveu ao presidente dos Estados Unidos, Madison, para lhe sugerir um projeto de renovação integral do sistema jurídico, fundado na *common law*, que a América havia herdado da Inglaterra. Em 1816 (cinco anos depois), o Presidente lhe respondeu mediante uma carta cortês de recusa, justificando-se com a afirmação de que seus poderes constitucionais não incluíam o transmitir ao Congresso as propostas enviadas pelo filósofo inglês. Com o governador da Pensilvânia Bentham teve mais sorte, pois ele transmitiu aos seus senadores o projeto.” Ibid., p. 95.

<sup>591</sup> Ibid., p. 120.

<sup>592</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 125.

<sup>593</sup> Ibid.

O *common law* resistiu ao movimento de codificação e contrapôs ao direito legislado o sistema de *stare decisis*, a face moderna<sup>594</sup> do *common law*. Com efeito, no caso *London Tramways v. London County Council*, de 1898, a *House of Lords* decidiu que dali em diante estaria vinculada obrigatoriamente aos seus próprios precedentes<sup>595</sup>. Noutras palavras, os precedentes, que já tinham eficácia horizontal vinculante, tornaram-se igualmente vinculante horizontalmente, no âmbito da própria Suprema Corte inglesa. De acordo com Daniel Mitidiero, a expressão *stare decisis* “[...] é a regra pela qual a segurança jurídica é promovida judicialmente em um sistema que respeita precedentes”<sup>596</sup>. E acrescenta Lenio Streck: “[...] o *stare decisis* pode ser conceituado como a designação dada para descrever o desenvolvimento que a doutrina dos precedentes do *common law* obteve no século XIX tanto nas cortes da Inglaterra quanto nos Estados Unidos”<sup>597</sup>.

De igual modo, Luiz Guilherme Marinoni confirma que o *stare decisis* “[...] somente se solidificou na Inglaterra ao final do século XIX, muito tempo depois do aparecimento das doutrinas de Bentham e de Austin”<sup>598</sup>. Para esse autor, o caso *London Tramways v. London County Council* “[...] constitui o cume de uma evolução em direção à vinculação da *House of Lords* às suas próprias decisões, pois o conceito de *rules of precedent* e a ideia de vinculação (*binding effect*) foram consolidados no período entre 1862 e 1900”<sup>599</sup>.

Portanto, o *stare decisis* foi a resposta encontrada pelo *common law* às críticas que lhe foram dirigidas no século XIX pela alegada falta de sistematicidade e previsibilidade.

Até 1966, a *House of Lords* submeteu-se de forma rigorosa ao *stare decisis*<sup>600</sup> e o sistema judicial inglês desenvolveu-se fundamentalmente por meio da técnica de distinção.

## 5.2 Os precedentes nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos, o *common law* inglês não foi aceito sem adaptações. Durante algum tempo, após a independência desse país, houve incerteza entre seguir o modelo de *civil law* e o modelo de *common law*. As regras do *common law* não pareceram muito apropriadas

<sup>594</sup> René David atribui a evolução do *common law* rumo à vinculação obrigatória dos precedentes ingleses à “tendência legalista del siglo XIX”, que encontrara “en Francia su equivalente en la Escuela de la Exégesis”. Esse fato teria conducido o direito inglês a adotar a forma “más rigurosa la regla del precedente”. DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., p. 265.

<sup>595</sup> MARINONI, op. cit., p. 31.

<sup>596</sup> MITIDIERO, op. cit., p. 121.

<sup>597</sup> STRECK; ABBOUD, op. cit., p. 46.

<sup>598</sup> MARINONI, 2016, op. cit., p. 33.

<sup>599</sup> Ibid.

<sup>600</sup> Ibid., p. 95.

ao vasto território norte-americano e à nação em construção. Além disso, depois da independência, chegou mesmo a existir desconfiança em relação ao direito inglês<sup>601</sup>. E, em razão da influência francesa<sup>602</sup>, os Estados Unidos estiveram próximos de adotar a codificação. Mas apenas o Estado da Louisiana acabou adotando um código civil “a la francesa”<sup>603</sup>. As dúvidas sobre qual modelo seguir duraram até a metade do século XIX<sup>604</sup>.

René David destaca que esse período de incerteza entre o modelo a seguir contribuiu para conferir ao direito norte-americano características singulares quando comparado ao *common law* inglês<sup>605</sup>. De fato, embora o *common law* tenha prevalecido nos Estados Unidos, lá ele tem características próprias, e, devido a essas singularidades, há uma maior aproximação entre o direito norte-americano e os ordenamentos jurídicos da família romano-germânica.<sup>606</sup>

A diferença do direito dos Estados Unidos em relação ao inglês deve-se em primeiro lugar ao fato de os Estados Unidos terem adotado uma constituição escrita, que serve de parâmetro de validade em relação às demais normas do ordenamento jurídico, sejam estas leis em sentido estrito ou precedentes judiciais. Além disso, o fenômeno da legislação não é recente nos Estados Unidos. Desde a independência, os Estados Unidos têm adotado leis escritas que integram tanto quanto os precedentes a categoria de fonte normativa.

Além disso, o *stare decisis* não foi adotado com o mesmo rigor que se verificou na Inglaterra. Sobre essa questão, a doutrina afirma ter prevalecido nos Estados Unidos aquela ideia de Blackstone, de que os precedentes deviam ser observados desde que não fossem absurdos ou injustos. Com efeito, esse entendimento foi aplicado numa decisão<sup>607</sup> da Suprema Corte da Pensilvânia, datada de 1853, em que se lê:

But let it be remembered that *stare decisis* is itself a principle of great magnitude and importance. It is absolutely necessary to the formation and permanence of any system of jurisprudence. Without it we may fairly be said to have no law; for law is a fixed and established rule, *not depending in the slightest degree on the caprice of those who may happen to administer it*. I take it that the adjudications of this Court, when in they are free from absurdity, not mischievous practice, and consistent with one another, are the law of land.

<sup>601</sup> DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., p. 320.

<sup>602</sup> Na independência dos Estados Unidos, a França combateu a Inglaterra.

<sup>603</sup> DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., p. 287.

<sup>604</sup> Ibid.

<sup>605</sup> Ibid., p. 288.

<sup>606</sup> Ibid.

<sup>607</sup> POUND, op. cit., p. 231.

Uma outra decisão do mesmo ano, proferida pela Suprema Corte de Winsconsin<sup>608</sup>, revela que o *stare decisis* nos Estados Unidos sofreu temperamentos desde sempre:

It is true that when a principle of law, doubtful in its character, or uncertain in the subject-matter of its application, has been settled by a series of judicial decisions, and acquiesced in for a considerable time, and important rights and interests have become established under such decisions, *courts will hesitate long before they will attempt to overturn* the result so long established. So when it is apparently indifferent, which of two or more rules is adopted, which one shall have been adopted by judicial sanction, it will be adhered to, although it may not, at the moment, appear to be the preferable rule. But when a question arises involving important private or public rights, extending through all coming time, has been passed upon on a single occasion, and which decision can in no just sense be said to have been acquiesced in, it is not only the right, but the duty of the court, when properly called upon, to re-examine the questions involved, and again subject them to judicial scrutiny. We are by no means unmindful of the salutary tendency of the rule *stare decisis*, but at the same time, we cannot be unmindful of the lessons furnished by our own consciousness, as well as by judicial history, of the liability to error, and the advantages of review.

A relativização do *stare decisis* nos Estados Unidos também é destacada por Luiz Guilherme Marinoni<sup>609</sup>: “Ao contrário do que ocorria na Inglaterra, nos Estados Unidos sempre houve a possibilidade de revogar os precedentes, tanto pela própria Suprema corte como pelas cortes inferiores”.

No moderno sistema de *common law*, a técnica judicial desenvolvida para revogar o precedente denomina-se *overruling* (ou superação). Para revogar o precedente no *common law*, a corte que o fixou ou a corte de vértice tem de oferecer “razões apropriadas”, argumentos capazes de demonstrar para a comunidade jurídica que novos valores sociais demandam a superação do entendimento até então observado<sup>610</sup>. Luiz Guilherme Marinoni<sup>611</sup> leciona que

A Suprema Corte americana entende que a revogação de um precedente requer justificação especial, mas nunca se sentiu proibida de assim agir. Evita-se perpetuar precedentes que se mostrem distantes das novas tecnologias, da nova realidade social ou mesmo que, em razão de uma experiência posterior, revelem-se evidentemente equivocados.

<sup>608</sup> POUND, ob. cit., 233.

<sup>609</sup> MARINONI, 2017, op. cit., p. 91. A mesma observação encontra-se em *O STJ enquanto corte de precedentes*: “O poder de *overruling* sempre existiu nos EUA, tanto na Suprema Corte quanto nas cortes inferiores”. Ibid., p. 63.

<sup>610</sup> MARINONI, 2017, op. cit., p. 198.

<sup>611</sup> Ibid., p. 63.



A revogação do precedente pressupõe justificação aprofundada, em que se leve em consideração a totalidade do Direito, dos fatores externos, inclusive. É preciso que a corte de vértice demonstre, de forma fundamentada e com argumentos adequados, que existe uma “nova concepção geral do Direito”<sup>612</sup>, na comunidade jurídica, nos círculos acadêmicos e/ou nos tribunais inferiores. Em alguns casos, nem a modificação na lei justificará a revogação do precedente, como assinalado por Luiz Guilherme Marinoni: “[...] o poder jurisdicional da afirmação da inconstitucionalidade da lei” [...] coloca o juiz na posição de agente capaz de negar o produto elaborado pelos representantes da maioria”<sup>613</sup>.

### 5.3 A Convergência entre os Modelos

Durante a maior parte do século XX, houve entre os juristas relativo consenso sobre a separação entre os modelos de *civil law* e os de *common law*. Mais recentemente, Michele Taruffo manifestou crítica a essa divisão, atribuindo-a à tentativa de cada um dos modelos de construir “[...] projetos culturais distintos, com o escopo de colocar em particular evidência – para exaltar o seu valor ou criticar a sua presença – alguns aspectos dos vários sistemas processuais confrontados”<sup>614</sup>. Para o processualista italiano, os modelos são construídos<sup>615</sup>, não uma realidade. Sem negar a diferença que existe entre os modelos de *civil law* e *common law*, ele ainda considera que os aspectos distintivos podem ainda ter “[...] alguma eficácia ilustrativa, mas que foram indevidamente consideradas como essenciais para traçar a distinção entre os dois tipos de ordenamentos processuais”<sup>616</sup>.

Pode-se atribuir-se a dissipação das diferenças entre os modelos igualmente a eventos ocorridos no pós-Segunda Guerra Mundial. Por certo, se atualmente a tendência do direito brasileiro é buscar no *common law* algumas ideias bem-sucedidas nos países que o adotam, do mesmo modo a Inglaterra e os Estados Unidos têm admitido em seus respectivos ordenamentos elementos historicamente vinculados ao *civil law*. Verifica-se que, nos países que adotam o *common law*, tem havido o fenômeno da expansão do direito legislativo<sup>617</sup>; enquanto, nos países do modelo *civil law*, há um movimento de expansão do direito

<sup>612</sup> Ibid., p. 174.

<sup>613</sup> MARINONI, 2016, op. cit., p. 123.

<sup>614</sup> TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero, São Paulo: Marcial Pons, 2012. (Coleção Processo e Direito). p. 15.

<sup>615</sup> Ibid., p. 13.

<sup>616</sup> Ibid., 15.

<sup>617</sup> O fenômeno não é recente. Nuno Garoupa e Andrew P. Morris lembram que ainda no século XIX, “[...] Britain undertook extensive law reform efforts at home that transformed large áreas of the common law into comprehensive statutes”. GAROUPA; MORRIS, op. cit., p. 1448.

judiciário<sup>618</sup>.

A expansão legislativa nos países de *common law* justifica-se pelo fato de o direito casuístico, amparado nos precedentes judiciais, ser inadequado para atender às necessidades de regulamentar a economia e a prestação de serviços sociais<sup>619</sup> com a agilidade necessária (*Welfare State*). Também concorreu para esse movimento de intensificação legislativa o ingresso do Reino Unido na União Européia (1972) ao ponto de a Inglaterra adotar atualmente um *Civil Procedure Rules* ao estilo do direito romano-germânico<sup>620</sup> e<sup>621</sup>. A esse respeito, Lenio Streck assinala que na Inglaterra e nos Estados Unidos está em curso o “[...] fenômeno designado pelo neologismo de *staturification* do direito, em alusão ao termo *statute*, o que significa lei em sentido formal”.

Em contrapartida, alguns países da família *civil law* tendem a importar institutos e a seguir práticas do *common law*, especialmente na tentativa de melhorar o funcionamento de suas cortes de justiça. Nesse movimento em direção ao *common law*, o modelo mais influente tem sido o norte-americano<sup>622</sup>, talvez pelo fato de os Estados Unidos conseguirem equilibrar aspectos de ambos os sistemas há mais tempo e com aparente êxito.

Esse fenômeno de aproximação entre os modelos é denominado de “circulação de modelos” ou também de “interferências horizontais” entre os diversos sistemas<sup>623</sup> “[...] ainda que derivados de experiências históricas e linhas evolutivas muito heterogêneas”<sup>624</sup>. Não raro, apenas alguns institutos particulares são copiados.

No caso específico do processo civil, a extensão do modelo de precedentes e de *stare decisis* norte-americano a países filiados à tradição de *civil law* é um fato difícil de ser negado. É razoável que assim seja. Afinal, a Suprema Corte dos Estados Unidos<sup>625</sup> funciona com apenas nove *Justices*, num país industrializado, com território e população continentais, e, a despeito disso, apresenta historicamente reduzido volume de processos sem comprometimento do funcionamento das instâncias ordinárias.

Nesse ambiente cultural, ocorreu, recentemente, a incorporação de institutos processuais do *common law* estadunidense ao Código de Processo Civil de 2015.

<sup>618</sup> TARUFFO, op. cit., p. 25.

<sup>619</sup> DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., p. 227.

<sup>620</sup> Ibid., p. 256.

<sup>621</sup> CAPPELLETTI, op. cit., p. 39-40; Ver ainda TARUFFO, op. cit., p. 29.

<sup>622</sup> TARUFFO, op. cit., p. 25.

<sup>623</sup> Ibid., p. 29.

<sup>624</sup> Ibid.

<sup>625</sup> Nesse sentido, MARINONI, 2017, op. cit., p. 143.

## 5.4 Precedentes à brasileira

Historicamente, o direito brasileiro deu pouca importância a precedentes judiciais, aos moldes do que se pratica no *common law*.

É pouco provável que alguém negue os benefícios sociais, morais e políticos de um sistema em que o juiz observa as decisões anteriores, nas duas dimensões que compõem a decisão judicial: a jurídica e a fática. Melhor dizendo, na decisão judicial, interessa ao juiz, aqui, na Europa e nos Estados Unidos, conhecer os fatos e sobre eles emitir um juízo de valor. Uma vez encontrada a regra de direito a incidir, é razoável supor que o mesmo juiz há que observar aquela primeira regra de direito por ele mesmo estabelecida quando fatos semelhantes se lhes apresentarem. Se levarmos em consideração o que comumente acontece, essa decisão será objeto de revisão por uma corte superior, e, então, considerando os mesmos fatos, emitirá uma nova decisão, com fundamentos próprios, seja para manter ou rever a decisão de origem.

No Brasil, a preocupação com a uniformidade da interpretação da lei e da Constituição esteve presente desde a primeira Constituição. Primeiro, com o recurso de revista, do modelo francês de cassação, e, a partir da Constituição de 1891, com o recurso extraordinário, inspirado pelo *writ of error*. Apesar disso, nunca conseguimos garantir nem a igualdade de tratamento nem o funcionamento equilibrado de nossas cortes superiores.

Na década de 1960, era tal a desorientação do Ministro Victor Nunes Leal em meio a tantos pronunciamentos do Supremo, que, por proposta dele próprio, o STF passou a adotar a súmula da jurisprudência predominante do STF, como já visto. Não demorou e logo se instalou a polêmica sobre a questão de caber ou não interpretação da súmula.

Em 1964, o STF julgou o RE n. 51.190<sup>626</sup>. Durante o julgamento, surgiu a controvérsia sobre se uma súmula devia ou não ser interpretada. Os Ministros Pedro Chaves e Gonçalves de Oliveira sustentavam que a solução para o caso decorria logicamente de uma súmula do STF. Em sentido contrário, dizia o Ministro Victor Nunes Leal<sup>627</sup> (relator):

Retomando o fio do meu raciocínio, contraditado antecipadamente pelos eminentes Ministros Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves, peço vênias para uma consideração preliminar. Se tivermos de interpretar a Súmula com todos os recursos da hermenêutica, como interpretamos as leis, parece-me que a Súmula perderá sua principal vantagem. Muitas vezes será apenas uma nova

<sup>626</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Memória jurisprudencial**: Ministro Victor Nunes. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006. (Série memória jurisprudencial). p. 486.

<sup>627</sup> *Ibid.*, p. 485.

complicação sobre as complicações já existentes. A Súmula deve ser entendida pelo que ela exprime claramente e não, *a contrário sensu*, com entrelinhas, ampliações ou restrições. Ela pretende pôr termo a dúvidas de interpretação e não gerar outras dúvidas.

Em seguida, o Ministro Victor Nunes Leal citava caso anterior em que foi editada nova súmula para completar a primeira. E o Ministro Gonçalves de Oliveira contestou: “Não precisava a segunda, porque ela decorria da primeira”<sup>628</sup>. E novamente o Ministro Victor Nunes Leal retomou a palavra: “Não precisaria, se a Súmula devesse ser interpretada como um texto de lei, mas não me parece que assim deva ser”. Ao que respondeu o Ministro Pedro Chaves: “O que é lamentável é que V. Exa. esteja destruindo a sua grande obra, que é a confecção da Súmula”<sup>629</sup>.

Em 1966, novamente a questão voltou a ser discutida no julgamento da Ação rescisória n. 725<sup>630</sup>. O Ministro Victor Nunes Leal continuava contrário a que se interpretasse a súmula. Veja as palavras do Ministro Victor Nunes Leal proferidas naquele julgamento: “A Súmula não é norma autônoma, não é lei, é uma síntese da jurisprudência” [...] “Quando o enunciado for defeituoso, devemos riscá-lo e redigir outro”<sup>631</sup>. A esse pensamento reagiu o Ministro Elói da Rocha: “Se tenho, como juiz, o poder de interpretar a mesma Constituição, poderei interpretar a Súmula”<sup>632</sup>. A palavra retornou ao Ministro Victor Nunes Leal<sup>633</sup>:

Mas a Súmula é um método de trabalho, através do qual esta Corte tem procurado eliminar dúvidas de interpretação. Se a Súmula, por sua vez, for passível de várias interpretações, ela falhará, como método de trabalho, à sua finalidade. Quando algum enunciado for imperfeito, devemos modificá-lo, substituí-lo por outro mais correto, para que ele não seja, contrariamente à sua finalidade, uma fonte de controvérsia.

Em 2005, a questão relativa à interpretação da súmula voltou a ser objeto de debate no STF. No HC n. 85.185, o Tribunal Pleno debateu se se podia limitar o alcance da Súmula 691 do STF. Prevaleceu a orientação de que a súmula podia ser interpretada restritivamente. Vale mencionar um trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, em que, para não revogar a súmula, o Ministro recorreu à técnica do *distinguishing*, própria do sistema de precedentes do

<sup>628</sup> Ibid., p. 486.

<sup>629</sup> Ibid.

<sup>630</sup> LEAL, 1981, op. cit. p. 12; ALMEIDA, op. cit. Ver ainda acórdão da Ação rescisória. Id. Tribunal Pleno.

**Ação rescisória n. 725 – Guanabara.** 1966. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=1475>. Acesso em: 17 set. 2019.

<sup>631</sup> LEAL, 1981, op. cit., p. 12.

<sup>632</sup> Ibid.

<sup>633</sup> Ibid.

*common law*:

Eu não gostaria, sei das lições claras, da doutrina do Supremo Tribunal Federal e das lições magníficas do eminente Victor Nunes Leal, que estão positivadas aqui no nosso Regimento Interno, quanto ao modelo sumular, especialmente quanto à possibilidade de que não se faz a interpretação da súmula ou de que, talvez - para usar a expressão americana -, não se devesse fazer um "*distinguishing*", mas sabemos que, a partir da idéia mesmo do *stare decisis*, há duas formas de arrostar o entendimento, um problema como este: ou vamos para a posição radical que os americanos chamam de "*overruling*", ou fazemos o "*distinguishing*"<sup>634</sup>.

Depois de tantos anos, essa decisão do STF podia ter sido um alento àqueles que desejavam ver o Brasil adotar um sistema de precedentes, ainda que adaptado ao já tradicional direito sumular<sup>635</sup>. Não foi isso o que aconteceu.

Pela leitura dos artigos 926, 927 e artigos 489, §1º, incisos V e VI, o NCPC tentou conciliar as duas tradições de *civil law* e de *common law* e o modelo final apresenta defeitos que precisam ser contornados pela dogmática jurídica.

O Código manteve o valor da uniformidade das decisões judiciais, que atinge intensidade máxima com a edição de súmula da jurisprudência (pre)dominante dos tribunais (superiores e ordinários); mas também positiva o valor da igualdade diante das decisões judiciais, por meio da técnica dos precedentes. No entanto, neste último caso, a prevalecer algumas práticas do STF e do STJ, o NCPC compromete e torna incerta a garantia de tratamento igual diante das decisões judiciais (ver adiante).

No art. 926, o NCPC cria para os tribunais a obrigação de uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. No §1º, o mesmo dispositivo mantém a já tradicional prática de sumular a jurisprudência dominante. Finalmente, no §2º, o NCPC adaptou ao direito sumular uma característica inerente aos precedentes de *common law*, ao criar para os tribunais, na edição de súmula, a obrigação de “[...] ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”<sup>636</sup>.

No art. 927<sup>637</sup>, o NCPC tornou vinculantes as decisões proferidas pelo STF em

<sup>634</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 85.185-1 São Paulo**. Relator: Min. Cezar Peluzo. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358733>. Acesso em: 17 set. 2019.

<sup>635</sup> Como é chamado o conjunto de súmulas do STF e do STJ.

<sup>636</sup> Id. **Lei N° 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 17 set. 2019.

<sup>637</sup> Em comentário ao art. 927, Luís Guilherme Marinoni destaca a miscelânea de hipóteses geradoras de precedentes formais: “A norma diz que os juízes e tribunais devem observar hipóteses que não guardam qualquer homogeneidade. Mistura decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, súmulas, decisões tomadas em vias de solução de casos ou questões repetitivas e orientação do plenário ou do órgão

controle concentrado de constitucionalidade (inciso I); e os enunciados de súmulas vinculantes (inciso II); as decisões do STF e do STJ proferidas em incidente de assunção de competência, em incidente de resolução de demandas repetitivas e as decisões em recurso extraordinário e especial repetitivos (inciso III); os enunciados das súmulas do STF e do STJ, respectivamente, em matéria constitucional e infraconstitucional; e, para todos os tribunais, a orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais aos quais estiverem vinculados os juízes (inciso V). (Grifo nosso).

Por último, no art. 489, §1º, apesar de misturar novamente conceitos peculiares às diferentes tradições, o NCPC tende a inclinar-se com mais fidelidade à teoria dos precedentes judiciais do *common law*<sup>638</sup>, quando prevê a nulidade das sentenças que se limitarem a “[...] a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (inciso V) e quando deixarem “[...] de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”<sup>639</sup>.

Com o NCPC, portanto, decisões judiciais podem ser fundamentadas em precedente(s), jurisprudência e súmula. É preciso distinguir as três tipos de fundamentos jurídicos.

Historicamente, no Brasil, quando advogados, juízes e promotores mencionam em seus arrazoados e decisões o termo “precedente(s)”, o que eles geralmente pretendem referir é a existência de decisões passadas<sup>640</sup> que deram a um dispositivo legal ou a um conjunto deles uma dada interpretação. Em alguns casos, esses profissionais do Direito manifestam curiosidade pelos fundamentos usados nas decisões anteriores, e, então, é comum que extraiam delas algumas afirmações dos julgadores, de lições doutrinárias e até da jurisprudência à qual o julgador se filia.

Quando os “precedentes” ganham uniformidade, isto é, quando as decisões passadas se acumulam e guardam coerência e harmonia, diz-se que essas decisões passadas formam

---

especial, mais, surpreendentemente, nada diz sobre precedente, *ratio decidendi* ou fundamentos determinantes da decisão.” MARINONI, 2016, op. cit., p. 285.

<sup>638</sup> Para Hermes Zaneti Júnior, o art. 489, §1º, incisos V e VI, é o “núcleo dogmático” do sistema de precedentes no NCPC. ZANETI JÚNIOR, Hermes. O modelo dos precedentes no Código de Processo Civil brasileiro. In: SARLET, Ingo; JOBIM, Márcio Félix. **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 106.

<sup>639</sup> Ibid.

<sup>640</sup> NUNES, D.; MENDES, A.; JAYME, F. G. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem a professora Teresa Arruda Alvim**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 65.

uma jurisprudência<sup>641</sup>. E, se essa jurisprudência é respeitada e seguida pela maioria dos julgadores de uma corte de justiça, a jurisprudência é qualificada como jurisprudência (pre)dominante. No caso em que não há divergência interna, quando a unanimidade dos desembargadores ou ministros adotam uma determinada linha jurisprudencial, diz-se que há na corte uma jurisprudência pacífica. Como possa existir jurisprudência igualmente harmônica em sentido contrário, a jurisprudência minoritária ou “não dominante”<sup>642</sup>, desde a década de 1960, o STF, o STJ e alguns outros tribunais de segunda instância passaram a editar em súmulas nas quais resume em texto sucinto a orientação do respectivo tribunal<sup>643</sup>.

Não há dúvida de que o NCPC deu novo significado ao termo precedente. Ao falar em precedentes, o NCPC quer dizer algo mais que simples decisões passadas. Basta ver que o NCPC fulmina de nulidade a sentença que invocar um único precedente sem indicação dos seus “fundamentos determinantes” e sem “demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta” aos fundamentos do precedente (NCPC, art. 489, §1º, V), além de prever a nulidade da sentença que deixar de seguir um único “[...] precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (NCPC, art. 489, §1º, VI)<sup>644</sup>.

Embora se considere que o NCPC seja um avanço, na direção de um sistema que mais fiel de precedentes judiciais, a nova lei processual deixa espaços no ordenamento para reprodução da desigualdade e da injustiça que o sistema de precedentes busca controlar.

A incorporação do sistema de precedentes ao art. 927 parece-nos constituir o principal erro do NCPC. Não há nada no art. 927 que faça lembrar os traços característicos do sistema de precedentes do *common law*, o inglês ou o norte-americano. O art. 927 autoritariamente deturpou o sistema de precedentes e apenas formalmente determina a vinculação dos tribunais ordinários a específicas decisões do STF e do STJ, visando à padronização decisória perante os tribunais superiores e ordinários, privando de eficácia vinculatória os precedentes substanciais proferidos por suas Turmas (STF e STJ) e Seções (STJ).

A nosso ver, foi cometido equívoco legislativo quando o legislador dispôs a regra contida no §5º no art. 927: “Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”<sup>645</sup>. Do ponto de vista da técnica legislativa, e por fidelidade à teoria dos

---

<sup>641</sup> Ibid., p. 67.

<sup>642</sup> Ibid., p. 65.

<sup>643</sup> MEDINA, op. cit., p. 96.

<sup>644</sup> BRASIL, 2015, op. cit.

<sup>645</sup> Ibid.

precedentes, teria sido mais adequado prever essa regra do §5º como o §3º do art. 926, que trata com mais propriedade da jurisprudência e do direito sumular.

Talvez pela disposição da regra no §5º do art. 927, parte da doutrina nacional distingue os precedentes em qualificados e substanciais.

São precedentes qualificados (ou formais) as decisões proferidas nas hipóteses do art. 927 do NCPC, pelo simples fato de serem proferidos em julgamentos de algumas lides consideradas pelo legislador como dignas de maior importância. Do mesmo modo, o Regimento Interno do STJ chama de precedentes qualificados aos “[...] acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos bem como os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça [...]” (art. 121-A)<sup>646</sup>. É um “precedente a priori”, que “[...] nada tem a ver com o precedente de *common law*, que só é reconhecido como tal no futuro, face a interpretação e aplicação que lhe derem outros juízes”.<sup>647</sup>

De outro lado, José Miguel de Garcia Medina denomina de precedente substancial a decisão judicial que se distingue porque enfrenta as questões controvertidas com profundidade, assumindo tamanha relevância em decisões posteriores que se tornam precedente: “Tem tal natureza, insistimos, a decisão que tenha potencial para servir de base para decisões judiciais de casos futuros que envolvam questões idênticas ou similares”<sup>648</sup>. Para esse processualista, é nesse sentido que deve ser lido o art. 926, §2º, do NCPC, que obriga os tribunais a ater-se “[...] às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”<sup>649</sup>. Também é nesse sentido que mencionaremos precedentes no próximo capítulo.

Contrariamente ao disposto no art. 927 do NCPC, os precedentes genuínos não possuem força vinculante formal. No *common law*, os juízes posteriores é que definirão a força vinculativa dos precedentes. O que leva à vinculação do precedente no *common law* é a qualidade dos fundamentos determinantes, que são considerados dotados de tão elevado refinamento que merecem ser seguidos como modelo nas decisões futuras. José Miguel de Garcia Medina ressalta: “São os julgados subsequentes que conferirão tal reconhecimento à decisão. Dito de outro modo, rigorosamente um julgado não pode se autoproclamar como precedente substancial”<sup>650</sup>. Em adição, leia-se essa crítica formulada por Lenio Streck e Georges Abboud sobre o precedente formalmente vinculante: “O precedente (o do *common*

---

<sup>646</sup> BRASIL, 2019, op. cit.

<sup>647</sup> MEDINA, op. cit., p. 94.

<sup>648</sup> Ibid., p. 101.

<sup>649</sup> BRASIL, 2015, op. cit.

<sup>650</sup> MEDINA, op. cit., p. 101.



*law*) não nasce como precedente. Ele contém o DNA de historicidade que somente surge se houver adesão de seu entendimento pelas instâncias inferiores do Judiciário<sup>651</sup>. Essa também é a lição no direito comparado, conforme relato de Michelle Taruffo<sup>652</sup>:

O precedente não tem uma eficácia formalmente vinculante nem mesmo na Inglaterra e menos ainda nos Estados Unidos. Com maior razão exclui-se que o precedente tenha eficácia vinculante nos sistemas de *civil law*. Então, qualquer tentativa de atribuir semelhante eficácia ao precedente é destituída de fundamento: poder-se-á falar somente de força do precedente entendendo-se que essa pode ser maior ou menor conforme o caso, de modo que haverá um precedente "forte", quando este estiver em condições de determinar efetivamente a decisão de casos sucessivos, e um precedente "fraco", quando os juízes posteriores tendam a não reconhecer a ele fonte de influência sobre as suas decisões.

[...]

Sendo a força do precedente um conceito gradual, configurável com uma escala de um mínimo para o máximo, daí decorre que essa concretamente é determinada como efeito de vários fatores. Dois desses fatores revestem particular importância no presente contexto: o posto do juiz que prolatou a decisão no sistema jurisdicional e a qualidade e autoridade da própria decisão. Portanto, o precedente "forte", e em especial o precedente "vertical", pode ser encontrado sobretudo nas decisões das cortes supremas, que não só são colocadas no vértice dos respectivos sistemas, mais em geral gozam de uma autoridade bem maior do que aquela reconhecida aos demais juízes. Donde a consequência de atribuir-se às cortes supremas que desenvolvem com maior intensidade uma função proativa apenas a qualificação de "cortes de precedentes.

A incorporação de precedentes com força vinculante tem o propósito claro de responder à necessidade reduzir o volume de processos nas cortes superiores, especialmente das demandas repetitivas. Para ser intelectualmente honesto: o art. 927 não enumera precedentes, nem mesmo precedentes formais. O art. 927 enumera decisões judiciais com eficácia vinculante, não necessariamente dotadas dos atributos próprios dos verdadeiros precedentes de *common law*. Nas palavras de Lenio Streck e Georges Abboud<sup>653</sup>: “Na realidade, ele cria e potencializa uma vertical modalidade vinculatória de diversos provimentos [...]” judiciais, na maioria das hipóteses, emanados das cortes superiores.

No NCPC, o objetivo de assegurar a igualdade dos cidadãos perante as decisões judiciais é secundário. Não estamos afirmando que os precedentes no NCPC só sirvam para fixar precedentes vinculantes. Pelo contrário. O estudo que estamos desenvolvendo busca justamente defender que os artigos 489, §1º, V e VI e 926 do NCPC podem ser interpretados

<sup>651</sup> STRECK; ABBoud, op. cit., p. 106.

<sup>652</sup> TARUFFO, op. cit., p. 132.

<sup>653</sup> STRECK; ABBoud, op. cit., p. 107.

para também atender à necessidade inadiável de o sistema judiciário brasileiro garantir a igualdade dos cidadãos perante as decisões judiciais. Mas não podemos negar a realidade.

Atento às diferenças entre os precedentes de *common law* e os precedentes do NCPC, Camilo Zufelato afirma que está em vigor no Brasil um sistema de precedentes à brasileira. O jurista explica<sup>654</sup>:

A diferença, contudo, é que no Brasil se tem buscado também, com os precedentes judiciais vinculantes, a *economia de tempo, a celeridade processual e a diminuição do número de processos*, o que parece não serem escopos dos precedentes no *common law*. A Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil, elaborada pela comissão de juristas, indica como verdadeiro lema do novo CPC um *processo mais ágil e célere*, deixando evidente que este foi o espírito que guiou o legislador - e que na verdade vem guiando o legislador processual brasileiro nas últimas reformas legislativas já em vigor - quando prevê mecanismos de precedentarização.

A expressão “precedentes à brasileira” quer significar exatamente o distanciamento do Código de Processo Civil do sistema de precedente tradicionais no *common law*, que privilegia a igualdade diante das decisões judiciais, e não apenas a uniformidade.

A observação de Camilo Zufelato é reforçada por alguns dos mais importantes dispositivos do NCPC.

O art. 1.035, no §3º, I, prevê que “[h]averá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:” [...] “[...] contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal”<sup>655</sup>. O enunciado não menciona violação aos precedentes da própria Corte. Isso faz da decisão proferida em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida mero precedente persuasivo, porque não vincula os tribunais ordinários. É certo que, em tese, o acórdão local contrário à decisão proferida em recurso extraordinário estará sujeita à retratação pelo relator, e, não havendo retratação, estará sujeita agravo interno (NCPC, art. 1.030, §2º, c/c art. 1.021).

É oportuno mencionar ainda que o art. 927 limita a força vinculante dos acórdãos do STF e do STJ quando eles forem lavrados em recursos extraordinário e especial repetitivos (III) e quando tiverem origem no plenário do STF ou no órgão especial do STJ (V). Ocorre que o STF e o STJ atuam mais nos órgãos fracionários do que em plenário ou órgão especial.

Com efeito, a maior parte dos recursos extraordinários é julgada nas Turmas do STF (RISTF, art. 9º, III). O plenário do STF só julgará recurso extraordinário quando a Turma

<sup>654</sup> ZUFELATO, Camilo. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no novo CPC: aspectos gerais. In: **O novo código de processo civil: questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 95.

<sup>655</sup> BRASIL, 2015, op. cit.

considerar “[...] relevante a arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida pelo Plenário” (RISTF, art. 9º, inciso I); quando Ministro da Corte propuser o reexame de uma decisão anterior que versar sobre inconstitucionalidade (inciso II) e “[...] quando algum Ministro propuser revisão da jurisprudência compendiada na Súmula” (inciso III)<sup>656</sup>. Ou seja, ressalvadas essas hipóteses, os recursos extraordinários julgados pelas Turmas não têm efeito vinculante, salvo quando proferidos em recurso extraordinário repetitivo (NCPC, art. 927, III).

Uma outra consequência da desvalorização do precedente do STF é destacada por Daniel Mitidiero. Este autor menciona o caso do art. 311, II, do NCPC. O art. 311 trata das hipóteses de concessão de tutela de urgência e omite a hipótese dos casos em que o direito da parte já tiver sido declarado em anterior acórdão do STF firmado em repercussão geral. O enunciado normativo, no inciso II, restringe a concessão da tutela de urgência aos casos em que já “[...] houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”<sup>657</sup>.

Daniel Mitidiero critica o art. 927 afirmando “[...] não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” que demonstra a "inconsistência da defesa do réu" e "autoriza a tutela de urgência" [...]", mas sim “[...] o fato de o pedido formulado encontrar-se fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça”. Prossegue o jurista esclarecendo que “[e]sses precedentes **podem ou não ser oriundos de recursos repetitivos**, assim como a jurisprudência vinculante pode ou não ser oriunda de incidente de resolução de demandas repetitivas”<sup>658</sup> (Grifo nosso).

De nossa parte, afirmamos que melhor seria não fosse necessário que a lei impusesse a observância dos precedentes (substanciais), os verdadeiros precedentes. O Poder Judiciário brasileiro precisa aceitar que o precedente traduz um conceito qualitativo, e que, uma vez aceita essa qualidade – sobretudo quando se tratar de precedente das cortes de vértice –, as decisões posteriores devem permanecer vinculadas à *ratio decidendi* construída no precedente,<sup>659</sup> até que as próprias cortes de vértice o modifiquem, seja porque ficou desgastado, seja porque não corresponde mais às necessidades sociais.

Na década de 1960, achava-se que as súmulas seriam a solução para a crise do STF. Podem até ter facilitado o trabalho dos Ministros, mas nunca conseguiram trazer segurança e

<sup>656</sup> BRASIL, 20019, op. cit.

<sup>657</sup> BRASIL, 2015, op. cit.

<sup>658</sup> MITIDIERO, op. cit., p. 133.

<sup>659</sup> Ibid., p. 127.

igualdade de tratamento para o sistema judicial, muito menos atenuar o volume de recursos das cortes superiores. Nos anos 2000, retomamos o filtro de relevância para o STF e já vimos como tem fracassado a repercussão geral nos dois objetivos a) de reduzir o volume de recursos em nível aceitável para uma corte de vértice; b) e de gerar decisões capazes de angariar aceitação geral perante instâncias ordinárias.

Dedicamos a maior parte do capítulo III a evidenciar a transformação da interpretação do século XIX para o XX. Percorremos um longo caminho desde as concepções objetivistas da interpretação às concepções mais modernas, de cunho interpretativista, que dá maior destaque à argumentação. O maior representante do interpretativismo certamente é Ronald Dworkin. Em *O Império do Direito*, o jurista e filósofo norte-americano caracteriza a fase atual do Direito<sup>660</sup> como uma fase de busca pela integridade do Direito. Segundo ele:

[...] as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro: interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.

[...]

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade<sup>661</sup>.

O juiz saiu da posição de uma simples *boche de la loi* e foi chamado a preencher as lacunas e desenvolver o Direito, dando ele mesmo voz à obra do legislador, principalmente na solução de conflitos por meio de princípios (por meio da ponderação de valores) e pela escolha adicional ao trabalho legislativo, sempre que chamado a interpretar as cláusulas gerais. De modo que a nomofilaquia original – função pela qual o juiz era chamado a tutelar a lei – evoluiu para a nomofilaquia interpretativa,<sup>662</sup> que pressupõe um ambiente em que o juiz é visto como colaborador, e não rival do Poder Legislativo.

Diante de todas essas transformações, Alexandre Freire nota que “[h]á razoável consenso de que o respeito aos precedentes judiciais já não é mais uma opção, nem para o

<sup>660</sup> Id. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 271-272.

<sup>661</sup> Ibid.

<sup>662</sup> MITIDIERO, op. cit., p. 117. Ainda nesse sentido: Bruno Dantas e Tereza Arruda Alvim, que falam de uma nomofilaquia dialética. WAMBIER; DANTAS, op. cit., p. 309.

Brasil, nem para outros países que adotam sistemas jurídicos modernos”<sup>663</sup>. Explica que o declínio do positivismo jurídico, a técnica de legislar por cláusulas gerais, o reconhecimento da normatividade dos princípios, se, por um lado, contribuíram para solucionar novos problemas que o formalismo jurídico e a técnica casuística de legislar se revelara insuficiente para resolver, por outro, concorreram para criar um ambiente caracterizado por “incoerência sistêmica”, responsável pelo atual “[...] cenário de contradições e desentendimentos acerca do significado dado ou a ser dado às normas jurídicas, em geral, e às decisões já proferidas por nossos tribunais, em particular”<sup>664</sup>. Na mesma direção, Luiz Guilherme Marinoni<sup>665</sup> explica o que propicia a diversidade de decisões na atualidade:

A racionalidade do discurso judicial, sempre que ultrapassa a simples dedução lógica a partir da norma geral para o caso particular - é dizer, sempre que põe em questão a premissa da subsunção -, envolve um discurso que vai além daquilo que tradicionalmente se consegue como jurídico - que extravasa o domínio restrito das "fontes do direito" -, o qual se pode chamar de discurso prático ou moral.

Em meio a tantas decisões, apoiadas em teorias e/ou valores diversos, que por sua vez geram correntes jurisprudenciais opostas, há que se confiar nas cortes de vértice para pacificar o entendimento sobre o que é o Direito. A incerteza e o conflito não podem durar para além do momento em que a última palavra for dada pela(s) mais elevada(s) corte(s) do Poder Judiciário.

Portanto, na atualidade, o Poder Judiciário precisa exercer uma atividade diferente, que não a de simples controle da juridicidade das decisões. Uma atividade que não sustentada em súmulas, porque estas se mostraram insuficientes à uniformidade e, principalmente, à igualdade dos jurisdicionados perante as decisões judiciais.

A tendência atual é a de seguir o modelo de cortes supremas, que operam com filtros e com precedentes judiciais. Não se trata de modelo perfeito, mas, diante dos exemplos da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Tribunal Federal Constitucional alemão, é o caminho que oferece as garantias que o modelo atual não assegura, nem igualdade, nem uniformidade, nem previsibilidade.

Como veremos no próximo capítulo, a corte de vértice que opera por meio de precedentes desenvolve um trabalho mais problemático, porque envolve a constante comparação dos casos novos com os casos já julgados, além de envolver a análise conjunta de

---

<sup>663</sup> FREIRE, op. cit., p. 57.

<sup>664</sup> Ibid., p. 58.

<sup>665</sup> MARINONI, 2014, op. cit., p. 431.

fatos e do direito. Requer o conhecimento da história institucional da corte; exige a coerência entre as decisões; e envolve uma atividade de atribuição de sentido ao conjunto do Direito praticado na comunidade política.

Dado que essa atividade demanda mais atenção, mais tempo, mais reflexão, o sucesso de uma corte de precedentes está diretamente relacionado ao volume de demandas que a corte é obrigada a julgar. Daí a necessidade de previsão de um mecanismo qualitativo de seleção de causas, as quais, uma vez decididas, com razões apropriadas, deverão servir de orientação em casos futuros.

Assim, Luiz Guilherme Marinoni sustenta que o STJ, “[...] para poder se tornar uma corte de precedentes, precisa ter a possibilidade de analisar quando a sua atuação é necessária”<sup>666</sup>. E, continua o mesmo autor, essa atuação só deve existir quando a corte entender adequado admitir os recursos que sirvam de orientação para a sociedade<sup>667</sup>, servindo ao interesse privado das partes (*ius litigatoris*) só na medida em que for necessário à observância do interesse público (*ius constitutionis*) na atribuição de sentido ao Direito em geral. É essa também a opinião de Daniel Mitidiero: “Sendo o STJ igualmente uma Corte Suprema, é imprescindível que o legislador expressamente introduza filtro recursal semelhante à repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso especial”<sup>668</sup>. Conclui Daniel Mitidiero: “A partir daí, poderá o STJ valer-se de forma integral e constante do critério teleológico para justificar a sua atuação”<sup>669</sup>.

---

<sup>666</sup> *A repercussão geral da questão constitucional*, ob. cit., p. 421.

<sup>667</sup> *A repercussão geral da questão constitucional*, ob. cit., p. 421.

<sup>668</sup> MITIDIERO, op. cit., p. 114.

<sup>669</sup> *Ibid.*

## 6 O STJ ENTRE CORTE SUPERIOR E CORTE SUPREMA

No presente capítulo, faremos uma exposição inicial sobre a distinção feita por Daniel Mitidiero entre cortes superiores e cortes supremas. Em seguida, retomaremos alguns pontos discutidos no capítulo 3 e buscaremos relacioná-los com a proposta de transformar o STJ em corte de precedentes. Na última parte, recorrendo à experiência recente do STF com a repercussão geral, trataremos da PEC n. 209/2012 e buscamos oferecer três medidas para evitar que o filtro de relevância para o recurso especial seja frustrado em razão dos mesmos erros cometidos pelo STF.

### 6.1 A distinção entre cortes supremas e cortes superiores

Daniel Mitidiero distingue as cortes de vértice em cortes superiores e cortes supremas.

São cortes superiores as cortes que operam de forma reativa, com atenção voltada para o passado, e objetivam controlar a juridicidade das decisões judiciais<sup>670</sup> por meio da lei e de jurisprudência formada no âmbito da própria corte. No modelo de cortes superiores, a preocupação está em garantir a uniformidade da interpretação judicial para o maior número de casos, mas não se dá atenção aos fatos. As cortes superiores operam para declarar o sentido da lei e corrigir as decisões das cortes inferiores. Ainda nesse modelo, há preocupação com o direito subjetivo das partes<sup>671</sup> ao recurso. Exemplos típicos dessa espécie são os recursos de cassação, como ocorre na Itália, e o recurso especial brasileiro.

Por outro lado, as cortes supremas julgam para o futuro e não têm na interpretação da lei sua principal preocupação. As cortes supremas interpretam a partir dos precedentes assentados pela própria corte<sup>672</sup>. As cortes supremas, quando controlam a juridicidade das decisões, fazem-no para gerar precedentes. Demais, as cortes supremas pretendem assegurar a igualdade de todos perante o Direito, e não só assegurar a uniformidade na interpretação das leis, pois, nesse modelo, sabe-se que a uniformidade da interpretação não garante igualdade. Nesse modelo, a tendência em assegurar o interesse público (*ius constitutionais*), servindo o interesse dos litigantes apenas pretexto para a corte fixar precedentes<sup>673</sup>.

---

<sup>670</sup> Ibid., 109.

<sup>671</sup> MARINONI, 2017, op. cit., p. 119.

<sup>672</sup> Ibid., p. 68.

<sup>673</sup> MITIDIEIRO, op. cit., 65.

## 6.2 Justificativas teóricas da transformação das cortes superiores em cortes supremas

Três fatos principais tratados nos capítulos anteriores transformaram o conceito de jurisdição e contribuíram para fomentar a transformação das cortes superiores em cortes supremas: a) o constitucionalismo democrático<sup>674</sup>; b) a distinção entre texto e norma; c) o advento do pós-positivismo.

### 6.2.1 O constitucionalismo democrático

A ideia de constitucionalismo democrático remonta ao fim da Segunda Guerra Mundial. O constitucionalismo liberal deu lugar ao constitucionalismo de feição democrática. Os novos direitos fundamentais e sociais positivados nas constituições puderam ser exigidos por meio da jurisdição, que deixou de ser mera atividade pela qual os juízes resolviam uma lide entre particulares dizendo o direito do caso concreto.

Após a Segunda Guerra, o conceito de jurisdição foi ressignificado e as cortes de vértice puderam confrontar a lei com o texto constitucional, o que elevou a importância do Poder Judiciário. Conforme Luis Roberto Barros, o Estado legislativo do século XIX deu lugar ao Estado constitucional de direito, cuja fase atual é a do neoconstitucionalismo<sup>675</sup>:

O neoconstitucionalismo identifica uma série de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, nas últimas décadas, que tem (i) como marco *filosófico*, o pós-positivismo, que será objeto de comentário adiante; (ii) como marco *histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, após a 2ª Guerra Mundial, e, no caso brasileiro, a redemocratização institucionalizada pela Constituição de 1988; e (iii) como marco *teórico*, o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem o reconhecimento de força normativa à Constituição (inclusive, e sobretudo, aos princípios constitucionais), a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação. O termo

<sup>674</sup> “O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. Nesse arranjo institucional se condensam duas ideias que percorreram trajetórias diferentes: o constitucionalismo, herdeiro da tradição liberal que remonta ao final do século XVII, expressa a ideia de poder limitado pelo Direito e respeito aos direitos fundamentais. A democracia traduz a ideia de soberania popular, de governo da maioria, que somente se consolida, verdadeiramente, ao longo do século XX. Para arbitrar as tensões que muitas vezes existem entre ambos — entre direitos fundamentais e soberania popular —, a maior parte das democracias contemporâneas instituem tribunais constitucionais ou cortes supremas. Portanto, o pano de fundo no qual se desenvolve a presente narrativa inclui: (i) uma Constituição que garanta direitos fundamentais, (ii) um regime democrático e (iii) a existência de uma jurisdição constitucional.” Id. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015. p.29).

<sup>675</sup> *Ibid.*, p. 28.



neoconstitucionalismo, portanto, tem um caráter *descritivo* de uma nova realidade. Mas conserva, também, uma dimensão *normativa*, isto é, há um endosso a essas transformações. Trata-se, assim, não apenas de uma forma de descrever o direito atual, mas também de desejá-lo. Um direito que deixa a sua zona de conforto tradicional, que é o da conservação de conquistas políticas relevantes, e passa a ter, também, função promocional, constituindo-se em instrumento de avanço social. Tão intenso foi o ímpeto das transformações, que tem sido necessário reavivar as virtudes da moderação e da mediania, em busca de equilíbrio entre valores tradicionais e novas concepções.

A nova fase do constitucionalismo trouxe consigo outro fenômeno que também modificou a ideia tradicional de jurisdição: a constitucionalização do direito. Por essa expressão, deseja-se designar o fenômeno da gradativa influência do direito constitucional sobre outros ramos do direito. Fala-se, então, em constitucionalização do direito civil, constitucionalização do direito processual civil, constitucionalização do direito de família, etc.<sup>676</sup>.

Para Luis Roberto Barroso, trata-se do “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”<sup>677</sup>. E mais: “[o]s valores, fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”<sup>678</sup>. É dizer, as relações entre os particulares deixam de ser regidas apenas pelas normas de direito privado, baseadas na autonomia da vontade, e passam a sofrer a influências de valores e princípios explícitos e implícitos contidos no texto constitucional. Em suma: “[...] a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si — com sua ordem, unidade e harmonia —, mas também um modo de olhar e interpretar todos os ramos do Direito”<sup>679</sup>.

---

<sup>676</sup> “Ao longo do século XX, assiste-se a progressiva publicização do Direito, com a proliferação de normas de ordem pública. Não apenas em matéria de direito de família, como era tradicional, mas em áreas tipicamente privadas como o contrato com a proteção do polo mais fraco das relações jurídicas, como o trabalhador, o locatário, o consumidor e a propriedade, com a previsão de sua função social. Ao final do século XX, essa publicização do Direito resulta na centralidade da Constituição. Toda interpretação jurídica deve ser feita à luz da Constituição, dos seus valores e dos seus princípios. Toda interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, interpretação constitucional. Interpreta-se a Constituição diretamente quando uma pretensão se baseia no texto constitucional (uma imunidade tributária, a preservação do direito de privacidade); e interpreta-se a Constituição indiretamente quando se aplica o direito ordinário, porque, antes de aplicá-lo, é preciso verificar sua compatibilidade com a Constituição e, ademais, o sentido e o alcance das normas infraconstitucionais devem ser fixados à luz da Constituição.” *Ibid.*, p. 30.

<sup>677</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>678</sup> *Ibid.*

<sup>679</sup> *Ibid.*

### 6.2.2 Distinção entre texto e norma

Já a distinção entre texto e norma reporta-se à transformação ocorrida na técnica legislativa<sup>680</sup> e na interpretação do Direito. A esse respeito, vimos no Capítulo 2 que mesmo formalistas como Hans Kelsen admitiram a impossibilidade de o legislador antecipar todas as ocorrências da vida e dispor sobre elas, de modo que uma margem de discricionariedade judicial deveria encarregar-se de completar o sistema de normas.

Os esforços das teorias de interpretação jurídica para adaptar o Direito às contingências da vida fizeram o legislador perceber que não poderia mais dispensar a atuação do juiz na concretização do Direito. Assim, à vontade de completude<sup>681</sup> do sistema jurídico sucedeu a previsão de cláusulas abertas que passaram a permitir “[...] ao juiz considerar as circunstâncias não normatizadas para dar solução adequada aos casos concretos”<sup>682</sup>.

Essas cláusulas abertas (ou gerais) são conceituadas por Luiz Guilherme Marinoni como disposições normativas “[...] caracterizadas por vagueza ou imprecisão de conceitos, tendo objetivo de permitir o tratamento de particularidades concretas e de novas situações, inexistentes e imprevisíveis à época da elaboração da regra”<sup>683</sup>.

Ora, se próprio legislador passou a permitir uma zona de incerteza para preenchimento pela via judicial, a consequência lógica dessa licença do legislador havia de ser a distinção entre texto e norma jurídica. A consequência direta dessa distinção foi a ampliação da subjetividade do juiz. Isso porque, sendo o juiz o último elo da cadeia normativa, a técnica de legislar por cláusulas abertas deu-lhe “[...] poder para elaborar decisão ou a norma jurídica em face de particularidades do caso concreto ou de novas realidades, ou seja, a partir de elementos que não estão presentes no tecido normativo”<sup>684</sup>. Esses elementos ausentes no “tecido normativo” correspondem a elementos não textuais, ou seja, aos valores<sup>685</sup> reconhecidos pelo sistema de normas e pelos princípios implícitos no sistema constitucional.

Dado que o preenchimento das cláusulas abertas demanda valoração e escolhas por parte do intérprete, de um único enunciado de cláusula aberta pode derivar várias normas

---

<sup>680</sup> O reconhecimento oficial da incapacidade de prever soluções para todos os potenciais conflitos veio com a transformação da técnica legislativa por volta de década de 1940. MARINONI, 2017, op. cit., p. 96.

<sup>681</sup> De acordo com Luiz Guilherme Marinoni: “[...] a técnica legislativa de cláusulas gerais acaba com a ideia de completude dos compêndios legislativos”. Ibid., p. 95.

<sup>682</sup> Ibid., p. 94.

<sup>683</sup> Ibid.

<sup>684</sup> Ibid., p. 95.

<sup>685</sup> “O ponto fulcral pelo menos do achamento do Direito, mas também da justificação da decisão, reside para eles em outras ponderações do juiz, que se prendem sempre com juízos de valor.” LARENZ, op. cit., p. 182.

contraditórias “[...] de acordo com as diversas interpretações possíveis”<sup>686</sup>.

Contudo, o juiz não é inteiramente livre para atribuir o sentido complementar requerido pela cláusula geral e pelos espaços não normatizados. Como salienta Lenio Streck, “[...] essa atribuição de sentido não quer dizer “atribuir qualquer sentido ao texto””<sup>687</sup>.

Na década de 1950, ganhou força entre os juristas europeus, sobretudo com os estudos de Theodor Viehweg, a ideia de que a solução para os problemas jurídicos não poderia ser extraída de deduções lógicas, “[...] mas por meio de uma problematização global de argumentos pertinentes”<sup>688</sup>, o que, segundo Larenz, “[...] conduziu a uma crescente familiarização com os pressupostos e as regras da argumentação jurídica”<sup>689</sup>.

Com efeito, os métodos tradicionais de interpretação – com os quais o intérprete justificava o preenchimento de lacunas – foram enriquecidos com as técnicas de argumentação jurídica,<sup>690</sup> destinadas não mais a coadjuvar o intérprete no preenchimento de lacunas. Mais importante que isso, a previsão legislativa de cláusulas gerais, postas conscientemente pelo legislador, deslocou a atenção dos juristas da lei para a justificação da decisão judicial, porque foi dado ao juiz completar o trabalho (inacabado) do legislador, por meio de valorações e escolhas.

Enquanto no positivismo formalista os fundamentos da decisão deviam estar no texto da lei, na fase atual a procura da norma de decisão encontra-se na justificativa da decisão judicial. Tem razão, portanto, Luiz Guilherme Marinoni quando afirma que o direito atual “[...] é interpretação e prática argumentativa”<sup>691</sup>. Nesse ponto, o pensamento do autor coincide com o de Ronald Dworkin<sup>692</sup>, quando o jusfilósofo norte-americano define sua teoria do direito como integridade:

[...] as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro: interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por

<sup>686</sup> Id. **Ética dos precedentes**: justificativa do NCPC. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 65.

<sup>687</sup> STRECK; ABOUD, op. cit., p. 54.

<sup>688</sup> LARENZ, op. cit., p. 179.

<sup>689</sup> Ibid.

<sup>690</sup> Sobre a especificidade da argumentação jurídica, leia-se esse trecho em que Karl Larenz cita lição de Robert Alexy: “O discurso jurídico constituiria todavia um caso especial, pois que argumentação jurídica tem lugar sob uma série de condições limitativas. Estas condições seriam: a vinculação à lei, a consideração que se exige pelos precedentes, a chancela da dogmática resultante da ciência jurídica institucionalmente cultivada, bem como, exceptuado o discurso jucientífico, as restrições decorrentes das regras dos códigos de processo.” Ibid., p. 180.

<sup>691</sup> MARINONI, 2016, op. cit., p. 66.

<sup>692</sup> DWORKIN, 1999, op. cit., p. 271-272.

considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.”

[...]

[...] Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

Donde a necessidade de assegurar ao discurso judicial uma racionalidade controlável pelos demais sujeitos processuais e pela sociedade.

De outro lado, graças à sofisticação das técnicas de argumentação jurídica, as cortes de vértice puderam atualizar o sentido da lei (nos sistemas de *civil law*) e dos precedentes (nos sistemas de *common law*) e fornecer soluções para os conflitos sociais que, às vezes, nem mesmo as cláusulas abertas se revelaram adequadas para solucionar.

A insuficiência das cláusulas abertas conduziu ao terceiro fator responsável pela superação definitiva do formalismo jurídico: a normatividade dos princípios. Sobre este ponto já nos referimos no Capítulo 2, especialmente quando destacamos o debate entre Hart e Dworkin na segunda metade do século XX (item 3.3). Mas vale retomar o assunto.

### 6.3.3 O advento do pós-positivismo

O positivismo acreditava que as soluções para os conflitos estavam nos códigos, nas leis escritas. O pós-positivismo revelou que para solucionar os conflitos mais complexos (*hard cases*), o jurista tem de procurar a solução em outro lugar<sup>693</sup>. Ele procura a solução em um conjunto heterogêneo de padrões, que inclui juízos morais, valores, a lei, a jurisprudência, os princípios jurídicos e os precedentes judiciais. A solução final deve ser construída de maneira argumentativa a partir desse conjunto de fontes normativas e de elementos não textuais. Daí porque esta afirmação de Daniel Mitidiero<sup>694</sup>:

Norma é o texto interpretado. [...]

É uma outorga de significado ao texto e a elementos não textuais da ordem jurídica, que são reconstruídos pela atividade do intérprete. É uma atribuição de sentido a um enunciado linguístico. A norma é na verdade a interpretação da norma: ela simplesmente ainda não é antes da sua interpretação.

<sup>693</sup> BARROSO, 2015, op. cit., p. 30

<sup>694</sup> MITIDIERO, op. cit., p. 66.

A vontade do legislador continua sendo importante. O juiz não pode ser livre para criar Direito. Mas a lei não basta.

Atualmente, quando os cidadãos em geral querem informar-se sobre seus direitos e quando advogados pesquisam fundamentos para seus arrazoados, eles geralmente vão buscar informações nas decisões dos tribunais superiores.

Ninguém mais nega que os juízes, principalmente os juízes das cortes de vértice, quando decidem, introduzem algo novo à ordem jurídica, ou melhor, para referir uma lição de Ronald Dworkin, quando interpretam, os juízes introduzem acréscimos na tradição que interpretam<sup>695</sup>.

Longe do perfil imaginado por Montesquieu, o juiz moderno “[...] é efetivamente a boca da lei – não porque reproduza como um ventríloco a fala do legislador como gostaria a escola da exegese – mas porque atribui a sua voz à dicção Legislativa [...]”<sup>696</sup>, e, nesse mister, acomoda, adapta e, por vezes, integra o enunciado legislativo, fazendo brotar uma norma que não existiria sem sua participação.

Uma vez aceito o fato de que os juízes complementam a obra do legislador, acrescentando algo novo à ordem jurídica, esse “algo novo” deve ter a capacidade de servir de padrão normativo para orientar os cidadãos em geral, os empresários, o Poder Público, no planejamento de suas atividades e na tomada de decisão. Esse “algo novo”, que é uma combinação de legislação e jurisdição, só pode estar contido no precedente judicial, que deve ser visto como um padrão normativo resultante da combinação de elementos textuais e não textuais<sup>697</sup> e que deve estar sujeito ao controle por meio das técnicas de argumentação jurídica.

#### **6.4 As cortes supremas e os precedentes judiciais**

Como visto no capítulo anterior, os verdadeiros precedentes (substanciais) são compostos pela *ratio decidendi* e pelo *obter dictum*. Por sua vez, a *ratio decidendi* é a parte do precedente onde se encontra o(s) fundamento(s) da decisão. Também vimos que o precedente é um tipo de decisão judicial que, além de conter o fundamento da decisão do caso concreto, gera padrão normativo que os juízes futuros aceitam como vinculantes. Não é demais

<sup>695</sup> DWORKIN, 1999, op. cit., p. 275.

<sup>696</sup> MARINONI, 2014, op. cit., p. 429.

<sup>697</sup> Conforme esclarece Daniel Mitidieiro: “[...] como resultam de interpretações de textos dotados de autoridade jurídica ou de elementos não textuais integrantes da ordem jurídica formuladas por cortes encarregadas de dar a última palavra sobre o significado do direito constitucional ou do direito federal [...]”. MITIDIEIRO, op. cit., p. 129.

acrescentar outras considerações sobre o conceito e funcionamento dos precedentes.

Os precedentes são decisões amplamente fundamentadas que se tornam paradigmas para outros casos. Para Lenio Streck, são “[...] as principais decisões de determinado ordenamento jurídico, cuja função primordial consiste em servir de modelos para decisões posteriores”<sup>698</sup>. O precedente é uma decisão considerada íntegra, que “[...] se impõe como padrão normativo, a ser aplicada, analogicamente, a casos semelhantes”<sup>699</sup>. Como decisões paradigmas, devem ainda ser universalizáveis.

O atributo da universalidade está presente quando a decisão se reveste de “[...] razões que demonstrem a possibilidade da sua aplicação em todos os casos dotados das mesmas particularidades fáticas individualizadas como relevantes”<sup>700</sup>. O STJ deve poder aplicar novamente em casos semelhantes futuros o mesmo entendimento empregado na decisão anterior. Logo, a universalidade é o atributo contido na *ratio decidendi* do precedente judicial que vincula os juízes futuros quando tiverem que decidir questões jurídicas e fáticas semelhantes.

A referência constante aos fatos do precedente pretende destacar que o precedente judicial não contém apenas referência a questões jurídicas, vale dizer, o precedente judicial não se limita às máximas, às lições doutrinárias ou à referência a julgados passados. O precedente é uma decisão judicial que não existe separada dos fatos que lhe deram origem. O precedente é uma regra jurídica universalizável que carrega referência aos fatos sobre os quais foi construído. Lenio Streck pondera que o precedente é uma regra jurídica que, se for considerada isoladamente, deixa “[...] de ser *ratio decidendi*, uma vez que a *ratio decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica (caso concreto) que ela solucionou”<sup>701</sup>.

Fundamentalmente, trabalhar com precedentes judiciais envolve constante trabalho de comparação entre os fatos que geraram os precedentes e os fatos em julgamento. Segundo Michelle Taruffo, “[...] o precedente se funda sobre a analogia que o segundo juiz ver entre os fatos do caso que ele deve decidir e os fatos do caso já decidido” na medida em que, no verdadeiro sistema de precedentes, somente com a comparação entre os fatos “[...] é que se pode aplicar a regra pela qual a mesma *ratio decidendi* deve ser aplicada a casos idênticos ou ao menos semelhantes”<sup>702</sup>.

---

<sup>698</sup> STRECK; ABBOUD, op. cit., p. 70.

<sup>699</sup> Ibid., p. 102.

<sup>700</sup> Ibid., p. 106.

<sup>701</sup> Ibid., p. 47.

<sup>702</sup> TARUFFO, op. cit., p. 131.

A história do Direito no sistema de *civil law*, que temos nos esforçado para relatar, demonstra que nem a lei nem a jurisprudência (como conjunto de decisões num mesmo sentido) foram capazes de proporcionar previsibilidade e segurança jurídica. Tal se deve especialmente porque não se compreendeu que a distinção entre texto e norma faz surgir várias interpretações para o mesmo texto legal, não raro contraditórias. De mais a mais, a distinção não foi acompanhada de mecanismos que assegurem a univocidade da interpretação jurídica. Ora, a distinção entre texto e norma deslocou da lei (texto) para a decisão judicial (texto interpretada) a previsibilidade do e no Direito. Por consequência, os sistemas jurídicos precisam dispor de métodos e de órgãos capazes de garantir a univocidade da interpretação e estabilidade do Direito.

Aplicando essas premissas teóricas à atuação das cortes de vértice, Luiz Guilherme Marinoni<sup>703</sup> defende que o STJ deve deixar

[...] de ser tribunal de tutela da lei para ser tribunal de atribuição de sentido à lei não só em virtude da percepção de que o legislativo não tem capacidade de produzir sozinho o direito, mas sobretudo em razão de que se constata que a tarefa interpretativa é valorativa, revelando também vontade, e que, portanto, a decisão não é uma mera consequência lógica do que é produzido pelo legislador, mas uma verdadeira reconstrução de sentido que adere a ordem legislativa, revelando direito que deve orientar a sociedade e pautar as decisões dos tribunais ordinários.

Nesse contexto, a ideia de uniformidade – à qual estamos presos desde a Revolução Francesa – deve ser repensada. Observa Luiz Guilherme Marinoni que a preocupação do STJ não deve ser mais declarar o sentido da lei e reiterar esse entendimento em série noutros julgamentos. O STJ precisa conferir sentido e unidade ao Direito “[...] para orientação da sociedade e para a promoção da igualdade”<sup>704</sup>.

No modelo de corte de precedentes, a uniformidade “[...] não visa tutelar a lei, mas objetiva garantir a igualdade perante o direito revelado nos precedentes.”<sup>705</sup> Luiz Gilhuerme Marinoni prefere falar em unidade do direito do que em uniformidade da jurisprudência, porque afirma que o fim da corte de precedentes é a unidade do direito enquanto a finalidade da corte superior é controlar as decisões judiciais, servindo a uniformidade da jurisprudência como simples instrumento de controle de juridicidade das decisões judiciais<sup>706</sup>.

<sup>703</sup> MARINONI, 2017, op. cit., p. 141.

<sup>704</sup> Ibid., p. 115.

<sup>705</sup> Ibid.

<sup>706</sup> Ibid.

Também nesse ponto, a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni é coerente com a ideia de precedente judicial. Afinal, em um sistema que aceita e pratica os precedentes judiciais, há entre os juízes “[...] forte sentimento de unidade institucional”<sup>707</sup>. E nesse ambiente, os juízes aceitam o papel de liderança da corte suprema<sup>708</sup>.

Em suma, as decisões do STJ devem ser encaradas como decisões de uma corte suprema que irradiam efeitos para a sociedade e para as cortes ordinárias. Para Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni, esse ato final de interpretação e atribuição de sentido deve ser oficializado por meio de precedentes.

Evoluindo para uma corte de precedentes, as atuais hipóteses de cabimento do recurso especial, previstas no art. 105, III, deverão ser repensadas.

Com efeito, a Constituição prevê o cabimento de recurso especial no art. 105, inciso III. Pela alínea ‘a’, é cabível o recurso especial quando a decisão recorrida “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”; e, pela alínea ‘c’, quando a decisão recorrida “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

No Relatório Estatístico de 2014<sup>709</sup>, constou a informação de que dos 251.138 agravos em recurso especial e recursos especiais distribuídos em 2014, 140.582 foram interpostos com fundamento na alínea ‘a’, inciso III, art. 105. E outros 104.478 forma interpostos com apoio nas alíneas ‘a’ e ‘c’ do mesmo artigo. Nos anos posteriores, o STJ não trouxe mais a informação sobre os fundamentos mais utilizados para a interposição do recurso especial.

Recorde-se que, como dito no item 4.3.2, a antiga arguição de relevância foi criada para limitar a interposição do recurso extraordinário justamente pelas hipóteses hoje previstas nas alíneas ‘a’ e ‘c’. Estas duas alíneas correspondem às antigas alíneas ‘a’ e ‘d’ do art. 114, III, da Constituição de 1967, que eram os dois fundamentos mais utilizados pelos litigantes para acessar a jurisdição do STF.

Percebe-se, portanto, que, passados sessenta anos da arguição de relevância, o STJ continua julgando um volume excessivo de recursos especiais e de agravos em recursos especiais com fundamento nas mesmas hipóteses que, no passado, justificaram a limitação de acesso ao STF por meio do filtro de relevância.

Acaso um dia se concretize o ideal de tornar o STJ corte de precedentes, os dispositivos constitucionais que dispõem sobre o cabimento do recurso especial certamente deverão passar por uma reforma constitucional, ainda que por mutação constitucional.

---

<sup>707</sup> MITIDIERO, op. cit., p. 89.

<sup>708</sup> Ibid.

<sup>709</sup> Id. BRASIL, 2014, op. cit.



## 6.5 Filtro de relevância

Por exigir uma atividade mais cuidadosa, mais atenta e mais preocupada em gerar decisões paradigmáticas, uma corte de vértice que deseja funcionar por meio de precedentes deve poder selecionar as questões que considerar mais relevantes. Operar com precedentes demanda tempo e experiência do julgador<sup>710</sup>.

É intuitivo que uma corte de vértice que julga mais de 200 mil processos (ver adiante) por ano não dispõe de condições adequadas para laborar de forma criteriosa em decisões mais fundamentadas, que possam corresponder à complexidades das relações da sociedade moderna.

Para tornar-se verdadeira corte de precedentes, é indispensável que o STJ funcione com filtro de seleção dos recursos especiais. A nosso ver, a introdução do filtro de relevância no juízo de admissibilidade do recurso especial constitui o primeiro passo para transformar o STJ em corte suprema, isto é, em uma corte que julga a partir de seus próprios precedentes. Na história do Direito, não existe corte de precedentes que admita número elevado de recursos. A propósito, Michelle Taruffo salienta que “[a] experiência das cortes supremas que trabalham efetivamente como cortes de precedente mostra claramente que a força dos precedentes é inversamente proporcional ao seu número”<sup>711</sup>.

É ilusório pretender alterar o modo de funcionamento do STJ sem antes garantir-lhe o meio de selecionar os casos relevantes.

A transformação do STJ em corte de precedentes há que ser vista como um processo em curso, cuja primeira etapa está em curso, em processo legislativo, e refere-se à intenção do constituinte derivado de incluir o filtro de relevância também no juízo de admissibilidade do recurso especial. Espera-se que a introdução do filtro – para usar uma expressão de Alexandre Freire – atue como um “empurrão na história”,<sup>712</sup> acelerando o processo de transformação do STJ em corte suprema, com a redução do volume de recursos especiais e de agravos em recursos especiais no acervo processual da corte.

---

<sup>710</sup> MITIDIERO, op. cit., p. 88.

<sup>711</sup> TARUFFO, op. cit., p. 134.

<sup>712</sup> FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In: NUNES, D.; MENDES, A.; JAYME, F. G. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem a professora Teresa Arruda Alvim**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 59.

### 6.5.1 O filtro de relevância na Suprema Corte dos Estados Unidos

De certo modo, a proposta de transformação das cortes superiores em cortes supremas tem relação com o passado das cortes de vértice, especialmente com o passado de recurso de cassação na França do *ancien regime*.

Lembre-se: no Antigo Regime, só eram garantidos aos litigantes dois graus de jurisdição, assim, na França (item 2.4.), como na Inglaterra (ver *supra*, item 5.1). Na França, o fenômeno da cassação era raro; na Inglaterra, a equidade também só por exceção era exercitada pelo rei.

No caso da França, o rei só cassava a decisão das instâncias ordinárias (juízes e Parlamentos) quando entendesse que a decisão judicial trouxesse alguma ofensa ao seu próprio interesse. Tratava-se de ato puramente político, desencadeado de ofício pelo soberano. Só quando perceberam que poderiam colher vantagens processuais da cassação, os litigantes passaram a peticionar ao rei denunciando-lhe uma ofensa à sua vontade, sem que nenhuma lei (ou ordenança) lhes garantisse esse direito.

Enquanto o caso francês revela um movimento de expansão da jurisdição da corte de vértice, a história da Suprema Corte norte-americana demonstra movimento inverso.

Bem cedo, a Suprema Corte dos Estados Unidos percebeu que as elevadas funções de uma corte de vértice – sobretudo de uma corte de vértice que julga por precedentes – seriam sacrificadas caso continuasse permitindo o ingresso de todo e qualquer recurso interposto pelos litigantes, como se se tratasse de uma terceira instância, responsável pela revisão dos erros cometidos pelas instâncias inferiores.

O *Judiciary Act* de 1925 transformou o perfil da Suprema Corte norte-americana. A Suprema Corte, que era um tribunal que “[...] corrigia erros verificados em litígios privados comuns”, tornou-se “[...] tribunal constitucional e passou a resolver questões públicas de importância nacional”<sup>713</sup> (Tradução nossa). A transformação veio acompanhada de um filtro de relevância que foi responsável pela diminuição do número de recursos (*certiorari*) admitidos naquela Corte. O filtro de relevância tem se revelando eficaz ao longo do tempo.

Uma comparação realizada em 2001 revelou que, em 1926, a Suprema Corte admitiu apenas 117 *certioraris* dentre os 586 que lhe foram endereçados. Em 2001, dos 9.195 casos de *certiorari*, apenas 88 foram admitidos na Suprema Corte dos EUA<sup>714</sup>. Ao contrário do que se poderia esperar, o volume de *certioraris* admitidos (*granted*) diminuiu, em que pese o

<sup>713</sup> HALL, et al., op. cit., p. 549.

<sup>714</sup> *Ibid.*

aumento do número de *certiorari* que lhe foram requeridos. Ainda hoje, a Suprema Corte norte-americana admite para julgamento não mais que 1%<sup>715</sup> das *petition of certiorari* que lhe são endereçadas anualmente.

Atualmente, o procedimento do *writ of certiorari* (ou *petition of certiorari*) perante a Suprema Corte dos EUA é disciplinado entre as *Rules 10 a 16 da Rules of the Supreme Court of the United States*<sup>716</sup>. De particular interesse é a *Rule 10*, que prevê a natureza discricionária do filtro de relevância: “*Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons*”<sup>717</sup>. A mesma *Rule 10* fornece alguns parâmetros que a Suprema Corte dos EUA considera relevantes para concessão do *writ of certiorari*:

(a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court’s supervisory power;

(b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals;

(c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court<sup>718</sup>.

A parte final da *Rule 10* diz que “[a] *petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law*”<sup>719</sup>.

Foi esse exemplo dos Estados Unidos que o Brasil recepcionou na década de 1960 e que foi retomado com a EC 45/2004.

Não há justificativa para a ausência de um filtro de seleção similar para o STJ.

## 6.5.2 O STF e o STJ: problemas comuns

O STJ tem suas origens no desmembramento das funções do (antigo) STF. A partir da

<sup>715</sup> THOMPSON; WACHTELL, op. cit., p. 241.

<sup>716</sup> ESTADOS UNIDOS, op. cit.

<sup>717</sup> Ibid.

<sup>718</sup> Ibid.

<sup>719</sup> Ibid.

Constituição de 1988, o STF tornou-se o guardião da Constituição, e o STJ, o guardião<sup>720</sup> da legislação federal infraconstitucional. Ambas as cortes superiores proferem decisões que repercutem com igual intensidade no comportamento das pessoas, das empresas e do poder público.

Gil Wadson Moura Júnior destaca que o recurso especial, tanto quanto o recurso extraordinário, é espécie “[...] do gênero *recurso de estrito direito*, remédios de cunho político-constitucional, com função de manter o império e a unidade do direito constitucional e infraconstitucional”<sup>721</sup>.

A origem e a natureza comum do recurso extraordinário e do recurso especial estão refletidas no Código de Processo Civil<sup>722</sup>. Do art. 1.029 ao art. 1.034, o CPC/2015 cuida do rito comum de ambos os recursos entre a interposição e julgamento. As normas do CPC/2015 são complementadas pelas normas dos Regimentos Internos do STF e do STJ. Entre outros assuntos, as normas regimentais disciplinam o trâmite dos recursos extraordinário e especial nas respectivas Cortes e o processamento de recursos interpostos contra as decisões dos seus Presidentes e dos relatores.

No item 4.3.6, mencionamos que as decisões monocráticas proferidas pelo Presidente e pelo relator, no STF, são recorríveis, respectivamente, para o plenário ou para as turmas, por meio de agravo interno.

O mesmo se passa no STJ.

O art. 21-E, §2º, do RISTJ<sup>723</sup> prevê, por exemplo, que estão sujeitas a agravo interno as decisões do Presidente do STJ quando negar conhecimento a recurso inadmissível, prejudicado ou que não tiver impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida (inciso V); quando negar provimento a recurso contrário a súmula do STF ou do STJ (inciso VI); ou quando der provimento a recurso nos casos em que a decisão recorrida for contrária a súmula do STF ou do STJ (inciso VII). Nesse caso, os autos são distribuídos a um dos Ministros do Tribunal.

---

<sup>720</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial Nº 1.026.234 - DF (2008/0022741-1)**. Relator: Ministro Teori Albino Zavaski. Brasília, 2008. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=784544&num\\_registro=200800227411&data=20080611&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=784544&num_registro=200800227411&data=20080611&formato=PDF). Acesso em: 23 set. 2019.

<sup>721</sup> MOURA JÚNIOR, Gil Wadson. **Debate sobre a proposta de novo requisito de admissibilidade do recurso especial**: a relevância da questão de Direito Federal Infraconstitucional. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2018. (Texto para Discussão n. 247). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/542449>. Acesso em: 23 set. 2019, p. 19.

<sup>722</sup> O CPC de 1973 tratava, em conjunto, dos dois recursos do art. 543 ao 546.

<sup>723</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista. Brasília: STJ, 2019.

As mesmas decisões podem ser proferidas no caso de agravo interposto contra a decisão do tribunal de segunda instância quando não admite o recurso especial (RISTJ, art. 253). Também estão sujeitas a agravo interno as decisões monocráticas proferidas pelos Ministros com apoio nos mesmos fundamentos descritos no parágrafo acima (RISTJ, art. 34, XVIII c/c art. 259).

De acordo com o órgão competente para julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial, o agravo interno poderá ser julgado pela Corte Especial, pelas Seções ou pelas Turmas (RISTJ, art. 259, §6º).

Como se vê, o STJ julga os mesmos recursos internos que o STF. Mas, ao contrário do STJ, o STF dispõe de um filtro de relevância para conter a admissão dos recursos especiais e dos agravos que lhe são endereçados. Não dispondo de tal filtro, o STJ tem que continuar negando admissão de recursos especiais e agravos com apoio em jurisprudência defensiva, o que gera um novo contingente de recursos internos.

Os Relatórios Estatísticos de 2014 a 2016 indicam elevado volume de agravos internos. Em 2014, foram julgados 59.915 agravos internos; em 2015, 76.106; em 2016; 34.551. Os Relatórios Estatísticos de 2017 e 2018 não informam com clareza o número de agravos internos julgados. Vale destacar que os colegiados dão provimento apenas a uma ínfima parte dos agravos internos: em 2014, os colegiados do STJ deram provimento a 4,91% dos agravos internos; em 2015, a 6,53; e em 2016, a 9,26. Do mesmo modo, em 2017 e 2018 os Relatórios Estatísticos não indicam com clareza esse percentual.

É ainda de relevo salientar que o STJ enfrenta igual problema no tocante ao volume de decisões monocráticas proferidas, em detrimento das decisões colegiadas.

No item 4.3.5, pontuamos que, em 2017, quando o STF proferiu 126.484 decisões em recursos extraordinários e nos respectivos agravos, 89,8% delas foram monocráticas. Foi dito que apenas 1,3% dos recursos foram julgados pelo plenário ou pelas Turmas.

Em 2014, os Ministros do STJ proferiram 308.405 decisões monocráticas, enquanto as decisões colegiadas foram “apenas” 81.647; em 2015, foram 363.654 decisões monocráticas e 97.836 colegiadas; em 2016, foram 387.297 decisões monocráticas e 83.425 decisões em sessões; em 2017, foram 393.168 decisões monocráticas e 97.305 decisões colegiadas; em 2018, 415.070 decisões monocráticas e 109.731 decisões colegiadas.

A taxa de recorribilidade interna tem diminuído. Entre 2014 e 2018, a média da taxa

de recorribilidade<sup>724</sup> interna foi de 23,56%.

Por esses números, fica claro que o STF e do STJ enfrentam problemas parecidos, decorrentes das mesmas causas. Enquanto o STJ não dispõe de filtro de relevância, o STF dispõe dele, embora não tenha sabido utilizá-lo de forma adequada, uma vez que a apreciação da presença ou não de repercussão geral é deixada em segundo plano, preferindo o STF inadmitir os recursos extraordinários por meio dos mesmos expedientes ainda hoje usados pelo STJ, é dizer, por meio de jurisprudência defensiva.

## 6.6 A necessidade de extensão do filtro de relevância para o STJ

Sem filtro de relevância, o STJ julgou só nos cinco últimos uma média de 467.507 por ano. As duas classes de agravo em recurso especial e recurso especial concentraram a maioria dos julgados da Corte. Em 2017, dos 490.473 processos julgados, 204.014 foram agravos em recurso especial e 101.123 foram recursos especiais<sup>725</sup>. Além dessas duas classes, o STJ ainda julgou 55.123 agravos internos, 15.326 agravos regimentais e 27.061 embargos de declaração<sup>726</sup>. Em 2018, dos 524.801 processos julgados, 214.331 foram agravos em recurso especial e outros 100.665 em recurso especial,<sup>727</sup> totalizando 317.996 recursos. E mais 62.752 agravos internos; 16.724 agravos regimentais e 32.870 embargos de declaração<sup>728</sup>.

É pouco mais do que evidente que a sociedade atual, por mais complexa que seja, não é capaz de gerar 317.996 questões jurídicas novas num só ano. Ainda que se recorra às particularidades dos casos, não é razoável supor que existam tantas questões especiais que justifiquem o conhecimento dos recursos para reiteração da mesma jurisprudência.

Pelos pressupostos teóricos fornecidos até aqui, conjugados com as estatísticas descritas, há de ser garantido ao STJ técnica de filtragem similar à que já existe para o STF no juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. O constituinte derivado tem nova oportunidade de solucionar a crise do STJ e, ao mesmo tempo, operar correções no modelo

<sup>724</sup> Nos Relatórios Estatísticos anuais, a taxa de recorribilidade interna corresponde percentual de decisões de não admissão, desprovimento ou provimento de recursos por decisões monocráticas do Presidente ou do relator contra as quais foi interposto agravo interno para um dos órgãos colegiados do STJ.

<sup>725</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça. Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica. **Relatório Estatístico 2017**. Brasília, 2017. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=301>. Acesso em: 20 set. 2019. p. 19.

<sup>726</sup> Ibid.

<sup>727</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça. Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica. **Relatório Estatístico 2018**. Brasília, 2018. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=327>. Acesso em: 20 set. 2019. p. 19.

<sup>728</sup> Ibid.

seguido pelo STF, que acabou desvirtuando a função do filtro de repercussão geral.

A técnica almejada pelo STJ é objeto da PEC 209/2012.

Em 15.3.2017, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Emenda Constitucional n. 209/2012, de iniciativa da Deputada Federal Rose de Freitas (PMDB/ES), que pretende incluir a relevância da questão federal como novo requisito de admissibilidade do recurso especial. Eis o teor que se quer dar ao §1º do art. 105 da CF<sup>729</sup>:

No recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para julgamento.

Trata-se de um filtro de relevância que não visa apenas fazer diminuir<sup>730</sup> o volume de recursos especiais admitidos no STJ. O filtro de relevância pretende ser a técnica que permitirá ao STF selecionar apenas os recursos que veiculem – além do interesse particular – algum interesse público.

Com efeito, há questões que chegam ao STJ que não repercutem na sociedade, interessando exclusivamente aos litigantes do caso concreto<sup>731</sup>. Questões como redução do valor de *astreintes*, quando alcança valor elevado por simples descumprimento injustificado da obrigação de fazer imposta pelas instâncias ordinárias, não repercutem socialmente. Assim também, questões sobre redução do valor relativo à reparação de danos morais<sup>732</sup> não apresentam relevância jurídica nem social. Ambas são questões importantes apenas para os litigantes envolvidos. O rol é extenso.

No entanto, ante a falta de filtro de seleção, o STJ acaba tendo que admitir os recursos que superam a chamada jurisprudência defensiva – aquele conjunto de óbices legais e regimentais formados ao longo do tempo que funcionam como “filtro de relevância às avessas”, para usar a expressão de Victor Nunes Leal.

---

<sup>729</sup> BRASIL, 1988, op. cit.

<sup>730</sup> Id. O Superior Tribunal de Justiça enquanto Corte Suprema: de corte de revisão para corte de precedentes. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coord.). **Repercussão geral da questão constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

p. 436.

<sup>731</sup> A esse respeito, leia-se essa observação Arruda Alvim e Daniel Willian Granado, citados por Gil Wadson Moura Júnior: “[...] nada há de democrático em movimentar o STJ para decidir uma questão pouco relevante que interessa apenas ao recorrente”. ALVIM; GRANADO, 2015 apud MOURA JUNIOR, op. cit., p. 49.

<sup>732</sup> BRASIL, Relatório Estatístico 2017, op. cit., p. 11.

Se empregado com sabedoria, o filtro de relevância pode ter êxito no duplo objetivo de reduzir o volume de recursos admitidos pelo STJ, em curto prazo, e, ainda, de criar as condições para que o STJ possa efetivamente desempenhar a função de cortes de precedentes, no médio e longo prazo.

Para isso, contudo, é preciso aprender com a história institucional mais recente e evitar que o STJ cometa os mesmos equívocos praticados pelo STF no emprego do filtro da repercussão geral.

Essa experiência recente do STF com o filtro da repercussão geral é suficiente para demonstrar que o filtro de seleção é uma variável necessária, mas não suficiente para tornar o STJ o *status* de corte de precedentes. Em comparação com o STF, há pelo menos três medidas de ajuste que precisam constar na lei ordinária que regulamentará o filtro de relevância e no RISTJ.

#### 6.6.1 A Corte Especial como órgão interno competente para apreciar a preliminar de relevância da questão federal

Diferente do STF, que é dividido em duas Turmas e Plenário, o STJ é formado pelo Plenário, pela Corte Especial, pelas Seções especializadas e pelas Turmas Especializadas (art. 2º, RISTJ).

O Plenário, formado por todos os Ministros, não possui competência judicial. A Corte Especial é integrada pelos quinze Ministros mais antigos (art. 2º, §2º, RISTJ). Abaixo da Corte Especial estão as três Seções especializadas (art. 2º, §3º, RISTJ). Integram as três Seções os Ministros que atuam nas Turmas “da respectiva área de especialização”. São seis as Turmas, compostas, cada uma, por cinco Ministros: a) “a Primeira e a Segunda Turmas compõem a Primeira Seção; b) “a Terceira e a Quarta Turmas, a Segunda Seção”; c) “e a Quinta e a Sexta Turmas, a Terceira Seção”.

A Primeira Seção é competente para as matérias relativas a direito público em geral (RISTJ, art. 9º, §1º). A Segunda Seção tem competência para as questões de direito privado (RISTJ, art. 9º, §2º). E a Terceira Seção é competente para as causas criminais (RISTJ, art. 9º, §3º).

Já o art. 11 do RISTJ dispõe que a Corte Especial é competente para julgar os embargos de divergência (inciso XIII) “[...] se a divergência for entre Turmas de Seções diversas, entre Seções, entre Turma e Seção que não integre ou entre Turma e Seção com a



própria Corte Especial” e para julgar o recurso especial repetitivo (inciso XVI)<sup>733</sup>.

O RISTJ prevê ainda que a causas sejam remetidas das Turmas para as Seções, e destas para a Corte Especial, conforme a importância da questão e ainda para evitar divergência entre órgãos internos da Corte. Assim, o art. 14, II, diz que

[a]s Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes” [...] II - quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção<sup>734</sup>.

E o art. 16 do RISTJ determina que as Seções e Turmas remetam “[...] os feitos de sua competência à Corte Especial” [...] “IV - quando convier pronunciamento da Corte Especial em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergência entre as Seções”<sup>735</sup>.

O artigo 16 é complementado pelo art. 127 do RISTJ<sup>736</sup>:

Quando convier pronunciamento da Corte Especial ou da Seção, em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergências entre as Turmas, o relator, ou outro Ministro, no julgamento de qualquer recurso, poderá propor a remessa do feito à apreciação da Seção respectiva, ou da Corte Especial, se a matéria for comum às Seções.

Essas notas sobre o RISTJ objetivam destacar que os dois órgãos mais importante do STJ são, nessa ordem, a Corte Especial e as três Seções, neste caso, nas matérias que lhes são reservadas pelo RISTJ.

Dúvida não há de que o próprio RISTJ considera a Corte Especial o órgão competente para julgamento das questões mais relevantes

A prevalecer o critério escolhido pelo STJ, ao dispor, no art. 11, XVI, que compete à Corte Especial julgar o recurso especial repetitivo, com muito mais razão a relevância da questão federal deverá ser competência exclusiva da mesma Corte Especial.

É que o recurso especial repetitivo, como assentado no Recurso Especial n. 1.308.830<sup>737</sup>, é apenas uma “técnica de concentração de julgamento de casos múltiplos”, e,

<sup>733</sup> BRASIL, 2019, op. cit.

<sup>734</sup> Ibid.

<sup>735</sup> Ibid.

<sup>736</sup> Ibid.

<sup>737</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial N° 1.308.830 - RS (2011/0257434-5)**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201102574345&dt\\_publicacao=19/06/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102574345&dt_publicacao=19/06/2012). Acesso em: 24 set. 2019.

portanto, só por exceção pode veicular uma questão relevante do ponto de vista do interesse público. Na verdade, Luiz Guilherme Marinoni destaca que “[u]ma Corte Suprema ideal não se compatibiliza com a existência de recursos múltiplos e, portanto, com a técnica do recurso repetitivo”<sup>738</sup>.

Sem embargo, se as simples questões repetitivas, quando objeto de recursos especiais, são julgadas pelo órgão interno mais importante do STJ, com muito mais razão deve esse mesmo órgão admitir e julgar os recursos especiais quando as questões federais forem consideradas relevantes do ponto de vista social, político, econômico ou jurídico.

Por outro lado, a escolha de outro órgão para admissibilidade do recurso especial poria em risco a efetividade do filtro, pelo baixo nível de legitimidade que representaria a apreciação da relevância da questão federal por órgãos fracionários do STJ, isto é, por uma minoria dos 33 Ministros da Corte, além de tornar possível a divergência entre Turmas e Seções a respeito da existência da relevância da questão federal.

Movido por essa preocupação, foi apresentada uma PEC alternativa no Senado – PEC n. 17/2013 – prevendo que a admissibilidade do recurso especial deve ser apreciada pelo Corte Especial<sup>739</sup>. Gil Wadson Moura Júnior noticia que a PEC n. 17/2013, que tramita em conjunto com a PEC 209/2012, teve parecer pela rejeição na Comissão de Constituição e Justiça do Senado<sup>740</sup>. Eis um ponto que deve ser revisto pelos congressistas, porque põe em risco a própria essência do filtro de relevância, cujo quórum qualificado deve representar a opinião da maioria do STJ, como ocorre na Suprema Corte dos Estados Unidos, e como ocorre no Supremo Tribunal Federal, no Brasil.

#### 6.6.2 O momento processual para apreciação do requisito de relevância

Nos itens 4.3.6 e 5.5.2, deixamos evidenciado que o filtro de relevância não é uma variável suficiente para redução do volume de processos nas cortes de vértice. A Itália tem filtro de seleção, que, como vimos, soçobrou. No Brasil, o STF igualmente falhou e não usufrui de todas as potencialidades da repercussão geral.

No tocante ao filtro de relevância, a experiência da Suprema Corte dos Estados Unidos confirma que o momento, e não apenas o filtro, é a variável necessária e suficiente para alcançar a redução da admissão de recursos, porquanto o juízo sobre a relevância, quando for o primeiro a ser empregado, estanca a reprodução de novos recursos internos, vez que a

---

<sup>738</sup> MARINONI, op. cit., p. 218.

<sup>739</sup> MOURA JÚNIOR, op. cit., p. 4.

<sup>740</sup> Ibid.

decisão sobre existência ou não de relevância é irrecorrível.

No cenário ideal, a lei ordinária, que regulamentar o filtro de relevância, deverá prever que a preliminar de relevância de questão federal seja o primeiro critério empregado para admitir ou não admitir o recurso especial. Em caso de negativa de relevância, a decisão deverá ficar restrita ao caso concreto para não impedir a Corte, futuramente, mudar de entendimento, diante de novas circunstâncias de fato e em cenário jurídico diverso<sup>741</sup>.

### 6.6.3 Votação em plenário virtual

Atualmente, o RISTJ (art. 184-A) disciplina o julgamento em plenário virtual, nos processos de competência da Corte Especial, das Seções e das Turmas. Sem prejuízo da inclusão de outros recursos, a redação atual no RISTJ permite o julgamento pelo plenário virtual dos embargos de declaração, dos agravos internos e regimentais.

É provável que o STJ siga o exemplo do STF e julgue, pelo plenário virtual, as arguições de relevância da questão federal. Mas não deve repetir a prática atual do STF de presumir a relevância quando os Ministros se absterem de votar.

O RISTF, no art. 324, diz que, depois da manifestação do relator sobre a presença de repercussão geral, os demais Ministros deverão encaminhar-lhe, em 20 dias, manifestação, por meio eletrônico. Em caso de inação de algum Ministro, o §1º do mesmo artigo prevê que o silêncio deve ser computado como voto positivo, pela presença de repercussão geral. Não é esse o melhor caminho.

Quem se omite, não valora, não escolhe; demonstra desinteresse. É assim na vida e deve ser assim nas cortes de vértice. Portanto, nada é mais contraditório do que computar o silêncio de algum Ministro como sendo voto positivo<sup>742</sup> pelo reconhecimento da relevância da matéria, com a consequência de admitir-se o recurso especial e ter-se que esperar longo tempo até que seja julgado.

---

<sup>741</sup> Essa proposta foi feita por Frederico Montedonio no estudo já citado intitulado **Como salvar o sistema de repercussão geral**: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar: “Como visto, a razão de ser do *quorum* qualificado é **compensar a impraticabilidade de uma motivação analítica dos juízos de repercussão geral** (Grifo nosso). Como consectário dessa **motivação atenuada ou genérica**, a decisão somente pode produzir efeitos para o caso concreto, não afetando outros casos versando a mesma controvérsia. Nesse sentido, a Constituição não prevê uma expansão automática dos efeitos da decisão de ausência de repercussão geral para todos os processos que discutam uma mesma questão jurídica. Diversamente, o art. 102, § 3º, preceitua que o requisito se refere à “admissão do recurso” (no singular), podendo a Corte “recusá-lo” (também no singular), por manifestação de dois terços dos seus membros. Vale dizer: a Constituição não prevê que a decisão negativa de repercussão geral se aplica sempre a todos os recursos (no plural) sobre uma mesma questão.” BARROSO; REGO, op. cit., p. 708)

<sup>742</sup> Compartilhamos, aqui também, da proposta de Frederico Montedonio. Para esse autor, [...] “o silêncio dos vogais significa concordância integral com o relator”. Ibid., p. 711.

## 7 CONCLUSÃO

A dissertação apresentou um histórico dos recursos julgados pelas cortes de vértice, com destaque para a história das cortes europeias e da corte estadunidense que mais influenciaram a concepção do STF e, depois, do STJ.

Alguns debates atuais sobre a introdução de filtro de seleção para acesso às cortes de vértice pecam por não darem a devida atenção à historicidade das cortes de vértice, preferindo concentrar as justificativas apenas na necessidade de redução do volume de processos, como se a introdução de filtro interessa mais aos próprios Ministros do que à sociedade.

Essa postura deslegitima as propostas de mudança, porque a sociedade, especialmente a classe dos advogados – o elo necessário entre o jurisdicionado e o Poder Judiciário – sente que a restrição ao acesso das cortes de vértice põe em risco seus direitos e interesses.

O método histórico, seguido pelo trabalho, contribui para desfazer o ceticismo em relação às reformas que visam introduzir limites ao acesso às cortes de vértice. Além de demonstrar a origem política das cortes de vértice, o método histórico permite compreender que o próprio modo de atuar dessas cortes mudou ao longo do tempo, sobretudo em razão da distinção entre texto legal e norma verificada durante o século XX.

A modernidade produziu uma quantidade imensa de conhecimento, de teorias e soluções para os problemas humanos. O Direito não ficou indiferente a esse fenômeno. No campo jurídico, essa diversidade na produção do conhecimento humano concorreu para a existência de diversas interpretações para o mesmo problema humano, isto é, a pluralidade de teorias jurídicas e de interpretações da lei gerou disparidade na solução dos mesmos casos levados aos tribunais, resultando em instabilidade social e insegurança jurídica.

Numa sociedade assim plural, o cidadão, as empresas, o próprio poder público, precisam conhecer o Direito, que não é mais encontrado apenas na lei. Nessa sociedade, o Direito é declarado, por último, pelas cortes de vértice, as cortes supremas e as cortes superiores.

A dissertação espera ter esclarecido, principalmente nos Capítulos 3 e 4, quando tratou da evolução das teorias sobre interpretação jurídica e da teoria dos precedentes, que a sociedade moderna pode encontrar nos precedentes, e não mais na lei, estabilidade, previsibilidade, e, acima de tudo, ver assegurada a igualdade do tratamento judicial diante das semelhantes situações jurídicas.

No último capítulo, tentamos demonstrar, por meio de método comparativo, que não mais justifica a disparidade de tratamento conferido pelo constituinte derivado entre o STF e o STJ, ambas, cortes superiores que almejam tornar-se cortes supremas, passando a operar em

seus julgamentos por meio de seus próprios precedentes. Os números atuais do STJ apresentados no Capítulo 5 ratificam os argumentos de Luiz Guilherme Marinoni de que uma corte de vértice só tem condições de transforma-se em corte suprema se contar com filtro de relevância, pelo qual possa selecionar apenas os recursos que tenham questões relevantes e possam servir de orientação para a sociedade.

Ainda no Capítulo 5, ao comparamos as normas dos regimentos internos do STF e do STJ e as estatísticas dos recursos internos julgados por essas duas cortes, deixamos evidenciado que para a redução, em curto prazo, do volume de processos no STJ, após promulgação da PEC 209/2012, é preciso que a lei ordinária, que deverá regulamentar o filtro de relevância, deverá impor ao STJ, como primeiro critério para admissão do recurso especial, a apreciação da preliminar de arguição de relevância, impedindo, dessa forma, a interposição de novos recursos a serem decididos pelo Plenário, pelas Seções ou pelas Turmas do STJ.

Atualmente, a classe dos advogados receia que, com o filtro de relevância, muitas questões passarão a ser decididas, em definitivo, pelas cortes estaduais. A O receio justifica-se porque, não raro, o recurso ao STF e/ou ao STJ representa a última oportunidade de desfazer uma injustiça cometida pelas cortes locais.

O receio é legítimo, porque, quem milita na advocacia, sabe que juízes e tribunais estaduais estão expostos a influências decorrentes de relações pessoais que contribuem para uma prestação jurisdicional viciada, porque desigual e incoerente com decisões anteriores proferidas pelo mesmo juiz, pela mesma Câmara, pelo mesmo Tribunal local.

O autor da dissertação entende, porém, que, nos casos de injustiça manifesta, quando puder verificar, de pronto, indícios de desvios éticos por parte das instâncias ordinárias, nada impedirá que o STJ admita o recurso especial, por considerá-lo relevante, para rever a decisão local, e, por meio de fundamentação adequada, firmar precedente. Noutras palavras, ao firmar o precedente em casos de injustiça manifesta, o STJ poderá criticar o julgamento do tribunal inferior (justificação interna) com argumentos marcados por tal integridade jurídica e moral que poderá servir de exemplo para os casos futuros (justificação externa).

Uma vez firmado o precedente, ao qual se deverá dar a mais ampla publicidade, aos poucos os magistrados e advogados acostumados aos jogos de bastidores serão constrangidos a se adequar ao modelo de justiça em cujo ápice se encontra uma corte de precedentes. De modo que esses juízes e advogados locais, incapazes de oferecer, publicamente, razões apropriadas para distinções (*distinguishing*), aos poucos, tornar-se-ão mais raros, porque uma sociedade que se adequa a uma cultura de precedentes judiciais não tolera esses tipos de profissionais do Direito.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Memória jurisprudencial**: Ministro Victor Nunes. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006. (Série memória jurisprudencial).

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Memória jurisprudencial**: Ministro Aliomar Baleeiro. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006. (Série memória jurisprudencial).

ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado absolutista**. Tradução João Roberto Martins Filho. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.

AZEVEDO, Philadelpho. A crise do recurso extraordinário. **Arquivo Judiciário**, jun., 1942.

BARROSO, Luis Roberto. **Intepretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015.

BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, vol. 7, n. 3, dez/2017 (Direito e Mundo Digital). p. 699. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4824/3615>. Acesso em: 18 set. 2019.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. nova ed. 7. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONATO, Giovanni. O filtro ao recurso de cassação no sistema jurídico italiano. **Revista de Processo**, v. 249, nov., 2015. p. 16. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.249.12.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.249.12.PDF). Acesso em: 18 set. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. 6. tiragem, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei de 18 de setembro de 1828**. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-38214-18-setembro-1828-566202-publicacaooriginal-89822-pl.html](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38214-18-setembro-1828-566202-publicacaooriginal-89822-pl.html). Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto Nº 848, de 11 de outubro de 1890**. Organiza a Justiça Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm). Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 10 ago 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926**. Emendas à Constituição Federal de 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_antecedente1988/emc%20de%2003.9.26.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc%20de%2003.9.26.htm). Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal Pleno. **Ação rescisória n. 725 – Guanabara**. 1966. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=1475>. Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 85.185-1 São Paulo**. Relator: Min. Cezar Peluzo. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358733>. Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 7, de 13 de abril de 1977**. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_antecedente1988/emc07-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc07-77.htm). Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento interno [recurso eletrônico]**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2019. p. 179. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_antecedente1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm). Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula: Súmula 736**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=736.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas Vinculantes: Súmula Vinculante 56**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=56.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869imprensa.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869imprensa.htm). Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm). Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informações Consolidadas**. Números da repercussão geral (situação atual detalhada. Atualização: 18 set., 2019). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=repercussaoInformacoesConsolidadas&pagina=repercussaoInformacoesConsolidadas>. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Taxa de Provimento**. Atualização: 19 set., 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=competenciarecurisal>. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regulamento da Secretaria do STF**. jun., 2019. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=legislacaoAtasSessoesAdministrativas&pagina=regulamento\\_secretaria\\_stf](http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=legislacaoAtasSessoesAdministrativas&pagina=regulamento_secretaria_stf). Acesso em: 19 set. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Relatório Estatístico - ano: 2014**. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=250>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica. **Relatório Estatístico 2017**. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=301>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica. **Relatório Estatístico 2018**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=327>. Acesso em: 20 set. 2019.





CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

COELHO, Damares Medina. **A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Supremo em ação 2018: ano-base 2017**. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/fd55c3e8cece47d9945bf147a7a6e985.pdf>. Acesso em: 13 set. 2019.

COSTA, Moacyr Lobo da. **Breve notícia histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. Edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero. 11. ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. **Rules**. Washington, 2019. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

FERNANDES, Maria das Graças Melo; et al. Análise conceitual: considerações metodológicas. **Rev Bras Enferm**, Brasília, v. 64, n. 6, p. 1150-6, nov./dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/reben/v64n6/v64n6a24.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019.

FONTAINHA, Fernando de Castro; MATTOS, Marco Aurélio Vannucchi Leme de; SATO, Leonardo Seiichi Sasada (Orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013), v.5**: Sydney Sanches. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015.

FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In: NUNES, D.; MENDES, A.; JAYME, F. G. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem a professora Teresa Arruda Alvim**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coord.). **Repercussão geral da questão constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GAROUPA, Nuno; MORRIS, Andrew P. **The fable of the codes: the efficiency of the common law, legal origins, and codification movements.** Programa de Illinois em Direito, Comportamento e Ciências Sociais Artigo No. LBSS11-32, set., 2011. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1925104](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1925104). Acesso em: 18 set. 2019.

GAZIER, François. O Conselho de Estado francês. **FGV EBAP - Cadernos de Administração Pública**, 1995. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11942>. Acesso em: 24 set. 2019.

HALL, Kermit L.; et al. (Ed.). **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. 2. ed. Oxford University Press, 2005

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções (1789-1848)**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra S.A, 1977.

HOBSBAWM, Eric J. **A Revolução Francesa**. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchell. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

HURT, John J., **Louis XIV and the parlements: The assertion of royal authority**. Manchester: Manchester University Press Oxford Road, 2002.

JOURNAL USA (Ed.). A Suprema Corte dos Estados Unidos: igualdade de justiça perante a lei. **Departamento de Estado dos EUA**, Washington, v. 14, n. 10, out., 2009. Disponível em: <https://photos.state.gov/libraries/amgov/30145/publications-portuguese/1009p.pdf>. Acesso em: 19 set. 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LADURIE, Emmanuel Le Roy. **O Estado monárquico, França, 1560-1610**. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LEAL, Victor Nunes. Aspectos da reforma judiciária. **Revista de Informação Legislativa**, v. 2, n. 7, p. 15-46, set. 1965.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da Súmula do STF. **R. Dir. Adro.**, Rio de Janeiro, 145:1-20, jul./set. 1981. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387>. Acesso em: 17 set. 2019.

LESSA, Pedro. **O Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Ética dos precedentes**: justificativa do NCPC. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luis Guilherme. O Superior Tribunal de Justiça enquanto Corte Suprema: de corte de revisão para corte de precedentes. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coord.). **Repercussão geral da questão constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Memória jurisprudencial**: Ministro Castro Nunes. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. (Série memória jurisprudencial).

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve notícia sobre a reforma do Processo Civil alemão. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. [199?]. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/23/revista23%20\(7\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/23/revista23%20(7).pdf). Acesso em: 18 set. 2019.

MOTTA FILHO, Cândido. Rui barbosa e o poder judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. LXII, fasc. I, p. 185-206, 1967.

MOURA JÚNIOR, Gil Wadson. **Debate sobre a proposta de novo requisito de admissibilidade do recurso especial**: a relevância da questão de Direito Federal Infraconstitucional. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2018. (Texto para Discussão n. 247). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/542449>. Acesso em: 23 set. 2019.

NERY JR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

NOLETO, Mauro Almeida. **Memória jurisprudencial**: Ministro Epitacio Pessoa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009. (Série memória jurisprudencial).

NOGUEIRA, Octaciano. **1824**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. (Coleção Constituições brasileiras, v. 1).

NUNES, D.; MENDES, A.; JAYME, F. G. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**: estudos em homenagem a professora Teresa Arruda Alvim. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

POUND, Roscoe. **Readings on the History and System of the Common Law**. 2 ed. 4 impr. Boston: The Chipman Law Publishing Company, 1925.

REMOND, René. **O século XIX – 1815-1914**. São Paulo: Cultrix, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHAMA, Simon. **Cidadãos: uma crônica da Revolução Francesa**. Tradução Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev. e ampl. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero, São Paulo: Marcial Pons, 2012. (Coleção Processo e Direito).

THE JUDICIARY ACT OF 1789. U.S. Statutes at Large 1 (1789): 73. Disponível em: <https://usa.usembassy.de/etexts/democrac/8.htm>. Acesso em: 5 set. 2019.

THOMPSON, David C.; WACHTELL, Melanie F. An empirical analysis of Supreme Court certiorari petition procedures: the call for response and the call for reviews of the solicitor general. **Geo. Mason L. Rev.** v. 16, n. 2, 2009. P.237-302. p. 242. Disponível em: [https://pdfs.semanticscholar.org/9c5f/96fefdf619ea88bf2c00b75d3ad6db4541bb.pdf?\\_ga=2.79124434.73107428.1568901816-846031064.1568901816](https://pdfs.semanticscholar.org/9c5f/96fefdf619ea88bf2c00b75d3ad6db4541bb.pdf?_ga=2.79124434.73107428.1568901816-846031064.1568901816). Acesso em: 18 set. 2019.

TOCQUEVILLE, Alexi. **O antigo regime e a revolução**. Trad. De Yvonne Jean. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

VINCENT, Bernard. **Luís XVI**. Tradução Julia da Rosa Simões. Porto Alegre, RS: L&PM Editores, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**: de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O modelo dos precedentes no Código de Processo Civil brasileiro. In: SARLET, Ingo; JOBIM, Márcio Félix. **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

ZUFELATO, Camilo. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no novo CPC: aspectos gerais. In: **O novo código de processo civil: questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015.