

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
CURSO DE DIREITO

**CAROLINNA LACERDA HELUY**

**A MISSÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ENQUANTO CORTE  
SUPREMA DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA**

São Luís

2017

**CAROLINNA LACERDA HELUY**

**A MISSÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ENQUANTO CORTE  
SUPREMA DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Federal do Maranhão, como requisito  
para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. José Edilson Caridade  
Ribeiro.

São Luís

2017

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

Heluy, Carolinna Lacerda.

A missão do Superior Tribunal de Justiça enquanto  
Corte Suprema da Ordem Jurídica brasileira / Carolinna  
Lacerda Heluy. - 2017.

82 f.

Orientador(a): José Edilson Caridade Ribeiro.  
Monografia (Graduação) - Curso de Direito,  
Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Corte Suprema. 2. Superior Tribunal de  
Justiça. 3. Unidade do Direito. I. Ribeiro, José  
Edilson Caridade. II. Título.

**CAROLINNA LACERDA HELUY**

**A MISSÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ENQUANTO CORTE  
SUPREMA DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Federal do Maranhão, como requisito  
para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em    /    /

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Me. José Edilson Caridade Ribeiro (Orientador)

---

Examinador 1

---

Examinador 2

À minha família, sempre.

## AGRADECIMENTOS

À Deus, por todos as graças alcançadas, mesmo quando não as mereço.

Aos meus pais, Carlos e Silvia, a quem eu devo tudo o que sou e tudo o que, eventualmente, serei um dia. Agradeço por todo amor, carinho, confiança e tempo dedicados a mim. Sinto-me orgulhosa por ser filha de vocês.

Aos meus irmãos, Davvi e Luccas, por todo apoio e carinho. Sou mais forte por ter vocês comigo desde o início.

Aos meus familiares, pelo suporte e por sempre torcerem por minhas vitórias.

A Camus, pelo carinho e paciência de sempre e pelas contribuições à presente monografia. A graduação não teria sido a mesma sem você.

Aos amigos que cultivei durante a graduação e que são, para mim, preciosos presentes para a vida inteira. Em especial, agradeço ao companheirismo de Aline, Bruna, Carol Brayner, Itha, Maria Clara, Paloma, Rani, Rebeca e Tallison.

A turma 122 de Direito da Universidade Federal do Maranhão, por tudo o que me representa.

Ao PET Direito e ao NEDH-Bio, por todo o conhecimento acrescentado.

A todos do 8º Ofício do Ministério Público Federal/MA e da 9º Vara da Justiça Federal/MA, não só pela experiência de estágio enriquecedora, mas por ter tido a oportunidade única de conviver e aprender com pessoas incríveis, as quais tenho profunda admiração e carinho.

*Para ser grande, sê inteiro: nada  
Teu exagera ou exclui.  
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és  
No mínimo que fazes.  
Assim em cada lago a lua toda  
Brilha, porque alta vive.  
(Fernando Pessoa)*

## RESUMO

A presente monografia busca analisar o papel do Superior Tribunal de Justiça ao atuar como Corte Suprema no Estado brasileiro. Para tanto, optou-se pelo método dialético, com análise e discussão das posições doutrinárias em face dos argumentos apresentados, assim como o método indutivo. A monografia divide-se em três capítulos, sendo que o primeiro objetiva descrever e comparar as duas principais tradições jurídicas do Ocidente – *civil law* e *common law* – especialmente no que tange ao papel dos juízes nos dois sistemas, a fim de demonstrar a atual aproximação entre as suas jurisdições à luz da evolução da teoria do Direito. O segundo capítulo pretende discutir o que se entende por Cortes Superiores e Cortes Supremas, e o terceiro, no que lhe concerne, investiga de que forma o Superior Tribunal de Justiça atua como uma Corte Suprema no Brasil. Conclui-se que o Superior Tribunal de Justiça, à luz da Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Civil de 2015, é visto como uma Corte Suprema e tem por papel interpretar de forma adequada a legislação infraconstitucional federal, promovendo a unidade do Direito mediante a formação de precedentes vinculantes. Nessa função, a atuação dessa Corte Suprema situa-se na raiz do Estado Constitucional, determinando uma prática primariamente interpretativa e proativa combinada com a formação de precedentes vinculantes horizontal e verticalmente. Desse modo, entrega-se às partes e à sociedade uma prestação jurisdicional justa e um precedente idôneo para a promoção da unidade do Direito.

**Palavras-chave:** Superior Tribunal de Justiça. Corte Suprema. Unidade do Direito.



## **ABSTRACT**

This monograph seeks to analyze the role of the Superior Court of Justice in acting as a Supreme Court in the Brazilian State. For that, the dialectical method was chosen, with analysis and discussion of doctrinal positions in the face of the arguments presented, as well as the inductive method. The monograph is divided into three chapters, the first of which is to describe and compare the two main legal traditions of the West - civil law and common law - especially with regard to the role of judges in both systems, in order to demonstrate the current approximation between their jurisdictions in the light of the evolution of the law theory. The second chapter aims to discuss what is meant by Supreme Courts and Supreme Courts, and the third, as far as it is concerned, investigates how the Superior Court of Justice acts as a Supreme Court in Brazil. It is concluded that the Superior Court of Justice, in light of the Federal Constitution of 1988 and the Code of Civil Procedure of 2015, is seen as a Supreme Court and has the role of interpreting federal infraconstitutional legislation in an adequate manner, promoting the unity of Law through the formation of binding precedents. In this role, the Supreme Court's action is situated at the root of the Constitutional State, determining a primarily interpretive and proactive practice combined with the formation of horizontally and vertically binding precedents. In this way, the parties and the society are given a fair legal service and an appropriate precedent for promoting the unity of law.

**Keywords:** Superior Court of Justice. Supreme Court. Unit of Law.

## SUMÁRIO

<b>1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....</b>	<b>10</b>
<b>2 BREVE PERFIL HISTÓRICO-COMPARADO DAS JURISDIÇÕES DE <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i> E SUA APROXIMAÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2.1 As bases jurídicas que sustentam a tradição do <i>Civil Law</i>.....</b>	<b>12</b>
<b>2.2 As bases jurídicas que sustentam a tradição do <i>Common Law</i>.....</b>	<b>15</b>
2.2.1 A formação da doutrina do <i>stare decisis</i> .....	19
<b>2.3 A aproximação entre as jurisdições de <i>Civil Law</i> e <i>Common Law</i>.....</b>	<b>20</b>
2.3.1 As repercussões trazidas pelo neoconstitucionalismo .....	21
2.3.2 O papel do juiz frente aos conceitos jurídicos indeterminados e às cláusulas gerais .....	24
2.3.3 As novas diretrizes da interpretação jurídica .....	26
<b>3 DA ORGANIZAÇÃO DAS CORTES JUDICIÁRIAS .....</b>	<b>30</b>
<b>3.1 O modelo de Cortes Superiores .....</b>	<b>30</b>
3.1.1 A estrutura do modelo de Cortes Superiores .....	31
3.1.2 A função reativa das Cortes Superiores .....	33
3.1.3 A eficácia das decisões das Cortes Superiores .....	34
<b>3.2 O modelo de Cortes Supremas.....</b>	<b>36</b>
3.2.1 A estrutura do modelo de Cortes Supremas.....	39
3.2.2 A função proativa das Cortes Supremas .....	40
3.2.3 A eficácia das decisões das Cortes Supremas.....	43
<b>4 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO CORTE SUPREMA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA.....</b>	<b>48</b>
<b>4.1 A composição e a competência do Superior Tribunal de Justiça .....</b>	<b>48</b>
<b>4.2 Obstáculos à configuração do Superior Tribunal de Justiça como Corte Suprema .</b>	<b>51</b>
<b>4.3 O Superior Tribunal de Justiça como Corte de Interpretação.....</b>	<b>57</b>
<b>4.4 O Superior Tribunal de Justiça como Corte de Precedentes.....</b>	<b>67</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>77</b>
<b>REFÊRENCIAS.....</b>	<b>80</b>

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Pretende-se, com a presente monografia, analisar – à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e do Código de Processo Civil de 2015 (CPC) – as funções atribuídas ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), de modo que se tem como objetivo geral demonstrar a atuação do referido Tribunal como Corte Suprema na Ordem Jurídica brasileira.

O tema apresentado possui grande relevância para o direito pátrio, principalmente com a introdução do novo Código de Processo Civil em 2015 no ordenamento jurídico brasileiro, que tornou ainda mais evidente a preocupação com a rápida e efetiva tutela de direitos, a fim de atender aos fins sociais e às exigências do bem comum.

De fato, o processo civil no Estado Constitucional deve ser compreendido como um meio para a tutela efetiva, tempestiva e adequada dos direitos, finalidade que exige que o processo sirva a um duplo discurso, tanto na dimensão particular, mediante a prolação de uma decisão justa, quanto na dimensão geral, mediante a formação de precedentes voltados para a unidade do Direito. Dessa forma, como uma ordem jurídica não pode conviver com distintas soluções sobre os diversos sentidos de um mesmo texto normativo, a interpretação deve ser garantida institucionalmente pelo tribunal de maior hierarquia na organização judiciária.

Com efeito, tem-se como hipótese que, em um sistema que distribui adequadamente as tarefas entre as cortes judiciárias, pode-se dizer que os órgãos jurisdicionais ordinários devem cuidar da produção de decisões justas, sendo responsabilidade dos órgãos jurisdicionais extraordinários a promoção da unidade do Direito mediante a formação de precedentes. Assim, o STJ deve atuar de forma a assegurar a unidade no direito infraconstitucional federal com o intuito de se garantir a melhor tutela de direitos.

Neste ínterim, o ponto crucial para uma idônea organização das cortes judiciárias está centrado na função que essas devem desempenhar na ordem jurídica. Defender-se-á, portanto, a divisão de tarefas entre as denominadas Cortes Superiores e as Cortes Supremas, a fim de que essas últimas possam, por meio da última palavra dada na interpretação do ordenamento jurídico e da formação de precedentes, dar unidade ao Direito.

Assim sendo, no primeiro capítulo, busca-se descrever as bases teóricas que sustentaram as duas principais tradições jurídicas do Ocidente – *common law* e *civil law* –, especialmente no que tange ao papel dos juízes, a fim de demonstrar, ainda, que a própria evolução da Teoria do Direito trouxe mudanças significativas ao mundo jurídico e possibilitou a aproximação entre as duas jurisdições.

No segundo capítulo, discute-se a divisão judiciária entre os modelos de Cortes Superiores e Cortes Supremas. Para tanto, analisa-se os pressupostos teóricos que fundamentam a sua forma de atuação, para em seguida apresentar a estrutura de cada uma das Cortes, cuja composição e competência estão umbilicalmente relacionadas à função e à eficácia das decisões de cada Corte dentro de uma Ordem Jurídica, e serão igualmente delineadas.

O capítulo derradeiro, enfim, está direcionado ao entendimento da atuação do Superior Tribunal de Justiça como Corte Suprema na Ordem Jurídica brasileira. Para tanto, primeiro analisa-se a composição e competência constitucionalmente atribuída ao STJ. Após, enfrenta-se os argumentos comumente utilizados para barrar a atuação desse tribunal como Corte Suprema, superando tais obstáculos. Por fim, esmiúça-se o funcionamento deste Tribunal Supremo como uma Corte de Interpretação, que visa dar sentido e unidade ao Direito infraconstitucional federal, e o faz por meio da atuação como Corte de Precedentes, cujas razões determinantes das decisões possuem eficácia contra todos e devem ser obrigatoriamente seguidas, a fim de que se tenha uma organização judiciária pautada na igualdade e na segurança jurídica, com vistas à melhor atuação do judiciário na efetivação da tutela de direitos.

## **2 BREVE PERFIL HISTÓRICO-COMPARADO DAS JURISDIÇÕES DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW* E SUA APROXIMAÇÃO**

Inicialmente, busca-se, com este capítulo, descrever as bases teóricas que sustentaram as duas principais tradições jurídicas do Ocidente – *common law* e *civil law* –, especialmente no que tange ao papel dos juízes, a fim de demonstrar, ainda, que a própria evolução da teoria do direito trouxe mudanças significativas ao mundo jurídico e possibilitou a aproximação entre as duas jurisdições.

### **2.1 As bases jurídicas que sustentam a tradição do *Civil Law***

A tradição jurídica do *civil law* – ou romano-canônica – é a mais antiga e influente do Ocidente, tendo como palco principal a Europa continental.

Sua origem histórica remete-se ao Direito Romano Imperial, mediante o estudo nas universidades do *Corpus Juris Civilis*, os quais desenvolveram as bases jurídicas do *civil law* em torno da ideia da eficácia do direito como técnica de exercício de poder e a sua aspiração em relação a todos, da burocracia e organização administrativa e financeira do Estado, e da própria perspectiva do Direito como ciência especializada e diferenciada (MACÊDO, 2016, p. 30) – características essas que foram absorvidas com profundidade pelo que hoje é o Ocidente. Para além, ressalta-se que a filosofia católica também marcou fortemente o pensamento jurídico da época, dada a grande autoridade que a Igreja possuía durante todo o medievo nos aspectos morais e éticos.

No entanto, foi a Revolução Francesa o grande marco desse sistema, que possibilitou o desenvolvimento de características peculiares nesta tradição jurídica, baseada na rígida tripartição de poderes, levando à atribuição de funções específicas e valores diferenciados aos juízes e legisladores, além da atribuição da lei como fonte principal do Direito; deu-se, ainda, grande importância para a doutrina, tratando-se o Direito como ciência, além de ter criado a clássica divisão entre Direito Público e Privado e a separação da jurisdição em ordinária e administrativa.

A Revolução Francesa, no final do século XVIII, teve como objetivo principal a derrubada do Antigo Regime – período marcado pelos arbítrios e privilégios da aristocracia em detrimento das demais camadas sociais, cujo papel dos juízes revestia-se também de autoritarismo, uma vez que eram indicados pelo próprio monarca, o que gerava um certo protecionismo.

Com o movimento, buscou-se romper com essa antiga tradição, com a pretensão de substituir o rei por outro poder absoluto – uma Assembleia Soberana –, instaurando, assim, um Estado Democrático que representasse e assegurasse os direitos de todos os cidadãos. No campo jurídico, preocupou-se em criar um direito que fosse capaz de eliminar o passado e as tradições até então herdadas de outros povos.

Assim, o declínio do jusnaturalismo racionalista deu origem à Era da Codificação e à concepção da função judicial como meramente declaratória da lei, o que ficou conhecido como *juge bouche de la loi*. Tal função destinou-se claramente em conter os excessos em que incorriam os magistrados do regime anterior e prevenir os abusos cometidos pelo soberano.

Não havendo confiança nos juízes da época, a lei foi instrumento imprescindível para a concretização dos escopos da Revolução Francesa, motivo pelo qual a supremacia do Parlamento se deu justamente para sujeitar o juiz à literalidade da lei, a fim de que não houvesse distorções que pudessem frustrar os objetivos do novo regime. Nesse sentido, Marinoni destaca:

A preocupação em desenvolver um novo direito e permitir o desabrochar de uma nova sociedade exigiu a admissão dos argumentos de Montesquieu, aceitando-se a necessidade de separação dos poderes e impondo-se, sobretudo, uma clara distinção entre as funções do Legislativo e do Judiciário. Tornou-se imprescindível limitar a atividade do Judiciário, subordinando-o de forma rígida ao Parlamento, cujos habitantes deveriam representar os anseios do povo.

De acordo com Montesquieu, o “poder de julgar” deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual, cognitiva, não produtiva de “direitos novos”. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria o poder de executar as decisões que constituem o “poder de julgar”. Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo Legislativo, devendo o julgamento ser apenas “um texto exato da lei”. Por isso, Montesquieu acabou concluindo que o “poder de julgar” era, de qualquer modo, um “poder nulo” (*en quelque façon nulle*). (MARINONI, 2016, p. 46).

Diante da estrita separação entre o Legislativo e o Judiciário, a vontade apenas poderia estar no Parlamento, a quem havia sido conferido o poder de criar o Direito; ao juiz cabia tão somente expressar as palavras ditadas pelo legislador, porquanto o Direito era concebido unicamente como lei. A prestação judicial deveria se limitar à mera declaração da lei, deixando-se ao Executivo a tarefa de executar as decisões judiciais.

Destarte, o *civil law* passa a ser reconhecido pela rígida e precisa tripartição dos poderes – ou funções do Estado, desenvolvida por Montesquieu, a qual outorga ao Legislativo toda a atividade produtiva do Direito, enquanto exercer a jurisdição representaria apenas enunciar a vontade concreta da lei ou do legislador: o juiz não passaria de *la bouche de la loi*, exercendo um poder negativo. Ademais:

Para que se pudesse limitar o poder do juiz à declaração da lei, a legislação deveria ser clara e capaz de dar regulação a todas as situações conflituosas. Os Códigos deveriam ser claros, coerentes e completos. O medo do arbítrio judicial, derivado da experiência do Ancien Régime, não apenas exigia a separação entre o poder de criar o direito e o poder de julgar, como também orientava a arquitetura legislativa. Além disso, o racionalismo exacerbado, típico da época, fazia acreditar que a tarefa judicial poderia ser a de apenas identificar a norma aplicável para a solução do litígio. (MARINONI, 2016, p. 47).

A partir da codificação e das concepções de positivismo legalista, desenvolveu-se o ideal de que criar o Direito seria tarefa exclusiva do legislador, vedada aos magistrados, que deveriam se limitar a simplesmente aplicar a lei. Esta concepção parte do pressuposto de que a lei seria completa e simples, capaz de antever todos os casos que venham a ser juridicamente tratados. Assim, as próprias lacunas legais deveriam ser resolvidas pelos juízes com base na vontade do legislador. Portanto, “o dogma da onipotência do legislador implica, portanto, num outro dogma estreitamente ligado ao primeiro, o da completude do ordenamento jurídico” (BOBBIO, 2006, p. 74).

O valor da função judicial, portanto, é mínimo na clássica configuração do *civil law*. Com a revolução e a consagração da separação de poderes, a imagem dos juízes não passa da de “operadores de uma máquina construída pelo legislador” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007 apud MACÊDO, 2016, p. 36).

A limitação dos poderes judiciais acaba por exaltar o valor da segurança jurídica, na medida em que mantém o juiz amarrado à letra da lei. Montesquieu (2010, p. 158), ao defender a segurança jurídica estabelecida na aplicação da lei, disse que se os julgamentos “fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”. Assim:

A certeza do direito estaria na aplicação estrita da lei ou, bem vistas as coisas, na própria lei. O ponto tem enorme relevância. Note-se que o *civil law* não apenas imaginou, utopicamente, que o juiz apenas atuaria a vontade da lei, como ainda supôs que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais. Mais, imaginou que a lei seria o suficiente para garantir a igualdade dos cidadãos. (MARINONI, 2016, p. 52-53).

Nessa conjuntura, fica claro que a fonte do *civil law* é, por excelência, a lei, e muitas vezes lei e direito se confundem, enquanto as outras fontes jurídicas – costume, doutrina e jurisprudência – são de importância secundária. Nesta tradição, o Direito poderia ser observado em sua completude na obra do legislador, o único que poderia legitimamente criá-lo.

Ademais, a intensa preocupação com a ciência do Direito elevou a relevância da produção doutrinária. A tradição de cientificidade levou à assunção de que os juristas deveriam

raciocinar de forma dedutiva, e defendeu-se que a lógica subsuntiva seria a forma de raciocínio adequada e suficiente para aplicação da norma: caberia tão só elevar os fatos às normas, trabalhar os seus conceitos e classificações, chegando à conclusão dada pelo próprio sistema.

Arquitetou-se a divisão máxima entre Direito Público e Privado, baseados na ideia de que os interesses gerais, representados pelo Estado, e os dos particulares não teriam a mesma importância e, portanto, mereceriam estruturas, regimes e até jurisdições diferentes: não sendo possível aos juizes ordinários interferirem nas ações da Administração ou do Legislativo, que deveriam ter seus conflitos resolvidos em seu próprio seio, enquanto os particulares afirmariam suas ações perante o Judiciário comum. Tudo isso baseado na ideia de que não cabe aos juizes criar regras gerais e lhes é proibido adentrar nos campos destinados aos outros ramos do Estado (MACÊDO, 2016, p. 39). Proíbe-se, assim, *o judicial review*, ou seja, a revisão pelo Judiciário de atos do Estado, garantindo ao litigante que o juiz não ultrapassaria seus limites, o que leva Marinoni (2016, p. 68) a afirmar existir “nítida relação entre a *lei*, a liberdade e a contenção do poder judicial”.

Ante o exposto, considera-se que a tradição do *civil law* foi marcada principalmente pela elevação da lei à fonte primária do sistema jurídico, estando a tarefa dos juristas baseada em declarações legislativas, vez que os julgamentos se sustentavam em abstrações legais decorrente de um raciocínio dedutivo, a fim de expressar a solução correspondente à vontade do legislador.

## **2.2 As bases jurídicas que sustentam a tradição do *Common Law***

O sistema jurídico do *common law* teve como berço a Inglaterra, cujo Direito representou solitariamente esta tradição até o século XVIII (DAVID, 2002, p. 355).

As circunstâncias políticas no território inglês, notadamente a centralização e a especialização dos Tribunais dos Reis, aliado ao controle da monarquia sobre as demandas locais levaram à criação de um sistema jurídico aplicável a toda a nação, que aos poucos substituiu os costumes locais; foi construído a partir da criatividade jurisprudencial, fruto de uma série contínua de decisões em casos específicos que passaram a constituir um sistema vasto e complexo de regras e princípios, onde se tem a formação do direito comum inglês – o *common law*.

Imerso em um contexto histórico diverso, é certo que o sistema jurídico de *common law* pautou-se em características outras: pela inexistência de uma doutrina rígida de tripartição de poderes, o que levou à complementação das atividades exercidas pelo Judiciário e Legislativo,



garantindo mais autonomia funcional ao juiz e dando especial importância às decisões judiciais – elevando os precedentes à categoria de fonte do direito; assim, deu-se mais importância à atividade prática (julgamento do caso concreto), dando-se ênfase ao processo e contando com jurisdição única, sendo possível o *judicial review*.

A luta contra o absolutismo na Inglaterra se deu por meio da Revolução Gloriosa de forma bem diferente de como ocorreu na França. Nas palavras de Marinoni:

O Parlamento, com a Revolução Gloriosa, venceu longa luta contra o absolutismo do rei. Diante da preocupação em conter os arbítrios do monarca, os juízes sempre estiveram ao lado do Parlamento, chegando a com ele se misturar. Assim, aí não houve qualquer necessidade de afirmar a prevalência da lei – como produto do *Parliament* – sobre os magistrados, mas sim a força do direito comum diante do poder real. Ademais, a Revolução Puritana não objetivou destruir o direito antigo, mas, ao contrário, pautou-se pela afirmação do *common law* contra o rei. (MARINONI, 2016, p. 41).

Na Inglaterra, ao contrário do que ocorreu na França, os juízes não só constituíram uma força progressista preocupada em proteger o indivíduo e em pôr freios no abuso do governo, como ainda desempenharam papel importante para a centralização do poder e para a superação do feudalismo. Naquele país, a unificação do poder se deu de forma razoavelmente rápida, com a eliminação da jurisdição feudal e de outras jurisdições paralelas. E os juízes colaboraram para esta unificação, afirmando o direito de ancestral tradição na nação, sem qualquer necessidade de rejeição à tradição jurídica do passado. (MARINONI, 2016, p. 48-49).

A afirmação do Parlamento pela Revolução Inglesa de 1688, conforme já dito, não teve o propósito de marcar o início de um novo Direito, de modo que apontam que o seu caráter foi conservador, vez que não houve uma verdadeira “revolução”, não estando entre seus objetivos a desconsideração do direito já existente, mas, pelo contrário, confirmá-lo e fazê-lo valer contra um rei que não o respeitava.

Observa-se que não houve uma preocupação no sentido de estancar as atividades típicas e atípicas de forma rígida, sendo mais apropriado se falar de uma coordenação de funções por meio de freios e contrapesos. Ocorreu o que se pode chamar de especialização das funções, com a intenção de melhorar a eficiência das tarefas desempenhadas, e não propriamente de conter grupos sociais ou políticos.

Portanto, em vez de pretender instituir um novo Direito mediante a afirmação da superioridade do Parlamento, nos moldes da Revolução Francesa, a Revolução Gloriosa instituiu uma ordem em que os poderes do monarca estivessem limitados pelos direitos e liberdades do povo inglês. A noção de *rule of law and not of men* não significou apenas o *topos* aristotélico do governo das leis em substituição ao governo dos homens, mas, sobretudo, a luta histórico-concreta que o parlamento inglês travou e ganhou contra o absolutismo (MARINONI, 2016, p. 42).

Assim, toda norma elaborada pelo Legislativo estaria inserida dentro do *common law*, com vistas a afirmação dos direitos e liberdades do povo inglês contra o rei. A Revolução, bem por isso, não teve a pretensão de elevar a lei a uma posição suprema ou a intenção de dotar o Parlamento de um poder absoluto mediante a elaboração do direito.

Mais do que à lei, foi necessário dar destaque ao direito da história e das tradições do povo inglês para conter o poder real, de modo que a ideia de *supremacy of the English parliament* não significou, simplesmente, a submissão do poder real à norma produzida pelo Legislativo, mas a submissão do rei ao direito inglês, na sua completude. Por outro lado, não houve intenção de submeter o juiz ao Parlamento.

Nessa conjuntura, reconheceu-se a atividade criativa pelo Judiciário. Além de não ter se cogitado um juiz destituído de vontade, os próprios princípios e ideais da Revolução Gloriosa criavam meios para que os magistrados pudessem controlar os atos legislativos, uma vez que o Parlamento, embora supremo diante do monarca, também estava submetido aos ditames do *common law*.

O contexto histórico-social no qual esse sistema emergiu não abriu espaço para a desconfiança do papel dos juízes, mas a eles conferiram o poder de afirmar o direito – *common law*. Não houve, assim, uma estrita separação de funções, como explica Marinoni:

Neste sistema, o Legislativo não se opôs ao Judiciário, chegando, em realidade, a com ele se confundir. Na Inglaterra, o juiz esteve ao lado do Parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, reivindicando a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão. Por isso mesmo, ao contrário do que ocorreu em face da Revolução Francesa, não houve clima para desconfiar do judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo. No direito inglês não houve necessidade de elaborar o dogma da aplicação estrita da lei ou de imaginar que o juiz apenas poderia atuar mediante a mera descrição dos termos da lei. O *common law* não precisou negar a natureza das coisas ou criar uma vedação que somente pode ser compreendida como uma dessas regras que advém das utopias de uma revolução. O juiz inglês não só interpretava a lei, como extraía direitos e deveres a partir do *common law*. Mas – é importante frisar – estava submetido ao *common law*; sempre atuava à luz e a partir de um direito. (MARINONI, 2016, p. 33-34).

Não por outro motivo atribuiu-se aos sistemas dessa tradição serem *judge-make law*, ou seja, o Direito seria construído e consolidado pelos juízes. A atividade do Judiciário, no *common law*, é de extrema relevância e requer muito preparo e sensibilidade e, por isso, não pode ser descrita como mecânica, mas sim como um papel de direção processual que requer bastante prudência, técnica, e por vezes, criatividade.

Insta ponderar que no *common law*, por nunca ter existido dúvida de que os juízes poderiam proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes<sup>1</sup> o instrumento capaz de garantir a segurança jurídica, elemento essencial para que a sociedade se desenvolva. Dessa forma, os precedentes ganham importância preponderante como fonte do direito – ao lado da lei e dos costumes –, ou seja, o dado jurídico mais relevante para a tomada de decisão, no sentido de mais comumente utilizado, é o precedente do tribunal de ápice, notadamente a *House of Lords* inglesa (*Supreme Court of United Kingdom*). Reconhece-se, assim, a força obrigatória dos precedentes mediante a acolhida da doutrina do *stare decisis* visando a estabilidade das decisões.

Com isso, a fundamentação das decisões é especialmente discursiva e o raciocínio, analógico, comparativo, buscando demonstrar semelhanças e diferenças entre casos passados e o caso em questão, sem preocupações propriamente científicas. Juízes são caracterizados por sua argumentação a partir de um determinado caso específico do qual se extrai uma norma (*ratio decidendi*) aplicável a casos análogos (MACÊDO, 2016, p. 48).

Destarte, concebe-se o Direito como atividade prática, em que o costume foi apropriadamente revelado pelo juiz por meio de um precedente. Daí porque a formação dos juristas do *common law* ser marcada por sua atividade prática e não teórica, sendo a doutrina pouco relevante, no que se distingue do que se dá nos países de *civil law*, marcados pela formação escolástica das universidades.

A tradição da *common law* é, portanto, um direito fundado sobre o processo, especialmente porque, se existisse qualquer direito substantivo, ele acabava escondido pelo procedimento, tornando o direito processual no *common law* de importância única. Ademais, no *common law* nunca existiu a separação entre jurisdição administrativa e comum, já que caberia aos tribunais conhecer de quaisquer causas dentro de suas competências, independente de quem estivesse a litigar, dada a confiança que existia dessa tradição para com os magistrados (MACÊDO, 2016, p. 49).

Ante o exposto, nota-se que, nos países de *common law*, a função jurisdicional trabalhou como complementação da atividade legislativa, sem que se falasse em uma estrita tripartição das funções estatais, o que elevou a importância das decisões judiciais – chegando, inclusive, a elevar os precedentes judiciais à categoria de fonte do Direito.

---

<sup>1</sup> Para o Direito, os precedentes, mais propriamente os judiciais, são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal noutro caso. São, do ponto de vista prático, decisões anteriores que servem como ponto de partido ou modelo para as decisões subsequentes. (MACCORMICK; SUMMERS, 1997 apud MACÊDO, 2016, p. 70).

### 2.2.1 A formação da doutrina do *stare decisis*

Todo sistema jurídico possui precedentes, o que é peculiar à tradição do *common law* é a doutrina dos precedentes vinculantes, ou seja, a norma segundo a qual os precedentes judiciais são vinculantes e devem ser seguidos pelos julgadores subsequentes diante de casos semelhantes.

Conforme expõem Luiz Guilherme Marinoni e Lucas Buriel de Macêdo, na sua concepção mais rígida, o *stare decisis* demarca a obrigação do juiz, ao solucionar casos, de não se desviar da solução empregada em precedente oriundo de um caso análogo, ainda que o próprio juiz do caso presente considere a solução inadequada ou injusta.

Apesar dos precedentes obrigatórios serem o principal símbolo do *common law*, nem sempre o *stare decisis* esteve presente nessa tradição. Nesse sentido:

Esta tradição funcionou bem até o fim do século XIX sem a afirmação do *stare decisis*. Isso, no entanto, não significa que não se utilizavam precedentes. A atribuição de importância aos precedentes sempre existiu em alguma medida, mas não se tratava o precedente como vinculante para os julgadores subsequentes, não existia uma obrigação dos juízes de seguir os precedentes, mas sim uma simples prática comum de segui-los, diante da inexistência ou falta de claridade das normas jurídicas substanciais e da preocupação com a segurança jurídica e a uniformidade da jurisprudência. Os precedentes eram enxergados como parte da experiência e, como tal, utilizados largamente na fundamentação de outras decisões, mas de modo algum eram reconhecidos como vinculantes e, muito menos, inalteráveis. Era possível, portanto, que o julgador dissentisse do precedente e julgasse em sentido contrário. (MACÊDO, 2016, p. 50).

É difícil precisar quando surgiu o conceito de *stare decisis* e quando se tornou algo estabelecido no *common law*. Contudo, a doutrina foi acolhida oficialmente pela *House of Lords* apenas em 1898, por meio do julgamento do caso *London Street Tramways Co. Ltd. V. London County Council*:

Neste famoso caso, a controvérsia versou sobre os parâmetros da indenização decorrente de desapropriação, tendo a *House of Lords* decidido a mesma questão jurídica em caso análogo, que fora julgado há quatro anos. A mais alta instância inglesa decidiu que os juízes deveriam, ainda que discordassem, seguir os precedentes emanados de sua própria jurisdição e dos tribunais superiores. Foi-se além: não seria possível à própria *House* superar seus precedentes. Assim que determinada norma jurídica fosse estabelecida, deveria ser seguida por todos os tribunais e juízes inferiores e pela *House of Lords*. Esse entendimento se pautou na ideia de que os tribunais deveriam simplesmente enunciar, declarar o direito, e não cria-lo. A criação do direito, e assim sua extinção e modificação, deveria ser feita pelo Parlamento, pelos órgãos com competência legislativa. Uma vez prolatada a decisão, a norma declara no precedente (*ratio decidendi*) só deixaria de vigorar quando o legislativo expressamente a revogasse. Até que isso ocorresse, caberia aos juízes subsequentes e à própria *House of Lords* aplicar o direito anteriormente reconhecido. (MACÊDO, 2016, p. 52).

Apesar desse ser o momento de clara adoção institucional do *stare decisis*, são encontradas diversas manifestações inglesas anteriores em que se faz referência a precedentes obrigatórios, por exemplo, as doutrinas de Blackstone e Kent.

Pode-se indagar, então, por que somente na segunda metade do século XIX adotou-se o *stare decisis*. Isso se deu porque um sistema que utiliza obrigatoriamente precedentes judiciais somente pode operar de forma adequada com a devida publicidade das decisões, conjuntura que somente se tornou viável com os *Law Reports*. Além disso, a preocupação com a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões aumenta nesse período histórico, o que contribuiu para o acolhimento do *stare decisis*.

Tais eventos, especialmente a adoção de precedentes obrigatórios, podem ser compreendidos como o resultado da preocupação muito em voga em garantir segurança jurídica e estabelecer um limite à criação jurisprudencial do direito, com o fito de preservar a liberdade individual. Nesse sentido, o judiciário era entendido como tendo o dever de administrar o Direito – *jus dicere* –, e não legislar – *jus facere*.

Observa-se que a tradição ocidental – tanto o *common law* como o *civil law* – preocupava-se em ampliar a objetividade, sistematicidade e coerência, em uma busca de segurança jurídica. Nessa empreitada, as duas grandes tradições utilizaram instrumentos completamente distintos, porém ambos teorizados a partir do racionalismo – de um lado precedentes obrigatórios e de outro a codificação. Para Macêdo (2016, p. 54-55), tem-se, nesses instrumentos, a pretensão de estatizar a produção do direito e, por mais paradoxal que possa parecer, tanto com a adoção do *stare decisis* como da codificação, buscou-se afirmar que o Direito era criado pelo legislador, já que os precedentes eram tidos por vinculativos, pois declaravam uma norma jurídica que deveria ser seguida, sendo a única forma de extingui-la ou modificá-la, a atuação do legislador, ainda que ruim ou injusta.

### **2.3 A aproximação entre as jurisdições de *Civil Law* e *Common Law***

A tradição do *civil law* lastreou-se na ideia de objetividade, defendendo um sistema jurídico preciso, certo e completo. Como se observou, por muito tempo defendeu-se que o legislador tinha o poder de fornecer *a priori* todas as respostas, cabendo ao juiz simplesmente declará-las, mediante uma atividade mecânica e por meio da subsunção.

Esse ideal serviu como retórica estratégica em busca de contenção judicial. No entanto, o dogma da vinculação estrita à lei não passa de uma utopia, uma vez que a linguagem é fluida

e a lei não pode determinar previamente como os juízes vão entendê-la, atribuir-lhe significado prévio, ou definir com rigidez absoluta seu campo de incidência.

Com o passar do tempo, percebe-se, então, que as normas criadas pelos legisladores não mais correspondem aos interesses da população e aos princípios de justiça. Dessa forma:

Tornou-se necessário resgatar a substância da lei e encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua conformação aos princípios de justiça. Esta “substância” e estes “princípios” foram infiltrados nas Constituições, que perderam os seus resquícios de flexibilidade para se tornarem “rígidas”, no sentido de não passíveis de modificação pela legislação ordinária. A Constituição é dotada de plena eficácia normativa e, assim, a lei perde o seu posto de supremacia.”. (MARINONI, 2016, p. 56-57).

Fica claro, portanto, que o constitucionalismo aproximou a tradição dos dois sistemas jurídicos. Ao se reconhecer a supremacia da Constituição, a concepção interpretativa da legislação passa a se submeter ao crivo constitucional, o que acaba por assemelhar a atividade do juiz do *civil law* ao julgador do *common law* quanto à obrigatoriedade de atuarem conforme os preceitos constitucionais. Além disso, a constatação de que os textos legislativos comportam uma pluralidade de interpretações e, para tanto, dependem de um estudo hermenêutico, fez com que o paradigma da interpretação restrita na literalidade da lei fosse superado.

### 2.3.1 As repercussões trazidas pelo neoconstitucionalismo

O fenômeno do neoconstitucionalismo trouxe mudanças significativas sobretudo no mundo jurídico, mas não só. Marcado principalmente pela “constitucionalização do ordenamento jurídico”, esse fenômeno caracteriza-se pela presença de uma Constituição capaz de condicionar a legislação, a jurisprudência, e também as relações sociais – o que para certos doutrinadores é chamado até mesmo de totalitarismo constitucional:

A constitucionalização, por sua vez, possui uma série de condições: 1) rigidez constitucional: as normas constitucionais possuem nível hierárquico superior e a sua modificação, quando possível, precisa ser realizada mediante um processo especial de revisão; 2) garantia jurisdicional da Constituição, isto é, é preciso que seja previsto um ou vários órgãos capazes de exercer o controle sobre os atos que ferem normas constitucionais; 3) a força vinculante da Constituição, significando a adoção da ideia de que toda norma constitucional é genuína norma, obrigatória e suscetível de produzir efeitos jurídicos; 4) a interpretação extensiva da Constituição, significando que do texto constitucional deve ser extraído o maior número possível de normas, dando-lhe máxima vinculatividade; 5) a aplicação direta das normas constitucionais, no sentido de que a norma constitucional pode ser aplicada pelos juízes e pode produzir diretamente seus efeitos; 6) a interpretação das leis em conformidade com a Constituição; 7) a influência da Constituição sobre relações políticas: as normas constitucionais passam a determinar que algumas opções políticas respeitem um mínimo conteúdo valorativo. (MACÊDO, 2016, p. 132).

Ao estabelecer um parâmetro para apreciar a validade das normas e impedir o dogma da supremacia da lei, a supremacia da Constituição acaba por mitigar a aplicação mecânica das legislações, na medida em que a lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente condicionada aos direitos positivados na Constituição. A lei não mais vale por si, mas depende da sua adequação – conformidade – aos direitos fundamentais.

Vê-se, claramente, a ênfase dada aos direitos fundamentais, notadamente a partir do amplo catálogo estabelecido nos países em que o neoconstitucionalismo se instaurou. A previsão destes direitos fundamentais é incompatível com o ideal de Estado legalista, uma vez que são compreendidos como efetivamente jurídicos e requerem a atuação concretizadora estatal em todas as suas esferas.

Também não passa despercebido a proposta trazida pelo neoconstitucionalismo de aproximação entre o Direito e a Moral, exteriorizada especialmente mediante a ascensão dos princípios à categoria de normas, juntamente às regras. Tal conjuntura exigiu uma metodologia diferente da dedutiva, impondo-se uma prática mais argumentativa, direcionada ao balanceamento dos princípios e valores para a solução mais justa dos casos concretos e suas singularidades (MACÊDO, 2016, p. 133).

É claro que uma nova postura da Constituição requereu uma nova postura interpretativa:

O que se pode dizer coincidente em todas as distintas posições neoconstitucionalistas, fundamentalmente, é a crítica ao positivismo jurídico. Ao se ligar o positivismo ao Estado de Direito do século XIX, à supremacia da lei e ao sistema de fontes, submetem-se tais temas à crítica e à reconstrução. Muito embora o conteúdo das proposições neoconstitucionais varie muito, todas apontam no mesmo sentido. Dessa forma, as posturas neoconstitucionalistas tipicamente defendem que a própria vontade política, vista no positivismo como superior e definitiva do direito, de se subordinar às normas constitucionais. (MACÊDO, 2016, p. 133).

As características apontadas reforçam sobremaneira o papel dos juízes no Direito, eis que o trabalho do Judiciário passa a ser considerado essencial para o equilíbrio e completude do sistema. É importante perceber, como destaca Martin Muñoz, que é um relevante papel dos tribunais criar normas jurídicas ou enriquecer o conteúdo das normas postas pelo Legislativo:

Realmente, o sistema de fontes é sempre “imperfeito”. Isso porque é impossível que ele seja posto, pelo Legislativo ou qualquer outro órgão ou ente, de forma absolutamente: (i) coerente, pois as antinomias e situações de colisão são inevitáveis; (ii) completa, pois a riqueza da realidade não pode ser categorizada de forma exaustiva em normas; e (iii) concreta, diante da textura aberta dos termos constitutivos dos enunciados normativos, formados por componentes linguísticos que são sujeitos para a necessária interpretação. Essa percepção reforça o relevo da criatividade na atividade judicial, que reconstrói normas, ainda que se tenha sua função como de mera solução de conflitos. (MUÑOZ, 2011 apud MACÊDO, 2016, p. 162).

Assim, as compreensões contemporâneas do Direito afastam-se do simplismo lógico do positivismo e ao mesmo tempo também se afastam do extremismo típico do realismo jurídico, justamente com o intuito de evitar a legitimação do decisionismo. Nessa conjuntura, não há dúvida de que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de Direito e de jurisdição: se o direito não está mais na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. Porém:

Mais importante que convencer a respeito da “criação judicial do direito” é evidenciar que o juiz do *civil law* passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios da tradição do *civil law* e tão criativo quanto o do seu colega do *common law*. O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel, como é evidente, nega a ideia de supremacia do legislativo. Lembre-se de que o juiz, mediante as técnicas da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere à lei sentido distinto do que lhe deu o legislativo. Esta nova feição judicial fica também clara – ou ainda mais evidente – ao se prestar atenção na tarefa que o juiz exerce quando supre a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais. (MARINONI, 2016, p. 58).

Por outro lado, considerando-se o *common law*, torna-se fácil identificar posição teórica no sentido de que o juiz, na falta de direito preexistente, realiza atividade criativa. Na verdade, esta é uma questão que o positivismo de Hart põe a toda evidência:

Haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido anteriormente. (HART, 2009, p. 135).

Diante de tudo isso, infere-se que a atividade jurisdicional atua de forma relativamente criativa, independentemente do reconhecimento doutrinário ou da retórica da objetividade. Na prática, é possível demonstrar essa posição através de decisões de Cortes Supremas, inclusive no Brasil:

São, de fato, encontradas manifestações diuturnas de criatividade judicial. No STJ, no Recurso Especial nº 1.383.437, de São Paulo, consagrou-se a teoria da perda de uma chance, mesmo sem base legal expressa: decidiu-se que, em caso no qual um concorrente respondeu corretamente à pergunta que lhe garantiria prêmio e ainda assim foi desclassificado, é-lhe devido o reconhecimento do direito de receber a quantia correspondente ao acerto da questão mais valor calculado a partir da probabilidade de sucesso nas perguntas posteriores, com base no prêmio final. No Supremo Tribunal Federal, as manifestações de criatividade são ainda mais comuns e evidentes. Há uma imensa gama de importantíssimas decisões sobre variados temas. A título exemplificativo, rememorem-se as decisões sobre pesquisas com células-



tronco embrionárias, união homoafetiva, manifestações culturais cruéis com animais, obras literárias com conteúdo racista e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Cada uma dessas decisões possui grande importância para o ordenamento jurídico brasileiro e não se pode afirmar advirem de uma mera declaração ou explicitação de um conteúdo anterior, já determinado e seguro. (MACÊDO, 2016, p. 160).

Ora, tudo isso apenas pode significar, aos olhos da tradição do *civil law*, uma afirmação do poder judicial com força de direito.

### 2.3.2 O papel do juiz frente aos conceitos jurídicos indeterminados e às cláusulas gerais

Na época do Estado Liberal Clássico – fruto da Revolução Francesa, garantia-se ao litigante que o julgador não ultrapassaria os limites das normas, inclusive dos meios executivos tipificados na lei; vigorava, assim, o princípio da tipicidade das formas processuais, contra a possibilidade de arbítrio do juiz. Contudo, a experiência histórica demonstrou a necessidade de habilitar os litigantes e o juiz de maior poder para permitir que os jurisdicionados pudessem utilizar o processo de acordo com as novas situações de direito material e com as realidades concretas, bem como para dar ao magistrado a efetiva possibilidade de tutelar essas novas questões.

Assim, o Direito anteriormente perspectivado de forma lógica passa a admitir sua dimensão linguística, inserindo novas questões e soluções ao mundo jurídico, em resposta à evolução social:

É nesse contexto que a doutrina inicia sua preocupação em lidar com conceitos vagos, sendo estes divididos em conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais. Ambos, consoante a definição mais frequente no direito brasileiro, são dotados de vagueza semântica, diferenciados pela gradação em que tal característica se apresenta: nos conceitos indeterminados a hipótese fática da norma é indefinida, enquanto nas cláusulas gerais tanto a hipótese fática como o consequente normativo, isto é, a eficácia atribuída ao fato jurídico gerado pela incidência da norma, são vagos. (MACÊDO, 2016, p. 139).

Passa-se, então, a trabalhar com a textura aberta da linguagem, ocasionando a percepção de que trabalhar com termos jurídicos, na medida em que lida com conceitos empíricos, é lidar com termos incompletos, que possuem mobilidade semântica justamente por não poderem ser exaustivamente testados e, assim, delimitados (MACÊDO, 2016, p. 139).

Com isso, o legislador passou a criar institutos dependentes do preenchimento de conceitos indeterminados, admitindo o seu uso na generalidade dos casos, além de ter fixado normas processuais abertas, permitindo a construção do modelo processual adequado à natureza da tutela específica almejada. Isso porque:

Essas regras fundam-se na compreensão da ideia de que a lei não pode vincular as técnicas processuais às necessidades de direito material nem desenhar tantos procedimentos quantas forem as situações substanciais carentes de tutela. Além disso, o legislador não pode antever todas as necessidades de direito material, uma vez que estas não apenas se transformam diariamente, como assumem contornos variados conforme os casos concretos. Assim sendo, chegou-se naturalmente à necessidade de prever normas destinadas a dar aos jurisdicionados e ao juiz o poder de identificar, a partir de conceito jurídico indeterminado, quando a técnica processual pode ser utilizada, bem como o poder de individualizar a partir das circunstâncias do caso o instrumento processual adequado à tutela do direito material. (MARINONI, 2016, p. 68).

O legislador – ciente de que a jurisdição não pode dar conta das variadas situações concretas sem a outorga de maior poder e mobilidade –, portanto, passa a utilizar regras de conceitos indeterminados aptas a permitirem a ampliação da efetividade da tutela jurisdicional pelo Judiciário. Ao ser adotada técnica de redação de regras abertas, fica o autor incumbido da identificação das necessidades concretas para modelar a ação processual e o juiz encarregado de preencher os conceitos jurídicos indeterminados, individualizando a técnica processual a fim de permitir a efetiva tutela do direito material, adequando o Direito às modificações dos casos a serem julgados.

A lei passa a ser considerada insuficiente, requerendo a complementação pelo juiz. E, de fato, na caracterização desses tipos abertos, resta ao juiz uma margem de livre apreciação, cuja resolução deve ser pautada pela justiça, tendo-se como base a norma constitucional. Dessa forma, extrai-se que em havendo dúvida quanto à aplicação das cláusulas gerais ou dos conceitos jurídicos indeterminados, a palavra final é do Judiciário.

Os conceitos indeterminados proporcionam ampla margem de significados a serem empregados pelo juiz no caso concreto. Em alguns casos, o enquadramento será fácil, comunicando o enunciado fático com a descrição legal, ainda que fluida, do tipo normativo; todavia, no mais das vezes, o julgador se verá defronte com duas ou mais soluções e, nesses casos, é imperioso que sejam fixados parâmetros mínimos à concreção da norma, para que possa atingir um resultado justo. E, a partir do emprego de uma cláusula geral ou conceito indeterminado, livre das amarras da lei, podendo então mais do que subsumir, ser-lhe-ia permitido valorar o conceito e concretizá-lo fazendo uso de elementos extrajurídicos. Com isso, tem-se um juiz que se distancia da configuração de Montesquieu, o qual apenas tinha a função de expressar as palavras da lei (MACÊDO, 2016, p. 140).

A constante aplicação desses institutos é capaz de formar uma gama de julgados, que serviria de referência, dando especial relevo aos precedentes, pois, na medida em que casos concretos fossem sendo decididos com sua aplicação, tais conceitos passam a ser apenas

relativamente indeterminados pelo “grupo de casos”, contribuindo para a criação do Direito futuro (MACÊDO, 2016, p. 141).

Desse modo, apesar das cláusulas gerais provocarem no juiz o poder criativo, uma vez que é chamado a intervir mais intensamente na construção da norma diante das lides a ele submetidos, deve ser procurado o equilíbrio, para que o magistrado possa ter liberdade de construir a norma e, da mesma forma, o Direito seja realizado com previsibilidade e segurança.

Novamente, fica claro que a utilização de conceitos indeterminados e cláusulas gerais aproximou<sup>2</sup> sensivelmente as decisões dos juízes dos dois sistemas: o juiz de *civil law*, quando raciocina a partir de princípios constitucionais ou com base em cláusulas abertas, decide como o juiz de *common law*, que cria o direito mediante sua interpretação.

### 2.3.3 As novas diretrizes da interpretação jurídica

A teoria da interpretação que mais se aproxima da tradição do *civil law* é a denominada formalista ou cognitivista, cuja atividade interpretativa possui natureza cognitiva, resultando numa descrição ou declaração; além disso, essa teoria pressupõe as ideias de completude e coerência do Direito, cujo conteúdo da lei está implícito no texto legal, de modo que o juiz apenas declara o texto legal. Logo, a interpretação não é mais do que a mera reprodução de um enunciado descritivo.

Essa proposta, típica do racionalismo, procurou transformar o Direito numa ciência lógica, marcada pelo positivismo legalista, fazendo equivaler texto e norma e lei e Direito, e acabou por eliminar espaço para a preocupação com a hermenêutica e com a retórica. Realmente, ao se conceber o Direito como algo posto anteriormente de forma completa e acabada, não há razão para se preocupar com o método de aplicação, que se limitaria à repetição mecânica dos ditames da lei.

Nesse sentido, a interpretação seria a averiguação do significado objetivo dos textos normativos ou da intenção subjetiva de seus autores, e a argumentação serviria tão somente para demonstrar o erro ou acerto empírico do resultado proposto.

Contudo, com a evolução da sociedade e, em mesma medida, da teoria da interpretação, percebeu-se que não existe somente uma resposta certa, mas uma interpretação adequada, fruto da valoração do intérprete. A norma, portanto, não antecede a interpretação, mas dela deriva.

---

<sup>2</sup> Em sentido contrário: MACÊDO, Lucas de Buriel. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2016.

Assim, a norma, enquanto decisão judicial, é reconstruída a partir de elementos textuais e extratextuais da ordem jurídica, superando-se o entendimento de que estaria implícita ao texto legal. Para tanto, o juiz valora, seja ao eleger determinada diretiva interpretativa, seja ao optar por um dos resultados da atividade-interpretação.

Demonstra-se ser falacioso o entendimento de correspondência biunívoca entre lei e resultado-interpretação, uma vez que “toda disposição é (mais ou menos) vaga e ambígua, de modo que tolera diversas e conflitantes atribuições de significado” (MARINONI, 2016, p. 77). Neste sentido, a uma única disposição correspondem uma multiplicidade de normas dissociadas.

A partir do momento que se assume a dissociação entre texto e norma e a incessante construção e reconstrução do Direito nos processos aplicativos, a preocupação com problemas relativos à interpretação dos textos normativos e às formas argumentativas no discurso jurídico, buscando dar racionalidade e controlabilidade a esse processo criativo, torna-se imprescindível para o bom funcionamento do sistema jurídico.

Para o aperfeiçoamento da racionalidade da argumentação judicial, Alexy propõe a passagem por quatro procedimentos ou a criação de um procedimento com quatro etapas ou graus: o primeiro é o *discurso prático*, envolvendo um sistema de regras que formula uma espécie de código geral da razão prática; o segundo é o *procedimento legislativo*, constituído por um sistema de regras que garante uma considerável medida de racionalidade prática e, nesse sentido, justifica-se dentro das linhas do discurso prático. Depois segue o *discurso jurídico*, voltado à solução de questões práticas, cuja argumentação jurídica não se refere ao que é absolutamente correto, mas ao que é correto no marco e sobre a base de um sistema jurídico validamente predominante. Por fim, ter-se-ia o *procedimento judicial* (ALEXY, 2008, p. 530-532).

Nota-se que Alexy apresenta um modelo de motivação racional que constitui a um só tempo o modelo de decisão judicial justificado mais adequado, em uma perspectiva ético-normativa, à natureza e à função do Estado de Direito Constitucional-Democrático, que é a única forma de organização juspolítica moralmente aceitável.

A interpretação, portanto, não é realizada mediante um traço linear, guiado por critérios formais e premissas certas, aptos a conferir a um resultado exato. Nesse sentido:

O uso das diretivas e o emprego das valorações devem ser justificados; as opções interpretativas devem ser justificadas. Wróblewski trabalha com os conceitos de justificação interna e de justificação externa. A justificação interna da decisão judicial ocorre quando a decisão é inferida de suas premissas em conformidade com uma regra de inferência aceita. É o que se dá na particularização da norma geral mediante a

subsunção. Na justificação externa, porém, o que está em jogo não é a validade da inferência, mas a validade das premissas. A justificação externa de uma decisão exige a demonstração de que as suas premissas são consistentes. (MARINONI, 2014, p. 105).

Assim, a interpretação pode determinar apenas o significado fundado no emprego correto de critérios de eleição aceitáveis, pela escolha do significado fundado nas “melhores razões”. Para isso, a decisão precisa ser racionalmente justificada sob um parâmetro interno (coerência entre as premissas e conclusões) e outro externo (aceitabilidade das premissas).

Ademais, conforme o entendimento dos professores Marinoni e Mitidiero, a evolução da teoria da interpretação coloca nas mãos das Cortes Supremas a função de atribuir sentido ao direito ou definir a interpretação adequada do texto legal, evidenciando a necessidade de a decisão da Corte ser legitimada por uma argumentação racional. A opção interpretativa deve ser justificada mediante argumentos racionalmente aceitáveis.

O Direito, então, passa a ser entendido como interpretação e prática argumentativa e, assim, a decisão ganha autonomia em relação à lei. No entanto:

Sucedem que, não obstante a evolução da teoria da interpretação, o modelo de Corte associado ao formalismo interpretativo sobreviveu e ainda está presente no Brasil e, com maior ou menor intensidade, em quase todos os sistemas de *civil law*. Note-se que, quando a função da corte de vértice resume-se à declaração do sentido exato da lei, nada é adicionado à legislação de modo que não há como ter decisão que revela um sentido atribuído à lei e, por consequência, motivo para ter precedente dotado de autoridade. Se a decisão da Corte define o sentido exato da lei basta um sistema que garanta a correção das decisões que dele discrepem, dirigida ao passado. (MARINONI, 2016, p. 78).

Mas, quando a decisão da Corte atribui sentido ao direito – baseada na dissociação entre texto e norma –, outorga-se unidade ao direito com a elaboração do precedente. Proclamar a interpretação mediante precedente e, assim, garantir a unidade do direito, é a função da Corte Suprema, o que quer dizer que a “uniformidade da interpretação” não pode mais ser meio de controle da legalidade, devendo ser vista como sinônimo de “unidade do direito”. Na verdade, a interpretação uniforme era meio de controle da legalidade e o precedente é meio de tutela da igualdade, na medida em que a interpretação não mais é método para a revelação da norma contida na lei, mas instrumento para a elaboração do seu significado (MARINONI, 2016, p. 78).

Porém, apesar da evolução da teoria da interpretação e da possibilidade da compreensão teórica da real função das Cortes Supremas, ainda é necessário, num direito marcado pela disputa interpretativa, otimizar a estabilidade das decisões e a sua previsibilidade, desenvolvendo-se uma teoria de precedentes.

A corte de vértice de uma organização judiciária, portanto, só pode ser vista como Corte de Interpretação que, ao atribuir significado ao direito, por consequência garante a igualdade perante o Direito.

### 3 DA ORGANIZAÇÃO DAS CORTES JUDICIÁRIAS

A discussão, neste capítulo, estará pautada no modelo de divisão judiciária em Cortes Superiores e Cortes Supremas. Para tanto, primeiramente analisa-se os pressupostos teóricos que fundamentam a forma de atuação de cada Corte para, em seguida, delinear a estrutura de cada uma delas, cuja composição e competência estão umbilicalmente relacionadas à função e à eficácia das decisões de cada Corte dentro de uma organização judiciária.

#### 3.1 O modelo de Cortes Superiores

Para uma melhor compreensão do modelo de Corte Superior – designada como uma corte de vértice da organização judiciária –, necessário o reconhecimento dos pressupostos teóricos, do ponto de vista da teoria do Direito, que fundamentam a sua forma de atuação. O professor Daniel Mitidiero os resume em três aspectos basilares:

Esse modelo pressupõe em primeiro lugar a assunção dos dogmas da *estatalidade* e da *completude* do Direito, típicos da grande maioria das construções conceituais da cultura jurídica europeia dos Setecentos e Oitocentos. Em segundo lugar, a compreensão da teoria da *interpretação judicial* como uma atividade puramente *lógico-intelectual de descoberta do significado exato e objetivo da norma legislativa*, igualmente própria da cultura jurídica dos Oitocentos. Em terceiro lugar, uma particular concepção a respeito da *teoria da separação dos poderes*, cuja origem pode ser ligada ao ciclo constitucional francês do final dos Setecentos, com profunda penetração em toda a sua vasta área de influência. (MITIDIERO, 2017a, p. 44, grifos do autor).

Nesse sentido, conjectura um Direito necessariamente decorrente da autoridade do Estado, compreendido como um sistema coerentemente completo, no qual o legislador previu todas as respostas, concentrando todo o Direito em códigos, que passaram a ser vistos como a forma ideal para identificação, organização e concentração da ciência jurídica. Não por outro motivo, o Direito passou a ser identificado com o texto da legislação, onde o processo de sua produção e reconhecimento era extraído por meio de um método puramente lógico-dedutivo; texto e norma confundiam-se, e os princípios, destituídos de caráter normativo, funcionavam apenas como fundamentos das normas.

Adotou-se, portanto, a teoria formalista ou cognitivista no âmbito da interpretação jurídica, uma vez que diante da completude do ordenamento jurídico – obra do legislador, o papel do juiz de interpretar a legislação limitava-se a descobrir o único significado intrínseco ao texto normativo e declará-lo, sem em nenhum momento realizar qualquer escolha valorativa.

Nessa perspectiva, a redução do Direito à legislação e a compreensão da interpretação como ato de simples conhecimento levam a uma organização política que vê no legislador o criador da norma, encarregado da redação do texto e da outorga de sentido, e no juiz um simples aplicador mecânico da norma pré-existente. Há, assim, uma estrita separação de poderes:

Esse modo de compreender a interpretação jurídica teve uma influência muito significativa na formação do direito processual civil e, muito especialmente, presidiu o modo como, por exemplo, foram concebidas a *Cour de Cassation* francesa e a *Corte di Cassazione* italiana. Não por acaso, essa forma de encarar a interpretação jurídica subjaz às conhecidas fórmulas que estão na base da *Cour de Cassation* (cuja função é cassar toda decisão que contenha uma “*contravention expresse au texte de la loi*”) e da *Corte di Cassazione* (cuja função é velar pela “*esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale*”). (MITIDIERO, 2017a, p. 47, grifos do autor).

O modelo de Corte Superior – influenciado pelas Cortes de Cassação –, portanto, assume como base teórica a existência de uma norma legislativa cujo único significado está implícito objetivamente em seu texto; ao juiz, cabe apenas declarar essa exata interpretação, preexistente. Não por outro motivo, as Cortes Superiores, como será visto adiante, se voltam para a tutela da legalidade, a fim de controlar a exata interpretação da norma, anteriormente ditada pelo legislador.

### 3.1.1 A estrutura do modelo de Cortes Superiores

Diante do contexto teórico apresentado, percebe-se que há uma verdadeira divisão de tarefas entre os poderes Legislativo e Judiciário, na qual o magistrado apenas subsume a legislação ao fato. A Corte Superior, então, ocupa a posição de tutela do legislador contra os juízes, estabelecendo-se aí uma clara relação de oposição, uma vez que tende a cassar a decisão tida como equivocada.

Quanto à sua composição, tendo em vista a necessidade de juízes capazes de realizarem a exata interpretação da legislação, incontestável é a compreensão de um perfil específico de magistratura para sua formação:

A composição da Corte Superior deve se dar exclusivamente por membros da carreira judiciária – ou, pelo menos, deve contar com membros da carreira na sua esmagadora maioria – a fim de que se tenha tanto quanto possível um corpo de magistrados profissionalizado, compacto e homogêneo. A antiguidade na carreira judiciária deve ser o único critério orientador para seleção dos membros que devem compor esse modelo de Corte. Como observa a doutrina, em estreita conexão com a teoria cognitivista e com a função mecânica da jurisdição deve-se receber como um complemento necessário uma “*concezione della magistratura come corpo compatto, indifferenziato all’interno benchè fortemente differenziato verso l’esterno*,”



*che deve compiere scelte omogenee ai vari livelli e nei diversi luoghi”*. (MITIDIERO, 2017a, p. 50-51, grifos do autor).

Uma Corte formada predominantemente por membros da carreira judiciária, tende a reproduzir com maior facilidade as diretrizes normativas ditadas pelo poder político, permitindo uma maior ascendência do poder político sobre a magistratura. É por isso que Mitidiero (2017a, p. 51) afirma que “a uniformização de jurisprudência levada a efeito pela Corte Superior acaba se tornando nesse contexto um instrumento político de grande valor”, já que a tutela da legalidade acaba por reproduzir as aspirações políticas por meio da afirmação do sentido exato da lei.

No que tange à competência, reserva-se à Corte Superior exclusivamente o exame de questões de direito, o que não causa nenhuma surpresa, uma vez que a tarefa judicial tem como premissa maior a norma, sendo o fato premissa menor:

Essa pressuposição de que “*premissa di diritto e premissa di fatto siano nettamente separabili entro lo schema silogistico della decisione giudiziale, che la prima sia determinabile indipendentemente dalla seconda*” estava presente não só nas clássicas fórmulas ligadas à *Cour de Cassation* francesa e à *Corte di Cassazione* italiana, mas também na maneira como a doutrina alemã do final de Oitocentos entendia a expressão “*Gesetzesverletzung*” constante do antigo § 550 da *Zivilprozessordnung*, que autorizava o recurso de *Revision* para o *Reichsgericht*, e nos atuais arts. 360, n. 3 (“*violazione o falsa applicazione di norme di diritto*”), do *Codice di Procedura Civile* italiano e 604 (“*non-conformité du jugement qu’il attaque aux règles de droit*”) do *Nouveau Code de Procédure Civile* francês. Em todos esses casos, pressupõe-se o isolamento e a ausência de recíproca implicação entre fato e direito no processo de interpretação e aplicação do Direito. (MITIDIERO, 2017a, p. 51-52).

Destarte, uma Corte Superior tem competência para o exame de todos os recursos a ela dirigidos. A partir das decisões recorridas, realiza um verdadeiro controle jurídico, analisando se o órgão jurisdicional de base interpretou de forma exata a lei e aplicou-a corretamente ao caso. Assim, avalia as questões de direito do caso – seja para controlar a aplicação da legislação pela decisão com a finalidade de simples cassação, seja para controlá-la mediante revisão.

Em sendo a lei o parâmetro do controle, e o seu objeto, a decisão judicial, compete à Corte Superior reconhecer os erros cometidos pelos demais órgãos do Poder Judiciário, a fim de encerrar a controvérsia a respeito da legalidade da decisão judicial recorrida com a correta aplicação do Direito.

### 3.1.2 A função reativa das Cortes Superiores

Como a competência da Corte está voltada para o controle da legalidade das decisões recorridas, é certo que para desempenhar essa função, pressupõe-se a existência de uma violação ao Direito já perpetrada, que deverá ser eliminada mediante cassação ou reforma dessa decisão. Com efeito, ao defender a legislação contra a atuação do próprio Poder Judiciário, a Corte reage a uma violação ao Direito já cometida pelo órgão de primeiro grau; nessa lógica, sua função é voltada a corrigir o passado. Outrossim:

É por essa razão que a Corte Superior é uma corte de tutela da legalidade diante das decisões judiciais. A função da Corte Superior é vocacionada a consertar o passado, controlando a aplicação judicial da lei no caso concreto, sendo voltada para a aferição e controle dos *erros* judiciais. Nessa perspectiva, a interpretação da lei não constitui propriamente a finalidade da Corte Superior. A interpretação da lei é na verdade um meio para obtenção do fim – controle de legalidade das decisões judiciais. A interpretação da lei é meio e não fim colimado à Corte Superior. Como observa a doutrina, a Corte *“funziona per garantire che gli organi giurisdizionali, quando deducono la esistenza di queste specifiche volontà dalle norme generali che costituiscono il diritto obiettivo, intendono queste norme nel loro esatto significato astratto”*. Vale dizer: é um órgão de controle de aplicação da legislação, não um órgão voltado precipuamente à interpretação do Direito, interessando em primeiro lugar a decisão recorrida, não a obtenção de interpretação uniforme do Direito. É por essa razão que o art. 604 do *Nouveau Code de Procédure Civile* refere que a jurisdição cassacional *“tend à faire censurer”* a *“non-conformité du jugement”* à lei, atuando aí uma função *“jurisdictionnelle et disciplinaire”*. Dito claramente: a Corte Superior é uma corte de controle, não uma corte de interpretação do Direito. (MITIDIERO, 2017a, p. 53-54, grifos do autor).

A propósito, a função nomofilática da Corte Superior está justamente na defesa da legislação diante das decisões judiciais. Por esse motivo, a uniformidade da jurisprudência é vista, aqui, apenas como um instrumento em relação à função de controle desempenhada pela Corte. O fim almejado é a tutela da legalidade mediante aplicação da justiça ao caso concreto, sendo assim, a fixação da exata interpretação da lei mediante uma jurisprudência uniforme – que não deixa de ser um dever da corte – é apenas um meio de realçar a violação da legislação pelos órgãos ordinários.

A uniformização da jurisprudência passa a ser o ponto de partida da Corte, por meio da qual ela desempenha a sua efetiva função, qual seja, o controle da decisão. Essa uniformização, todavia, atua apenas no influxo do escopo de controle casuístico das decisões recorridas, como expõe o professor Mitidiero:

Semelhante situação fica ainda mais clara quando se percebe que, no modelo de Corte Superior, a existência de várias interpretações concomitantes e diferentes da legislação por vários órgãos do Poder Judiciário não é vista como uma anomalia, não é percebida como um problema no sistema jurídico, mas como algo natural, normal e

até desejável. Isso porque a função da Corte Superior é a de tutela da legalidade mediante controle das decisões judiciais recorridas tendo como parâmetro uma jurisprudência uniforme, não sendo a de promoção da unidade do Direito. A unificação da jurisprudência é apenas um meio para obtenção do fim controle da decisão recorrida. (...) Isso quer dizer que, nesse modelo, o dissenso jurisprudencial, no fundo, é positivo, porque colabora no desenvolvimento do Direito. Toda organização judiciária está legitimada para formação da jurisprudência, ainda que o preço dessa profusa participação seja a sua dispersão. É que, na verdade, o que importa é que ao final do processo seja unificada a jurisprudência pelo controle das decisões judiciais mediante recurso para corte de vértice. (MITIDIERO, 2017a, p. 55-56).

Como a dispersão na jurisprudência é vista como natural nesse modelo de corte, a unificação da jurisprudência ocorre a partir da análise caso a caso, após a interposição de recurso pela parte interessada, provocando a atuação da Corte para realizar o controle da legalidade da decisão recorrida. Por isso, encara-se o direito ao recurso como um direito subjetivo da parte – recurso como *jus litigatoris* (TARUFFO, 1991 apud MITIDIERO, 2017a, p. 57). Dessa forma, a Corte se propõe a analisar todos os recursos a ela submetidos, a fim de que se reconheça, ou não, existência de uma violação à lei pela decisão recorrida; é, portanto, um tribunal incompatível com a existência de filtros recursais e de técnicas de julgamento em bloco de recursos. Assim, a atividade da corte acaba se circunscrevendo às hipóteses em que a parte interpõe o recurso.

Nesse aspecto, o julgamento da corte passa a ser condicionado à vontade e ao interesse da parte. Explica-se: o recurso, interposto em razão de um interesse privado, passa a ser o meio sem o qual não há controle de legalidade das decisões judiciais ordinárias, que trabalham em favor de um interesse público: aplicação correta do Direito. Essa questão fica ainda mais clara se analisarmos que a eventual desistência do recurso impede a apreciação da questão impugnada pela Corte Superior. É por isso que Mitidiero (2017a, p. 58) ensina que “a Corte Superior, por assim dizer, não tem o controle da sua própria atuação”.

### 3.1.3 A eficácia das decisões das Cortes Superiores

Assim, no que toca à eficácia das decisões, natural falar de uma eficácia exclusivamente *inter partes*, não havendo que se falar em efeito vinculante, dada a preordenação da Corte Superior em controlar a legalidade das decisões judiciais recorridas, mediante a aplicação do correto significado da norma jurídica.

Como a decisão judicial consiste em mera declaração da vontade do legislador, as razões que fundamentam uma sentença em nada acrescentam na ordem jurídica, vez que se limitam a reafirmar a lei, sendo simples particularização de uma norma abstrata para uma situação

concreta. Qualquer atividade judicial que ultrapassasse o sentido embutido na lei resultaria em clara afronta ao princípio da separação de poderes:

A função de tutela da legalidade contra a decisão judicial recorrida própria à Corte Superior também autoriza o reconhecimento da eficácia limitada que as suas decisões têm nesse modelo. Sendo o recurso para Corte Superior parte do *jus litigatoris* e manifestação de exercício de direito processual erigido no interesse do exame do caso concreto, não sendo a interpretação normativa a finalidade subjacente à atuação da Corte, mas simples meio para controle da legalidade da decisão, então a eficácia da decisão deve ficar circunscrita necessariamente ao exame da decisão recorrida. Como a uniformidade da jurisprudência é simples meio para atuação do escopo de controle da decisão, a eficácia da decisão da Corte adere aos limites evidenciados pelas necessidades ligadas tão somente ao caso, dimensionadas de seu turno apenas pela função de tutela da legalidade contra a decisão judicial objeto do recurso. (MITIDIERO, 2017a, p. 60).

Nesse contexto, a eficácia das decisões prolatadas pela Corte Superior não extrapola os limites do caso concreto. Ademais, como atua visando a controlar uma decisão judicial já prolatada e já submetida à contestação da parte por meio de recurso, a eficácia de sua decisão é, naturalmente, para o passado.

Outro aspecto interessante, nesse modelo, trazido pelo professor Mitidiero, é quando há mudança no entendimento da interpretação da lei:

A Corte Superior pode diacronicamente alterar o seu entendimento a respeito da exata interpretação da lei, concluindo pelo equívoco da jurisprudência anteriormente firmada. Nesse caso, como o pressuposto teórico assumido pelo modelo é o de que a norma legal é sempre anterior à sua interpretação judicial e de que a jurisprudência é simples declaração do único sentido intrínseco ao texto, o novo entendimento judicial é imediatamente aplicável a todos os casos em curso levados à Corte Superior, com eficácia *ex tunc*. (...) Como nesse contexto teórico a interpretação da lei admite apenas uma única resposta correta, surge o problema de convivência dentro do mesmo sistema jurídico de duas decisões judiciais diferentes transitadas em julgado fundadas em uma única e unívoca legislação à luz da necessidade de igualdade e de segurança na ordem jurídica. (...) É exatamente para esses casos que os sistemas jurídicos em geral preveem formas de rescisão da coisa julgada dentro de um determinado lapso temporal mediante ação impugnativa autônoma e, dentre os motivos para tanto, arrolam a violação à legislação. Tendo-se como base, a uma, uma teoria da interpretação que admite apenas uma única resposta correta, sendo, portanto, todas as outras eventualmente adotadas erradas, e, a duas, a necessidade de a lei ser igual e previamente determinada para todos, é compreensível que semelhante meio de rescisão da coisa julgada seja admissível para fazer com que o julgado dissonante corresponda à jurisprudência uniforme, pouco importando a existência ou não de controvérsia jurisprudencial a respeito da exata interpretação da norma legislada no momento de formação da coisa julgada. (MITIDIERO, 2017a, p. 62).

Como se percebe, em havendo novo entendimento sobre o exato sentido da lei, esse terá efeitos *ex tunc*, sendo coerentemente tão somente voltada para o passado, isto é, reativa. Como a lei possui apenas uma interpretação correta, ela deve ser aplicada inclusive aos casos já transitados em julgado – que interpretaram a lei de forma errônea –, por meio da rescisão da

coisa julgada. Esse fenômeno constitui claramente aplicação da segurança jurídica como observância do prévio e exato conteúdo semântico do texto normativo para todos os casos, a fim de garantir a igualdade de todos perante a lei.

### 3.2 O modelo de Cortes Supremas

Da mesma forma que no tópico anterior, para adequada compreensão do modelo de Corte Suprema – seja como corte de vértice da organização judiciária, seja como corte constitucional fora da estrutura do Poder Judiciário, importa a análise de sua construção teórica, que justificam sua maneira de atuar em uma ordem jurídica. Aqui também o professor Daniel Mitidiero as resume em três aspectos basilares:

Em primeiro lugar, a Corte Suprema pressupõe, no âmbito da teoria das normas, uma *dissociação* entre *texto* e *norma*, bem como o reconhecimento da classificação tripartite das normas em *princípios, regras* e *postulados*. Em segundo lugar, a adoção da teoria *lógico-argumentativa* da interpretação judicial. Em terceiro lugar, o reconhecimento de que *legislação e jurisdição atuam coordenada e conjuntamente* para *produção e promoção* do império do Direito. Nessas três frentes, a Corte Suprema recolhe a experiência da cultura jurídica dos Novecentos, especialmente da sua segunda metade em diante, para sua sustentação conceitual. (MITIDIERO, 2017a, p. 65).

Superou-se o entendimento de que a atividade interpretativa estaria pautada no conhecimento e descrição da lei. Não mais se admite que a atuação do intérprete se restrinja à declaração do Direito implícito no texto legal; pelo contrário, seu papel passa a ser o de, mediante valoração, atribuir significado e definir uma interpretação possível – a melhor em virtude do acúmulo das razões apropriadas. Nesse sentido, para que um Tribunal possa corrigir uma interpretação, é preciso definir primeiro uma interpretação adequada ao caso, acrescentando razões que lhe confirmam ampla e racional aceitabilidade.

Quando se estabeleceu a distinção entre enunciado legislativo e norma, pôde-se ver com clareza que a decisão interpretativa é autônoma em relação à lei. Não se trata de mera consequência lógica, na medida em que o sentido do texto legal depende de valorações realizadas em face de determinadas particularidades concretas, o que acaba por conferir especificidade ao direito positivado. Ao desempenhar suas funções, portanto, o Judiciário faz surgir, mediante a interpretação, o Direito adequado às particularidades de uma situação concreta. Giuseppe Zaccaria esmiúça o papel judicial:

Tendo em vista que o enunciado legal é potencialmente equívoco, a simples função de atribuir sentido ao texto já constitui função de colaboração com o Legislativo para a frutificação de uma ordem jurídica capaz de orientar a vida social. Vai além, porém,

a tarefa cumprida pelo Judiciário ao dar sentido ao texto diante de uma situação concreta sequer pensada pelo legislador; nesse caso, a interpretação, atenta a diretivas funcionais que se desligam da "vontade do legislador histórico", dá ao intérprete a oportunidade de considerar o texto valorando aspectos morais, culturais, econômicos e políticos do seu momento histórico. Essa última é uma interpretação que revela uma ideologia da interpretação não estática, atenta às necessidades sociais e à adequação do direito. (ZACCARIA, 1996 apud MARINONI, 2014, p. 143).

Diante de uma atividade interpretativa preocupada com a transformação do direito em harmonia com a evolução da sociedade, torna-se clara a possibilidade de o Judiciário colaborar com o desenvolvimento do Direito, adequando-o às novas realidades. Cabe destacar que a conformação de novas realidades ao texto legal também ocorre quando a norma se encontra desgastada – não mais satisfazendo seus objetivos – o que exige um reestabelecimento de significado, a fim de que não se torne letra morta. Somente com a interpretação de acordo com as proposições sociais da época e conforme as valorações do intérprete, devidamente justificadas, é que se pode falar em definição do exato sentido do dispositivo legal.

Como foi visto no capítulo anterior, não há dúvidas de que a função do Judiciário foi redefinida. Atualmente, incumbe aos magistrados uma função ainda mais complexa do que atribuir significado ao texto legal, uma vez que deverão realizar a conformação da lei às normas constitucionais, em virtude, principalmente, do emprego da técnica das cláusulas abertas e do impacto do constitucionalismo.

As normas abertas – compostas por conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais – são produtos legislativos que reclamam a participação do Judiciário, dada a própria imprecisão ou vagueza do texto a reclamar a consideração do caso concreto para a elaboração da norma. Assim, o Legislativo passa a utilizar-se de regras com conceitos abertos e indeterminados, permitindo ao Judiciário ampliar a efetividade da tutela jurisdicional, delineando o direito no caso concreto.

O impacto do constitucionalismo, ao impor ao juiz a necessidade de conformar o texto legal aos ditames da Constituição, claramente retira do legislador o poder de dizer o direito, uma vez que a supremacia da Constituição acaba por mitigar a aplicação mecânica das legislações. O direito, além de estar submetido às normas constitucionais, depende de uma adequada interpretação judicial – é o que mostra a experiência italiana:

Lembre-se, aliás, que a elaboração teórica da Escola de Gênova, devida principalmente a Tarello, Guastini e Chiassoni, guarda relação com o problema que a Corte Constitucional italiana enfrentou nos primeiros anos da sua história, ocasião em que decidiu que objeto das suas decisões não são os textos das leis, mas as normas por eles expressas. Com isso a Corte introduziu uma separação estrutural entre texto e norma que gerou proveitos práticos em dupla perspectiva. Permitiu-se a declaração de inconstitucionalidade de uma norma extraível do texto sem a necessária declaração

de inconstitucionalidade do texto, aplicando-se o princípio da conservação. Além disso, ao se admitir de que do texto podem advir várias normas, surgiu a possibilidade de se elaborar norma ou interpretação de acordo com a Constituição. Note-se que manter o texto e elaborar interpretação conforme a Constituição nada mais é do que salvar o trabalho do legislador, adequando-o às normas constitucionais. *Trata-se, em outras palavras, de transformar o conceito de direito, retirando-o da esfera exclusiva do Legislativo, submetendo-o à Constituição e, especialmente, tornando-o dependente da interpretação judicial.* (MARINONI, 2014, p. 144-145, grifo nosso).

Destarte, quando se toma em consideração a dissociação entre texto e norma, os textos de caráter aberto e a necessidade de conformação da lei às normas constitucionais, percebe-se que a tarefa jurisdicional está longe de se limitar à declaração da lei: o juiz, diante da ideia de que o texto é potencialmente equívoco – dele sendo possível extrair várias normas a princípio razoáveis – considera os elementos do texto com base em valores e então realiza opções racionalmente justificadas (MARINONI, 2014, p. 114-115).

Parte-se da premissa de que a lei é insuficiente para corporificar a ordem jurídica e de que a sociedade necessita de um direito que depende da conjugação das atividades do Legislativo e do Judiciário. É fácil perceber, portanto, que a Corte Suprema não mais serve para tutelar o legislador contra a jurisdição ordinária, mas, ao contrário, para auxiliar o legislador.

Não há dúvidas de que hoje o Judiciário está situado ao lado do Legislativo na tarefa que o Estado possui de dar à sociedade um Direito adequado à realidade, ou seja, um Direito em contínua e permanente mobilidade e adaptação às necessidades sociais. Por ser uma Corte de Interpretação – que não se pauta no formalismo interpretativo –, trabalha de modo coordenado com o Legislativo para a frutificação do direito na sociedade. Em síntese:

A Corte deixa 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 à ordem legislativa, revelando o direito que deve orientar a sociedade e pautar as decisões dos tribunais ordinários. (MARINONI, 2014, p. 145).

O modelo de Corte Suprema, portanto, pauta-se por uma teoria lógico-interpretativa da interpretação – o que demanda do intérprete valorações para a escolha de um significado, dentre vários possíveis. Esse fato, de o produto da interpretação poder ter mais de um significado, confere à Corte Suprema o papel de tutelar o Direito pela definição do significado mais adequado que a ele deve ser dado mediante a interpretação, além de garantir-lhe unidade.

### 3.2.1 A estrutura do modelo de Cortes Supremas

Ante os pressupostos teóricos apresentados, fica claro a existência de uma relação de colaboração entre os poderes Judiciário e Legislativo com o intuito de promover o desenvolvimento do Direito. Nesse cenário, as Cortes Supremas de um sistema judiciário devem se prestar a definir o adequado sentido extraível do texto legal, argumentando mediante as razões que evidenciem as opções do intérprete como racionalmente aceitáveis, conferindo conteúdo à ordem jurídica, agregando-se substância ao texto legislativo e tornando-o parte da ordem jurídica vinculante. Logo, a Corte situada no topo hierárquico fixa e define a norma extraível da legislação, isto é, agrega valor à ordem jurídica.

Quanto à sua composição, o ideal é que seus membros sejam advindos dos mais variados “extratos sociais” do mundo jurídico, isso porque a maior diversidade na composição da Corte assegura várias posições ideológicas. Por ser a Corte que outorga sentido e unidade ao Direito, deve-se garantir o maior pluralismo possível, a fim de que as decisões sejam construídas sob a confrontação de diferentes inclinações jurídicas, políticas, culturais e sociais, viabilizando assim a formação de decisões tendencialmente mais debatidas. E ainda:

Em atenção a esse papel exercido pela Corte Suprema, o ideal é que seus membros sejam nomeados por indicação política. Semelhante modo de seleção visa a garantir a legitimidade democrático-representativa da Corte. Para tanto, várias são as fórmulas evidenciadas pelo direito comparado: a *Supreme Court* estadunidense, por exemplo, tem seus *justices* nomeados pelo Presidente com o consentimento do Senado (art. 2.º, seção 2.ª, cláusula 2.ª, *United States Constitution*). O *Bundesverfassungsgericht* tem metade de seus membros nomeados pelo *Bundestag* e a outra metade pelo *Bundesrat* (art. 94, *Grundgesetz*). A *Corte Costituzionale* italiana conta com um terço de seus membros nomeados pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento em sessão conjunta e um terço pela “*supreme magistrature ordinaria ed amministrativa*” (art. 135, *Costituzione*). O *Tribunal Constitucional* espanhol tem seus membros nomeados pelo Rei por indicação do “*Congreso*” (quatro membros), do “*Senado*” (quatro membros), do “*Gobierno*” (dois membros) e do “*Consejo General del Poder Judicial*” (dois membros) (art. 159, *Constitución*).<sup>4</sup> Em todos esses casos, o que se procura é criar um debate político a respeito das nomeações e viabilizar a composição da Corte Suprema por juristas ligados a diferentes setores sociais e com diferentes inclinações ideológicas. (MITIDIERO, 2017a, p. 76, grifos do autor).

No que diz respeito à competência, uma Corte Suprema deve analisar o caso em toda sua inteireza, examinando questões de fato e de direito que compõe a causa apresentada em juízo, sendo vedado tão somente valorar questões fáticas do ponto de vista probatório de forma diversa daquela realizada pela instância ordinária. E isso porque é essencial à sua função tomar o caso em sua totalidade e, a partir dele, interpretar o Direito levando em consideração todas as suas condicionantes lógico-argumentativas. Nesse sentido:



A construção do caso em juízo é uma atividade que exige, desde o seu início, recíproca implicação entre fato e direito. (...) A *existência do caso* depende de uma *sólida e recíproca influência* entre fatos e normas, o que denota a *unidade fático-normativa* da causa. É por essa razão que uma Corte Suprema *examina fatos* em seus julgamentos – como, por exemplo, faz a *Supreme Court* estadunidense. Do contrário, a propósito, a Corte Suprema *sequer teria como aplicar precedentes*, atividade que depende, dentre outras coisas, da aferição de uma *analogia fático-jurídica* entre casos, cuja formação e afirmação participam do núcleo-duro da sua função. (MITIDIERO, 2017a, p. 77, grifos do autor).

Compete à Corte Suprema, portanto, definir o sentido do direito e outorgar-lhe unidade.

### 3.2.2 A função proativa das Cortes Supremas

A função primeira de uma Corte Suprema está em interpretar o direito a partir do caso concreto e dar a última palavra a respeito de como deve ser entendido o direito, a fim de garantir sua unidade. Deve viabilizar “*clarification, unification and development of the law*”. (JOLOWICZ, 1998 apud MITIDIERO, 2017a, p. 79). Por esse motivo, entende-se seu papel como proativo, na medida em que atua com o objetivo de orientar a adequada interpretação e aplicação do Direito por parte de toda a sociedade civil e de todos os membros do Poder Judiciário.

Às Cortes Supremas, então, cabe a definição do sentido do direito, adequando-o às novas realidades sociais, colaborando, assim, com sua função fundamental: o desenvolvimento do Direito. Assim sendo, suas decisões passam a ter caráter indispensável por revelarem conteúdo essencial à regulação da vida social, projetando-se perante toda a sociedade, obrigando inclusive os tribunais ordinários, pela simples circunstância de constituírem o sentido do direito.

Em sendo a interpretação o fim que move e legitima a atuação da Corte Suprema, a decisão recorrida não constitui mais do que instrumento-meio para que a Corte outorgue adequada interpretação ao Direito capaz de servir de orientação para aplicações futuras; a Corte Suprema não controla a legalidade de decisões judiciais, papel este concebido às Cortes Superiores, como foi visto. Nesse sentido:

A *nomofilaquia* do recurso dirigido à Corte Suprema consubstancia-se, assim, na *consecução da unidade do Direito* mediante sua *adequada interpretação*. A promoção da unidade do Direito realiza-se, de um lado, com a *orientação da sociedade civil* a respeito do significado do Direito em determinado caso e *efetiva vinculação de todo o Poder Judiciário* ao sentido outorgado ao Direito pela Corte Suprema a partir de determinada causa, e, de outro, pelo *adequado desenvolvimento* do Direito diante das novas necessidades sociais. Em ambos os casos, a consecução da unidade do Direito *depende da atividade interpretativa* realizada pela Corte Suprema: seja ao *definir, observar e fazer*

*observar a “interpretazione-prodotto”, seja ao empreender, observar e fazer observar as normas que regem a “interpretazione-attività”, essa vela pela sua unidade, na medida em que sem a última palavra a respeito do significado do Direito não há como orientar e vincular condutas e sem adequada atividade para sua obtenção não há como viabilizar uma justa interpretação seja para definir o seu significado, seja para desenvolvê-lo apropriadamente. (MITIDIERO, 2017a, p. 80).*

Tendo em vista que o caso concreto é apenas um meio a partir do qual se parte para chegar-se ao fim interpretação do direito, interpretar adequadamente o direito constitui a razão pela qual a Corte Suprema existe, na medida em que sem a sua interpretação não há como viabilizar-se a unidade do Direito. Mitidiero (2017a, p. 81) afirma que “isso quer dizer que a Corte Suprema, como corte de interpretação, é uma verdadeira corte de precedentes, sendo o precedente judicial ao mesmo tempo encarnação da adequada interpretação do Direito e meio para obtenção da sua unidade”.

Ressalta-se que a função de dar sentido ao direito não depende da admissibilidade da impugnação recursal das decisões dos tribunais de apelação, não havendo necessidade de o Tribunal ter seu funcionamento aberto à correção das decisões judiciais. Em sábias palavras, Marinoni (2014, p. 145) afirma que “uma Corte incumbida de dar sentido ao direito não pode ter a sua função atrelada a um direito subjetivo de impugnar a interpretação dada pelos tribunais ordinários”.

Pelo contrário, para que a Corte possa bem desempenhar o seu papel, imperioso é a existência de mecanismos que possam realizar a seleção das causas aptas à elaboração das decisões capazes de outorgar sentido ao direito. Ademais, é preciso superar a relação entre a correção das decisões e a definição do sentido do direito, uma vez que esse paralelismo atrapalha a visualização da real função das Cortes Supremas, como elucida Marinoni:

Na verdade, essa relação só tem cabimento quando se pensa na função de tutela da lei, uma vez que o sistema de correção se mostra adequado apenas quando a função da Corte se limita a declarar o sentido intrínseco ao texto legal. Ora, uma Corte de interpretação ou de atribuição de sentido ao direito não tem função de corrigir decisões, mas de colaborar — inclusive com o Legislativo — para o desenvolvimento do direito. A elaboração da decisão justa, no que toca à solução dos litígios, cabe aos juízes e aos tribunais ordinários. Bem por isso, a Corte incumbida de desenvolver o direito federal não tem que julgar toda e qualquer irrisignação contra uma interpretação dita equivocada de tribunal de apelação. Deve, ao contrário, ter ao seu dispor uma técnica ou filtro que lhe permita individualizar os recursos aptos ao exercício da sua função. (MARINONI, 2014, p. 146).

A existência de filtros recursais – constituído por requisitos de admissibilidade dos recursos nos tribunais superiores – delimita as hipóteses em que as Cortes Supremas deverão exercer a sua função, evidenciando que não cabe analisar todas as decisões dos tribunais ordinários. Esse mecanismo é bem visto no direito estrangeiro:

A Suprema Corte estadunidense constitui genuíno exemplo de Corte Suprema que funciona com filtro recursal destinado a conferir adequada oportunidade à instituição ou à revogação de precedente. O *writ of certiorari* confere à Suprema Corte ampla discricionariedade para selecionar os recursos (*Rule 10, Rules of the Supreme Court*). O *certiorari*, que nasceu para reduzir o número de recursos afetos à Suprema Corte, tornou-se um instrumento indispensável para a Corte desenvolver a sua função. O instituto não apenas permitiu à Corte racionalizar o seu tempo, dedicando-o aos casos mais importantes, mas sobretudo lhe deu condições de fixar soluções para situações de notável importância para o desenvolvimento da sociedade estadunidense. O *Bundesgerichtshof* alemão e o Tribunal Superior espanhol também se valem de filtro recursal para poderem se concentrar sobre casos relevantes e, assim, exercer uma função claramente preocupada com o desenvolvimento do direito. Em 2002— em vista da reforma processual alemã de 2001— foram instituídos como critérios para a admissão do recurso ao *Bundesgerichtshof* a *grundsätzliche Bedeutung* da questão de direito, assim como a relevância da decisão para a *Rechtsfortbildung* ou para a unificação do direito (§ 543, 2, 2, segunda parte, ZPO alemã). Ou seja, a autorização para o julgamento do recurso, que pode ser dada pelo Tribunal Regional Superior ou, na falta desta, pelo próprio *Bundesgerichtshof*, depende da "importância fundamental" da questão de direito ou da relevância da decisão para o "aperfeiçoamento" do direito ou para a uniformização da aplicação do direito. (MARINONI, 2014, p. 147-148).

Esses exemplos são provas de que os filtros recursais constituem instrumentos relevantes para que uma Corte Suprema possa dar unidade ao direito em uma perspectiva prospectiva, estabelecendo o sentido do direito que deve orientar a solução de casos futuros. (TARUFFO, 2011 apud MARINONI, 2014, p. 150).

Com efeito, a existência de requisitos de admissibilidade recursal permite que os Tribunais superiores concentrem suas atividades sobre questões de direito de notável importância para o desenvolvimento do direito interno. Não há como negar que o requisito principal se trata da “relevante questão de direito”, porquanto a decisão da Corte não gera efeitos apenas sobre os litigantes, mas deve ter impacto sobre a evolução do direito.

A propósito, pode-se dizer que existe uma relevante questão de direito quando se constata que a sua resolução é indispensável para iluminar a sociedade e guiar a solução dos casos que ainda estão por vir. Assim, a Corte concentra-se sobre questões que devem ser resolvidas para orientar a vida social. Observa Marinoni (2014, p. 148) que “a Corte, ao decidir questão de direito de "importância fundamental", confere-lhe contornos e projeta-os ao futuro mediante a força dos precedentes, que vão orientar a solução dos casos conflitivos que ainda estão para eclodir”. Ademais:

É certamente equivocado supor que uma Suprema Corte deve atuar apenas para resolver questões de direito que podem se repetir ou multiplicar, como se a sua tarefa fosse simplesmente reduzir a massa dos casos apresentados ao Judiciário. (...) As decisões da Suprema Corte não impactam apenas os casos judiciais, mas, antes de tudo, a própria vida em sociedade, constituindo-se a base para os homens e as empresas se comportarem num Estado de Direito. Ademais, quando relacionados com o que acontece no Judiciário, os precedentes têm a função de garantir a igualdade e a segurança jurídica, e não os objetivos —que, na realidade, são meras consequências

— de reduzir a carga de recursos ou acelerar a prestação jurisdicional. (MARINONI, 2014, p. 153).

Uma Corte Suprema não pode estar subordinada aos interesses privados dos litigantes. O recurso interposto deverá constituir apenas meio para a realização do interesse público, já que a função primordial se presta a colaborar para o desenvolvimento do direito, fornecendo e adequando critérios para a solução de casos futuros, assegurando, dessa forma, a igualdade de todos perante o Direito.

Desse modo, o recurso à Corte Suprema passa a ser encarado no interesse do *jus constitucionais* (TARUFFO, 1991 apud MITIDIERO, 2017a, p. 57), mediante comprovação da demonstração do interesse público no seu julgamento. Com a compreensão da função de nomofilaquia da Corte Suprema como uma função interpretativa, surge a possibilidade de submeter o recurso à corte a filtros recursais, bem como permitir a concentração de julgamentos de casos que versem idêntica controvérsia para obtenção de um quadro mais amplo de razões recursais que viabilizem uma compreensão plural do caso e a formulação de uma adequada interpretação das normas aí envolvidas (MITIDIERO, 2017a, p. 82).

Por esses motivos é que se entende que a Corte Suprema possui um certo “autocontrole” no que tange à sua atuação, uma vez que ela pode aproveitar o caso narrado pela parte para, a partir dele, dar unidade ao Direito, além de que eventual desistência recursal não veda a Corte Suprema de se pronunciar sobre a questão jurídica por ele aportada ao seu conhecimento. Para Mitidiero (2017a, p. 84): “a Corte Suprema, por assim dizer, autogoverna-se”.

### 3.2.3 A eficácia das decisões das Cortes Supremas

Em sendo a corte direcionada para outorga da unidade do Direito mediante a adequada interpretação do caso concreto, é natural que o precedente em que se consubstancia essa interpretação tenha uma eficácia para além das partes do caso concreto do qual derivado e seja dotado de eficácia vinculante, sendo considerado como uma fonte primária do Direito. Sobre o trabalho da Corte:

Esse processo interpretativo culmina com a *especificação de uma solução jurídica* em um *determinado contexto fático-jurídico* – ou, se quisermos, com um *estreitamento da moldura* normativa – e o seu aparecimento constitui um *dado novo* no sistema jurídico. Rigorosamente, não se trata propriamente de *criação* de norma jurídica, mas de *fixação de sentido normativo anteriormente equívoco*. (...) Essas observações levam a duas conclusões. Em primeiro lugar, sendo os enunciados jurídicos potencialmente equívocos antes do processo de interpretação, a norma que dele resulta constitui um *enriquecimento* do sistema jurídico, servindo o *precedente* como meio de *determinação* do Direito. Em segundo lugar, como as decisões tomadas pela

jurisdição no processo interpretativo devem ser justificadas, sem o que não há como racionalmente compreendê-las, daí ressaltar que a *justificação judicial é da essência* do ato jurisdicional, sendo seu pressuposto de existência. Isso quer dizer que para identificação, compreensão e aplicação do precedente *é indispensável levar em consideração as razões fático-jurídicas que presidiram a sua formação*. Sem análise do caso em toda sua inteireza não há como compreender o precedente, com o que a *justificação judicial e os fatos da causa nela implicados não constituem elementos marginais* para compreensão do modelo de Corte Suprema. Vale dizer: a justificação judicial *não é neutra e indiferente* no processo de interpretação. (MITIDIERO, 2017a, p. 84-85, grifos do autor).

No momento em que a decisão da Corte de Vértice passa a dizer o direito que integra a ordem jurídica, a fundamentação do julgamento passa a ter maior valor se comparada ao dispositivo. As razões pelas quais chegou-se a determinada conclusão, revelando-se o sentido do texto da lei passam a ter fundamental importância; são as chamadas razões determinantes – *ratio decidendi* – que dizem respeito não só aos jurisdicionados, devendo por eles ser conhecidas para que possam se pautar e comportar de acordo com o Direito, mas também obrigam os tribunais ordinários, dando-lhes oportunidade de analisar se os casos sob seu julgamento se amoldam a elas. Em síntese:

Resta claro que a Corte Suprema deixou de ter a função de tutelar a lei ou de dela extrair o "exato sentido" e passou a ter a função de identificar a interpretação que expressa o sentido extraível da lei que é compatível com as normas constitucionais e com as proposições sociais que permeiam um momento histórico. Essa função, ao identificar a interpretação adequada, aclara o sentido do direito e lhe confere unidade, de modo que as razões determinantes do precedente naturalmente se projetam sobre a sociedade e incidem sobre os tribunais inferiores. (MARINONI, 2014, p. 117).

Realmente, quando as decisões passam a agregar sentido à ordem jurídica, passam também a ganhar autoridade para se projetar perante todos os juízes, sendo, por um lado, desnecessário perguntar por lei que assim preveja, e, de outro, necessário buscar uma teoria dos precedentes (MARINONI, 2014, p. 118).

Além de outorgar sentido ao direito, a Corte Suprema busca garantir-lhe unidade para a orientação da sociedade e para a promoção da igualdade. As decisões proferidas mostram-se preocupadas com o futuro, em razão de seu direcionamento aos jurisdicionados e em servir de critério para as decisões judiciais posteriores. Nesse sentido, garantir unidade ao direito também é objetivado pela Corte, relacionando-se com a necessidade de garantir a igualdade perante o direito revelado nos precedentes:

Como interpretação uniforme não mais significa interpretação destinada a garantir a interpretação exata da lei pelos tribunais, mas sim o próprio direito que a Corte, mediante tarefa argumentativa, delineia como adequado diante dos fatos do caso, das normas constitucionais e dos valores sociais que integram o momento, chega-se enfim ao ponto: a decisão da Corte, ao definir a interpretação, não elabora parâmetro para o

controle da legalidade das decisões, mas erige critério decisional, verdadeiro modo de ser do direito ou o próprio direito em determinado contexto histórico. A decisão deixa de ser mera jurisprudência unificada ou pacífica a servir de meio de controle e passa a ser verdadeiro precedente, que define o direito que deve regular a vida social e, apenas por isso, tem autoridade perante os demais tribunais. (MARINONI, 2014, p. 117).

A produção de precedentes vinculantes com eficácia para além das partes constitui o resultado indissociável dos pressupostos teóricos e da função interpretativa inerente à Corte Suprema (MITIDIERO, 2017b, p. 80). É imprescindível que a força vinculante que o cerca implique em dever de observância do precedente pelos próprios membros da Corte Suprema e por todos os órgãos jurisdicionais, sem a qual a Corte Suprema não tem como outorgar unidade ao Direito. Ademais:

A função de nomofilaquia interpretativa exercida pela Corte Suprema também justifica a vinculação ao precedente. Sendo o propósito desse modelo de corte a eliminação da equivocidade do Direito diante de determinado contexto fático-normativo mediante a fixação de sua adequada interpretação, *é natural que a norma daí oriunda desempenhe um papel de guia para sua interpretação futura*, atuando de forma proativa para obtenção da unidade do Direito. A Corte Suprema é uma *corte de interpretação*, cuja *missão é formar precedentes*. Negar eficácia para além das partes do processo e eficácia vinculante à sua interpretação, portanto, é negar a sua própria razão de existência, *tolhendo a Corte Suprema da sua razão de ser dentro do ordenamento jurídico* (MITIDIERO, 2017a, p. 85, grifos do autor).

Consequentemente, tendo a interpretação da Corte Suprema valor em si mesma, sendo o móvel que legitima sua existência e outorga sua função, eventual dissenso na sua observância pelos seus próprios membros ou por outros órgãos jurisdicionais é encarado como um fato grave, como um desrespeito e um ato de rebeldia diante da sua autoridade, que deve ser evitado e, sendo o caso, prontamente eliminado pelo sistema jurídico e pela sua própria atuação:

E é exatamente por essa razão, no que agora interessa, que a “*review on a writ of certiorari*” pela *Supreme Court* estadunidense é admitida em questões importantes em que precedentes da corte foram violados ou não foram empregados quando deveriam (Rule 10, *Rules of the Supreme Court*) e que o recurso de *Revision* para o *Bundesgerichtshof* alemão é admitido quando é necessário para assegurar a igualdade de tratamento diante da jurisprudência (“*die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgericht erfordert*”, § 543, 2, 2, segunda parte, *Zivilprozessordnung*).

Como a Corte Suprema pressupõe uma teoria da interpretação jurídica que reconhece a equivocidade potencial de todos os enunciados jurídicos, a *negativa de adoção de suas razões para solução de casos idênticos ou similares* constitui *negação não só da sua autoridade* como corte encarregada de dar a última palavra a respeito da adequada interpretação do Direito, mas acima de tudo *negação da própria ideia de ordem jurídica* – entendida como *ordem vinculante*. A rejeição – ou ignorância – das razões invocadas pela Corte Suprema no seu processo interpretativo para decisão de determinada questão idêntica ou similar constitui *violação da ordem jurídica que a corte tem por missão tutelar*, haja vista que, nesse contexto teórico, a norma jurídica

não é outra coisa senão o resultado da sua interpretação. Em semelhante modelo, portanto, a regra do *stare decisis* é imprescindível para o adequado funcionamento do Direito e de todo o sistema encarregado de distribuir justiça. Reconhecer *força vinculante* ao precedente nesse contexto *não é uma decorrência de uma norma de direito positivo*, mas uma *consequência direta do reconhecimento do caráter argumentativo da interpretação jurídica*. Dito claramente: a regra do *stare decisis* é inerente ao modelo jurídico pressuposto pela Corte Suprema. (MITIDIERO, 2017a, p.81, grifos do autor).

Não há como negar, contudo, situações que problematizam a igualdade e segurança jurídica firmadas pelos precedentes. Mitidiero (2017a, p. 90) cita dois casos que quebrariam a estabilidade formada por um precedente: o momento da formação do precedente e o momento de sua alteração. O primeiro, relativo ao período que antecede a fixação do precedente, o mais provável é que se tenha a existência de múltiplas interpretações sobre o direito aplicado ao caso, que poderão inclusive transitar em julgado anteriormente à fixação da adequada interpretação pela Corte Suprema; nesse caso, o autor entende que se deve prestigiar a segurança jurídica em termos individuais, cuja proteção é garantida pela coisa julgada:

Uma solução orientada por uma perspectiva lógico-argumentativa, que pressupõe a potencial equivocidade dos enunciados legais, prestigia no momento de *desacordo interpretativo* que marca naturalmente o período de *formação do precedente* a segurança jurídica pela *consolidação das situações individuais*. Vale dizer: protege as *interpretações jurisdicionais possíveis* e, portanto, *igualmente legítimas* consolidadas no momento anterior à formação do precedente. É que, em um quadro teórico que rejeita univocidade normativa do texto e uma função puramente declaratório-descritiva da jurisdição, não é possível pressupor que a norma sempre existiu e que, dessa forma, a consolidação da interpretação judicial vencedora na Corte Suprema deve ser imposta a todos os casos indistintamente. E isso por duas razões. A primeira delas é que semelhante solução nega o caráter polissêmico da linguagem jurídica e daí a autonomia da jurisdição na sua interpretação e aplicação. A segunda é que semelhante solução nega força à coisa julgada, fazendo a sua proteção depender sempre de um evento futuro e incerto: a confirmação do seu conteúdo por um precedente da Corte Suprema. Daí que em um momento de *instabilidade da ordem jurídica em termos gerais*, pela ausência de precedente que delimite com maior precisão o significado dos enunciados legislativos e o contexto fático-jurídico em que é aplicável, deve-se prestigiar a *segurança jurídica em termos individuais*, cuja proteção é garantida pela coisa julgada. Trata-se de *proteção objetiva*, que depende tão somente da formação da coisa julgada em momento anterior à pacificação da interpretação judicial pela Corte Suprema. A igualdade realiza-se aí pelo tratamento isonômico deferido a todos que se encontram na mesma situação: aqueles que contam com a proteção da coisa julgada, têm suas esferas jurídicas protegidas contra o precedente superveniente; aqueles que não contam com a proteção da coisa julgada, ficam sujeitos à força do precedente. (MITIDIERO, 2017a, p. 90-91, grifos do autor).

O segundo ponto, tocante à mudança no entendimento de um precedente, levanta o questionamento sobre a eficácia dessa alteração, ao que o professor responde que a cognoscibilidade do direito e a confiança depositada no precedente fixado devem ser respeitados:

O precedente protege a todos que se encontram ao abrigo da jurisdição da Corte Suprema. Sendo a norma fruto da sua interpretação judicial, conhecer o direito aplicável significa conhecer a interpretação a ele conferida pela Corte Suprema. A existência de determinado precedente, portanto, assegura a cognoscibilidade normativa. Como, no entanto, a mudança é conatural ao Direito, que vive na cultura e na historicidade, a possibilidade de modificação do precedente é inseparável do seu processo de evolução. Daí surge a necessidade de conjugar, de um lado, a necessidade de mudança no Direito, e, de outro, a proteção ao planejamento jurídico realizado e atuado com base no conhecimento de determinado precedente. Isso quer dizer que, havendo atuação da parte em conformidade com o precedente, a sua alteração não pode atingi-la retroativamente, obrigando-a a observar uma norma contrária àquela existente no momento da sua atuação. É preciso, nesse caso, reconhecer o precedente como elemento de cognoscibilidade e proteger a confiança nele depositada, tutelando-se especialmente os atos de disposição praticados em função do exercício do direito de liberdade com base na confiança no precedente revogado. Nesse caso, a alteração do precedente não pode ter eficácia retroativa, sendo eficaz tão somente para o futuro. (MITIDIERO, 2017a, p. 91-92).

Preserva-se, assim, a igualdade, por meio de um tratamento isonômico a todos que atuaram da mesma forma em determinado momento temporal. Tutela-se, ainda, a segurança jurídica, protegendo a atuação fundada na cognoscibilidade ofertada pelo precedente anterior. Todos esses casos revelam o caráter proativo da Corte Suprema, cuja função está em orientar a conduta social para o futuro, garantindo-se a unidade do Direito.



## **4 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO CORTE SUPREMA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA**

Para que se entenda a atuação do Superior Tribunal de Justiça como Corte Suprema, de antemão é preciso destrinchar a composição e a competência constitucionalmente atribuída a este Tribunal, além de entender como o Código de Processo Civil de 2015 corrobora, ou não, para essa atuação.

### **4.1 A composição e a competência do Superior Tribunal de Justiça**

O Superior Tribunal de Justiça é composto por 33 (trinta e três) ministros. Eles são escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, mas antes da nomeação precisam passar por sabatina do Senado Federal, que deverá aprovar a escolha pela maioria absoluta de seus membros.

O fato dessa escolha ser compartilhada entre o Presidente da República e o Senado Federal encontra-se em harmonia com o direito comparado, cuja tendência na composição das Cortes Supremas possui, normalmente, indicação política (MITIDIERO, 2017a, p. 103).

Para ser indicado como Ministro do Superior Tribunal de Justiça, é preciso ser “brasileiro com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco, de notável saber jurídico e reputação ilibada”, conforme prevê o art. 104<sup>3</sup> da CRFB/88. Tais requisitos, de fato, exigem mais do que formação técnica apurada na área do Direito, o que é de se esperar, em razão da própria função atribuída contemporaneamente às Cortes Supremas, que devem dar significado ao Direito. Nesse sentido:

Como Cortes Supremas, esses tribunais estão encarregados de enfrentar e dar a última palavra sobre questões eticamente sensíveis, além de terem de cotidianamente valorar e escolher entre significados concorrentes dos enunciados linguísticos para outorga de unidade ao Direito. Pela Constituição da República, portanto, para integrar o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça é exigido não só notável saber jurídico, que é intuitivamente fundamental para compreensão e aplicação do Direito, mas também reputação moral ilibada, a fim de

---

<sup>3</sup> Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - um terço dentre juizes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;

II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.

assegurar a necessária prudência no processo de tomada de decisões. (MITIDIERO, 2017a, p. 104).

O papel de uma Corte Suprema, como é evidente, além de mais complexo e delicado, é também mais relevante e gerador de maior responsabilidade do que aquele que era exercido pela Corte que se preocupava unicamente em corrigir a aplicação do direito – federal, no caso específico do Superior Tribunal de Justiça.

Além do mais, a Constituição prevê que os ministros tenham origem diversificada: um terço deve ser escolhido entre desembargadores federais, um terço entre desembargadores de justiça e um terço entre advogados e membros do Ministério Público, o que garante decisões mais plurais e debatidas pela confrontação de diferentes pontos de vistas.

No que tange à competência conferida constitucionalmente ao Superior Tribunal de Justiça, seu núcleo é o artigo 105, da CRFB/88. No entanto, para os fins deste trabalho, importa analisar, em particular, a função do STJ em face de sua atuação mediante o recurso especial, prevista no inciso III do citado artigo, uma vez que ao atuar em face de sua competência originária (inciso I) ou recursal ordinária (inciso II), funciona como uma Corte de Justiça, e não como Corte Suprema. Sendo assim, dispõe o art. 105, III, da CRFB/88:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...)  
III - 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.  
(BRASIL, 1988).

Extrai-se do dispositivo que compete à Corte o julgamento das decisões de Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais que contrariem tratado ou lei federal ou que suprimam sua vigência, verificando, ainda, se a decisão dos tribunais ordinários, ao aplicar lei local, afrontou ou não lei federal. Por fim, a última alínea é expressamente enfática quanto ao encargo de definir a interpretação que deve prevalecer quando a decisão recorrida tiver dado à lei interpretação diversa da que lhe deu outro tribunal.

À luz da Constituição, não há como se estabelecer função outra ao STJ se não a de definir o sentido da lei federal e a interpretação que deve prevalecer em caso de divergência entre tribunais. Em síntese: o STJ, atuando como Corte Suprema, é responsável por outorgar adequada interpretação da legislação com o fim de dar unidade ao Direito mediante a formação de precedentes sobre as matérias que devem interpretar a respeito do sentido da legislação infraconstitucional federal.

No âmbito de sua competência constitucional em grau de recurso especial, deve-se esclarecer que o STJ deve julgar “as causas decididas, em única ou última instância” por outros órgãos jurisdicionais, o que não impede a Corte de examinar fatos no âmbito do recurso especial, uma vez que o próprio conhecimento da causa pressupõe uma análise fático-jurídica, e não somente das questões de direito, para que haja a formação de precedentes. Não pode, porém, reexaminar a prova dos autos a fim de outorgar nova valoração probatória aos fatos, isto é, não podem proceder à nova valoração da prova. É o posicionamento de Mitidiero:

Essas cortes recebem a causa pressupondo a verificação das alegações de fato realizada pelas instâncias ordinárias – não podem, portanto, estimar como existente um fato que a decisão recorrida entendeu inexistente e como inexistente um fato que a decisão tomou como existente. É apenas e tão somente isso que está dito quando se afirma que “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” (Súmula 279 do STF) e que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (Súmula 7 do STJ). Dito claramente: essas súmulas não vedam de modo nenhum o exame de fatos em recurso extraordinário e em recurso especial. (MITIDIERO, 2017a, p. 106).

Ademais, se ao Superior Tribunal de Justiça é conferida tal função, de dar a última palavra sobre o sentido com que deve ser entendida a legislação infraconstitucional federal, é imperioso que as decisões da Corte sejam respeitadas e obrigatoriamente observadas pelos tribunais inferiores; o que significa que todas as jurisdições ordinárias deverão acatar a interpretação dada à legislação infraconstitucional federal, ressalvadas as hipóteses em que a legislação infraconstitucional federal se encontre sob controle de constitucionalidade – cuja competência, nesse caso, será do Supremo Tribunal Federal, corte incumbida de dar a última palavra sobre a matéria constitucional (artigo 102, III, da CRFB/88). Realmente:

O Superior Tribunal de Justiça é a Corte Suprema de guarda da legislação infraconstitucional federal no Brasil. É o Superior Tribunal de Justiça a corte responsável por formar precedentes a respeito do sentido que deve ser outorgado à legislação infraconstitucional federal brasileira. A segunda, é que o Superior Tribunal de Justiça deve não só acatar a interpretação dada à Constituição pelo Supremo Tribunal Federal, mas também não deve realizar controle de constitucionalidade da legislação. É que a Corte Suprema de guarda da Constituição é o Supremo Tribunal Federal, sendo o Supremo Tribunal Federal a corte responsável por formar precedentes a respeito do sentido que deve ser outorgada à Constituição e, muito especialmente, a respeito da constitucionalidade da legislação federal. Dito claramente, dentre as Cortes Supremas brasileiras, apenas o Supremo Tribunal Federal tem competência para realizar jurisdição constitucional. (...) Isso não quer dizer, porém, que o Superior Tribunal de Justiça em recurso especial não possa interpretar a legislação infraconstitucional federal à luz da Constituição – e, portanto, interpretar a própria Constituição. O que ele não pode é realizar controle de constitucionalidade. Os conceitos pertencem a campos temáticos distintos, embora estreitamente ligados. O Superior Tribunal de Justiça pode interpretar a Constituição, mas não pode aplicá-la visando à formação de um juízo de constitucionalidade. (MITIDIERO, 2017a, p. 107-108).

O Superior Tribunal de Justiça, assim como todos os órgãos jurisdicionais no Estado Constitucional, tem o dever de interpretar a legislação à luz da Constituição. Não pode, porém, aplicar a Constituição mediante controle de constitucionalidade em recurso especial, porque a produção de precedentes constitucionais está fora de sua competência constitucional, que se restringe à formação de precedentes federais. O STJ, portanto, deve ser visto como uma Corte de Precedentes da legislação infraconstitucional federal, cuja interpretação constitui fim pelo qual atua.

## **4.2 Obstáculos à configuração do Superior Tribunal de Justiça como Corte Suprema**

Especialmente nos países de *civil law*, ainda hoje existe certa desconfiança no papel desempenhado pelos juízes, questão essa historicamente arraigada à cultura brasileira, o que acaba por interferir na melhor atuação das Cortes de Sobreposição. Essas teorias, por apresentarem-se como obstáculos à racionalização da função judiciária, devem ser desmistificadas, incumbência realizada neste tópico.

### **4.2.1 A distorção dos requisitos da contrariedade à lei e da técnica de divergência na prática judiciária brasileira**

Historicamente, o requisito da contrariedade à lei remonta à época em que o papel do juiz restringiu-se à aplicação estrita da lei, estando proibido de interpretá-la. Assim, caso ultrapassasse seus limites, isto é, em havendo interpretação ou ignorância à vigência da lei, a decisão era cassada pelo tribunal superior.

No entanto, quando se passou a sustentar a atividade interpretativa como lógico-argumentativa, não mais se ouviu falar em um único sentido correto da lei, mas em interpretação adequada aos parâmetros estabelecidos pelo texto legal, devidamente justificada mediante argumentos racionalmente aceitáveis. Para Marinoni:

As decisões do Superior Tribunal de Justiça não podem ser qualificadas de "corretas", pois são enunciados que, embora racionalmente aceitáveis, são discutíveis. As decisões do Superior Tribunal de Justiça obrigam os tribunais inferiores porque, além de deverem se fundar em "razões apropriadas", são dotadas de autoridade, derivada da circunstância de ser o Superior Tribunal de Justiça o órgão de vértice do sistema, incumbido expressamente pela Constituição de garantir a uniformidade da interpretação da lei federal. (MARINONI, 2014, p. 121).

O requisito da “contrariedade à lei”, portanto, deve ser compreendido como contrariedade ao sentido outorgado à lei (MARINONI, 2014, p. 122). Nesse sentido, nota-se que não há decisão que contraria a lei, mas sim decisão que contradiz a interpretação adequada da lei – firmada pelo STJ, mediante a formação de precedentes – ou decisão que abre uma nova interpretação, sobre questão ainda não discutida pela Corte.

A prática judicial brasileira, todavia, segue realidades diferentes. Muitos recursos são interpostos sob o fundamento de “contrariedade à lei”, quando, na verdade, insurgem-se contra a interpretação conferida pelo tribunal ordinário para aquela decisão. De fato, qualquer decisão proferida passou a ser atacada sob alegação de contrariedade à lei, possibilitando o acesso à Corte, a fim de que o tribunal de vértice realize nova interpretação, dessa vez de acordo com os interesses do sucumbente-recorrente.

O resultado dessa prática não poderia ser outro: uma Corte abarrotada de recursos, prejudicando sua função precípua de definir o sentido e desenvolvimento do direito federal infraconstitucional, uma vez que direciona seus olhares à resolução dos casos concretos, trabalhando à serviço do interesse privado.

Contribuindo para este panorama, a técnica da “divergência” também vem sendo inadequadamente utilizada pelos tribunais de base. A instabilidade das questões de direito decididas pelo Superior Tribunal de Justiça, que não são respeitadas, inclusive em seu âmbito interno, possibilita a livre convivência entre decisões díspares a casos iguais ou similares, facilitando a utilização de acórdão divergente para embasar a interposição do recurso especial, dando-lhe verdadeira amplitude:

Isso, no entanto, torna o requisito da divergência um “*nonsense*”. Enquanto os tribunais ordinários entenderem que podem divergir do Superior Tribunal de Justiça de nada adianta dar-lhe o poder de definir, a interpretação que deve prevalecer. Na verdade, é absolutamente contraditório ter um recurso especial fundado em divergência jurisprudencial se a decisão proferida pela Suprema Corte não tem valor sequer sobre os tribunais que divergiram.

O critério constitucional da divergência, como é óbvio, tem por objetivo permitir ao Superior Tribunal de Justiça firmar a interpretação que deve prevalecer no território nacional. De modo que a prática judicial brasileira ignora a Constituição e revela o completo sufocamento do interesse público na coerência do direito, fazendo ver apenas o interesse privado na busca da correção das decisões proferidas pelos tribunais ordinários. (MARINONI, 2014, p. 123).

Assim como a “contrariedade à lei”, a “divergência” é utilizada com o intuito único de viabilizar a tutela da parte, dispersando o real objetivo da Corte de firmar o sentido da lei, conferindo unidade ao direito. Dada a falta de parâmetro interpretativo, recurso especial é inevitavelmente cabível e, assim, sempre se pode chegar ao Superior Tribunal de Justiça.

Por esse motivo, novamente fica claro o porquê se deve adotar o modelo de precedentes obrigatórios. Assim, uma vez fixada a interpretação do texto legal pela Corte, essas normas jurídicas devem ser obrigatoriamente observadas pelos tribunais inferiores, com vistas a impedir a sobrevivência das normas proferidas de forma contrária àquelas estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça, exceto, por óbvio, se a questão federal julgada pelo Tribunal de Justiça ou Regional Federal jamais tiver sido apreciada pela Suprema Corte ou decidida de forma divergente por outro tribunal.

Ademais, somente quando os precedentes do Superior Tribunal de Justiça guardarem a sua devida autoridade será possível acabar com a quantidade progressiva de decisões contraditórias dos vários tribunais ordinários.

#### 4.2.2 A suposição de que o Superior Tribunal de Justiça é uma mera Corte de Controle

De certa forma, não há como negar que o STJ, em certa medida, é uma Corte de Revisão. No entanto, é uma Corte que revê as decisões com a incumbência de definir o sentido da lei federal e garantir a uniformidade da sua interpretação (MARINONI, 2014, p. 124). Assim, apesar de o interesse privado ser o ponto de partida para que o STJ atue por meio do recurso especial, essa Corte tem o papel de estabelecer a solução do direito – da questão federal – daquele determinado caso visando a uniformização de suas decisões.

A desvirtuação desse objetivo contribui para o atual estágio da justiça brasileira: acúmulo excessivo de trabalho, além de gastos de tempo da administração da justiça e dos litigantes. E, imerso nessa conjuntura, o STJ afasta-se de suas funções principais, pois limita-se a realizar a correção das decisões a ele submetidas, sem dar o efetivo valor à solução daquela questão federal específica. E, ao atuar a partir do caso concreto e somente em sua função, a Corte deixa de preocupar-se com a coerência dos julgados a ela submetidas, impedindo que se fale em sedimentação, estabilidade e desenvolvimento do direito.

Em suma, não são editados precedentes dotados de "razões apropriadas" e devida autoridade. Para Marinoni, todavia:

Isso não ocorrerá, como já dito, se a Suprema Corte cuidar para dar estabilidade às suas decisões, transformando-as em precedentes, e esses passarem a constituir os critérios para a aferição da contrariedade. Se isso acontecer, (i) o recurso sempre será cabível quando divergir de precedente do Superior Tribunal de justiça; (ii) também será cabível quando, apesar de a decisão recorrida concordar com precedente da Suprema Corte, o recurso especial demonstrar que esse está desgastado pelas suas próprias decisões ou pela transformação da realidade, dos valores sociais ou da concepção geral acerca do direito; (iii) também será cabível, excepcionalmente, em caso de equívoco na formulação do precedente; e (iv) sempre será incabível quando a

decisão houver aderido ao precedente e não houver indicação da necessidade da sua revogação. Ademais, a técnica da divergência passará a ter racionalidade, uma vez que apresentará a divergência entre os tribunais ordinários para abrir ensejo à decisão que definirá a interpretação que prevalecerá em todo o território nacional. (MARINONI, 2014, p. 125-126).

Nesse panorama, o STJ passará a trabalhar menos, focado em questões federais “novas”, uma vez que muito dos recursos com questões já delineadas por meio de precedentes da própria Corte poderão ser, de certa forma, barrados, vez que destituídos dos requisitos de admissibilidade de contrariedade à lei ou divergência. Dessa forma, ver o STJ como uma Corte de Revisão não é argumento para impedir que sua função contemporânea seja adotada nos termos constitucionais.

#### 4.2.3 As ideias de liberdade dos juízes e sua sujeição apenas à lei e a violação à separação de poderes

Ademais, há no direito brasileiro evidente distorção do significado de respeito às decisões das Supremas Cortes. Três alegações constantemente são utilizadas para impedir o poderio das Cortes Supremas: a ideia de que os juízes são livres para decidir; a de que os juízes estão submetidos apenas à lei; e a de violação à separação dos poderes.

Além do temor dos juízes ultrapassarem os ditames da lei, o *civil law* ainda enfrentou-se outro temor, desta vez ligado à ideia de uma Corte investida de grande poder – a responsável por dar a última palavra sobre todos os casos, assumindo no Estado, em prejuízo dos demais Poderes, uma posição de absoluta onipotência, não contida por qualquer censura superior – o que impediu o surgimento de um Tribunal Supremo que fizesse prevalecer uma única interpretação sobre todos os casos e pudesse impor as suas decisões aos tribunais de apelação e juízos de primeira instância.

O argumento encontrado para frear o poder da Corte Suprema foi o de que era imprescindível conservar a liberdade dos juízes para julgar, justificativa que permeou os países adeptos ao *civil law*. O temor da arbitrariedade fez com que essa ideia de liberdade dos juízes fosse utilizada muito mais como proclamação política do que como real justificativa da impossibilidade de os tribunais de cúpula definirem as diretivas ou interpretações destinadas a guiar as instâncias ordinárias e, assim, evitar uma ordem jurídica incoerente (MARINONI, 2014, p. 127-128).

Alegar que o juiz é livre para decidir e, por causa disso, não deve respeito às decisões dos Tribunais Supremos, no entanto, é uma imagem falaciosa. O Direito é hoje construído

mediante a atividade conjugada dos poderes Legislativo e Judiciário: o juiz, ao aplicar a lei, tem a possibilidade de dar-lhe um significado, principalmente àqueles textos de caráter aberto, que necessariamente prescindem de interpretação e valoração. Essa proatividade do Judiciário, outrora negada, reforça o dever de a Suprema Corte atribuir sentido aos textos legais e desenvolver o Direito.

Cabe, portanto, à Corte Suprema, dar significado ao Direito, que tem o texto legal apenas como sua base. Para realizar esta incumbência, incontestável é a necessidade de uma divisão de tarefas dentro do próprio Judiciário, incumbindo competências e funções distintas a cada instância, ditadas pela Lei Maior: enquanto o Superior Tribunal de Justiça, no sistema brasileiro, como Corte Suprema, tem a função de dar sentido ao Direito, desenvolvê-lo e de garantir a sua uniformidade no território nacional, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, bem como os juízos de primeiro grau, têm a função de resolver os litígios que surgem no seio social.

Nesse contexto, não há que se falar em liberdade do juiz para julgar, vez que deve respeito aos precedentes firmados pelas Cortes Supremas incumbidas de definir o sentido do direito. Negar a vinculatividade das decisões para casos iguais, além de descaracterizar essa Corte Suprema, impede que o Judiciário se situe no contexto do direito contemporâneo, em que a sua atividade de vivificação dos textos legais é imprescindível para a harmonia do Estado constitucional.

Sobre esse papel dos juízes, Marinoni afirma:

O juiz é uma "peça" no sistema de distribuição de justiça e não alguém que é investido de Poder estatal para satisfazer as suas vontades. Para que esse sistema possa adequadamente funcionar, cada um dos juízes deve se comportar de modo a permitir que o Judiciário possa se desincumbir do seu dever de prestar a tutela jurisdicional de forma isonômica e sem ferir a coerência do direito e a segurança jurídica. Portanto, a absurda e impensada ideia de dar ao juiz o poder de julgar o caso como quiser, não obstante ter o Tribunal Superior já conferido os seus contornos, é hoje completamente insustentável. Desconsidera que as Supremas Cortes, na atualidade, tem a função de dar sentido ao Direito e desenvolvê-lo ao lado do Legislativo.

É evidente que o juiz inferior não é um subalterno do tribunal, sabido que todos os juízes exercem e possuem o mesmo poder, diferenciando-se na medida das suas competências. Porém, o Judiciário é um sistema em que os órgãos judiciais têm competências distintas para permitir a prestação jurisdicional de acordo com os princípios fundamentais do Estado de Direito. Assim, a distorção está em pensar em "juiz" sujeito a um "juiz superior" e não em jurisdição (una) que atua mediante Juízos de primeiro grau, Tribunais e Supremas Cortes. (MARINONI, 2014, p. 129-130).

Os precedentes firmados pelo Superior Tribunal de Justiça, ao definirem o sentido do Direito que decorre da lei, agregam conteúdo à ordem jurídica. Entender que o juiz é livre para discordar da Corte Suprema é o mesmo que destituir a coerência do direito. Não se trata de



subordinar o juiz inferior ao superior, mas de garantir compromisso com o Direito firmado, em respeito aos princípios constitucionais de igualdade e segurança jurídica.

O Tribunal Constitucional português, no célebre acórdão 810/93, ao enfrentar a questão da independência dos juízes em face da força dos assentos, declarou o seguinte:

Mas, neste quadro de caracterização normativo-processual do instituto, o facto de aos juízes dos tribunais integrados na ordem do tribunal emissor do assento, (até mesmo os deste tribunal enquanto não se operar a sua reversibilidade) ser imposta a aplicação da doutrina nele contida não representará violação da sua independência decisória? Tem-se por seguro que não. Com efeito, não acompanhando embora o entendimento de Marcello Caetano no sentido de que, 'existindo uma hierarquia de tribunais, admite-se que a decisão do superior possa ser tornada obrigatória para os que dele dependam, exactamente como as instruções na hierarquia administrativa' (cf. ob. loc. cit.), e tendo bem presente o princípio da independência dos tribunais consagrado no art. 206.º da Constituição, há de ponderar-se que a definição jurisprudencial contida na decisão do Supremo Tribunal de Justiça, nos termos propostos, não envolve prejuízo da autonomia da interpretação do direito que se compreende na independência dos tribunais. Uma tal definição jurisprudencial, provinda do mais alto tribunal da hierarquia dos tribunais judiciais (no presente processo de fiscalização concreta de constitucionalidade, apenas importa considerar os assentos do Supremo Tribunal de Justiça) sem eficácia externa erga omnes, e susceptível, em princípio, de impugnação processual pelas partes interessadas na causa, há de ter-se como adequado elemento integrativo da própria estrutura jurisdicional de que promana. A subordinação devida pelos tribunais àquela jurisprudência tem algo de comum com a generalidade das decisões proferidas em via de recurso às quais é devido acatamento mesmo quando delas dissintam os juízes dos tribunais de instância. Aliás, a própria Constituição, no art. 281.º, n. 3, regendo sobre a declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade ou ilegalidade de qualquer norma, julgada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional em três casos concretos, não impondo embora uma automática e obrigatória intervenção do Tribunal em tal sentido, instituiu um sistema cuja matriz também radica na unidade do direito e, de algum modo, na uniformidade da jurisprudência. Este aforamento constitucional do valor da uniformização jurisprudencial há de ser entendido em termos de, numa perspectiva global do funcionamento do sistema judiciário, justificar a subordinação de todos os tribunais judiciais à 'jurisprudência qualificada' do Supremo Tribunal de Justiça, sem que, de tal subordinação, resulte comprometida a sua independência decisória. (PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão 810-93. Rel. Cons. Monteiro Diniz. Julgamento 07 dez. 1993).

Esse julgado apenas reafirma a função contemporânea das Cortes Supremas e a necessidade de respeito às suas decisões pelas instâncias inferiores, superando, novamente, a ideia de que a independência do juiz deve prevalecer sobre o sistema.

Em segundo lugar, no que tange à argumentação de que o juiz está sujeito apenas à lei, decerto que tal formalismo interpretativo fora superado. A lei, hoje, é apenas meio para que o juiz elabore a norma jurídica do caso concreto, que não pode deixar de pautar-se pelas normas constitucionais.

Dizer que o juiz deve respeito apenas à lei para negar a obrigatoriedade de seguir precedentes fixados pela Corte Suprema é um verdadeiro retrocesso. Há tempos a ideia de que o texto legal não é suficiente para dizer o direito foi ultrapassada, “não podendo a lei ser vista

como garantia de liberdade do juiz contra o Tribunal Supremo” (CHIARLONI, 2001 apud MARINONI, 2014, p. 132); não por outro motivo, o Judiciário passou a colaborar com o Legislativo para responder às necessidades sociais, tendo as Cortes Supremas se incumbido, além de definir o Direito, de exigir que os tribunais ordinários respeitem os seus precedentes.

Esse posicionamento fica ainda mais claro quando se percebe que a própria Constituição Federal previu mecanismos para que a Corte Suprema garanta a autoridade de suas decisões. O instituto da reclamação – artigo 105, I, f, da CRFB/88 – prevê que compete à própria Corte Suprema processar e julgar originariamente “a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”. Assim, havendo decisão que viole os precedentes firmados pelo Superior Tribunal de Justiça, a reclamação para o próprio tribunal poderá ser invocada, a fim de que seja revista, assegurando a autoridade do direito ditado pela Corte.

Por último, ainda se argumenta que os precedentes, ao obrigar os juízes a os observarem, assumiriam a natureza de lei e, dessa forma, violariam o princípio da separação de poderes. Porém, o ideal da estrita separação dos poderes também já fora ultrapassado. A certeza do direito não é produto apenas da declaração legislativa; mais uma vez, cita-se que a colaboração entre Judiciário e Legislativo é indispensável para a frutificação do direito.

Ademais, o sistema de precedentes é uma técnica indispensável quando se tem consciência da participação do Judiciário na construção do direito. Garantir a estabilidade dos precedentes das Supremas Cortes é garantir a estabilidade do próprio direito, o que não afasta a possibilidade de revogação dos entendimentos frente às novas realidades sociais. Atualmente, mais do que nunca no *civil law*, o respeito aos precedentes é fundamental para a coerência do direito. Assim, os poderes atuam de forma conjugada, não havendo que se falar em violação ou usurpação de suas funções.

#### **4.3 O Superior Tribunal de Justiça como Corte de Interpretação**

A atuação do Superior Tribunal de Justiça, na prática judiciária brasileira, revela a essência de uma corte preponderantemente reativa, que realiza, pura e simplesmente, o controle jurídico das decisões recorridas, o que a insere, segundo Mitidiero (2017a, p. 109), na área de influência da *Cour de Cassation* francesa e da *Corte di Cassazione* italiana em suas formas originárias, distanciando-se da influência da *Supreme Court* estadunidense e do *Bundesgerichtshof* alemão.

No entanto, operar como uma corte reativa pressupõe uma atuação baseada unicamente no caso recorrido, a fim de rever a justiça da decisão, preocupando-se somente com a tutela das posições subjetivas. Com os olhos voltados à particularidade do caso recorrido, deixa-se de lado os aspectos gerais que envolvem a interpretação do Direito e tudo aquilo que avança para além do caso examinado, notadamente o tratamento dado a outros casos idênticos ou semelhantes; assim, limita-se à resolução do litígio levado à Corte, não havendo preocupação em outorgar sentido ao direito e em definir solução capaz de regular uma classe de casos, cujas particularidades não excluiriam a sua essência comum.

Nesse aspecto, em que a Corte não fixa a interpretação e o entendimento do Direito ao caso em uma dimensão geral, trabalha à serviço do interesse privado, fazendo com que haja sempre decisões nas quais o recorrido-sucumbente possa se embasar para interpor recurso e chegar à Corte, visando a reforma da decisão para satisfazer seus interesses.

À contramão do que predomina no país, uma Corte Suprema deve evitar o particularismo do caso concreto e atuar como corte proativa e de interpretação, tomando a decisão recorrida apenas como ponto de partida para o desenvolvimento da sua função de outorga de unidade ao Direito, isto é, de tutela do direito em uma dimensão geral:

Como é da *essência* do Direito o seu caráter indeterminado, é de *radical* importância para sua adequada interpretação e aplicação a existência de cortes encarregadas de *definir o sentido* com que os enunciados linguísticos empregados pela Constituição e pela legislação infraconstitucional federal devem ser compreendidos em determinado contexto. Vale dizer: é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça sejam entendidos como cortes que apresentam como *ponto de chegada* a adequada interpretação da legislação, viabilizando a partir daí a unidade do Direito brasileiro e a orientação *futura* dos demais tribunais e da sociedade civil. (MITIDIERO, 2017a, p.110, grifos do autor).

O controle do caso concreto levado à Corte por meio do recurso, então, deverá ser desempenhado tendo como base teórica uma perspectiva lógico-argumentativa do Direito, diversa daquela pressuposta pelo modelo de Corte Superior, a que se encontra originariamente vinculada à função de controle. O interesse privado dos litigantes, aqui, deverá estar subordinado ao interesse público de desenvolvimento do direito.

Por isso, o recurso especial passa a ser visto como um estímulo à realização do interesse público, a que deve se voltar o Superior Tribunal de Justiça para cumprir a Constituição Federal. Segundo Mitidiero:

O que é imprescindível é apenas uma mudança no peso que deve se reconhecer às diferentes funções que podem ser exercidas por essas cortes. É claro que a tutela do direito em geral seria fatalmente incompleta se a tutela do direito em particular, isto é, diante das decisões judiciais individuais, acabasse expurgada das preocupações do

Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Dessa forma, a caracterização dessas cortes como cortes proativas e de interpretação serve fundamentalmente para correção do perfil a partir do qual esses tribunais devem ser pensados na nossa organização judiciária, isto é, serve para estimular a mudança do modelo a partir do qual essas cortes devem ser encaradas em nosso sistema. Somente a partir dessa virada é que será possível transformar a prática desses tribunais e, em consequência, o modo como as suas funções são desempenhadas e a eficácia que é reconhecida às suas decisões. (MITIDIERO, 2017a, p.111).

O Superior Tribunal de Justiça, portanto, não deixa de julgar o recurso especial a ele submetido; de fato, a corte julga o caso concreto; este, contudo, constitui apenas um resultado secundário decorrente da decisão a respeito do significado do direito federal questionado no caso, que é o fim constitucionalmente almejado pela corte. Portanto, pode-se dizer que há, no STJ, predominância da função de nomofilaquia interpretativa em detrimento do escopo de controle da juridicidade das decisões recorridas.

Assim, à luz da Constituição Federal, o STJ deve dar a última interpretação da lei federal, assim como garantir a sua uniformidade no território nacional, atribuindo-lhe sentido, isto é, completando a tarefa do legislador e sempre prosseguindo e atualizando a sua, revelando-se, assim, um indiscutível colaborador da produção do Direito aderente às necessidades sociais. Marinoni esclarece bem essa função:

Hoje, o STJ e o Legislativo realizam tarefa harmônica e coordenada para que o Estado possa se desincumbir do seu dever de dar à sociedade um direito em constante evolução e adequação às necessidades sociais. Tem-se, assim, (i) que a real função do STJ não é controlar a legalidade das decisões, mas definir o sentido atribuível ao texto da lei a partir de um método interpretativo aberto a valorações e decisões racionalmente justificáveis; (ii) que a alteração da função da Suprema Corte preocupada com o direito federal infraconstitucional é consequência do impacto do constitucionalismo e da evolução das teorias da norma jurídica e da interpretação; (iii) que essa nova função coloca a Suprema Corte ao lado do Legislativo, retirando-a do lugar de tutela ao legislador, em que foi posta pelo direito inspirado nos valores da Revolução Francesa; e (iv) que a Suprema Corte, diante da sua função contemporânea, agrega substância à ordem jurídica — que então passa também a ser composta pelos precedentes das Cortes Supremas. (MARINONI, 2016, p. 79-80, grifo nosso).

Percebe-se que a Lei Maior não apenas conferiu às cortes supremas funções específicas, mas delimitou uma divisão de tarefas entre as cortes judiciárias, a fim de que haja uma melhor e maior tutela de direitos, como explica Marinoni:

A função de colaboração com o desenvolvimento do direito é, precipuamente, das Cortes Supremas. A elas cabe o monopólio da definição do sentido do direito, assim como da sua adequação às novas necessidades sociais. É delas a função de outorga de unidade ao direito. Os Tribunais de Justiça e Regionais Federais não têm a função de definir o sentido do direito e, bem por isso, devem se pautar nas normas estabelecidas nos precedentes das Cortes Supremas. Tais Tribunais colaboram até a definição do sentido do direito, como também podem apontar para a necessidade de os precedentes serem revistos, inclusive mediante a elaboração de votos que contenham "posições dissidentes", que, embora não constituam decisões em sentido contrário, revelam

"opiniões" destinadas a influenciar as Cortes de Precedentes. (MARINONI, 2014, p. 145).

E se a função primeira atribuída ao STJ é dar adequada interpretação à legislação infraconstitucional federal visando à unidade do Direito brasileiro, o instrumento do qual se utiliza para realiza-lo é o sistema de precedentes vinculantes formados a partir de suas decisões, capaz de viabilizar a cognoscibilidade do Direito pelos demais tribunais e pela sociedade civil.

A formação de precedentes, portanto, passa a ser o meio pelo qual as Cortes Supremas podem satisfazer suas funções primárias. Por essa razão, a desobediência de seus precedentes deve ser vista como uma insubordinação da mais alta gravidade no Estado Constitucional, como indica Mitidiero:

Não só pelo fato de existir uma divisão de trabalho muito clara entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes, mas fundamentalmente pelo fato de a violação ao precedente encarnar um duplo e duro golpe no Direito – a um só tempo, viola-se a autoridade da legislação, consubstanciada na interpretação a ela conferida, e viola-se a autoridade do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas, constitucionalmente encarregadas de dar a última palavra a respeito do significado da Constituição e da legislação infraconstitucional federal. Nesse contexto, afastar-se do precedente deve ser visto como uma falta grave em relação ao dever judicial de fidelidade ao Direito. Em duas palavras: deve ser visto como uma evidente arbitrariedade. (MITIDIERO, 2017a, p. 112).

Se a divisão de tarefas constitucionalmente atribuídas às essas Cortes Supremas as conferem o poder de definir a interpretação que deve vigorar no país, há verdadeira contradição lógica em aceitar que os tribunais ordinários possam ignorar e contrariar as decisões que constituem razão de ser do Tribunal Supremo. Tratar a negação dos precedentes do STJ pelos tribunais ordinários com normalidade significa eliminar a verdadeira missão constitucional desta Corte Suprema, que passa a trabalhar à serviço das partes, corrigindo decisões. De fato, não há razão para a Corte atribuir sentido ao direito federal se a decisão não tem repercussão sobre os tribunais ordinários, impossibilitando falar-se em unidade, além de colocar em risco a efetividade do sistema de distribuição de justiça.

Ademais, a caracterização do STJ como Corte de Interpretação confere ao recurso especial uma nova natureza, ligada ao *jus constitutionis*, o que viabiliza a abertura de um espaço significativo de autogoverno para esses tribunais na seleção dos seus casos (MITIDIERO, 2017a, p. 113).

Interessarão à Corte aqueles recursos especiais cuja questão versada possua importância que extrapole o caso concreto, cujo julgamento seja capaz de conduzir à unidade do Direito, seja de forma retrospectiva, pacificando-se o entendimento de determinada questão cuja

solução é controversa na prática judiciária, ou de forma prospectiva, desenvolvendo-se o Direito de acordo com as novas necessidades sociais. Mitidiero (2017a, p. 113) esclarece que é o “critério teleológico” que legitima o julgamento do recurso especial apenas nas hipóteses em que haja relevância da questão de direito para promover seu desenvolvimento e unidade, havendo uma verdadeira seleção dos casos.

De certa maneira, os requisitos constitucionais do recurso especial – artigo 105, III, da CRFB/88 – constituem uma espécie de filtro recursal, na medida em que delimitam as hipóteses em que o STJ deverá exercer sua função, não lhe cabendo analisar todas as decisões dos tribunais ordinários. No entanto, além da clara distorção desses requisitos na prática judiciária já vista, e em sendo o Superior Tribunal de Justiça igualmente uma Corte Suprema, é imprescindível que o legislador expressamente introduza filtro recursal semelhante à repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso especial, a fim de que possa selecionar os casos que será submetido à julgamento levando em consideração a sua função de adequada interpretação da legislação infraconstitucional federal, sendo legítima a sua pronúncia sempre que seus julgamentos forem capazes de promover a frutificação e unidade do Direito infraconstitucional federal.

A instituição de filtro recursal para o STJ não deve ser vista como impedimento de acesso à justiça, uma vez que sua introdução visa, tão somente, a melhor atuação da corte na definição do direito federal, constituindo relevante instrumento para que uma Corte de vértice possa dar unidade ao direito em uma perspectiva prospectiva, estabelecendo o sentido do direito que deve orientar a solução de casos futuros.

A questão de direito deve ter importância fundamental sobre a evolução do direito – e não apenas efeitos sobre os litigantes – para que a atuação da corte seja capaz de delinear contornos e projetá-los ao futuro mediante a força dos precedentes, que vão orientar a solução dos casos vindouros.

Insta ponderar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Emenda Constitucional (PEC) nº 209/2012 – aguardando apreciação pelo Senado Federal – que propõe a inserção do §1º ao artigo 105 da CRFB/88 com a finalidade de atribuir requisito de admissibilidade ao recurso especial no âmbito do STJ, cuja proposta de redação é “Art. 105 (...) §1º 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 o julgamento”.

A PEC pretende atribuir requisito de admissibilidade ao recurso especial, suscitando a apreciação de relevância da questão federal a ser decidida, ou seja, devendo-se demonstrar a repercussão geral, considerando a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Desta forma, as alterações propostas serão de grande relevância ao bom funcionamento do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que permitirá uma atuação mais célere e eficiente às muitas e importantes questões de direito federal que lhes são apresentadas. Para Marinoni:

O critério da relevância da questão federal confere à Corte oportunidade para se concentrar sobre questões federais que devem ser resolvidas para orientar a vida social. A relevância da questão federal, em outras palavras, concretiza-se na medida em que se percebe que a sua resolução é indispensável para iluminar a sociedade e guiar a solução dos casos que ainda estão por vir, evitando-se a negação da igualdade, da coerência do direito e da segurança jurídica. (MARINONI, 2014, p. 152).

Portanto, a presença de requisitos recursais específicos que subordinem a atuação do Superior Tribunal de Justiça em recurso especial, ligados à relevância e transcendência da questão federal, encontra-se em plena consonância com a natureza dessa Corte Suprema, especialmente porque permitirá que o Superior Tribunal de Justiça possa trabalhar menos e render mais para a ordem jurídica brasileira.

A atuação proativa do STJ como Corte de Interpretação encontra expressão concreta e influencia o comportamento dessa corte também no que tange à maneira como pode julgar o recurso especial, e no material com que pode trabalhar para tanto (MITIDIERO, 2017a, p. 115). Alguns merecem destaques e serão a seguir explanados: a delimitação de termos de caráter aberto, o julgamento em bloco, a questão da desistência recursal, o livre trânsito de recurso entre as Cortes Supremas do país, além da atenuação de requisitos recursais, como o prequestionamento.

Incumbe ao STJ precisar o alcance de termos vagos – cláusulas gerais e nos conceitos jurídicos indeterminados – no que tange à aplicação do direito infraconstitucional federal, realizando a devida adequação destes com a legislação e à sociedade.

Ademais, a desistência do recurso não deve obstar o conhecimento da causa pela Corte. Isso significa dizer que pode o Superior Tribunal de Justiça utilizar-se de questão proveniente de um recurso desistido para pronunciar-se sobre a questão nele versada, notadamente quando se tratar de questão cujo julgamento revele interesse público.

No caso exemplar do Recurso Especial (REsp) 1.308.830/RS, a Terceira Turma do STJ indeferiu, em Questão de Ordem, requerimento de desistência do recurso especial, a qual,

inclusive, contou com a anuência do recorrido. A Ministra Nancy Andrighi, relatora do processo, assim posicionou-se sobre a questão:

(...) O pedido encontra amparo no art. 501 do CPC, que possibilita ao recorrente “a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso”. A disposição legal revela com clareza e precisão o direito subjetivo da parte de desistir do recurso interposto sempre que lhe parecer conveniente. Não se pode, entretanto, interpretar o comando legal de forma isolada, atendo-se apenas à sua literalidade e ignorando o contexto em que está inserido. Na hipótese específica dos pedidos de desistência, a faculdade conferida pelo art. 501 do CPC deve guardar coerência com a sistemática recursal vigente, com especial atenção para as funções desempenhadas pelo órgão ao qual é destinado o recurso de que se pretende desistir. Nesse aspecto, não se pode olvidar que o CPC em vigor foi editado em 1973, enquanto o STJ foi criado pela CF/88, ou seja, 15 anos depois, fruto de um movimento iniciado em 1985, durante período de redemocratização em que ficou clara a necessidade de se impor modificações na estrutura do Poder Judiciário, notadamente com a criação de um órgão de confluência de todas as vertentes jurisdicionais não especializadas, responsável por uniformizar a interpretação da legislação federal em âmbito nacional, baseado nos primados constitucionais e na garantia e defesa do Estado de Direito. Em outras palavras, a exegese do art. 501 do CPC deve ser feita à luz da realidade surgida após a criação do STJ, levando-se em consideração o seu papel, que transcende o de ser simplesmente a última palavra em âmbito infraconstitucional, sobressaindo o dever de fixar teses de direito que servirão de referência para as instâncias ordinárias de todo o país. A partir daí, infere-se que o julgamento dos recursos submetidos ao STJ ultrapassa o interesse individual das partes nele envolvidas, alcançando toda a coletividade para a qual suas decisões irradiam efeitos. (...) Sendo assim, o pedido de desistência não deve servir de empecilho a que o STJ prossiga na apreciação do mérito recursal, consolidando orientação que possa vir a ser aplicada em outros processos versando sobre idêntica questão de direito. Do contrário, estar-se-ia chancelando uma prática extremamente perigosa e perniciososa, conferindo à parte o poder de determinar ou influenciar, arbitrariamente, a atividade jurisdicional que cumpre o dever constitucional do STJ, podendo ser caracterizado como verdadeiro atentado à dignidade da Justiça. Com efeito, autorizar o recorrente a livremente desistir dos seus recursos especiais, viabiliza a manipulação da jurisprudência desta Corte, conduzindo os rumos da sua atividade de uniformização, pois a parte poderá atuar no sentido de que sejam julgados apenas aqueles processos em que, pela prévia análise do posicionamento de cada Relator, Turma ou Seção, o resultado lhe será favorável. (...) Em síntese, deve prevalecer, como regra, o direito da parte à desistência, mas verificada a existência de relevante interesse público, pode o Relator, mediante decisão fundamentada, promover o julgamento do recurso especial para possibilitar a apreciação da respectiva questão de direito, sem prejuízo de, ao final, conforme o caso, considerar prejudicada a sua aplicação à hipótese específica dos autos. Não se ignora que, no particular, o pedido de desistência contou com a anuência do recorrido, mas essa circunstância se torna absolutamente irrelevante diante do mencionado interesse público coletivo do julgamento, aliado ao fato de que a definição, pelo colegiado, da tese de direito atrelada ao mérito da controvérsia não impede que se declare o recurso prejudicado em vista do acordo celebrado pelas partes. (...) Forte nessas razões, INDEFIRO o pedido de desistência, manifestando-me no sentido de que prossiga com o julgamento do recurso especial, de modo que, vindo o seu mérito a ser efetivamente apreciado pelo colegiado, seja fixada tese de direito tendente à consolidação da jurisprudência do STJ. (...) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.308.830/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 19 jun. 2012).

Percebe-se, portanto, que o direito de desistência conferido às partes deve ser interpretado à luz da função reservada ao STJ no Estado contemporâneo. Assim, se a questão



versada no recurso for de grande relevância ao direito pátrio por importar à definição do sentido do direito federal, não pode esta corte ficar à livre disposição dos litigantes para se pronunciar sobre a questão.

O STJ, cujo papel transcende o de ser simplesmente a última palavra em âmbito infraconstitucional, sobressaindo o dever de fixar teses de direito que servirão de referência para as instâncias ordinárias de todo o país, deverá conhecer dos casos vez que os recursos especiais submetidos à Corte ultrapassa o interesse individual das partes nele envolvidas, alcançando toda a coletividade para a qual suas decisões irradiam efeitos.

Na decisão, também parece ter ficado claro que a desistência não obriga a Corte apenas no julgamento de recursos repetitivos – previsto no parágrafo único do artigo 998, do CPC – , valendo em igual medida para todo e qualquer recurso especial. De fato, o exame em blocos de recursos repetitivos é apenas uma técnica de julgamento em razão do acúmulo de casos que se repetem, o que, em nenhum momento, exclui a importância de questões federais postas por um recurso especial singular, cuja definição do sentido do direito seja capaz de contribuir, de igual forma, para unidade do Direito no âmbito desses tribunais por meio da formação de precedentes.

Há de se esclarecer, por óbvio, que a eventual desistência do recurso pela parte interessada deve conduzir necessariamente à exclusão da esfera jurídica das partes da eficácia da decisão. Assim, a Corte decidirá sobre o direito federal em questão, que terá efeito de gerar precedente garantidor da unidade do direito, mas não produzirá efeitos perante as partes, uma vez que a atuação do STJ, nesse caso, será independente da vontade dos litigantes.

Interessante ponderar que essa tese somente perdura quando se constata que o STJ não é uma mera Corte de Revisão posta ao interesse do jurisdicionado. Supõe, sem qualquer dúvida, que o STJ tem uma função pública, de colaboração para o florescimento do direito adequado ao convívio social em todo o território nacional. E isso acontece, nas palavras de Mitidiero (2017a, p. 117), porque sobreleva, na atuação Superior Tribunal de Justiça, “o escopo de interpretação em detrimento do escopo de controle, a tutela do *jus constitutionis* em detrimento da tutela do *jus litigatoris*, em que o caso apresentado pelas partes é apenas o meio que viabiliza o fim adequada interpretação da legislação”.

É igualmente essa perspectiva que autoriza a sanção de vícios processuais, conforme expressa previsão do artigo 1029, § 3º, do CPC<sup>4</sup>, como a ausência de prequestionamento, por exemplo, para viabilizar o conhecimento do recurso especial.

A necessidade do prequestionamento – que nada mais é que decisão da questão federal pelo tribunal de apelação – deriva da circunstância de que o interesse no recurso especial surge quando algo foi decidido. Não obstante, considerando-se o interesse da Corte em adequadamente decidir um caso para dar unidade ao direito, não há como impedir-lhe de considerar fundamento indispensável ao debate e ao julgamento do tema apenas pelo fato daquele não ter sido discutido nas instâncias ordinárias. Especialmente no que tange ao STJ:

Semelhante critério permite reconhecer a possibilidade dessa corte se pronunciar sobre a adequada interpretação de cláusulas negociais típicas, notadamente quando essas se revelem de vasta utilização no tráfego jurídico (tendo-se que restringir, portanto, o alcance da Súmula 5 do STJ, que refere que “a simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”), além de fornecer adequada fundamentação teórica, por exemplo, para viabilizar a pronúncia dessa corte sobre o adequado dimensionamento da reparação de danos civis, notadamente de danos morais. (MITIDIERO, 2017a, p. 114-115, grifos do autor).

Realmente, a função de desenvolvimento do direito não pode ser limitada pela omissão dos litigantes em previamente discutir ponto imprescindível à solução da questão federal. Assim, entende-se que basta que o fundamento seja submetido ao prévio contraditório entre as partes, ainda que por ocasião do recurso especial.

Para Marinoni (2014, p.189), a mesma razão que impõe uma nova leitura da desistência do recurso e do prequestionamento faz com que determinadas formalidades recursais, como por exemplo a concomitância da interposição e do preparo e a juntada de determinadas peças em sua integralidade, sofram atenuação de modo a não impedir a Corte de analisar e julgar um recurso que lhe importa para a solução de uma questão federal.

Logo, quando a Corte se encontra diante de caso que lhe apresenta questão relevante, a exigir sua pronta manifestação para o desenvolvimento do direito, deve atenuar formalidades cuja inobservância não traga “surpresa injusta” às partes, o que pode ser satisfeito pela submissão da questão ao contraditório.

Além do mais, a técnica de julgamento em bloco dos recursos especiais – prevista nos artigos 1036 a 1041, do CPC –, dada a existência de múltiplos recursos com questão idêntica ou semelhante, permite que o Superior Tribunal de Justiça possua uma visão mais ampla sobre

---

<sup>4</sup> Art. 1029 §3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

o direito federal em questão, levando em consideração os diferentes ângulos de análise da questão. Essa técnica encontra-se em harmonia com a nova função concebida à corte suprema, uma vez que possibilita a formação de precedentes mais abrangentes, garantindo o desenvolvimento do direito infraconstitucional federal.

Cita-se, ainda o fato de o CPC autorizar – em seus artigos 1032 e 1033 –, a possibilidade de livre trânsito dos recursos extraordinários e especiais entre o STF e o STJ. Se o recurso interposto à essas cortes constituem apenas o ponto de partida – verdadeiro pretexto – para que possam dizer o direito e promover sua unidade, não parece razoável a extinção do processo em razão do endereçamento equivocado do recurso.

Assim, presente a questão constitucional ou a questão infraconstitucional federal de fundamental importância e transcendência, deverá o recurso ser dirigido à sua corte respectiva, para que possam promover a definição e cognoscibilidade do Direito. À vista disso:

Interposto recurso extraordinário com arguição de questão infraconstitucional federal de fundamental importância, bem como interposto recurso especial versando questão constitucional dotada de repercussão geral, a solução não está no não conhecimento do recurso. Nessas hipóteses, tendo em conta a função de nomofilaquia interpretativa que anima e legitima a atuação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a corte que recebe o recurso que conta com fundamento ligado à atuação da outra deve remetê-lo para apreciação da corte efetivamente competente para analisá-lo, aproveitando-se a oportunidade para, a partir do recurso interposto, promover-se a adequada interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional federal. Em outras palavras, a função de unidade do Direito que amalgama o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça autoriza o livre trânsito de recursos entre essas cortes. (MITIDIERO, 2017a, p. 116, grifos do autor).

Por fim, para o professor Mitidiero (2017a, p. 117), apesar de o direito processual brasileiro não autorizar, expressamente, que as cortes supremas se pronunciem sobre normas não invocadas pelas partes, mas subjacentes à causa, afirma que é possível que determinada decisão contenha capítulo “endereçado à solução do recurso, devidamente circunscrito às normas alegadas pelas partes”, e outro “endereçado à formação de precedente, em que essas cortes poderão decidir invocando outras normas jurídicas que não aquelas arguidas pelas partes em seus recursos”. Há, assim, ampliação do parâmetro de controle da decisão recorrida para toda ordem jurídica, possibilitando atender concomitantemente ao caso concreto e à ordem jurídica como um todo.

#### 4.4 O Superior Tribunal de Justiça como Corte de Precedentes

O instrumento pelo qual as Cortes Supremas são capazes de realizar suas funções principais é, indubitavelmente, a formação de precedentes, uma vez que as razões expostas em suas decisões são capazes de vincular toda a ordem jurídica em determinado sentido. Para Mitidiero (2017a, p. 119) “o Estado Constitucional hoje lança sua normatividade sobre o Poder Judiciário e erige os precedentes e as Cortes Supremas por eles responsáveis como guardiãs não só da Constituição, mas da integridade da ordem jurídica como um todo”.

Considerando que o direito legal federal necessita da atuação do STJ para tornar sua interpretação cada vez mais precisa, e o faz por meio de decisões dos diversos casos à ela submetidos, a recusa de autoridade à interpretação judicial empreendida por essa corte significa recusa de vinculação à própria ordem jurídica.

Assim, se o Direito não é apenas a aplicação estrita da lei, mas fruto da interpretação produzida e desenvolvido por meio das decisões judiciais, então a fidelidade ao precedente é o meio pelo qual a ordem jurídica ganha coerência, torna-se segura e capaz de promover o respeito à igualdade de todos perante o Direito, atributos sem os quais nenhuma ordem jurídica pode ser reconhecida como legítima.

Encarar os precedentes com fidelidade significar respeitar a *ratio decidendi* empregada pelo Corte Suprema – no caso, o STJ – na solução de determinada questão levantada pelo caso concreto. A *ratio decidendi*, nada mais é, do que o conjunto das razões necessárias e suficientes que justificam a aplicação do Direito em um determinado sentido pela Corte Suprema<sup>5</sup>. Deve-se ter em mente, contudo, que nem todos os argumentos na decisão judicial constituem precedente. Aqueles argumentos que são considerados como dispensável para resolução da questão constitui o que se denominou de *obiter dictum* – “*saying by the way*”.

Com a determinação do significado do Direito a partir de determinado caso no precedente emanado pela Corte Suprema, a estabilidade da ordem jurídica é assegurada por meio do respeito àquilo que foi decidido anteriormente, o que gera a confiança na sua manutenção por um determinado período de tempo e na sua aplicação aos casos futuros idênticos e semelhantes (MITIDIERO, 2017a, p. 121).

Essa situação corresponde à regra do *stare decisis*, pela qual a segurança jurídica é promovida judicialmente em um sistema que respeita precedentes, visando sua estabilidade e confiabilidade. Dessa forma:

---

<sup>5</sup> Essa definição de *ratio decidendi* corresponde à dimensão objetiva do conceito de precedente.

O respeito ao precedente pressupõe em primeiro lugar o seu reconhecimento pelo juiz encarregado de aplicá-lo e em segundo lugar a individualização dos pressupostos fático-jurídicos que tornam os casos idênticos ou similares e que justificam a aplicação do precedente. O raciocínio judicial aí é eminentemente analógico. O respeito ao precedente pressupõe, desse modo, juízes sensíveis e atentos às particularidades dos casos e capazes de empreender sofisticados processos de apreensão e universalização de razões e comparação entre casos – um papel nada automático e certamente decisivo para promoção da tutela do direito. (MITIDIERO, 2017a, p. 120).

Isso não quer dizer que se deve julgar sempre da mesma forma. Apesar de a máxima dos precedentes *treat like cases alike* reforçar seu caráter universalizante, dela pode-se extrair que casos distintos também devam receber tratamento diferentes, para que haja a correta tutela de direitos. A técnica do *distinguishing*, utilizada no *common law*, nasce da própria necessidade de afastar a incidência de um determinado precedente em virtude de novas especificidades que acabam por distinguir um novo caso. Assim como foi superada a tese de que a lei não pode prever todas as respostas, dificilmente o magistrado irá abarcar todas as possibilidades jurídicas de um caso mediante a formação do precedente, uma vez que a vida em sociedade se prolonga no tempo, trazendo novas realidades, novas situações e novos direitos. A distinção serve justamente para mostrar que não há analogia possível entre os casos, de modo que o fato estaria fora do âmbito de determinado precedente.

Portanto, ao utilizar-se do *distinguishing*, o magistrado possibilita o desenvolvimento do Direito, porquanto um precedente, não podendo ser aplicado à nova situação posto sob julgamento, permite a elaboração de novo precedente que abranja particularidades não consideradas anteriormente, ou ainda, permite a extensão do precedente à essa nova situação. Há, assim, ampliação do significado interpretativo.

Em ambos os casos – seja na elaboração de um novo precedente ou na extensão de um precedente já existente – fica claro que a Corte, a partir da consideração de outros casos e situações, revigora a sua força e autoridade de seus precedentes, tomando-os adequados à solução de novas realidades. De um lado, o *distinguishing* garante a estabilidade e, do outro, proporciona o desenvolvimento do Direito, como indica Marinoni:

Note-se que a adoção de um precedente não pode ser incongruente com as razões que justificaram a sua instituição. Em vista dessas razões, o precedente deve regular todos os casos com elas compatíveis. Essa potencialidade, inerente ao precedente, torna possível a sua adoção para a solução de casos particularizados por circunstâncias inicialmente não consideradas. Mas, se as razões do precedente não estão presentes diante de uma outra situação, não há como aplicá-lo. Assim, justifica-se a extensão ou a limitação do precedente conforme o novo caso seja singularizado por razões compatíveis ou incompatíveis com as que levaram à instituição do precedente. (MARINONI, 2014, p. 139).

A adaptação do direito às novas necessidades e circunstâncias da vida nada mais é do que a renovação da atribuição de sentido ao direito. Outra importante técnica envolvendo os precedentes é o *overruling*, relacionado à superação de um entendimento já firmado, seja pela constatação de erro ou pela necessidade de adequação a novos valores sociais.

A possibilidade de superar as *ratios decidendis* de um precedente – seja por sua edição ou revogação – também agrega sentido ao direito, promovendo seu aperfeiçoamento. É certo que esse instrumento em nada colabora com a exclusão da obrigatoriedade de a própria Corte respeitar suas decisões, uma vez que se pauta em critérios especiais para ultrapassar determinado entendimento.

Promover a alteração de um precedente necessita de uma nova compreensão do direito na comunidade jurídica, restando fora de dúvida que a tese de direito embutida no precedente não é mais admissível. Seria absolutamente injustificável a alteração de um entendimento baseado pura e simplesmente na mudança do órgão julgador; o entendimento pessoal de um juiz não configura a expressão geral da comunidade jurídica, não podendo, portanto, interferir nas razões de um precedente:

A Corte, para revogar um precedente, assume um ônus argumentativo capaz de evidenciar que, na comunidade jurídica, há uma concepção geral acerca da questão de direito contrária à tese de direito firmada no precedente. Retenha-se o ponto: não é suficiente que a maioria dos julgadores tenha entendimento diverso; o ônus de argumentar recai sobre o que se passa na comunidade jurídica, ou melhor, sobre a circunstância de a compreensão geral acerca do direito ter se alterado. (...) A revogação do precedente, fora das hipóteses de modificação das proposições sociais — em que o ônus argumentativo recai sobre o impacto dos novos fatos sociais —, exige i) argumentação capaz de demonstrar uma nova concepção geral acerca do direito ou ii) argumentação hábil a demonstrar que o precedente contém um verdadeiro "erro". Perceba-se que essas argumentações nada têm a ver com aquela que se destina a evidenciar como uma questão de direito deve ser compreendida ou como um texto legal deve ser interpretado. Um precedente, uma vez firmado, não abre oportunidade para "rediscussão" das teses de direito ou interpretações firmadas. De outra forma não haveria estabilidade do direito produzido pela Corte. (MARINONI, 2014, p. 141-142).

Por outro lado, para que um precedente seja superado em razão de erro, este precisa estar evidente, de forma que a sua permanência possa configurar injustiça, a fim de que não seja usado como pretexto para a imposição de outra interpretação jurídica.

Fica claro que o *distinguishing* e *overruling* são técnicas que justamente pressupõem e reforçam a força vinculante do precedente. Não por outro motivo, o modelo de precedentes exige, para sua adequada identificação e aplicação, juízes sensíveis e atentos às particularidades dos casos e capazes de empreender sofisticados processos de identificação e universalização de razões.

Ademais, atuar mediante a utilização de precedentes é capaz de promover unidade ao Direito, que pode ser vista tanto retrospectiva como prospectivamente, o que deve ser feito pela observação do *stare decisis* por todos os órgãos do Poder Judiciário – em suas dimensões horizontal e vertical.

De um lado, a dimensão horizontal do *stare decisis* pressupõe a vinculação dos próprios membros da corte que formou o precedente; por óbvio, a própria corte que emana o precedente, a ele deve respeito; outra não poderia ser a regra, uma vez que se a própria corte que o elaborou não o seguisse, comprometeria, de imediato, sua força vinculante. A outra dimensão do *stare decisis* – a vertical – implica na necessidade de observância dos precedentes pelas demais cortes, vinculando toda a organização judiciária. Nesse sentido:

Sem *autovinculação*, o precedente não teria como contar com qualquer força de orientação. É claro, porém, que pouco adianta em termos de segurança jurídica assegurar o respeito da própria corte ao precedente *se as demais cortes a ela submetidas não respeitarem igualmente o precedente*. Sendo a organização judiciária uma *organização hierarquizada* (“*chain of command*”), em que determinados órgãos têm competência para rever as decisões de outros, a segurança jurídica depende do efetivo respeito ao precedente pelas cortes que se encontram na base da organização judiciária. Do contrário, o precedente não teria nenhum influxo sobre a atividade dessas cortes e não teria condições de viabilizar a *igualdade* de todos perante a ordem jurídica e proporcionar segurança ao jurisdicionado na sua pronta aplicação. Daí a razão pela qual é essencial à promoção da segurança jurídica igualmente a *dimensão vertical do stare decisis*, isto é, a vinculação de todos os juízes e das Cortes de Justiça àquilo que foi decidido pelas Cortes de Precedentes. A junção de ambas as dimensões assegura um forte *sentimento unidade institucional do Poder Judiciário*, imprescindível para sua atuação *orquestrada*. (MITIDIERO, 2017a, p. 121, grifos do autor).

Fica claro, portanto, que a combinação do *stare decisis* horizontal e vertical é capaz de assegurar a unidade do Direito em uma perspectiva retrospectiva: garantindo que uma mesma questão seja resolvida uniformemente em um determinado período de tempo por força do precedente.

Porém, como uma Corte Suprema também deve promover unidade do Direito de forma prospectiva, deverá estar aberta para o enfrentamento de novas questões sociais e a contínua evolução do Direito, o que faz justamente através das técnicas já citadas – *distinguishing* e *overruling*, mas também outras, como a transformação (*transformation*), reescrita (*overriding*) ou superação parcial (*overturning*) de um determinado entendimento fixado em precedente. Mitidiero explica cada uma das técnicas:

A *superação total* de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua *dupla coerência* (congruência social e consistência sistêmica) ou a um evidente equívoco na sua solução. Quando o precedente carece de dupla coerência ou é evidentemente equivocado e os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar a sua replicabilidade

(*replicability*), o precedente deve ser superado, sob pena de estancar-se o processo de contínua evolução do Direito. Essa conjugação é tida pela doutrina como a norma básica para superação de precedentes (*basic overruling principle*).

A *alteração parcial* de um precedente (*overturning*) pode ocorrer mediante a sua transformação (*transformation*) ou reescrita (*overriding*). Isso porque para promoção da unidade prospectiva do Direito pode não ser oportuna ou necessária a superação total do precedente. Há *transformação* quando a corte, sem negar formalmente o precedente, isto é, sem admitir desgaste ou equívoco da antiga solução, *reconfigura-o parcialmente*, tomando em consideração aspectos fático-jurídicos *não tidos por relevantes* na decisão anterior. Em tese, a transformação serve para alterar em parte o precedente com a produção de resultado com ele compatível. Há reescrita quando a corte *redefine o âmbito de incidência* do precedente. O precedente é normalmente reescrito com o fim de restringir o seu âmbito de aplicação. A partir da reescrita algo que *não foi considerado* na decisão anterior é sopesado e aí o seu alcance é comprimido. (MITIDIERO, 2017a, p. 122-123, grifos do autor).

Ressalta-se que apenas a corte da qual emanou o precedente, pode afastá-lo; então, conclui-se que somente o Superior Tribunal de Justiça pode superar ou modificar seus precedentes federais.

Logo, as demais instâncias não podem deixar de aplicar um precedente por não concordar com seu conteúdo. Ao proferir solução diversa a uma mesma questão já pacificada pela Corte Suprema, além de clara recusa à força vinculante do precedente, há nítida desobediência à organização judiciária, pois pressupõe que todas as cortes judiciárias possuem a mesma função – o que não se coaduna com a realidade, vez que as funções foram claramente delimitadas constitucionalmente, como já visto. Mas:

Isso não quer dizer, contudo, que os juízes de primeiro grau, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais não possam manifestar nenhuma *discordância* com determinado precedente. É evidente que podem – inclusive por força constitucional, já que é livre a manifestação de pensamento em um Estado Democrático (arts. 1.º, *caput*, e 5.º, IV, da CF/1988). O que juízes e desembargadores que compõem as Cortes de Justiça não podem é *usar suas razões dissidentes para julgar o caso concreto*. E isso porque a *violação do precedente é danosa para as partes*, que aí passam a ter o ônus de interpor recurso para as Cortes Supremas para poder ver o caso apreciado de acordo com o Direito, com manifesta violação da igualdade, da segurança jurídica e da duração razoável do processo, e é *danosa para o próprio Poder Judiciário*, que passa a ter o dever de atuar apenas para reafirmar aquilo que já se encontra devidamente solucionado com o precedente, com manifesto prejuízo à eficiência administrativa e à racionalização da atividade judiciária. Como observa a doutrina, a ausência de uniformidade na aplicação do Direito causa um dano atual e um *dano potencial* ao sistema jurídico – a existência de duas decisões diferentes para casos iguais acarreta a *imediata violação do direito à igualdade* de todos perante a ordem jurídica e produz *tendencialmente* um sentimento de *insegurança jurídica* pela ausência de cognoscibilidade do Direito. Inexiste qualquer razão jurídica que autorize agressões de tamanha envergadura ao Estado Constitucional. (MITIDIERO, 2017a, p. 125-126).

Seguir os precedentes racionalmente estabelecidos pelas Cortes Supremas, independentemente de seu conteúdo, constitui condição inafastável para edificação de um



sistema seguro e capaz de promover a liberdade e velar pela igualdade de todos perante o Direito.

Visando a consecução desses princípios, a fim de tutelar o direito de forma mais tempestiva e efetiva, o novo Código de Processo Civil de 2015, por diversos dispositivos, pressupõe a adoção do sistema de precedentes obrigatórios.

Primeiramente, o art. 926<sup>6</sup> demonstra o dever dos tribunais de uniformizar sua jurisprudência, além de mantê-la estável, íntegra e coerente; e ainda, que esses “editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante” e que ao editá-los “devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Apesar de mencionar “tribunais” de uma forma geral, deve-se levar em conta que existe uma divisão de tarefas entre as Cortes Superiores e as Cortes Supremas; assim sendo, é preciso entender, como foi exposto no segundo capítulo, que as primeiras estão voltadas à justiça do caso concreto, enquanto as últimas voltadas à unidade do direito. Dessa forma, distingue-se a função de uniformizar a jurisprudência às Cortes de Justiça (Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça), que têm o dever de controlar a justiça da decisão de todos os casos a elas dirigidos, enquanto as Cortes Supremas (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal de Federal) devem dar unidade ao direito a partir da solução de casos que sirvam como precedentes para guiar a interpretação futura do direito pelos demais juízes que compõem o sistema encarregado de distribuir justiça, a fim de evitar a dispersão do sistema jurídico. Necessário ponderar, ainda, que apenas Cortes Supremas formam precedentes, enquanto as Superiores dão lugar à jurisprudência; as súmulas, todavia, podem colaborar tanto na interpretação como na aplicação do direito para ambas as cortes e, portanto, podem emanar de quaisquer uma delas. (MARINONI, 2017, p. 870).

Ademais, esse artigo institui claramente o *stare decisis* horizontal. Segundo Marinoni, ao expressamente indicar que há dever de outorgar unidade ao direito e de fazê-lo seguro, isto é, torná-lo cognoscível, estável e confiável, determinou-se às Cortes Supremas o respeito aos próprios precedentes, além de ter determinado às Cortes Superiores respeito à própria jurisprudência, de modo a garantir segurança jurídica e a estabilidade do sistema jurídico. Isso porque “do ponto de vista da administração da Justiça Civil, não é possível respeitar quem não

---

<sup>6</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

se respeita. Verificado o respeito aos próprios precedentes, é possível exigir o respeito dos outros” (MARINONI, 2017, p. 871).

Por isso, em sequência, no art. 927<sup>7</sup>, institui-se a necessidade de que o Poder Judiciário seja visto como uma unidade, adotando-se o *stare decisis* vertical.

O novo Código pressupõe, porém, que os precedentes são oriundos apenas de súmulas (art. 927, II e IV, CPC), recursos repetitivos, assunção de competência (art. 927, III, CPC) e orientações de plenário ou órgão especial (art. 927, I e V). Por isso, o art. 927, ao mencionar parâmetros de vinculatividade, deve ser tido como meramente exemplificativo, tendo em vista que deixa de mencionar, por exemplo, que a partir do julgamento de recursos especiais não repetitivos julgados pelas Turmas do Superior Tribunal de Justiça e a partir do julgamento de embargos de divergência é possível formar precedentes.

Se o recurso especial é entendido como instrumento para outorga de sentido e unidade ao direito infraconstitucional federal, então não é razoável vincular, necessariamente, a formação de precedentes mediante esses recursos ao incidente de assunção de competência ou à forma repetitiva, como sugere o inciso III. Ademais, nota-se que o próprio recurso de embargos de divergência pretende viabilizar a composição de eventuais dissensos entre decisões no âmbito das cortes supremas, de modo que a sua função só pode estar evidentemente conectada à superação do dissenso e à busca pela unidade do direito, isto é, à formação de precedentes. O legislador, ao invés de fazer alusão à acórdãos de julgamentos, deveria ter feito referência às “razões determinantes” na formação dos acórdãos, bem como poderia ter evidenciado que os precedentes – enunciados ou não em súmulas, vinculantes ou não – obrigam juízes e tribunais, na medida em que não são as súmulas que obrigam, mas os precedentes subjacentes (MITIDIERO, 2017a, p. 130).

A suposição de que a necessidade de unidade do direito e o efeito vinculante de determinadas razões têm de algum modo ligação com o número de casos envolvendo determinada questão é um equívoco, que infelizmente influenciou vários institutos no novo Código:

---

<sup>7</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O art. 311, II, do CPC, refere que o juiz pode prestar *tutela da evidência* quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”. Isso quer dizer que nessa hipótese o juiz poderá proferir uma decisão provisória dotada de eficácia imediata, fundada em cognição sumária, visando a equacionar o ônus do tempo do processo de acordo com a maior probabilidade apresentada pela posição jurídica do autor. (...)

O art. 332 do CPC, autoriza, nas causas que dispensem a fase instrutória, o *julgamento de improcedência liminar*, quando o pedido formulado contrariar: I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. (...)

O art. 932, IV e V, CPC, autorizam o relator a *negar liminarmente provimento ao recurso* ou, depois de facultada a apresentação das contrarrazões, dar provimento ao recurso contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Nesses casos, o relator não precisará levar ao colegiado o recurso, podendo desde logo julgá-lo monocraticamente. (...)

O art. 1.030, II, do CPC, refere que é *competência do presidente ou do vice-presidente da Corte de Justiça em que proferida a decisão recorrida realizar o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário ou do recurso especial*, tendo que “negar seguimento a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão em conformidade com o precedente de repercussão geral ou de recurso especial em questão repetitiva”. (...)

O art. 988, CPC, porém, permite a propositura de ação de *reclamação* para garantir a observância do conteúdo de precedente enunciado em súmula vinculante e do conteúdo de decisão proferida em controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (inc. III), a observância do conteúdo da jurisprudência vinculante formada em incidente de resolução de demandas repetitivas e em incidente de assunção de competência (inc. IV) e a observância de precedente de repercussão geral ou de recurso especial em questão repetitiva, desde que esgotadas as instâncias recursais ordinárias (art. 988, § 5.º, II, a contrario sensu, CPC). (MITIDIERO, 2017a, p. 133-135, grifo nosso).

Como se percebe, a maioria desses institutos encontram como fundamento o “julgamento de casos repetitivos” ou a existência de “súmula”, vinculante ou não. Deve-se ter em mente, entretanto, que o fundamento que os autoriza é o fato de o direito em questão encontrar-se, ou não, fundamentado em precedente – seja do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, ou em jurisprudência vinculante – dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais.

Assim, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, retratados ou não em súmulas, decorrentes ou não de julgamento de casos repetitivos, autorizam a pronta satisfação da tutela de evidência, a improcedência liminar do pedido ou do recurso.

Esses institutos citados, inclusive, constituem forma de abreviação procedimental ligada à necessidade de promoção da tempestividade da tutela jurisdicional dada a imediata percepção judicial de ausência de razão pelo autor, então não há por que limitá-la a precedentes sumulados

ou a casos repetidos. Também diante dos demais precedentes – não sumulados e não oriundos de casos repetidos – é apropriado pensar-se em abreviar o procedimento a fim de que se promova a celeridade.

Por fim, se a ação de Reclamação visa, no novo código, a tutela do precedente, então é preciso que abranja não só os precedentes formados a partir da sistemática do julgamento dos recursos repetitivos, nos termos do art. 988, § 5º, II, do CPC, mas todos os precedentes constitucionais ou federais oriundos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (MITIDIERO, 2017a, p. 135).

Não se faz, aqui, crítica à sistemática de julgamento em bloco, uma vez que se trata de técnica para impedir que a corte suprema julgue várias vezes uma mesma questão, garantido uma racionalidade no julgamento, além de poder ver a questão de forma mais abrangente; contudo, isso não quer dizer que apenas os casos repetitivos possam ser considerados precedentes vinculantes e, ainda, que apenas esses demandem certas particularidades procedimentais, como a necessidade de identificação “com precisão” da questão a ser submetida a julgamento, trazida pelo artigo 1037, I, do CPC, de “solicitar ou admitir a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria” e de “fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento” (art. 1038, I e II, do CPC).

Pelo contrário, essa condição deve ser seguida por todo recurso especial levado ao STJ. Além de identificar com precisão a questão que será debatida e submetida a julgamento, nada obsta que o relator promova uma abertura para o debate com a sociedade civil e com profissionais da área na questão submetida a julgamento, independentemente da sua natureza repetitiva do caso. Como afirma Mitidiero (2017a, p. 136) “o que exige ou viabiliza semelhantes providências não é obviamente a repetitividade, mas o valor de precedente que é possível extrair do julgamento da questão”.

Ante o exposto, em consonância com a função constitucionalmente atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, o Código de Processo Civil buscou reafirmar, por meio de vários dispositivos, o papel primordial dessa Corte em definir o sentido do direito infraconstitucional federal mediante a formação de precedentes capazes de vincular toda a ordem jurídica. Agora, cabe aos magistrados atuarem em conformidade com essa função contemporânea da Corte, proferindo decisões verdadeiramente fundamentadas e maturadas, de modo a promover a formação de precedentes, que serão capazes de assegurar a liberdade e a igualdade de todos perante o Direito e a promover a segurança jurídica.

Assim, conclui-se que a tutela efetiva dos direitos no atual Estado Constitucional necessita do entendimento do Superior Tribunal de Justiça como uma Corte Suprema, o que perpassa pela adoção de uma prática primariamente interpretativa e proativa combinada com a formação de precedentes vinculantes horizontal e verticalmente. Somente assim será possível entregar às partes e à sociedade uma prestação jurisdicional justa e um precedente idôneo para a promoção da unidade do Direito.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, constata-se que o Superior Tribunal de Justiça deve atuar como uma Corte Suprema dentro do Estado brasileiro, conjuntura que determina uma prática primariamente interpretativa e proativa, combinada com a formação de precedentes vinculantes horizontal e verticalmente.

Esse posicionamento é oriundo de paulatinas considerações.

Inicialmente, buscou-se desenvolver um estudo histórico-comparado capaz de demonstrar a evolução do papel jurisdicional na dogmática jurídica. Assim, observou-se que enquanto o sistema jurídico de *civil law* pautou-se na rígida tripartição de poderes, outorgando ao Legislativo toda a atividade produtiva do Direito, porquanto exercer a jurisdição representaria apenas declarar a lei – tida como fonte principal do Direito, o *common law* baseou-se na complementação das atividades exercidas pelo Judiciário e Legislativo, garantindo mais autonomia funcional ao juiz e dando especial importância às decisões judiciais, inclusive elevando os precedentes à categoria de fonte do Direito.

Apesar de terem se formado em caminhos opostos – o *civil law* limitando o papel do juiz a um poder nulo e o *common law* reconhecendo sua atividade criativa –, com o passar do tempo, percebeu-se que o dogma da vinculação estrita à lei no *civil law* não passava de uma utopia. Nesse sentido, a evolução da própria teoria do Direito – por meio de novos parâmetros trazidos pelo neoconstitucionalismo, pela utilização de normas de caráter aberto e das novas diretrizes da interpretação – levou à aproximação entre as jurisdições das antigas tradições, o que acabou por assemelhar a atividade do juiz do *civil law* ao julgador do *common law*.

Ademais, quando se passou a entender norma como resultado da interpretação, colocou-se nas mãos das Cortes de Sobreposição a função de atribuir sentido ao direito e definir a interpretação adequada do texto legal, justamente para racionalizar a atividade judiciária, além de otimizar a estabilidade das decisões e a sua previsibilidade, por meio de uma teoria de precedentes.

Nessa conjuntura, foi necessário delinear o sistema de organização judiciária que divide as funções das Cortes Superiores e Cortes Supremas.

De um lado, o modelo de Cortes Superiores – ao assumir como base teórica a existência de uma norma legislativa cujo único significado está implícito objetivamente em seu texto – volta-se para a tutela da legalidade, a fim de controlar a interpretação correta, anteriormente ditada pelo legislador. Dessa forma, terá competência para o exame de todos os recursos a ela dirigidos e, a partir dessas decisões recorridas, realizará um verdadeiro controle jurídico,

analisando se o órgão jurisdicional de base interpretou de forma exata a lei e aplicou-a corretamente ao caso. Assim, avalia as questões de direito do caso – seja para controlar a aplicação da legislação pela decisão com a finalidade de simples cassação, seja para controlá-la mediante revisão. A eficácia de sua decisão, como é natural, produz efeitos apenas *inter partes*.

Por sua vez, a Corte Suprema pressupõe a adoção da teoria lógico-argumentativa da interpretação judicial e o reconhecimento de que legislação e jurisdição atuam coordenada e conjuntamente para produção e promoção do império do Direito. Nesse cenário, percebeu-se que as Cortes Supremas de um sistema judiciário devem se prestar a definir o adequado sentido extraível do texto legal, argumentando mediante as razões que evidenciem as opções do intérprete como racionalmente aceitáveis, conferindo conteúdo à ordem jurídica, agregando substância ao texto legislativo e tornando-o parte da ordem jurídica vinculante.

Às Cortes Supremas, então, cabe a definição do sentido do direito, adequando-o às novas realidades sociais, colaborando, assim, com sua função fundamental: o desenvolvimento do Direito. Assim sendo, suas decisões passam a ter caráter indispensável por revelarem conteúdo essencial à regulação da vida social, projetando-se perante toda a sociedade, obrigando inclusive os tribunais ordinários, pela simples circunstância de constituírem o sentido do direito. E, em sendo a corte direcionada para outorga da unidade do Direito mediante a adequada interpretação do caso concreto, é natural que o precedente em que se consubstancia essa interpretação tenha uma eficácia para além das partes do caso concreto do qual derivado e seja dotado de eficácia vinculante, sendo considerado como uma fonte primária do Direito.

Revelada a divisão de tarefas entre as cortes judiciárias, buscou-se analisar de que forma a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Civil de 2015 perspectivaram a atuação do Superior Tribunal de Justiça dentro da Ordem Jurídica brasileira.

De imediato, ao verificar a função constitucionalmente atribuída ao STJ, não há como se estabelecer função outra se não a de definir o sentido da lei federal e a interpretação que deve prevalecer em caso de divergência entre tribunais, uma vez que, mediante o julgamento de recurso especial, tem o papel de julgar decisões de Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais que contrariem tratado ou lei federal ou que suprimam sua vigência, verificando, ainda, se a decisão dos tribunais ordinários, ao aplicar lei local, afrontou ou não lei federal.

Ora, isso apenas torna claro a imprescindibilidade de o STJ atuar como Corte Suprema, outorgando a adequada interpretação da legislação com o fim de dar unidade ao Direito mediante a formação de precedentes sobre da legislação infraconstitucional federal –

instrumento do qual se utiliza para, a partir de suas decisões, viabilizar a cognoscibilidade do Direito pelos demais tribunais e pela sociedade civil.

Atuar como Corte Suprema, portanto, pressupõe sua atuação como Corte de Interpretação e Corte de Precedentes.

A caracterização do STJ como Corte de Interpretação confere ao recurso especial uma nova natureza, ligada ao *jus constitutionis*, o que viabiliza a abertura de um espaço significativo de autogoverno para o STJ na seleção dos casos a serem julgados. Interessarão à Corte apenas aqueles recursos especiais cuja questão versada possua importância que extrapole o caso concreto, cuja decisão seja capaz de conduzir à unidade do Direito, seja de forma retrospectiva, pacificando-se o entendimento de determinada questão cuja solução é controversa na prática judiciária, ou de forma prospectiva, desenvolvendo-se o Direito de acordo com as novas necessidades sociais.

Para garantir a unidade do Direito, atua como Corte de Precedentes, cujo respeito às *ratios decidendis* – tanto pela própria corte quanto pelos tribunais ordinários – conduz à estabilidade da ordem jurídica, assegurada por meio do respeito àquilo que foi decidido anteriormente, o que gera a confiança na sua manutenção por um determinado período de tempo e na sua aplicação aos casos futuros idênticos e semelhantes.

Ademais, ficou claro que o CPC ressaltou, mais precisamente em seus artigos 926 e 927, a necessidade do respeito à jurisprudência firmada nos Tribunais locais e, sobretudo, aos precedentes judiciais emanados das Cortes Supremas – onde se insere o STJ, adotando o sistema do *stare decisis*, compatível com as exigências do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Defende-se, portanto, que a missão contemporânea do Superior Tribunal de Justiça, amparada na CRFB/88 e no CPC/15, está pautada em sua atuação como Corte Suprema, proferindo decisões verdadeiramente fundamentadas e maturadas, de modo a definir o direito infraconstitucional federal e promover a formação de precedentes, que serão capazes de assegurar a liberdade e a igualdade de todos perante o Direito e promover a segurança jurídica.



## REFÊRENCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato\\_2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 15 dez. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.308.830/RS**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 19 de junho de 2012. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100798/Julgado\\_2.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100798/Julgado_2.pdf)>. Acesso em: 29 dez. 2017.
- CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Campinas: Servanda Editora, 2010.
- DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- HART, Herbert L.A. **O conceito do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes – justificativa do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- \_\_\_\_\_. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3. ed. São Paulo: RT, 2017a.

\_\_\_\_\_. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017b.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de A. **Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC – Lei 13.105/2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014.